

Chapitre II – La convention, théâtre de l’infraction.

213. Le fait qu’une infraction intéresse la convention empêche parfois la juridiction pénale d’intervenir : des comportements qui, hors de cette circonstance, auraient été infractionnels, demeurent impunis (Section 1). Mais il arrive aussi que ce contexte conventionnel contribue à l’apparition de l’infraction ou n’empêche pas sa subsistance. La raison essentielle des condamnations réside alors essentiellement dans le refus des juges répressifs de tenir compte de fictions organisées par le droit civil ou commercial des contrats (Section 2).

Section 1 – Convention et absence d’infraction.

214. Il convient d’envisager quelques hypothèses dans lesquelles le consentement rencontre une infraction et la fait disparaître (paragraphe 1). Ces exemples permettront ensuite d’approfondir le rôle du contexte conventionnel en tant que fait justificatif de ces infractions : cette qualification devra être, une fois encore¹, rejetée (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Examen de quelques infractions.

215. Les hypothèses les plus connues sont, d’une part, l’infraction de violence qui peut interférer avec la convention médicale (A) et, d’autre part, le vol, qualification qui a pu être envisagée en cas de retrait de sommes excessives d’un distributeur de billets de banque (B).

A - Convention et atteinte aux personnes : violences et convention médicale.

216. Les médecins s’autorisent quotidiennement des actes de coups et blessures volontaires, sur la personne de leurs patients. Ces actes ne sont-ils pas pénalement répréhensibles ? La réponse à cette question a fait récemment l’objet d’apports législatifs grâce à l’instauration de l’article 16-3 du Code civil² qui dispose : « *Il ne peut être porté atteinte à l’intégrité du corps humain qu’en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l’intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n’est pas à même de consentir* ». Cette disposition pose un certain nombre de conditions déjà évoquées : tout d’abord, les atteintes ne sont admises que de façon dérogatoire, comme le montre la tournure négative du texte ; le but de l’atteinte à l’intégrité corporelle doit être le rétablissement de la santé ; comme les

¹ Voir *supra* n° 209 et s.

² Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain.

personnes pratiquant des interventions de type thérapeutique sont soumises à des exigences de compétence et de régularité, ainsi que l'a montré M. Py dans sa thèse³, on suppose qu'elles seules pourront porter cette atteinte à l'intégrité corporelle.

Pourtant, les juges répressifs n'ont pas attendu cette disposition pour admettre les pratiques médicales. L'étude de la jurisprudence montre que ces conditions étaient d'ores et déjà respectées avant même l'instauration de l'article 16-3 du Code civil. Il n'y a pas d'infraction lorsque les atteintes à l'intégrité corporelle sont effectuées dans le cadre de circonstances définies. Les auteurs de ces atteintes doivent être des médecins présentant les conditions de capacité et d'autorisation suffisantes⁴. Ceci est établi par différents textes du Code de la santé publique. Ainsi, les articles L. 356 et L. 356-2 établissent les titres et diplômes nécessaires à l'exercice de cette profession ; le caractère impérieux de ces exigences peut être déduit de l'existence d'une incrimination dite de l'exercice illégal de la médecine⁵ ou d'usurpation de titre⁶. Par ailleurs, l'exécution des actes doit être exempte d'erreurs graves, de fautes, tout particulièrement au plan de la technique d'exécution⁷. Les atteintes à l'intégrité corporelle ne peuvent être réalisées qu'avec le consentement de la victime, consentement présentant toutes les qualités de liberté ou d'informations déjà évoquées⁸. Selon la jurisprudence, le médecin doit informer le malade sur son mal, préciser un pronostic d'avenir, ainsi que les risques prévisibles (tout particulièrement en cas de refus de soin de la part du malade) ; les preuves de l'exécution de son obligation d'information lui reviennent⁹. Pourtant, l'exigence du consentement est atténuée par de nombreux éléments : ce consentement n'est pas totalement indispensable à la validité de l'acte médical puisque, notamment dans les situations d'urgence, le médecin peut s'en passer si le malade ou son représentant légal n'est pas en mesure de le donner¹⁰. Selon les juges, c'est au médecin d'apprécier seul le caractère urgent de son intervention¹¹ ; seul le respect des règles déontologiques est vérifié *a posteriori* par les tribunaux¹². L'incrimination de l'omission de porter secours à une personne en péril oblige de toute façon les médecins à agir¹³. Enfin, ces atteintes à l'intégrité corporelle doivent être accomplies dans un but exclusivement thérapeutique.

³ **B. Py**, *Recherche sur les justifications pénales de l'activité médicale*, thèse Nancy 1990, p. 34 et s.

⁴ **B. Py**, préc., p. 34 et s.

⁵ Articles L. 372 et s., L. 375 et s. Code de la santé publique.

⁶ Article L. 378 du Code de la santé publique.

⁷ Pour des exemples de décès ou de blessures imputables à des fautes de service de médecins ou chirurgiens, Cass. crim., 28 octobre 1981, Bull. crim. n° 287 ; 27 novembre 1984, Bull. crim. n° 369. **B. Py**, préc., p. 247 et s.

⁸ Voir *supra* n° 67. **B. Py**, préc., p. 144 et s.

⁹ Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 1997, JCP 1997, II, 22942, rapp. **P. Sargos**. La présomption suffit. **Y. Dagorne-Labbé**, *L'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient*, Petites affiches 1998, n° 31, p. 18. Cette preuve était avant à la charge du patient : Cass. civ., 29 mai 1951, S. 1953, I, p. 41, note **Nerson** ; D. 1952, p. 53, note **R. Savatier** ; JCP 1951, II, 6421, note **R. Perrot** ; RTD civ. 1951, p. 508, obs. **Mazeaud**.

¹⁰ Voir *supra* n° 67. Article 32 et 35 du Code de déontologie médicale, Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995. **B. Py**, thèse préc., p. 509 et s.

¹¹ Cass. crim., 31 mai 1949, D. 1949, p. 317.

¹² Cass. civ., 27 octobre 1953, D. 1953, p. 658.

¹³ Articles 223-6 et s. du nouveau Code pénal (article 63 de l'ancien Code), voir **Nerson**, *Le respect par le médecin de la volonté du malade*, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 858.

Il reste de nombreux domaines où l'infraction demeure malgré le consentement de la victime, tout particulièrement après la promulgation des différentes lois bioéthiques. Cette survivance de l'infraction peut être constatée dans le domaine médical : l'euthanasie, la stérilisation¹⁴ (sauf impératif de santé), les opérations de chirurgie esthétique (non reconstructrices)... ne réunissent pas les critères précités, en particulier le but thérapeutique. Ne sont tolérées que quelques atteintes légères, certaines liées à des permissions coutumières, telles que la circoncision¹⁵. Il est envisageable, en théorie, de sanctionner toutes les atteintes médicales à l'intégrité corporelle grâce aux incriminations de violences, lorsqu'elles sont expressément refusées par le patient. En pratique les recours sont, bien sûr, peu nombreux.

Le consentement demeure un facteur majeur d'effacement de la violence volontaire. Il peut aussi être un obstacle à la sanction d'atteinte aux biens. En effet, la jurisprudence a invoqué l'existence d'un contrat pour écarter la qualification de vol.

B – Convention et atteinte aux biens : le cas du vol.

217. Il est arrivé que des atteintes aux biens puissent disparaître grâce à l'existence d'un contrat préalable¹⁶. Ce fut le cas du retrait de sommes non disponibles dans un distributeur automatique de billets de banque, ayant suscité quelques remous jurisprudentiels.

Pour mieux appréhender l'infraction de vol, les juges ont parfois recherché si le consentement de la victime à la convention était absent ou vicié. Rappelons que, pour décrire cette infraction, il fut d'abord fait référence à l'acte du voleur : la soustraction matérielle classique consistait à « *prendre, enlever, ravir* »¹⁷. Cette conception de la soustraction, toujours d'actualité, a été enrichie par les travaux de Garçon¹⁸. Celui-ci a envisagé la soustraction juridique, axée sur l'intention de la victime. La soustraction juridique est la soustraction, non plus de la chose, mais de la possession : la victime peut avoir confié la chose, sans avoir entendu en remettre la possession¹⁹ et être victime de vol. Remarquons ici que la notion de possession est réduite à l'*animus*, l'absence de *corpus* ne privant pas de cette possession.

Cette discussion sur la soustraction a repris une actualité toute particulière avec les retraits excessifs dans les distributeurs automatiques de billets. Y a-t-il vol de la part de celui qui retire ces sommes ? La chambre criminelle de la Cour de cassation, le 24 novembre

¹⁴ Contrairement à ce qu'a pu faire penser à certains l'arrêt de Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1984, JCP 1984, II, 20262, obs. **A. Dorsner-Dolivet** ; D. 1984, p. 121, note **Penneau**, Bull. civ. I, n° 140. Pour une position plus claire, Cass. crim. 30 mai 1991, Bull. crim. n° 232, Rev. sc. crim. 1992, p. 74, obs. **Levasseur**. Voir **M. Mémeteau**, *Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques*, JCP 1995, I, 3838.

¹⁵ **B. Py**, thèse précitée, p. 125.

¹⁶ **F. Alt-Maes**, *L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens*, Rev. sc. crim. 1984, p. 1.

¹⁷ Arrêt **Baudet** 18 novembre 1837, S. 1838, I, p. 366.

¹⁸ *Code pénal annoté*, article 379.

¹⁹ **M.-L. Rassat**, *Droit pénal spécial*, préc., n° 70 et s.

1983²⁰, a refusé de retenir la qualification de vol en affirmant : « *Les faits reprochés s'analysent en l'inobservation d'une obligation contractuelle et n'entrent dans les prévisions d'aucun texte répressif* ».

Des auteurs ont approuvé cette solution. Le banquier qui installe une telle machine y implante les données et les instructions. Puisqu'il n'interdit pas les remises de fonds au-delà du crédit disponible du client qui en fait la demande, il sait que de telles demandes sont possibles ; il y a alors remise volontaire des sommes par le banquier²¹. Cependant, la remise volontaire d'une chose n'empêche pas la qualification de vol : M. Larguier²² compare la situation du banquier à celle d'un client qui avait remis son portefeuille à un commerçant afin que celui-ci y prélève le montant de sa créance ; le commerçant a soustrait une somme supérieure et fut condamné pour vol²³. En outre, on ne situe pas bien la volonté du banquier dans cette affaire de retrait d'un distributeur automatique. M. Croze observe que l'absence de volonté de la machine ne suffit pas à attribuer au banquier cette volonté manquante²⁴. Certes, la machine inscrit une somme au débit du compte du client ; mais la passation automatique d'une écriture ne montre pas une quelconque volonté du banquier. M. Croze ajoute que les lacunes techniques de l'appareil, qui ne peut empêcher un retrait de sommes trop important, ne sont pas voulues ; le banquier ne choisit pas d'installer des machines imparfaites. Il s'agit ici, non pas d'une volonté, mais tout au plus d'une négligence du banquier. Cette négligence ne peut justifier le comportement du titulaire de la carte.

Afin de montrer le caractère volontaire de la remise des sommes par le banquier, des auteurs ont encore affirmé que le banquier effectuait tacitement une ouverture de crédit ou une autorisation de découvert²⁵. La seule délivrance des billets par la machine implique pour le client l'existence d'une provision. M. Croze remarque qu'il ne peut y avoir d'accord du banquier puisque l'arrêt de la chambre criminelle lui-même parle d'une « *inobservation d'une obligation contractuelle* ». Il est manifeste que ce retrait excessif n'est pas conforme au contrat. Du reste, une convention d'autorisation de découvert doit exister antérieurement au débit : « *On ne décide pas de faire confiance après y avoir été forcé* »²⁶.

Il y a bien remise des sommes soit involontairement par le banquier, soit sans conscience, par la machine²⁷. Ces remises inconscientes ne peuvent exclure le vol²⁸. L'arrêt

²⁰ D. 1984, p. 465, note **Lucas de Leyssac** et IR, obs. **Vasseur**, D. 1985, IR p. 46, obs. **Huet** ; JCP 1985, II, 20450, note **Croze** ; Rev. sc. crim. 1984, p. 515, obs. **P. Bouzat** et 1985, p. 101, obs. **Massé**.

²¹ **P. Corlay**, *Réflexions sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol*, JCP 1984, I, 3160, n° 9 et 11.

²² **J. Larguier**, *L'abus de distributeur de billets par le titulaire d'un compte insuffisamment approvisionné ne peut-il être pénalement incriminé ?*, JCP 1982, I, 3061.

²³ Cass. crim., 21 avril 1964, JCP 1965, II, 13973, note **R. Ottenhof**, Rev. sc. crim. 1965, p. 424, obs. **Bouzat**, Bull. crim. 1964 n° 121.

²⁴ **H. Croze**, note sous Cass. crim., 24 novembre 1983, JCP 1985, II, 20450.

²⁵ **P. Corlay**, préc., n° 10 ; **B. Sousi-Roubi**, note sous CA Angers, 4 février 1982, D. 1982, p. 312.

²⁶ **H. Croze**, précité.

²⁷ Remise inconsciente par un distributeur de friandises : Trib. Corr. Lille, 15 décembre 1900, D. 1901, p. 365.

²⁸ En ce sens, **H. Croze**, préc. ; **A. Vitu**, *Droit pénal spécial, T. II*, préc., n° 2234 ; **J. Larguier**, préc.

n'est guère convaincant en laissant penser qu'une remise effectuée à l'occasion d'un contrat exclut la qualification de vol en cas de non-restitution du bien. Le vol est bel et bien admis parfois par la jurisprudence, alors que la chose est remise dans le cadre de l'exécution d'un contrat²⁹. Le fait qu'il y ait un contrat n'explique pas, en soi, l'absence de vol et l'existence d'un contrat n'empêche nullement, le plus souvent, la sanction des infractions³⁰.

Dans ces quelques exemples, l'existence d'une convention formait un obstacle à la sanction du comportement litigieux. Doit-on en conclure que le contrat ou le consentement, non envisagé dans le texte d'incrimination, sont des faits justificatifs de l'infraction ?

Paragraphe 2 – Les obstacles au consentement comme fait justificatif.

218. Lorsque la notion de consentement fait partie des éléments constitutifs de l'infraction, elle ne peut en aucun cas être considérée comme jouant le rôle de fait justificatif³¹. Cependant, il existe des incriminations au large domaine d'application (tout particulièrement les violences ou l'homicide involontaire), pour lesquelles le consentement de la victime n'est pas un élément constitutif. En cas d'acceptation de l'acte par la victime et tout particulièrement à l'occasion d'une convention, ne peut-on affirmer que ce consentement devient un fait justificatif ? Certains comportements intervenant dans ce cadre de l'exécution d'une convention ne peuvent être sanctionnés. Le consentement du patient innocent-t-il un chirurgien en le justifiant ? Est-ce le consentement de son adversaire qui dédouane le boxeur d'un coup fatal ? Le contrat passé entre le banquier et son client rend-il juste un retrait d'argent excessif ? Il existe des obstacles techniques (A) et de l'ordre de l'intérêt général (B) à ce que l'on considère le consentement comme un fait justificatif au sens strict.

Mme **Alt-Maes** a ajouté que si consentement du banquier il y a (il accepte les retraits lors de la conclusion du contrat), ce consentement est vicié puisque le client retire des sommes alors qu'il n'est plus solvable. Il y a erreur sur la solvabilité du client ; or la jurisprudence admet ce type d'erreur en l'assimilant à l'erreur sur la personne. Selon Mme Alt-Maes, il n'y a pas remise volontaire de l'argent, ce qui fait correspondre ce comportement du client à une soustraction juridique : l'usurpation de la possession d'une chose. Par exemple, Cass, 1^{re} civ., 20 mars 1963, D. 1963, p. 403 ; JCP 1963, II, 13228, note **P. Esmein** : cet arrêt prononce la nullité de la vente d'un château consentie à un acheteur qui ne pouvait plus en payer le prix, en raison de sa condamnation à la confiscation de ses biens présents et à venir. **F. Alt-Maes**, *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ?*, Rev. sc. crim. 1987, p. 355.

²⁹ Nous citerons à titre d'exemple le célèbre arrêt LOGABAX, Cass. crim. 8 janvier 1979, Bull. crim. n° 13 ; D. 1979, p. 509, note **Corlay** et I.R. p. 182, obs. **Roujou de Boubée** ; G.P. 1979, 2, 501 ; Rev. sc. crim. 1979, p. 571, **P. Bouzat**. Voir aussi le vol à l'occasion d'une vente (*infra* n° 224 et s) ou d'une sûreté contractuelle (*infra* n° 248).

³⁰ Voir *infra* n° 222 et s.

³¹ Voir *supra* n° 205 et s.

A - Obstacles techniques.

219. Le consentement peut-il être considéré comme un fait justificatif lorsqu'il n'est pas un élément constitutif de l'infraction considérée ? La nécessité de ne pas confondre les notions de fait justificatif et d'élément constitutif de l'infraction en raison de leur effet différent n'est plus un obstacle ici. Pourtant, le consentement de la victime est tout simplement absent de la liste élaborée par le nouveau Code pénal. Le législateur, loin de l'ajouter, alors que la question se pose de longue date, omet de l'introduire dans une liste pourtant largement modifiée et actualisée³².

L'apparition d'un tout nouveau fait justificatif renforce l'idée selon laquelle le législateur refuserait de considérer le consentement de la victime comme élément de cette théorie. En effet, l'autorisation de la loi qui n'était jusqu'alors qu'une extension jurisprudentielle de la liste des faits justificatifs, exclut vraisemblablement le consentement de la victime de cette liste. Si la jurisprudence admet que l'infraction de violence, voire d'homicide involontaire, puisse se produire sans que l'on puisse déclarer son auteur coupable d'infraction, ce n'est pas seulement en raison du consentement de la victime³³. Ce consentement est, certes, indispensable, mais le fait justificatif est bien l'autorisation de la loi : le consentement n'est qu'un élément nécessaire, parmi d'autres, à cette autorisation. La loi autorise le médecin à mener des opérations chirurgicales sur le corps de son patient à partir du moment où un certain nombre de règles sont respectées (habilitations professionnelles, but thérapeutique, ...). Le consentement participe de l'autorisation de la loi, mais n'est pas, à lui seul, un fait justificatif³⁴.

L'autorisation de la loi, avant implicite, existe aujourd'hui en matière médicale, grâce au récent article 16-3 du Code civil : il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Une entorse officielle aux principes d'intangibilité et d'inviolabilité du corps humain est consacrée dans le Code civil. Certaines théories, fondées sur l'idée de liberté individuelle, voire sur le droit de propriété dont disposerait l'homme sur son propre corps, ont pu être avancées pour nier ces principes³⁵. Mais elles n'expliquaient en rien les entorses admises par le juge pénal à ces principes d'ordre public lorsqu'elles étaient menées par le corps médical ou à l'occasion de certains contrats. Seul le mécanisme des faits justificatifs peut expliquer ces atteintes aux principes, ... mais c'est bien l'autorisation de la loi et non le consentement de la victime qui joue ce rôle.

³² Voir *supra* n° 209.

³³ *Contra* : P. Salvage, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim. 1992, p. 707, n° 13 et 14.

³⁴ En ce sens, B. Py, thèse préc., p. 104.

³⁵ B. Py, thèse préc., p. 88 et s.

B - Obstacle lié à la notion d'intérêt général.

220. Ici encore³⁶, le consentement de la victime peut être considéré comme susceptible de heurter l'ordre public, tout particulièrement en ce qui concerne les infractions contre les personnes. En effet, il serait possible de faire appel à la notion de résultat pénal pour démontrer que le consentement ne peut tenir lieu de fait justificatif : le fait que la victime consente à l'acte n'empêche pas que le résultat pénal redouté par le législateur soit atteint³⁷. Mais d'autres arguments peuvent être envisagés puisque nous étudions ici les infractions ne contenant pas de notion contractuelle dans leurs éléments constitutifs. En effet, certains principes généraux du droit, déjà évoqués, font obstacle à ce que le consentement soit suffisant à justifier l'infraction : principes d'intangibilité et d'inviolabilité du corps humain, consacrés par les récents articles 16 et suivants du Code civil. Ainsi, l'article 16-1 dispose : « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.* » En tout état de cause, il arrive que le consentement de la victime ne soit pas nécessaire pour pouvoir aller contre le principe de l'intégrité du corps humain, comme le confirme l'article 16-3 du Code civil : « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli ... hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* »³⁸. Dès lors, les quelques exceptions aux grands principes d'inviolabilité du corps humain ne sont admises, non pas en raison d'une expression du consentement, mais bien grâce à la permission de la loi. Le consentement de la victime est exigé comme condition de cette autorisation, dans les cas où il est possible de le recueillir. Le principe de fonctionnement de la « justice publique » consiste pour l'Etat à se substituer aux volontés particulières : « *Désormais, ce n'est plus à la victime de décider s'il y a, ou non, infraction ni à elle d'infliger la sanction* »³⁹.

La notion d'ordre public sanitaire⁴⁰ justifie les exceptions aux exigences de consentement admises par le législateur (vaccinations obligatoires, ...) ou par le juge pénal (situation d'urgence, obligation de porter secours à une personne qui tente de se suicider, ...). Cet ordre public sanitaire relativise fortement l'importance du consentement, même si cette règle reste de principe.

221. Il semble qu'en l'état actuel du droit positif, il est impossible de considérer le consentement de la victime comme étant, à lui seul, un fait justificatif. Pourtant, le droit pénal évolue : jadis, les règles de droit pénal avaient pour objectif la lutte contre les débordements d'un Etat abusif et ses traumatisantes « lettres de cachet ». La protection de la

³⁶ Voir *supra* n° 211.

³⁷ **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Droit pénal général*, préc., n° 277. **G. Stéfani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Droit pénal général*, préc., n° 410.

³⁸ Voir *supra* n° 67.

³⁹ **P. Salvage**, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim. 1992, p. 699, n° 3.

⁴⁰ **R. Nerson**, *Le respect par le médecin de la volonté du malade*, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 854.

société-victime s'est ensuite substituée à la protection de la société-potentiellement-accusée. Puis l'importance croissante des intérêts privés dans le droit pénal, en particulier dans les textes périphériques au Code pénal principal (Code de la consommation, de la santé publique, ...), suscite l'intérêt des juges pour la victime ou le délinquant en tant que personne privée, non plus en tant que partie du corps social.

Cet intérêt croissant du droit pénal pour la protection des intérêts individuels pourrait modifier le point de référence de la définition du fait justificatif. On ne se demandera plus si, grâce au fait considéré, l'ordre public est préservé, mais si la personne que le texte d'incrimination tendait à protéger a vu ses intérêts préservés. Or, une manifestation de consentement permet effectivement de penser que les intérêts personnels sont bien sauvegardés.

Si le consentement ou le contrat ont parfois permis d'écarter la sanction pénale, ils ne l'empêchent en général nullement : les conventions ne font pas obstacle aux condamnations. Le juge écarte les fictions établies par le droit civil ou commercial des contrats qui tendraient à empêcher la qualification infractionnelle du comportement litigieux. Il arrive aussi que le juge affirme l'existence d'une infraction tout en approuvant ou en affinant, une option choisie par le droit des conventions.

Section 2 – Convention et existence de l'infraction.

222. L'examen de l'intention réelle et la théorie de l'apparence sont les clés de la constitution de l'infraction⁴¹. Les juridictions répressives atténuent leurs exigences de pure technique juridique, en particulier au détriment des règles civilistes, au profit de l'examen de la psychologie du délinquant et de la réalité des rapports juridiques qu'ils entretiennent avec les biens et les tiers. Les juges naturels des contrats tirent certaines conséquences des conventions ; leurs constructions sont motivées par des besoins de rapidité et d'efficacité de la pratique contractuelle mais reflètent insuffisamment la réalité pour le juge pénal qui doit sonder les esprits et sanctionner justement. Le travail de qualification exacte des faits en termes juridiques oblige la juridiction pénale à analyser sans préjugé les rapports contractuels ou les qualités de contractant, ce qui l'amène à corriger, écarter mais aussi parfois à conforter et encourager les choix et les qualifications des juges civils (paragraphe 1) ou commerciaux (paragraphe 2).

⁴¹ Voir *supra* n° 181.

Paragraphe 1 – Le rejet des fictions civilistes.

223. Les juridictions répressives ont fait preuve de « rébellion »⁴² à l'égard de principes du droit civil des conventions qui font dépendre de la seule volonté des parties la situation juridique d'un bien, aussi artificielle que puisse être la solution. Ces fictions organisées par le droit civil privent la loi et le juge de leurs pouvoirs de régulation et sont susceptibles d'empêcher une poursuite répressive. Le juge pénal refuse de laisser impunie une personne animée de coupables intentions et dont le comportement est presque en tout point semblable à celui décrit par le texte d'incrimination, lorsque seul manque un critère civiliste de définition de la notion contractuelle employée par le texte d'incrimination. Mais, une fois encore, la question du respect du principe de la légalité criminelle est posée. Le refus de certaines règles du droit civil est particulièrement manifeste en ce qui concerne la transmission instantanée de la propriété (A) et les sûretés conventionnelles (B).

A - Refus de la transmission instantanée de la propriété.

224. Avant de traiter de la propriété, nous souhaitons évoquer la proche notion de possession et souligner ici une divergence des jurisprudences civiles et pénales. Pour définir l'infraction de vol et la soustraction de la possession qu'elle suppose, les juges considèrent la notion de possession sans exiger le *corpus* comme composante⁴³. Le fait de remettre une chose à quelqu'un, donc le *corpus* de la chose puisque la personne aura un comportement de fait identique à celui du propriétaire, ne donne pas forcément la possession si celui qui remet la chose conserve l'*animus* : l'état d'esprit de propriétaire, la volonté de se comporter comme le propriétaire de la chose. Seul l'*animus* compte en droit pénal dans la définition de la possession. Celui qui perd un objet ou qui le confie reste possesseur de la chose, même s'il n'a que l'*animus*. Celui qui se comporte volontairement comme propriétaire avec la chose qu'il sait confiée ou perdue usurpe la possession. Cela permet au juge pénal de sanctionner le vol, alors que l'objet litigieux a été préalablement remis au prévenu par son propriétaire. Ainsi en est-il dans l'arrêt *Logabax*⁴⁴.

225. La jurisprudence en matière de vol se heurte depuis le XIX^e siècle à un délicat sophisme concernant la transmission de propriété. Dans le cadre d'une vente au comptant, l'acheteur appréhende la marchandise quelques instants avant de la payer, ce qui est devenu monnaie courante avec la généralisation du commerce en libre-service. Or, si le droit des contrats est appliqué dans tous ses principes, l'infraction de vol ne peut jamais être

⁴² D. Veaux, *Vol et transfert de propriété*, Mélanges Bouzat, Pédone 1980, p. 351, n° 8, 32. C. Ophèle Rossetto, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 87, spéc. p. 95.

⁴³ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 73. Voir *supra* n° 217.

⁴⁴ Cass. crim. 8 janvier 1979, Bull. crim. n° 13 ; D. 1979, p. 509, note Corlay et I.R. p. 182, obs. Roujou de Boubée ; G.P. 1979, 2, p. 501 ; Rev. sc. crim. 1979, p. 571, P. Bouzat, préc., n° 79.

constituée en de telles circonstances⁴⁵ : le transfert *solo consensu* de la propriété paralyse cette infraction qui suppose la soustraction de la chose d'autrui. Pourtant, la facilité de faire disparaître un objet dans les magasins libre-service et la multiplication de ces comportements ont conduit les juridictions répressives à les sanctionner sur le fondement du vol. Les arrêts intéressants sont souvent anciens et les décisions peu abondantes. Cette option jurisprudentielle, en délicatesse avec des principes importants du droit civil, s'est ancrée dans les esprits comme une évidence et permet désormais au personnel de ces établissements de régler seuls ces problèmes par médiation⁴⁶ : les contrevenants interpellés, menacés de poursuites et certains d'être condamnés, acceptent facilement de payer leur larcin et la tâche des tribunaux s'en trouve ainsi considérablement allégée. M. Carbonnier soulignait cet aspect dès 1960 : « *Il ne faut pas s'arrêter au petit nombre des décisions pénales publiées. Cette théorie du vol dans la vente au comptant a une énorme importance pratique. Elle donne au commerce du détail une sécurité incomparable, que ni privilège, ni rétention, ni revendication, ni résolution – pour reprendre l'arsenal civiliste – ne sauraient lui procurer* »⁴⁷. La jurisprudence conduit néanmoins à s'interroger sur la qualification de vol dans le cadre des ventes au comptant (1), les justifications étant encore plus délicates et la remise en cause des principes du droit civil plus importante lorsque l'idée de vol apparaît postérieurement au choix du produit (2).

1 – Le vol dans les ventes au comptant.

226. Le vol est, selon l'article 311-1 du nouveau Code pénal, « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* »⁴⁸. Le vendeur qui expose ses marchandises dans des rayons est en état d'offre permanente, offre précise et ferme. Lorsqu'une personne choisit un article, elle manifeste ainsi son acceptation de l'offre. L'article 1583 du Code civil dispose que la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». Le client devient propriétaire de la chose au moment où il la choisit dans les rayons et où il manifeste ainsi son accord sur la chose et sur le prix proposés par le vendeur. La vente est parfaite et la propriété est transmise instantanément⁴⁹, nonobstant l'absence de paiement. Dès lors, l'infraction de vol qui suppose la soustraction d'un bien appartenant à autrui, est inenvisageable et ce, même si le client

⁴⁵ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 4 ; J. Larguier, P. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 103 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 73 ; S. Mithouard, *Protection de la personnalité du consommateur*, Jurisclasseur concurrence-consommation, Fasc. 925, n° 29 et s.

⁴⁶ Voir *infra* en deuxième partie, n° 504.

⁴⁷ J. Carbonnier, *L'influence du paiement du prix sur le transfert de propriété dans la vente*, in Travaux et Conférences, Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, T. VIII, 1960 p. 127, spéc. p. 135.

⁴⁸ Ce qui n'est qu'une reformulation de la définition donnée par l'article 379 de l'ancien Code pénal : « *Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartenait pas est coupable de vol* ».

⁴⁹ P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, Cujas 1998, 12^{ème} éd., n° 251. F. Collart Dutilleul, P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz Précis 1998, 4^{ème} éd., n° 187.

dissimule l'objet choisi et passe devant les caisses sans payer. On ne peut voler sa propre chose : le fait de ne pas payer constitue seulement le refus d'exécuter l'obligation née du contrat de vente, inexécution dolosive, ce qui aggrave les sanctions civiles.

C'est ce raisonnement que tint, dans un premier temps, la chambre criminelle⁵⁰. Mais les juges ne restèrent pas longtemps sur cette position pourtant louée par la doctrine : à partir de 1915⁵¹, la remise de la chose par le vendeur fut considérée comme ne conférant qu'une simple détention précaire. « *Dans une vente au comptant, la remise définitive de l'objet vendu n'est consentie par le vendeur à l'acheteur qu'au moment du versement du prix. Jusque là, il n'y a qu'un dessaisissement provisoire qui ne modifie pas les droits du vendeur* ». Cette jurisprudence s'est renouvelée dans des situations diverses, telle celle du client qui enlève des marchandises sans bon de livraison avec la complicité du chef de dépôt⁵². De nombreuses justifications peu convaincantes de cette jurisprudence furent avancées (a). Cette jurisprudence peut pourtant être clairement et logiquement expliquée (b).

a – De nombreuses justifications peu convaincantes.

227. Des auteurs ont voulu démontrer que le contrat de vente ne pouvait être conclu qu'au moment du paiement aux caisses, et ce par la description de l'attitude du client ordinaire en cours d'achats⁵³. Selon ces auteurs, il est difficilement concevable de considérer la vente conclue dès que le client a choisi l'objet, en raison de la faculté de changer d'avis dont il dispose : il peut hésiter, choisir, revenir sur sa décision, opter pour un produit moins cher ou reporter son achat. Il faudrait alors considérer que le client conclut un contrat de vente, puis le résout unilatéralement, en conclut un autre, etc. La vente et la transmission de propriété n'ont lieu qu'aux caisses pour des raisons de vraisemblance. Pourtant, comme le souligne M. Lacombe⁵⁴, il est incontestable qu'un échange de consentements est intervenu : ce contrat de vente en libre service peut s'analyser comme une vente assortie d'un droit de repentir, devenue monnaie courante dans les relations entre consommateurs et professionnels.

228. Des auteurs ont tenté d'expliquer cette solution par l'idée de clause de réserve de propriété tacite, dont on déduirait la présence dans le contrat grâce au fait que l'acheteur utilise un sac, panier ou chariot appartenant au vendeur⁵⁵. Cette explication paraît peu convaincante. Il faut d'abord noter que cette jurisprudence est apparue dans des affaires

⁵⁰ Cass. crim., 7 janvier 1864, S. 1864, 1, p. 242, Rapport **Hélie** ; 17 mars 1899, Bull. crim. n° 58.

⁵¹ Cass. crim., 4 juin 1915, D. 1921, I, p. 57, note **Nast** ; S. 1918, 1, p. 225, note **Roux** ; 4 novembre 1964, JCP 1965, II, 14066, note **Chavanne** ; 21 avril 1964, 2 arrêts, JCP 1965, II, 13973 ; 28 mai 1975, Bull. crim. n° 138 ; 11 janvier 1977, Bull. crim. n° 13, Rev. sc. crim. 1977, p. 823, obs. **Bouzat** ; 30 novembre 1977, Bull. crim. n° 381, Rev. sc. crim. 1978, p. 355, obs. **Bouzat**.

⁵² Cass. crim., 4 novembre 1977, Bull. crim. n° 330.

⁵³ **A. Tunc**, RTD civ. 1962, p. 305 ; **R. Savatier**, note sous Cass. civ., 14 décembre 1961, JCP 1962, II, 12547.

⁵⁴ **J. Lacombe**, *La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients*, RTD civ. 1963, p. 242, n° 44.

⁵⁵ Notamment : **Roux**, S. 1918-1919, 1, p. 225 ; **Nast**, D. 1921, 1, p. 5 ; **H., L. et J. Mazeaud**, *Leçon de droit civil*, Vente et échange, par **M. de Juglart**, n° 924 ; **Lemercier**, S. 1948, 1, p. 152.

de vente au comptant, hors de tout contexte de magasin type libre-service, peu répandus à l'époque. Il n'y avait, dès lors, aucun « contenant » délivré par le vendeur pouvant influencer sur les raisonnements des juges. D'autre part, rien ne pouvant exprimer une clause de réserve de propriété n'est mentionné sur ces contenants. Vouloir y trouver le signe d'une telle clause est fort aventureux, d'autant plus qu'ils sont, la plupart du temps, facultatifs - on peut choisir ses produits et les porter à la main dans la majeure partie des libres-services - et qu'ils peuvent servir après le passage aux caisses : quelle signification juridique donnera-t-on au chariot que l'on pousse jusqu'au coffre de sa voiture, ou même aux sacs en plastique, estampillés au « logo » du magasin, que l'on emporte chez soi ?

La découverte d'une clause de réserve de propriété dans la vente au comptant et particulièrement en libre-service, relève d'une recherche artificielle (voire opportuniste) de la volonté des parties. Elle n'est soutenue par aucun indice (aucun panneau à l'entrée des commerces, ...). Certes, l'article 1135 du Code civil oblige les contractants à « *toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Les juges civils n'ont pas hésité à utiliser cette disposition pour imaginer des obligations d'information ou de sécurité, « forçant » ainsi le contenu du contrat. Si le juge appuyait réellement son raisonnement sur une clause de réserve de propriété tacite, il insérerait cette disposition dans le contrat de « *vive force* », selon l'expression de Josserand⁵⁶. La recherche de la volonté des contractants serait fort artificielle et une obligation prétorienne fictive ne peut fonder un raisonnement de droit pénal. Aucune allusion n'est ici faite à une quelconque clause de réserve de propriété. Si, en principe, une telle clause peut être acceptée par le silence tacite puisque l'absence de protestation suffit⁵⁷, la loi impose à sa rédaction un formalisme important. Son opposabilité à l'acheteur est soumise au respect d'une mention écrite⁵⁸ et les juges exigent qu'elle figure de façon très apparente⁵⁹.

Enfin, un arrêt de la chambre criminelle du 11 octobre 1990 a refusé la qualification de vol lorsqu'une clause de réserve de propriété est incluse dans le contrat⁶⁰.

229. Des auteurs ont affirmé que le contrat ne pouvait être conclu que lors du passage des clients aux caisses, car, alors seulement, les clients entraient en contact avec le vendeur ou l'un de ses préposés. Mais le contrat de vente ne nécessite nulle personnification. Le principe du consensualisme laisse toute liberté aux modes d'expression du consentement.

⁵⁶ *Le contrat dirigé*, D. 1933, chron. p. 89.

⁵⁷ Cass. com. 12 décembre 1984, Bull. civ. IV, n° 347, D 1985, IR, 255, obs. **Derrida** ; 9 juin 1987, Bull. civ. IV, n° 141, RTD com. 1988, p. 487, obs. **Hémar** et **Bouloc**.

⁵⁸ Par exemple, article 121 alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises : « Cette clause qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison ». Voir aussi Cass. com. 10 février 1987, Bull. civ. IV n° 36, RTD com. 1988, p. 119, obs. **Hémar** et **Bouloc**. **M. Cabrillac, C. Mouly**, *Droit des sûretés*, Litec 1997, 5^{ème} éd., n° 733. **P. Malaurie, L. Aynès, P. Théry**, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Cujas 4^{ème} éd. 1998, n° 754.

⁵⁹ Cass. com. 1^{er} octobre 1985, Bull. civ. IV, n° 222.

⁶⁰ Cass. crim. 11 octobre 1990, D. 1991, p. 234, note **M.-A. Peano** ; Rev. sc. crim. 1991, p. 765, obs. **P. Bouzat** ; GP 1991, 177.

L'étude sociologique des comportements, afin de savoir si, dans les esprits, le contrat de vente est conclu ou non, n'est pas plus indicative : le client n'aura aucun sentiment de propriété à l'égard de l'un des vingt objets identiques étiquetés à un prix ordinaire, choisi dans un rayon, alors qu'il aura précisément ce sentiment, presque triomphant et défensif, lors d'une « braderie anniversaire », ayant trouvé ce même objet à un prix dérisoire⁶¹.

Il paraît impossible d'affirmer que le transfert de propriété est retardé, en termes de droit civil. Une idée fort simple permet pourtant d'expliquer la condamnation pour vol dans le respect de toutes les règles du droit civil.

b – L'explication retenue.

230. Une autre justification, beaucoup plus solide, est apportée par plusieurs auteurs à cette jurisprudence constante qui rend le vol possible dans la vente au comptant⁶². L'article 1583 du Code civil exige, pour que la vente soit parfaite, un accord sur la chose et sur le prix. Or, précisément, une personne qui se saisit de l'objet avec le dessein de ne pas payer, si elle est d'accord avec le vendeur en ce qui concerne la chose, ne l'est pas en ce qui concerne le prix. Cette conclusion s'impose. Il manque en réalité une volonté véritable de s'engager. Faute de cette volonté, la vente ne peut être considérée comme conclue et la propriété transmise. Dès lors, le client mal intentionné subtilise bien la chose d'autrui et non pas un article devenu sa propriété. La jurisprudence de la chambre criminelle respecte bien l'article 1583 du Code civil et la définition du vol, du Code pénal nouveau comme ancien.

Pourtant, cette justification ne suffit plus dans la circonstance particulière où l'individu a choisi l'objet avec l'intention de le payer et, plus tard, décide finalement de ne pas en acquitter le prix.

2 – Vol et vente au comptant : l'idée de vol postérieure au choix du produit.

231. Si cette explication paraît logique lorsque l'individu s'est emparé de la marchandise avec l'intention de partir sans payer, elle l'est beaucoup moins si l'idée lui est venue, chemin faisant vers le lieu de paiement. Rigueurs universitaires ? Raisonnement coupé

⁶¹ **M. Carbonnier** (*Sociologie et droit*, Centre Européen Universitaire de Nancy, session 1961-1962) cite une expérience menée par un chercheur américain qui avait filmé les clientes d'un supermarché. Il étudiait particulièrement les battements de paupières au cours des diverses phases de l'achat. Le rythme tombait brusquement de 32 battements à la minute avant l'entrée dans le magasin, à 14 battements au moment où la cliente saisissait l'objet qu'elle voulait acheter, pour remonter à 45 lorsqu'elle devait payer. Cette accélération a été interprétée comme signe que le moment du paiement est crucial, plus que celui du choix. Dès lors, le sentiment d'être propriétaire n'existerait, sociologiquement, qu'au moment du paiement ...

⁶² Notamment : **E. Garçon**, *Code pénal annoté*, Sirey 1959, article 379, n° 117, n° 331. **A. Chavanne**, JCP 1958. II. 10810. **J. Larguier**, **A.-M. Larguier**, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, Rev. sc. crim. 1972, p. 759, spéc. p. 780. **H., L. et J. Mazeaud**, *Leçon de droit civil, Vente et échange*, par **M. de Juglart**, n° 924. **D. Veaux**, *Vol et transfert de propriété*, Mélanges Bouzat, Pédonne 1980, p. 351, spéc. p. 373, n° 38. **J. Ghestin**, **B. Desché**, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990, n° 552. **W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 4, p. 5, note 1.

des nécessités économiques ? Cependant, il semble que le droit pénal et le droit civil, là encore, s'opposent à ce que la juridiction pénale sanctionne l'individu pour vol.

Pourtant, la chambre criminelle n'a pas hésité à qualifier de vol un tel comportement dans un arrêt du 30 mai 1958⁶³. Un magasin fonctionnait selon un système mixte : libre service à l'intérieur, une employée était chargée de servir les fruits et légumes à l'extérieur. Cette personne servait les clients et inscrivait le montant de leurs achats sur une plaquette. Le client, muni de ses achats et de la plaquette, payait à l'intérieur du magasin en même temps que les autres achats qu'il pouvait y faire éventuellement. M. Stefanski se fit ainsi servir des fruits et légumes pour un montant de 688 francs. Il entra dans le magasin muni de ses fruits et de la plaquette, ainsi que d'un sac pour les achats à faire à l'intérieur. Ayant choisi un paquet de tapioca, il s'aperçut que, sur la plaquette était restée la somme à payer par le client l'ayant précédé : 229 francs. Il choisit d'effacer le prix qu'il devait normalement payer. Il régla à la caisse son paquet de tapioca et 229 francs de légumes alors qu'il en emportait pour 688 francs. Au moment de l'appréhension des légumes M. Stefanski était d'accord sur la chose et sur le prix. Bien que la vente soit conclue, la Cour de cassation approuva la culpabilité du client pour vol.

L'article 311-1 du Code pénal définit le vol comme étant une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Il faut tenter d'expliquer cette jurisprudence au regard des règles du droit civil (a), mais aussi du droit pénal (b).

a - Tentative d'explication au regard du droit civil : la chose d'autrui.

232. Quant à la chose d'autrui, il semble que l'objection soulevée pour les affaires précédemment étudiées⁶⁴ est inopérante ici : au moment de l'appréhension de la chose par le client, il y a bel et bien véritable accord sur la chose et sur le prix. L'objet est bien devenu sa propriété et la vente est conclue. Si le client refuse de payer, ce n'est plus du vol : il n'y a plus soustraction frauduleuse de la *chose d'autrui*. Le comportement du client est constitutif d'une inexécution contractuelle, certes dolosive et entraînant une responsabilité contractuelle aggravée, mais certainement pas trois ans d'emprisonnement et 300 000 francs d'amende⁶⁵.

Des auteurs ont tenté de justifier cette solution de l'arrêt de 1958 par des arguments de pure opportunité : « *On ne peut blâmer la Cour de cassation d'avoir attribué à une espèce de ce genre la notion de vol. C'est certainement le moyen le plus sûr de protéger contre des actes indéliçats des systèmes commerciaux nouveaux qui, en associant le client aux opérations de vente, concourent à réduire les frais généraux et par suite, à baisser les prix* »⁶⁶. Doit-on lire : au diable la rigueur du droit pénal pourvu que le consommateur ou les

⁶³ D. 1958, p. 513.

⁶⁴ Voir *supra* n° 230.

⁶⁵ Article 311-3 du nouveau Code pénal.

⁶⁶ **MR MP**, note sous l'arrêt Cass. crim. 30 mai 1958, D. 1958, p. 513.

marchés s'en trouvent mieux ? Admettons que le droit pénal soit à géométrie variable en fonction des impératifs économiques du moment : c'est la solution inverse qu'il faudrait aujourd'hui adopter. Les exigences toutes puissantes du consommateur tendent à laisser un peu de terrain face au fléau du chômage. On parlait d'embaucher des pompistes ou des poinçonneurs dans les transports en commun : la baisse des frais généraux par la diminution du nombre d'employés aux services n'est plus l'ultime ambition. En raison de ces nouveaux impératifs économiques, verra-t-on la chambre criminelle modifier sa jurisprudence sur le vol ? Un revirement encouragerait les commerçants à embaucher du personnel de surveillance.

Faute de trouver par quel mécanisme le transfert de propriété pouvait être retardé jusqu'au paiement, des auteurs ont expliqué cette qualification de vol par le mécanisme de la résolution pour inexécution. Le client devient pleinement propriétaire au moment de l'appréhension de la chose mais le contrat de vente est assorti d'une clause résolutoire en cas de non-paiement du prix⁶⁷. Il est vrai que l'article 1184 du Code civil précise que cette clause de résolution pour inexécution est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. Cependant, l'application de l'article 1184 exige l'intervention du juge et ne peut se faire spontanément⁶⁸. De plus, il semble que la juridiction pénale n'admette guère ces règles de droit civil concernant la résolution ou l'annulation des contrats en raison de leurs effets rétroactifs⁶⁹. De plus, cette solution revient à dissocier l'apparition des éléments de l'infraction : la soustraction, élément matériel, apparaît dès l'appréhension de la chose par l'individu, mais l'infraction n'est totalement constituée qu'au moment du passage aux caisses. Le juge répressif n'a sans doute pas pensé à ce mécanisme de la résolution pour inexécution lorsqu'il a choisi la condamnation pour vol. Il s'agit plutôt d'une distance prise avec le principe de transfert de propriété *solo consensu*.

L'article 1583 du Code civil semble bel et bien éludé par la chambre criminelle, ce qui est fait - il faut bien se rendre à l'évidence - en toute circonstance, que la volonté de voler apparaisse au moment de l'appréhension de la chose ou plus tardivement comme dans l'affaire précédemment évoquée. N'est-il pas possible de justifier cette mise à l'écart ? Il semble que l'usage de cette disposition dans les ventes au comptant n'est pas forcément judicieux et doit perdre son statut de principe incontournable (α). Il conviendra d'en rechercher les conséquences (β).

⁶⁷ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 73. D. Veaux, *Vol et transfert de propriété*, Mélanges Bouzat, Pédone 1980, p. 351, spéc. p. 375, n° 40.

⁶⁸ « Le contrat n'est point résolu de plein droit ».

⁶⁹ J. et A.-M. Larguier, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, Rev. sc. crim. 1972, p. 759.

α - L'usage de l'article 1583 du Code civil en question.

233. M. Carbonnier a montré que l'article 1583 semble mal employé par les civilistes dans les ventes au comptant⁷⁰. Lorsque ce texte affirme que le contrat est formé même si le prix n'est pas encore payé ou la chose non encore livrée, seuls le non paiement ou la non-délivrance *organisés contractuellement*, expressément prévus par les contractants, sont visés. En aucun cas ce texte ne vise le refus délibéré de délivrance ou de paiement⁷¹. Si le client indélicat refuse de payer de façon délibérée, on ne peut considérer la vente comme conclue. Mais ce raisonnement ne concerne que l'hypothèse où l'intention de ne pas payer est apparue de façon contemporaine à l'appréhension de l'objet dans les rayons.

M. Carbonnier ajoute que l'article 1583 ne peut concerner les ventes au comptant⁷². En effet, cette disposition est intervenue pour organiser une transmission de la propriété dans les contrats de vente qui prévoyaient expressément une livraison différée de la chose ou un paiement ultérieur du prix, par un crédit par exemple. Si l'on se réfère à l'état du droit lors de la promulgation du Code civil, il semble que le consensualisme ne rompt pas systématiquement le lien entre le transfert de propriété et le paiement, mais seulement entre la conclusion du contrat et l'exécution des obligations⁷³. En effet, Pothier écrit dans son traité de la vente que la propriété n'est transmise qu'une fois le prix payé⁷⁴. Si le vendeur ne demande pas à être payé pendant un certain délai après la livraison (situation envisagée par l'article 1583), on présume le transfert de propriété effectif car le vendeur manifesterait ainsi sa confiance en l'acheteur. Dès lors, si l'article 1583 du Code civil n'est pas conçu pour la vente au comptant, mais seulement pour organiser le transfert de propriété dans des cas de ventes à paiements ou livraisons différées, il est possible de penser que dans un commerce libre-service, si le contrat de vente est bel et bien conclu lors de l'appréhension de la marchandise par le client, le vendeur n'entend transférer la propriété qu'au moment du passage aux caisses. En somme, il convient de dissocier conclusion du contrat et transfert de la propriété, toujours subordonné au paiement.

Y a-t-il condition suspensive ou résolutoire ? Des auteurs ont considéré que la vente en libre service pouvait être qualifiée de vente assortie d'une condition⁷⁵ : la formation du contrat dépendrait du paiement et le transfert de propriété dépendrait de cette condition. Cependant, il semble étrange de qualifier de simple condition ce qui est une obligation essentielle du contrat. La condition n'est qu'une « *modalité de l'obligation, subordonnant la formation de celle-ci à la survenance d'un événement futur et incertain* »⁷⁶.

⁷⁰ J. Carbonnier, *L'influence du paiement du prix sur le transfert de propriété dans la vente*, in Travaux et Conférences, Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, T. VIII, 1960 p. 127 et s. V. aussi, J. Lacombe, *La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients*, RTD civ. 1963, p. 242.

⁷¹ J. Carbonnier, préc., p. 131.

⁷² J. Carbonnier, préc., p. 131.

⁷³ J. Carbonnier, préc., p. 129.

⁷⁴ *Traité de la vente*, n° 322 et s., cité par J. Carbonnier, préc., p. 130.

⁷⁵ Notamment : M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 73.

⁷⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 1998, V° Condition.

Quoique le contrat de vente soit bien conclu puisqu'il y a échange des consentements, le client indélicat qui décide, chemin faisant vers les caisses, de ne pas payer, vole bien la chose du vendeur et non sa propre chose. L'article 1583 est inopérant en matière de vente au comptant.

234. Une objection peut cependant être opposée à ce raisonnement. Certes, l'article 1583 n'organise le transfert de propriété immédiat que lorsque le paiement différé est fixé contractuellement. Ne peut-on alors penser, que lorsque le vendeur autorise ses clients à se servir eux-mêmes en ne payant qu'au terme de leur « périple » dans le magasin, c'est bien un paiement légèrement différé qui est contractuellement organisé ? Il est possible, en effet, de douter de la qualification de « vente au comptant » dans un libre-service, tout particulièrement en grande surface. Il convient de remarquer que, dans ces dernières, de véritables ventes au comptant sont parfois organisées dans certains rayons⁷⁷. Ces contre-exemples montrent que la vente dans les autres rayons connaît bien un paiement différé ... et l'article 1583 voit alors son champ d'application s'ouvrir à nouveau sur les ventes en libre-service ; la jurisprudence de la chambre criminelle dans les affaires de vol avec apparition différée de l'élément moral, comme en 1958, se retrouve sans justification ...

235. Pourtant, une disposition du Code civil tend à montrer que la dissociation entre contrat de vente et transfert de la propriété est envisageable pour tout type de vente, y compris les ventes à paiement différé, lorsque le client se montre réticent à verser la somme due. En effet, l'article 2102- 4° du Code civil dispose : « *Les créances privilégiées sur certains meubles sont ... le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme ; si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite* ». Le vendeur peut donc revendiquer les meubles non payés pendant huit jours. Or, ce terme « revendiquer » se définit comme « *l'action en justice par laquelle on fait établir le droit de propriété qu'on a sur un bien ...* »⁷⁸. Le vendeur reste propriétaire de la chose pendant huit jours, délai de réflexion « *pour savoir s'il fait ou non confiance à l'acheteur* »⁷⁹. En fait, l'article 1583 opérant transfert immédiat de la propriété n'aurait été créé qu'en cas de vente assortie d'un crédit. « *Dans l'article 1583, l'incidente « quoique le prix n'ait pas encore été payé » pourrait bien viser simplement le cas où le prix n'a pas été payé parce que l'acheteur*

⁷⁷ Ainsi en est-il des pâtisseries, afin d'éviter la consommation avant paiement, ou des abris provisoires situés parfois à l'extérieur des bâtiments principaux (huîtres, photos, ...).

⁷⁸ **G. Cornu**, *Vocabulaire juridique*, PUF 1998, V° *Revendication*. **J. Carbonnier**, *L'influence du paiement du prix sur le transfert de propriété dans la vente*, in *Travaux et Conférences*, Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, T. VIII, 1960 p. 127, spéc. p. 131.

⁷⁹ **J. Lacombe**, *La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients*, RTD civ. 1963. 242 n° 37 note 66.

était en droit de ne pas le payer encore, en d'autres termes le cas de la vente à crédit, où, dans le système romain déjà, la propriété était immédiatement transférée »⁸⁰.

La doctrine affirme traditionnellement que le terme « revendiquer » de l'article 2102- 4° est employé dans un sens inhabituel⁸¹. Mais Planiol a réfuté ces affirmations⁸² : d'une part, une exception, simple moyen de défense, ne peut donner naissance à une action, moyen d'attaque ; d'autre part, l'article 2104- 4° est la reprise d'une disposition de l'ancien droit⁸³, identique à la loi *Venditae*⁸⁴ : « *Venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit ... sed si qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri* ». Si le vendeur laisse s'écouler un certain temps après livraison, le transfert de propriété est présumé car le vendeur est supposé faire confiance à l'acheteur.

Il est clair que lors de son élaboration, le Code civil n'entendait pas rompre totalement le lien entre paiement et transfert de propriété. L'article 1583 n'était qu'une disposition destinée à favoriser l'acquéreur dans le cadre des ventes à crédit. Le consensualisme n'avait pour objectif que de séparer formation du contrat et transfert de propriété, et non transfert de propriété et paiement. C'est l'affirmation progressive du dogme de l'autonomie de la volonté à la fin du XIX^e siècle qui a imposé une conception différente aux auteurs⁸⁵.

Dès lors, puisque la vente en libre service est une vente sans crédit expressément organisée, il est possible de considérer que, si le contrat de vente (assorti d'un droit de repentir) est conclu dès que le client a choisi l'objet dans les rayons, le droit de propriété ne lui sera transmis qu'au moment du paiement aux caisses.

β - Conclusion au regard du droit civil.

236. Cette interprétation des textes du Code civil, quelque peu iconoclaste mais si séduisante, tend à conforter une orientation des juges de la chambre criminelle qui, instinctivement, ne choque personne. Elle permettrait aussi d'expliquer la concomitance de certaines décisions de justice des différentes chambres de la Cour de cassation *a priori* contradictoires.

Les juridictions civiles affirment qu'il y a bien contrat de vente dès que le client « *ayant choisi sur un rayon l'article offert à la vente moyennant un prix affiché qu'il accepte, l'a placé dans le panier ou le sac mis à sa disposition et qu'il doit obligatoirement utiliser*

⁸⁰ J. Carbonnier, préc., spéc. p. 131.

⁸¹ J. Carbonnier, préc., p. 131

⁸² cité par J. Carbonnier, préc., p. 132 et J. Lacombe, préc.

⁸³ Coutumes de Paris, article 176 et d'Orléans, article 458.

⁸⁴ Institutes de Justinien, II. 1. 41.

⁸⁵ En ce sens, J. Carbonnier, préc., p. 132 ; voir aussi notre introduction.

jusqu'au contrôle des préposés à la caisse »⁸⁶. Le contrat de vente existe bien, ce qui n'a rien d'extraordinaire au regard des conceptions classiques. Si la deuxième chambre civile refuse d'engager la responsabilité contractuelle de l'établissement en cas de blessure d'un client au cours de ses achats, c'est parce que ce « *contrat de vente ne fait naître aucune obligation de sécurité à l'égard de l'acheteur* »⁸⁷. Dès lors, la responsabilité du magasin en cas de dommage du client est de nature délictuelle, quand la chose à l'origine du dommage participe à l'organisation et du fonctionnement du magasin (sol, portique de sécurité, rayonnage, ...) ⁸⁸, mais aussi, lorsque la chose, cause du dommage, est l'objet vendu lui-même⁸⁹. Lorsque, exceptionnellement, les juges appliquent une responsabilité de nature contractuelle, ils assortissent le contrat de vente d'une obligation de sécurité quel que soit l'objet en cause et même s'il s'agit de l'objet vendu⁹⁰. Il y a bien un contrat et, pourtant, la chambre civile semble refuser, comme la chambre criminelle, le transfert immédiat de la propriété de la chose vendue. En effet, rappelons qu'en matière de responsabilité du fait des choses, la présomption de garde repose sur la qualité de propriétaire⁹¹. Or la chambre civile a précisé que « *dans un magasin où la clientèle peut se servir elle-même, il ne suffit pas qu'un client manipule un objet offert à la vente pour qu'il y ait transfert de la garde* »⁹². Le client, tant qu'il n'a pas passé les caisses n'est pas propriétaire du bien ayant fait l'objet du contrat de vente⁹³. Si le vendeur professionnel a une obligation de sécurité concernant le produit, elle ne peut être invoquée que si le produit cause un dommage à son nouveau propriétaire lors de son utilisation, à raison d'un caractère défectueux⁹⁴. Les contradictions relevées au sein même de la jurisprudence des chambres civiles s'éclairent.

237. Dans le même temps, l'arrêt de la chambre criminelle du 30 mai 1958 ne nie pas que le contrat ait été formé, alors que cela aurait été le moyen le plus simple pour

⁸⁶ C.A. Paris, 14 décembre 1961, JCP 1962, II, 12547, note **Savatier** préc. Confirmant l'existence d'un contrat de vente, plus récemment : Cass. 2^e civ., 9 mars 1972, D. 1972, somm. p. 119. Cass. 2^e civ., 16 mai 1984, Bull. n° 86 RTD civ. 1985, p. 585, obs. **J. Huet** ; GP 1984, 2, pan. p. 264, obs. **Chabas**.

⁸⁷ Cass. 2^e civ., 7 novembre 1961, D. 1962, p. 146, et 19 novembre 1964, qui généralise la solution sans ambiguïté : *Dame Aubin contre Monoprix*, D. 1965, p. 93, note **Esmein**, JCP 1965, II, 14022, note **Rodière**. Cass. 2^e civ., 9 mars 1972, D. 1972, somm. p. 119. Cass. 2^e civ., 16 mai 1984, Bull. civ. II, n° 86 RTD civ. 1985, p. 585, obs. **J. Huet** ; GP 1984, 2, pan. p. 264, obs. **Chabas**. Cass. 2^e civ., 29 mai 1996, Bull. civ. II, n° 227.

⁸⁸ Cass. 2^e civ., 24 janvier 1985, Bull. civ. II, n° 21 : dommage causé par une parcelle de crème glacée tombée sur le sol ; le sol du magasin, dont le défendeur avait la garde, était donc anormalement glissant et était l'instrument du dommage. Cass. 2^e civ., 5 juin 1991, D. 1992, p. 409, note **C. Lapoyade-Deschamps** : « *la responsabilité d'un commerçant à l'égard de ses clients quant à l'organisation et au fonctionnement (sonnerie intempestive de portique de contrôle) d'un établissement dont l'entrée est libre est de nature quasi délictuelle* ». Cass. 2^e civ., 29 mai 1996, Bull. civ. II, n° 227, préc.

Voir **P. le Tourneau, L. Cadiet, Responsabilité**, préc., n° 3721 et s.

⁸⁹ Cass. 2^e civ., 16 mai 1984, Bull. civ. II, n° 86 ; RTD civ. 1985, p. 585, obs. **J. Huet** ; GP 1984, 2, pan. p. 264, obs. **Chabas**. Cass. 2^e civ., 28 février 1996, Bull. civ. II, n° 52 ; RTD civ. 1996, p. 631, obs. **P. Jourdain**.

⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 12 juin 1979, Bull. civ. I, n° 175 ; Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1978, Bull. civ. I, n° 27.

⁹¹ Voir par exemple, Cass. 2^e civ., 6 janvier 1993, Bull. civ. II, n° 5 : « *Y..., est présumé gardien en sa qualité de propriétaire* ».

⁹² Cass. 2^e civ., 28 février 1996, Bull. civ. II, n° 52, RTD civ. 1996, p. 631, obs. **Jourdain**. Cass. 2^e civ., 29 mai 1996, Bull. civ. II, n° 227.

⁹³ Tant que les caisses ne sont pas dépassées, le magasin est toujours propriétaire et gardien de la chose : Cass. 2^e civ., 16 mai 1984, préc. : « *La victime est blessée au pied par un éclat provenant de la chute d'une bouteille qui avait basculé du plan incliné d'une caisse enregistreuse* ».

⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996 et 15 octobre 1996, JCP 1997, I, 4025, p. 240, obs. **G. Viney**.

affirmer l'existence d'un vol. Elle affirme seulement que le moment du transfert de la propriété est retardé jusqu'au paiement du prix. « *Les produits, ... quoique remis au client et placés dans son sac personnel, demeurent au même titre que les produits choisis à l'intérieur, et placés dans le panier spécial fourni par la maison, la propriété du vendeur, et restent même en la possession de ce dernier jusqu'au paiement qui s'effectue à la sortie, le client n'en ayant jusque là qu'une détention purement matérielle* ». Apparemment, comme devant la chambre civile, il y a un contrat de vente dès l'appréhension de la chose, mais le transfert de propriété n'a lieu que lors du passage aux caisses.

Notons enfin que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 a adopté cette dissociation entre formation du contrat et transmission de la propriété, qui est de plus en plus fréquente en droit positif⁹⁵. Il est vrai que la transmission de la propriété *solo consensu* est ignorée par des systèmes juridiques pourtant voisins du nôtre, tel que les systèmes allemands ou italien⁹⁶.

238. La juridiction pénale se préoccupe de la convention dans la mesure où celle-ci tend vers l'équilibre des relations entre les personnes, valeur universelle⁹⁷. Il n'est pas possible de consacrer des principes civilistes qui tendent à rompre les équilibres, fondés sur des règles telles que l'autonomie de la volonté dont la valeur de principe fondateur est contestable : au nom de ce principe, le plus grand mépris est affiché à l'encontre des contrats réels, qui résistent pourtant⁹⁸. Les constructions issues du droit civil des conventions, sujettes à caution, ne peuvent fonder l'œuvre de qualification du juge pénal qui repose sur une observation réaliste et objective des comportements et des situations juridiques. Cette position des juridictions répressives est une réaction⁹⁹ contre ces fictions du droit civil et tend à confirmer que le véritable fondement de la force obligatoire des conventions réside dans l'égalité des contractants et l'équilibre des prestations.

Si la jurisprudence de la chambre criminelle est justifiable au regard du droit civil - voire judiciaire ?- ne trouble-t-elle pas certains principes du droit pénal lui-même ?

⁹⁵ **C. Mouly**, *La conclusion du contrat selon la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises*, D.P.C.I. 1989, p. 400 ; *La formation du contrat in La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et les Incoterms* (colloque Paris 1989), sous la direction de **Y. Derains et J. Ghestin**, LGDJ, 1990, p. 64. Cependant, MM. **F. Collart Dutilleul** et **P. Delebecque** considèrent que la Convention de Vienne ne traite pas du transfert de propriété mais du transfert des risques : *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz Précis, 1998, 4^{ème} éd., n° 109 et 205.

⁹⁶ **C. Ducouloux-Favard**, *Le transfert de propriété objet du contrat de vente en droit français, allemand et italien*, Petites affiches 1990, n° 51, p. 21. **P. Malaurie**, **L. Aynès**, **P.-Y. Gautier**, *Contrats spéciaux*, Cujas 1998, 12^{ème} éd., n° 252. **F. Collart Dutilleul**, **P. Delebecque**, préc., n° 187.

⁹⁷ Voir *supra* n° 10 et s.

⁹⁸ **J. Carbonnier**, *De la contribution que la sociologie juridique peut apporter au droit des contrats*, in *Flexible droit*, LGDJ 1998, 9^{ème} éd., p. 288.

⁹⁹ En ce sens, **J. Carbonnier**, *L'influence du paiement du prix sur le transfert de propriété dans la vente*, in *Travaux et Conférences de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, T. VIII, 1960, p. 127, spéc. p. 132 et s.

b - Tentative d'explication au regard du droit pénal : la soustraction frauduleuse.

239. Cette jurisprudence se situe dans la droite ligne constatée dans tous nos exemples : l'œuvre de qualification des faits par la juridiction pénale est empreinte de réalisme et d'objectivité. Le juge répressif réprime les atteintes aux personnes ou aux biens qui mettent en cause une valeur intéressant toute la société, en l'occurrence, celle de la propriété. Les aménagements privés de la transmission de la propriété entraînent des situations incertaines pour les tiers et le juge pénal n'a aucune raison d'en tenir compte : « *Ce n'est pas à la seule volonté contractuelle de commander la défense de l'ordre public* »¹⁰⁰. Ce qui importe, c'est qu'en terme d'apparence objective¹⁰¹, la propriété du bien ait été spoliée. Or le seul élément extérieur, visible et apparent qui certifie que le produit a bien été choisi définitivement et que la propriété est transmise, y compris aux yeux des tiers, est le paiement¹⁰². La jurisprudence tient compte de l'existence matérielle du transfert de propriété plus que de son existence juridique puisque cette réalité juridique ne modifie pas la situation de fait et l'attitude des protagonistes. En l'espèce, le transfert de propriété, visiblement, n'a pas eu lieu et l'intention du client est bien d'attenter à la propriété d'autrui.

Cette jurisprudence démontre en outre la prégnance de l'élément moral de l'infraction dans l'esprit du juge pénal. Le choix du mot « soustraction » dans la définition du vol par le Code pénal n'a pas empêché le juge pénal de considérer qu'il y avait vol alors que la chose avait été préalablement remise¹⁰³ et ceci grâce à la notion de soustraction juridique. Le fait que le vendeur délivre les objets au client, voire le laisse se servir, n'est pas un obstacle à la poursuite du client pour vol.

Cependant, ce terme de « soustraction » laisse penser que le vol est une infraction instantanée qui se commet en un trait de temps. De plus, l'adjectif « *frauduleuse* » qui caractérise l'élément moral de cette infraction, qualifie précisément cette soustraction. Cette formulation du texte laisse penser que l'élément matériel et l'élément moral doivent survenir de façon concomitante, ce qui, du reste, est la règle pour toutes les infractions¹⁰⁴.

Pourtant, la jurisprudence a parfois admis que l'élément moral de l'infraction puisse apparaître un certain temps après l'élément matériel. C'était le cas du recel, à partir de 1850¹⁰⁵ : une personne pouvait acheter ou recevoir chez elle des objets sans savoir qu'ils provenaient d'une infraction ; si, par la suite, elle apprenait leur origine frauduleuse et,

¹⁰⁰ C. **Ophele Rossetto**, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 87, spéc. p. 95. Dans le même sens, D. **Veaux**, *Vol et transfert de propriété*, Mélanges Bouzat, Pédone 1980, p. 351, n° 8.

¹⁰¹ Voir *supra* n° 192. P. **Conte**, *L'apparence en matière pénale*, thèse Grenoble 1984.

¹⁰² En ce sens, D. **Veaux**, préc., n° 8. C. **Ophele Rossetto**, préc., p. 95.

¹⁰³ Voir *supra* n° 217.

¹⁰⁴ Tous les éléments de l'incrimination doivent coexister au même instant, celui de la commission matérielle de l'acte interdit (article 122-1 du Code pénal). P. **Conte**, P. **Maistre du Chambon**, *Droit pénal général*, préc., n° 226. G. **Stefani**, G. **Levasseur**, B. **Bouloc**, *Droit pénal général*, préc., n° 210. J. **Larguier**, A.-M. **Larguier**, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, Rev. sc. crim. 1972, p. 759, spéc. p. 770 et 773.

¹⁰⁵ Cass. crim. 12 juillet 1850, Bull. crim. n° 219 ; 10 août 1978, Bull. crim. n° 187 ; (comp. cependant, 29 décembre 1899, Bull. crim. n° 388.) ; 18 juin 1936, S. 1937, 1, p. 193 ; 5 juillet 1944, Bull. crim. n° 157 ; 23 juillet 1962, Bull. crim. n° 57 ; 15 juin 73, Bull. crim. n° 270...

néanmoins, les conservait, le recel était constitué au jour de sa connaissance de l'origine douteuse. Admettre l'apparition dissociée des éléments matériels et moral de l'infraction de recel n'a pas été sans mal car le respect du principe de légalité criminelle implique que tous les éléments de l'infraction soient réunis de façon concomitante. Les juges avaient admis cette possibilité en tenant compte du caractère « continu » de cette infraction¹⁰⁶. Mais une infraction continue est une infraction qui se prolonge dans tous ses éléments sur une certaine durée, matériellement **et** moralement. Les juges donnaient donc une portée erronée à cette notion¹⁰⁷. En outre, cette jurisprudence était en contradiction manifeste avec l'article 2279 du Code civil qui, en matière de meuble, déclare propriétaire le détenteur de bonne foi¹⁰⁸. Même si la mauvaise foi apparaît ultérieurement, on ne peut être receleur de sa propre chose. La chambre criminelle est revenue sur sa position le 24 novembre 1977¹⁰⁹ : il n'y a pas recel à garder une chose après en avoir appris la provenance frauduleuse, dès lors qu'à l'origine, « *la régularité de la possession et la bonne foi de l'acquéreur impliquent la réunion des conditions d'application de l'article 2279 alinéa 1 du Code civil* ».

Si la chambre criminelle admet, comme en 1958, que l'élément moral du vol - l'intention « frauduleuse » - apparaît après l'élément matériel - la soustraction - le vol est alors traité comme une infraction continue, ce qui est un comble puisque tous les manuels citent précisément le vol comme l'exemple type de l'infraction instantanée¹¹⁰. Cette apparition dissociée, admise avec circonspection puis abandonnée pour les infractions continues, semble fort improbable pour les infractions instantanées. Elle va à l'encontre du texte d'incrimination du vol qui exige la concomitance des deux éléments, et contre des décisions en matière de vol qui, en d'autres circonstances, refusent cette qualification lorsque l'élément moral apparaît après l'élément matériel¹¹¹. Enfin, cette jurisprudence introduit une méthode de qualification empreinte de rétroactivité puisque l'intention coupable « *colore pénalement l'acte purement matériel* »¹¹² préexistant pour constituer l'infraction.

240. Pourtant, un arrêt récent de la chambre criminelle semble admettre que l'intention se forme de façon progressive, apparaisse, disparaisse et réapparaisse. Pour que le vol en grande surface soit reconnu, il est nécessaire de démontrer l'intention de ne pas payer, ce qui est admis de façon relativement restrictive : la simple dissimulation d'objet ne suffit pas. Le dissimulateur a toujours la possibilité de revenir sur sa décision tant qu'il se trouve

¹⁰⁶ J. Larguier, A.-M. Larguier, préc., spéc. p. 774 et 775.

¹⁰⁷ J. Larguier, P. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 248.

¹⁰⁸ H., L. et J. Mazeaud, 5^e éd., par M. de Juglart, 1976, T. II vol. 2, n° 1535.

¹⁰⁹ D. 1978 p. 42, note S. Kehrig. Voir aussi, J. Larguier, P. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 248 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 23.

¹¹⁰ G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., n° 217. P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 203. M.-L. Rassat, *Droit pénal*, PUF droit fondamental 1987, n° 166. R. Merle, A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, préc., n° 456.

¹¹¹ Une personne ayant trouvé un portefeuille se dirigea vers un commissariat, mais décida de le garder, la marche favorisant la réflexion. Elle ne fut pas reconnue coupable de vol. Voir Cass. crim. 17 mai 1939, Bull. crim. n° 112 ; 7 juillet 1944, Bull. crim. n° 159. J. Larguier, A.-M. Larguier, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, Rev. sc. crim. 1972, p. 759, spéc. p. 776

¹¹² J. Larguier, A.-M. Larguier, préc., spéc. p. 774 et 776.

dans le magasin et peut se rendre aux caisses¹¹³. L'intention frauduleuse de voler n'est considérée comme formée définitivement que lorsque l'agent a passé les caisses sans payer¹¹⁴. Si la personne tente de dissimuler des marchandises mais abandonne son entreprise, constatant qu'elle a été épiée par le personnel, il y a tentative de vol¹¹⁵.

241. Au-delà des considérations purement civilistes, le juge pénal considère la mauvaise intention du prévenu comme déterminante de la condamnation, quitte à considérer facilement les éléments matériels réunis, bravant les exigences de logique et de rigueur qui les entourent. Il n'est pas certain que le droit civil qui conditionne l'exigence d'une « chose d'autrui », soit respecté. Afin de favoriser la répression de comportements moralement condamnables, la jurisprudence se contente de circonstances révélant la mauvaise intention de la personne et recouvrant, même de façon contestable, la qualification de vol. Ceci est un signe de l'influence croissante de la criminologie dont la notion de « déviance », somme toute vague et dépourvue de frontière précise, bénéficie d'un impact certain.

Le transfert instantané de la propriété *solo consensu* n'a guère les faveurs du juge pénal. Il en est de même de fictions fondant certaines sûretés.

B - Rejet des artifices liés aux sûretés contractuelles.

242. Cette tendance est particulièrement manifeste en matière de sûretés palliant l'inexécution de contrats : le droit de rétention¹¹⁶ (1) et la clause de réserve de propriété¹¹⁷ (2).

1 - Droit de rétention et abus de confiance.

243. Dire que le juge pénal refuse les artifices liés au droit de rétention a quelque chose de surréaliste : il n'y a rien de moins artificiel et de plus fruste¹¹⁸ que cette sûreté. Puisque tu ne me donnes pas mon argent, je garde ta voiture ... je garde tes silex puisque tu ne me rends pas ma massue. Pourtant, il semble que l'influence du caractère légitime du droit de rétention sur la constitution de l'infraction de l'abus de confiance soit à

¹¹³ Cass. crim., 4 avril 1995, pourvoi n° 94-80.695. En ce sens, **J. Languier, A.-M. Languier**, spéc. p. 779.

¹¹⁴ **S. Mithouard**, *Protection de la personnalité du consommateur*, Juris-classeur concurrence, consommation, Fasc. 925, n° 31.

¹¹⁵ Cass. crim., 3 janvier 1973, GP 1973, 1, p. 290.

¹¹⁶ Sur sa nature de sûreté, **P. Malaurie, L. Aynès, P. Théry**, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Cujas 4^{ème} éd. 1998, n° 452.

¹¹⁷ Quoique les auteurs hésitent à qualifier les clauses de réserve de propriété de sûreté. Voir notamment, **J. Ghestin**, *Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, Chron. p. 1, spéc. n° 36 ; **Cabrillac**, *Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de vente*, D. 1988, chron. p. 225. **P. Simler, P. Delbecque**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, Précis 1995 2^{ème} éd., n° 522 et s. Cependant, cette qualification semble pouvoir être adoptée : **M. Cabrillac, C. Mouly**, *Droit des sûretés*, Litec 1997, 5^{ème} éd., n° 528 et 532.

¹¹⁸ **M. Cabrillac, C. Mouly**, préc., n° 537. **P. Malaurie, L. Aynès**, préc., n° 435. **J. Mestre, E. Putman, M. Billiau**, *Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 50.

relativiser (a) et que le droit de rétention ne connaisse pas exactement, devant la juridiction pénale, les mêmes conditions d'application qu'en droit civil (b).

a - Influence du caractère licite du droit de rétention en droit civil sur la jurisprudence en matière d'abus de confiance.

244. Les juridictions pénales ont dû traiter à plusieurs reprises le cas d'agents d'affaires, avocats, experts comptables, ... qui refusaient de rendre des documents qui leurs avaient été confiés, afin d'obtenir paiement d'honoraires ou autres créances contractées par le propriétaire des biens litigieux. Celui-ci, considérant ces honoraires demandés exorbitants, intentait alors des poursuites pour abus de confiance¹¹⁹. Des affaires plus récentes ont pu mettre en cause d'autres situations, comme celles d'entreprises de déménagement retenant les meubles de clients qui refusent de payer¹²⁰. Il est courant de lire qu'en cas de rétention d'un objet, l'abus de confiance n'est constitué que lorsque la rétention n'est pas fondée en droit civil¹²¹. Le droit pénal ne serait pas, sur ce point, autonome et suivrait strictement les préceptes civilistes. Pourtant, il semble que les juges répressifs ne s'arrêtent pas à une analyse purement civiliste du droit de rétention. Les solutions varient sensiblement en fonction de l'examen des intentions véritables du prévenu.

Très peu d'arrêts semblent fonder la condamnation pour abus de confiance sur le seul caractère illégitime de la rétention au regard du droit civil. L'arrêt du 17 novembre 1970¹²², souvent cité, souligne une certaine mauvaise foi du prévenu. Curieusement, il semble que cette mauvaise foi n'existe ici qu'au regard du droit de rétention lui-même et non au regard d'un éventuel détournement. Certes, la « victime » avait bien contracté une créance envers le prévenu qui lui avait prêté de l'argent. Ce prévenu était, par ailleurs, chargé de la vente d'un fonds de commerce appartenant à la victime. Espérant récupérer les sommes qu'il avait prêtées, il refusa de restituer des documents ayant trait à ce fonds. Ce droit de rétention n'était pas valable puisque les documents retenus n'avaient pas de lien direct avec la créance. Le prévenu connaissait ce caractère illégitime du droit de rétention : cette illégitimité avait été affirmée par le Parquet de Senlis, auprès duquel la victime avait porté plainte. Mais on ne peut ici relever l'intention de s'approprier les documents, voire de faire pression pour obtenir des sommes indues. Il est possible de considérer que l'abus de confiance est retenu uniquement en raison de l'invalidité du droit de rétention. L'arrêt du 6 novembre 1978 ne fait même pas appel à une pseudo-mauvaise foi : « *Pour déclarer la prévenue coupable d'abus de confiance,*

¹¹⁹ Cass. crim. 30 décembre 1943, JCP 1944, II, 2621, note **Garraud** ; 17 novembre 1970, JCP 1970, II, 16692, note **de Lestang** ; 5 avril 1973, Bull. crim. n° 177 ; 6 novembre 1978, D. 1979, IR p. 129 ; 11 mars 1991, Droit pénal 1991, p. 257.

¹²⁰ CA Metz, 20 avril 1988, Juris-data n° 44447. Cass. crim. 2 mars 1992, Bull. crim. n° 93 ; JCP 1992, IV, 2245 ; RTD com. 1993, p. 388, obs. **P. Bouzat**.

¹²¹ Par exemple, **F. Alt-Maes**, *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ?*, Rev. sc. crim. 1987, p. 349. **W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 19.

¹²² Cass. crim., JCP 1971, II, 16692, note **R. de Lestang**.

les juges du fond énoncent que dame M... ne justifiant pas d'une créance certaine, liquide et exigible, ne pouvait se prévaloir d'un droit de rétention sur les documents à elle confiés pour l'exécution de son travail »¹²³. Dans cette décision, aucune mauvaise intention n'est relevée par les juges qui déduisent le détournement frauduleux du seul caractère illégitime de la rétention. Cet arrêt ne semble pas s'attacher aux éléments constitutifs de l'infraction d'abus de confiance proprement dits. Enfin, l'arrêt de la chambre criminelle du 11 mars 1991 déduit le détournement frauduleux de la seule constatation que le droit de rétention et la créance invoqués sont illégitimes, ceci dans le cadre d'un mandat de gérance d'immeuble¹²⁴.

245. Hors ces cas rares, la jurisprudence pénale ne se contente pas d'une analyse de la rétention au regard du droit civil et observe, souvent en premier lieu, la psychologie, l'intention du délinquant¹²⁵ : les juges recherchent si la rétention dissimule une véritable intention de détourner les objets, afin de se comporter comme propriétaire, ou bien faire pression sur leur légitime propriétaire afin d'obtenir des sommes indues ; l'abus de confiance est alors élargi aux individus qui ne se comportent pas comme des propriétaires, mais qui veulent seulement être remboursés¹²⁶. Dès lors, le parallélisme entre illégitimité du droit de rétention en droit civil et abus de confiance n'est plus certain.

La mauvaise foi manifestée dans l'utilisation d'un droit de rétention valable peut justifier une condamnation : l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 2 mars 1992¹²⁷ condamne la dirigeante d'une entreprise de déménagement obstinée qui exigeait un paiement par chèque certifié alors que ses clients, dont elle retenait les meubles, étaient solvables et que les conditions de paiement n'avaient pas été initialement arrêtées. L'arrêt précise : « *Constitue un détournement le fait pour un entrepreneur de transport de retenir de mauvaise foi et contre la volonté de son client les marchandises qui lui ont été remises pour un travail salarié et qui ne sont restituées que sous la contrainte de poursuites judiciaires* » .

Dans certains arrêts, l'abus de confiance est rejeté, malgré le caractère injustifiable du droit de rétention au regard des règles civilistes. Nous citerons à titre d'exemple l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 mai 1959¹²⁸ : un agent général d'assurances avait retenu des sommes, lors de la liquidation des comptes de son agence. Or ce type de rétention lui était interdit par un arrêté interministériel du 15 janvier 1951 portant statut des agents généraux d'assurances exerçant leurs fonctions en Algérie. La Cour de cassation considère que le défaut de restitution, même illégitime, ne suffit pas à caractériser un détournement frauduleux.

¹²³ D. 1979, IR p. 129

¹²⁴ Droit pénal, 1991, J. n° 257. Voir enfin Cass. crim., 16 janvier 1997, pourvoi n° 96-81.685.

¹²⁵ En ce sens, **J. Larguier**, **P. Conte**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 214.

¹²⁶ **W. Jeandidier**, *Abus de confiance*, Juris-classeur pénal articles 314 -1 à 314 -4, n° 48.

¹²⁷ JCP 1992, IV, n° 2245 ; RTD com. 1993, p. 388, obs. **P. Bouzat**.

¹²⁸ Bull. crim. n° 254.

Dans d'autres arrêts, l'abus de confiance est rejeté alors que le droit de rétention invoqué par le prévenu semble effectivement valable, mais cette validité n'est que secondaire. C'est essentiellement la bonne foi du prévenu qui autorise la relaxe. Ainsi, l'arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} mai 1940 affirme : « *Une rétention plus ou moins prolongée ne constituerait le délit d'abus de confiance qu'autant que son auteur aurait agi avec une intention frauduleuse dont l'arrêt attaqué n'affirme pas expressément l'existence* »¹²⁹.

Dans certaines affaires, enfin, le caractère illégitime de la rétention n'est relevé qu'accessoirement, pour souligner l'intention frauduleuse du prévenu. Il en est ainsi dans l'arrêt de la chambre criminelle du 30 décembre 1943¹³⁰ : la rétention était injustifiée car la créance invoquée par le prévenu était qualifiée d'incertaine. « *Le prévenu a dès lors agi dans l'intention d'exercer sur sa cliente une contrainte morale afin d'en obtenir le règlement d'une somme dont il n'avait pas fait préalablement reconnaître la légitimité par la juridiction compétente* »¹³¹. Dans une affaire jugée par la chambre criminelle le 5 avril 1973, un mandataire révoqué avait retenu pendant plus de deux ans des documents qui lui avaient été confiés pour la gestion d'une copropriété. Il prétendait que la copropriété mandante lui était débitrice, mais il fut établi que c'était bien lui qui était débiteur de sa mandante. Cette mauvaise foi fut particulièrement soulignée pour emporter la condamnation pour abus de confiance, le caractère illégitime de la rétention n'ayant pour fonction que de renforcer l'idée de mauvaise foi. Nous citerons, enfin, l'arrêt du 15 février 1982¹³² qui condamne un mandataire ayant refusé de rendre un reliquat de devises qui lui avaient été confiées par son employeur, pour faire des déplacements à l'étranger. Les juges relèvent que la rétention des devises par le mandataire, après son licenciement, était illégitime car il invoquait une créance incertaine à son égard et, surtout, parce que cette rétention n'était qu'un prétexte pour garder les devises.

La validité ou l'illégitimité du droit de rétention en termes de droit civil apparaissent comme secondaires pour l'examen d'une culpabilité pour abus de confiance. Cela ne constitue qu'un élément parmi d'autres, permettant d'affirmer les intentions frauduleuses du prévenu, la rétention pouvant n'être qu'un prétexte venant justifier un véritable détournement. L'abus de confiance est écarté si la personne a retenu les biens de bonne foi, pensant qu'elle le pouvait, alors que le droit civil strict ne le lui autorise pas. On s'approche d'une erreur de droit¹³³ aujourd'hui explicitement admise par le Code pénal¹³⁴.

¹²⁹ D. 1940, p. 169.

¹³⁰ Bull. crim. n° 169 ; JCP 1944, II, 2621 note **Garraud** ; GP 1944, 1, p. 88 ; RTD civ. 1944, p. 186, obs. **Carbonnier** ; Rev. sc. crim. 1946, p. 75, obs. **Bouzat**.

¹³¹ Il convient de remarquer que cette jurisprudence retient une définition fort large du détournement, défini, selon la célèbre formule de **Garçon**, comme une « *intersion du titre* », (Code pénal annoté, article 408) une usurpation de la possession. Ici, les documents sont retenus, non pour en obtenir la propriété, mais pour faire pression et obtenir un autre avantage. Le fait que le prévenu se comporte même momentanément comme le propriétaire, suffirait donc à caractériser le détournement. Cette extension de la définition du détournement fut critiquée par **M. Carbonnier** qui souligne que le rétenteur « *n'utilise que d'un moyen provisoire et n'entend nullement s'approprier les choses retenues* ». (RTD civ. 1944, p. 186, reprenant les critiques de **Garraud**, JCP 1944, II, 2621).

¹³² JCP 1982, IV, p. 157.

¹³³ En ce sens, **J. Larguier**, **P. Conte**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 214.

Si le juge pénal n'a pas comme objectif de garantir l'utilisation légitime des règles du droit de rétention, il ne cherche pas non plus à en protéger les conditions d'application.

b - Divergences quant aux conditions d'application du droit de rétention.

246. L'arrêt du 6 novembre 1978 insiste sur les caractères que doit revêtir la créance pour justifier le recours à la rétention : « *Pour déclarer la prévenue coupable d'abus de confiance, les juges du fond énoncent que dame M... ne justifiant pas d'une créance certaine, liquide et exigible, ne pouvait se prévaloir d'un droit de rétention sur les documents à elle confiés pour l'exécution de son travail* »¹³⁵. L'arrêt n'insiste pas sur l'absence des éléments constitutifs de l'abus de confiance proprement dit et ne fonde la culpabilité que sur l'absence d'une créance vraiment sérieuse. Cette décision laisse penser qu'il suffit que le droit de rétention soit illégitime en droit civil pour que l'abus de confiance soit constitué. Pourtant, il convient de remarquer que la jurisprudence de droit civil n'exige pas toujours que la créance soit liquide et exigible pour que le droit de rétention soit valable. Seul le caractère certain semble requis¹³⁶, essentiellement, selon les auteurs, pour des raisons de morale contractuelle : un créancier serait malvenu de retenir une chose pour assurer une créance éventuelle¹³⁷. Le caractère liquide de la créance n'est pas exigé lorsque le créancier oppose le droit de rétention¹³⁸, mais seulement lorsque le débiteur agit en justice pour réclamer sa chose¹³⁹ ... ce qui est le cas dans les affaires ici étudiées. Le caractère exigible, enfin, n'est pas indispensable¹⁴⁰, sauf en cas de vente¹⁴¹. Il est donc remarquable que les juges pénaux retiennent une conception du droit de rétention légèrement différente des civilistes.

Certains auteurs considèrent que la liquidité et l'exigibilité de la créance devraient toujours être requis, car le but réel du droit de rétention est de gêner le débiteur et le

¹³⁴ Article 122-3 du Code pénal.

¹³⁵ Position renouvelée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, par exemple, le 15 mai 1995, pourvoi n° 94-85.298 : le collaborateur d'un restaurateur avait conservé les recettes de plusieurs jours d'activité, l'expliquant par un droit de rétention. Il fut condamné pour abus de confiance car « *rien n'établissait qu'il fut titulaire, au moment de l'appréhension, d'une créance présentant les caractères de liquidité et d'exigibilité nécessaires à l'existence d'un droit de rétention* ».

¹³⁶ Cass. civ., 3 mai 1966, Bull. civ. I, n° 261 ; D. 1966, p. 649, note **J. Mazeaud**.

¹³⁷ **M. Cabrillac, C. Mouly**, *Droit des sûretés*, Litec 1997, 5^{ème} éd., n° 553. **P. Malaurie, L. Aynès, P. Théry**, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Cujas 4^{ème} éd. 1998, n° 441. **J. Mestre, E. Putman, M. Billiau**, *Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 63.

La créance doit être certaine, mais le droit de rétention semble admis si l'étendue de la créance est incertaine : C.A. Paris, 5 mars 1992, JCP 1992, I, 3623, obs. **P. Simler** et **P. Delbecque**.

¹³⁸ **M. Cabrillac, C. Mouly**, préc., n° 553. **P. Malaurie, L. Aynès**, préc., n° 441. **J. Mestre, E. Putman, M. Billiau**, préc., n° 63. **Marty, Raynaud, Jestaz**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey 1987, n° 30 et s.

¹³⁹ Cass. 3^e civ., 23 avril 1974, JCP 1975, II, 18170, note **Thuillier**.

¹⁴⁰ Cass. req., 20 décembre 1939, DH 1940, p. 114 ; articles 1612 et 1613 du Code civil, quand le débiteur est insolvable. **M. Cabrillac, C. Mouly**, préc., n° 553. **P. Malaurie, L. Aynès**, préc., n° 441.

Cependant, **J. Mestre, E. Putman, M. Billiau**, préc., n° 63, citent Cass. com., Bull. civ. IV, n° 10, JCP 1993, I, 3680, obs. **P. Simler** et **P. Delbecque** : cet arrêt impose le caractère exigible de la créance pour la mise en œuvre d'un droit de rétention.

¹⁴¹ Articles 1612 et 1613 du Code civil : le droit de rétention du vendeur suppose l'exigibilité du prix sauf si le débiteur est insolvable.

forcer à payer¹⁴². La rétention ne serait concevable que pour une créance urgente et un risque réel d'impayé. Il semble que le juge pénal a adopté cette conception « puriste » du droit de rétention jusqu'alors écartée par les juridictions civiles¹⁴³. L'exigence des trois caractères de la créance fut réitérée dans plusieurs arrêts¹⁴⁴. Les juridictions répressives éludent les règles artificielles de droit civil qui en admettent la validité dans des situations qui le justifient moins : la créance doit avoir un caractère véritablement urgent, justifiant le recours à de telles méthodes. Ceci expliquerait que cet arrêt soit fort allusif quant aux éléments constitutifs de l'infraction d'abus de confiance, cette infraction étant établie du simple fait que le créancier emploie à la légère des moyens expéditifs compromettant gravement les intérêts de son cocontractant. Dès lors, les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité doivent être réunis, alors que le droit civil est moins exigeant, admettant ce mode de pression à titre presque préventif.

L'arrêt du 30 décembre 1943¹⁴⁵ a aussi suscité des protestations : alors que le droit civil veut que le droit de rétention puisse être exercé sans autorisation préalable du juge¹⁴⁶, le juge répressif a considéré la rétention illégitime car le créancier n'avait pas au préalable fait reconnaître sa légitimité par la juridiction compétente¹⁴⁷. Cette position semble être renouvelée le 5 juin 1985¹⁴⁸ puisque c'est un droit de rétention « sans titre » qui fut sanctionné : le locataire d'une pelle mécanique retenait l'engin car il exigeait le paiement notamment de sa remise en état.

Le réalisme du juge pénal a pu se manifester dans l'examen d'une autre sûreté : la clause de réserve de propriété.

2 - Clause de réserve de propriété.

247. Lorsqu'un vendeur assortit son contrat d'une telle clause, le transfert de propriété, qui s'opère classiquement *solo consensu*, est retardé jusqu'au complet paiement du prix. Cette clause est donc « *un mécanisme conventionnel de transfert différé de la propriété qui a pour but de protéger l'aliénateur contre la défaillance de son cocontractant, particulièrement redoutable en cas d'insolvabilité* »¹⁴⁹. Est-il alors envisageable de poursuivre l'acheteur déficient qui, non content de s'abstenir du paiement, dispose ou abuse du bien comme s'il en était le légitime propriétaire ? Le juge répressif est peu enclin à fonder ses décisions sur des situations artificielles élaborées par le droit civil, dont l'utilisation et

¹⁴² Voir **P. Malaurie** et **L. Aynès**, préc., n° 441. *Contra* : **Marty, Raynaud, Jestaz**, préc., n° 31 et 32 ; **M. Cabrillac** et **C. Mouly**, préc., n° 554.

¹⁴³ Cass. 3^e civ., 23 avril 1974, JCP 1975, II, 18170, note **Thuillier**, RTD civ. 1976, p. 164, obs. **Giverdon**.

¹⁴⁴ Par exemple, Cass. crim., 15 février 1982, JCP 1982, IV, p. 157 ; 3 décembre 1990, Juris-Data n° 004098.

¹⁴⁵ (précité) Bull. crim. n° 169 ; JCP 1944, II, 2621 note **Garraud** ; GP 1944, 1, p. 88 ; RTD civ. 1944, p. 186, obs. **Carbonnier** ; Rev. sc. crim. 1946, p. 75, obs. **Bouzat**.

¹⁴⁶ Cass. civ., 17 janvier 1866, DP 1866, 1, p. 76. **J. Mestre, E. Putman, M. Billiau**, préc., n° 50 : la rétention est une « *sûreté de fait* ».

¹⁴⁷ **W. Jeandidier**, *Abus de confiance*, Juris-classeur pénal, articles 314-1 à 314-4, n° 48.

¹⁴⁸ Pourvoi n° 84-80.623.

¹⁴⁹ **F. Perrochon**, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec 1988, p. 13.

l'exécution reposent sur la volonté de personnes privées. Les deux qualifications¹⁵⁰ envisageables ne sont pas vouées irrémédiablement à l'échec : il s'agit du vol (a) et de l'abus de confiance (b).

a – Clause de réserve de propriété et vol.

248. Les interférences entre les clauses de réserve de propriété et l'infraction de vol sont possibles en matière de vente au comptant. Dans ce type d'affaires, ces clauses étaient inopérantes pour expliquer une culpabilité pour vol, d'autant plus qu'un arrêt du 11 octobre 1990, fort surprenant, interdisait *a priori* que le vol fut constitué, si le contrat qui occasionnait la remise matérielle de la chose, contenait une clause de réserve de propriété¹⁵¹. Une solution inverse était attendue : la clause de réserve de propriété retarde le transfert de propriété, grâce à un terme suspensif¹⁵². La chose remise demeure la propriété du vendeur tant que l'acheteur n'a pas versé la totalité du prix. Le vendeur pourrait se plaindre de soustraction frauduleuse de son bien si l'acheteur défaillant refusait de le lui rendre, solution pourtant refusée par la chambre criminelle.

Il convient ici de rappeler les faits de cet arrêt de la chambre criminelle du 11 octobre 1990¹⁵³ : M. Labats acheta un bulldozer à la société Fiat Allis, mais n'en paya qu'une faible partie. La Société Fiat Allis invoqua alors la clause de réserve de propriété intégrée au contrat, afin de récupérer l'engin. Devant la mauvaise volonté de l'acheteur, le vendeur saisit le tribunal de commerce d'une action en revendication et obtint gain de cause. Mais M. Labats refusait toujours de restituer l'achat. En effet, il avait fait d'importantes réparations sur cet engin et l'utilisait conformément au droit que lui donnait le contrat. Dans son esprit, il était légitime propriétaire du bulldozer et non simple détenteur précaire. La société venderesse porta alors plainte pour vol devant le tribunal correctionnel qui, appliquant les dispositions contractuelles, retint la culpabilité du prévenu : la société Fiat Allis était toujours propriétaire du bulldozer grâce à la clause de réserve de propriété et M. Lasbats, en refusant de le restituer, se rendait coupable de soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.

Mais la Cour d'appel d'Agen, aussi logique que pouvait paraître le raisonnement du tribunal correctionnel, choisit d'examiner avec plus d'attention la psychologie de l'acheteur et ses intentions. Les juges d'appel retinrent alors que la convention entre les parties avait conféré à l'acheteur « *des attributs d'une telle ampleur qu'il a pu, de bonne foi, non seulement en faire l'usage qu'il en a voulu mais également de procéder sur cet*

¹⁵⁰ C. Ophéle Rossetto, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 87.

¹⁵¹ Voir *supra* n° 228.

¹⁵² J. Ghestin, B. Desche, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ 1990, n° 595 et s. M. Cabrillac, C. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec 1997, 5^{ème} éd., n° 733. F. Perrochon, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec 1988, n° 25 et s., parle de « *relation suspensive* ». Marty, Raynaud, Jestaz, *Sûretés, publicité foncière*, Sirey 1987, n° 549 et s.

¹⁵³ D. 1991, p. 234, note M.-A. Peano ; Rev. sc. crim. 1991, p. 765, obs. P. Bouzat ; GP 1991, p. 177. C. Ophéle Rossetto, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 87.

engin à des réparations hors de proportion avec celles qu'il aurait effectuées s'il avait eu la certitude de n'en être que détenteur précaire ». Autrement dit, la Cour d'appel reconnaît qu'il y a bien eu soustraction de la chose, mais n'admet pas l'infraction entièrement constituée.

La Cour ne pouvait se contenter d'affirmer l'absence d'élément moral de l'infraction. Certes, il eut été simple d'affirmer que la soustraction ne revêtait aucun caractère frauduleux ; mais cette solution était inenvisageable en l'espèce car le dol général et le dol spécial de l'infraction de vol étaient bien présents. L'élément intentionnel en matière de vol comprend un dol général qui est la conscience de soustraire contre le gré du propriétaire, et le dol spécial. Les auteurs sont divisés quant à la définition de ce dernier : pour les classiques, il faut une volonté d'appropriation. Mais la jurisprudence qui a condamné pour vol un prêtre intégriste ayant détruit des revues en les piétinant¹⁵⁴, ne retient pas cette définition. La chambre criminelle a préféré ratifier une définition du dol spécial élaborée en référence à la notion de soustraction juridique : la volonté d'usurper la possession, de se comporter, même momentanément comme un propriétaire¹⁵⁵. Remarquons que cette notion de dol spécial est devenue quasiment inutile car les juges refusent d'y recourir¹⁵⁶ : ainsi, l'infraction de vol a été reconnue en l'absence de dol spécial, alors que le prévenu avait « emprunté » une voiture¹⁵⁷ (vol d'usage) ou des documents le temps de faire une photocopie¹⁵⁸.

Dans l'affaire jugée le 11 octobre 1990, le dol spécial existait bien puisque M. Lasbats avait la volonté de se comporter comme le légitime propriétaire. Mais surtout, il était possible de trouver un dol général puisque le prévenu savait agir contre le gré du vendeur qui s'affirmait propriétaire de l'objet litigieux. L'élément moral du vol était bien présent ; il était impossible à la Cour d'appel d'affirmer son absence. En réalité, M. Lasbats savait agir contre le gré du vendeur et agissait comme un propriétaire, mais il contestait la qualité de propriétaire du vendeur en affirmant la sienne, en toute bonne foi. Il s'agit plutôt d'une erreur de droit¹⁵⁹.

249. Visiblement en accord avec l'analyse de la Cour d'appel en ce qui concerne la bonne foi de l'acheteur, les juges de la chambre criminelle de la Cour de cassation étaient peu enclins à prononcer une culpabilité pour vol en se fondant sur une fiction organisée par le droit civil, laissant le sort de la répression à la merci d'une disposition contractuelle et de la volonté de l'acheteur¹⁶⁰. La clause de réserve de propriété suspend artificiellement le transfert de propriété, n'empêchant aucunement l'usage libre de la chose par

¹⁵⁴ Cass. crim., 12 mars 1970, D. 1970, p. 385.

¹⁵⁵ Cass. crim., 19 février 1959, D. 1959, p. 331, note **G. Roujou de Boubée** : « *Il y a vol lorsque l'appropriation a lieu dans des circonstances telles qu'elle révèle l'intention de se comporter, même momentanément, en propriétaire* ».

¹⁵⁶ **W. Jeandidier**, *Droit pénal général*, Montchestien 1991, n° 327 et 328 ; **P. Corlay**, *Réflexions sur les récentes controverses relatives au domaine et à la définition du vol*, JCP 1984, I, 3160, n° 24 et s. ; *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, LGDJ 1978.

¹⁵⁷ Cass. crim. 28 octobre 1959, D. 1960, p. 314, note **Chavanne**.

¹⁵⁸ Cass. crim. 24 octobre 1990, Bull. crim. n° 335.

¹⁵⁹ En ce sens, **M.-A. Peano**, note sous l'arrêt Cass. crim. 11 octobre 1990, D. 1991, p. 235 ; **C. Ophèle Rossetto**, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 87, spéc. p. 93.

¹⁶⁰ **D. Veaux**, *Vol et transfert de propriété*, Mélanges Bouzat, Pédone 1980, p. 351, n° 8, 32. **C. Ophèle Rossetto**, préc., p. 95 et 96.

son acquéreur¹⁶¹, et la résolution judiciaire qu'elle autorise comporte un effet rétroactif tout aussi fictif. « *L'opposition entre l'appréhension juridique des pouvoirs et la réalité économique est évidente, et le droit de la vente ne permet pas de le réduire* »¹⁶². En réalité, la personne qui a acheté le bien l'a en main, l'utilise et se comporte comme un propriétaire et ce, conformément au droit que lui donne le contrat de vente. De plus, dans notre affaire, l'acheteur a procédé à d'importants travaux de réparation sur le bien litigieux, dignes, non pas d'un simple détenteur précaire, mais bien d'un légitime propriétaire. Le caractère artificiel de cette résolution avec rétroactivité était d'autant plus criant dans cette situation. La transmission de l'objet a bien eu lieu, l'acheteur l'a utilisé et c'est de cet usage qu'est né le litige ; l'usage a révélé les carences du bulldozer qui ont motivé le non-paiement. Il serait inconcevable d'en faire abstraction et avantager ainsi un vendeur peut-être désinvolte puisqu'il exige le prix de vente d'un matériel avéré en fort mauvais état. La Cour de cassation était réticente à fonder son raisonnement sur une fiction civiliste, aménagée par les contractants eux-mêmes et non par le droit commun de la vente et teintée de rétroactivité, particulièrement inconvenante en droit pénal.

Pourtant, la solution de la Cour d'appel d'Agen, fondée uniquement sur la bonne foi et les circonstances de fait, manquait d'arguments juridiques. L'erreur de droit ne pouvait être invoquée explicitement à l'époque car le Code pénal ne l'évoquait pas encore¹⁶³ et l'adage « *Nul n'est censé ignorer la loi* » primait. Notons que cette erreur de droit ne pourrait sans doute pas être retenue aujourd'hui en raison de l'absence de son caractère inévitable¹⁶⁴. Il était aisé pour l'acquéreur de se renseigner en cas de doute sur le véritable propriétaire de la chose¹⁶⁵. Les juges de la chambre criminelle préférèrent opter pour une solution de pure technique juridique, au demeurant fort surprenante, afin de la substituer à l'argumentation de la Cour d'appel : « *La vente d'un bien mobilier assortie d'une clause de réserve de propriété s'accompagne d'une remise volontaire de la chose, exclusive de toute appréhension frauduleuse du bien par l'acquéreur, même en cas de résolution du contrat* ». Mais ce motif est bien étrange au regard des règles de droit pénal. Il remet en cause la notion jurisprudentielle de soustraction juridique, admise en matière de vol depuis le célèbre arrêt Baudet¹⁶⁶. Ainsi que l'a démontré Garçon¹⁶⁷, la soustraction est l'usurpation de la possession,

¹⁶¹ J. Ghestin, B. Desche, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ 1990, n° 606.

¹⁶² C. Ophele Rossetto, préc., p. 88.

¹⁶³ Article 122-3 du nouveau Code pénal.

¹⁶⁴ Observons cependant qu'un arrêt du tribunal correctionnel de Carcassonne a ainsi fait bénéficier de l'erreur de droit un jeune homme qui, sous le coup de la colère, était sorti furieux de la maison de ses beaux-parents et avait « emprunté » leur voiture. Poursuivi pour vol par son beau-père, les juges ont relevé que le jeune homme n'avait pas eu conscience que son geste pouvait être ainsi interprété. Tribunal correctionnel de Carcassonne, 16 mars 1994, Les petites affiches 1995 n° 69, p. 20, note G.-X. Bourin.

¹⁶⁵ C. Ophele Rossetto, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 94. Sur l'admission limitée de l'erreur de droit, J. Pradel, *Le nouveau Code pénal*, ALD 1993, p. 183 et s., spéc. n° 44 ; F. Desportes, F. Le Gunehec, *Présentation du nouveau Code pénal*, JCP 1993 n° spéc. n° 35.

Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 mars 1997 (juris-data n° 002587 ; Droit pénal 1997, n° 107) précise que l'erreur n'est ni invincible ni insurmontable dès lors qu'elle peut être évitée par le recours aux lumières de « *juristes qualifiés* », ce qui est aussi le cas dans l'espèce que nous évoquons.

¹⁶⁶ 18 novembre 1837, S. 1838, I, p. 366.

¹⁶⁷ Code pénal annoté, article 379, n° 43.

plus que de la chose elle-même¹⁶⁸. Il peut y avoir vol même en cas de remise de la chose, ce qui a été clairement affirmé par la jurisprudence¹⁶⁹. Dans cette affaire, le vendeur n'avait remis qu'une détention purement matérielle de la chose. Affirmer que la remise de la chose est exclusive de l'infraction de vol est incohérent au regard de la jurisprudence traditionnelle constante¹⁷⁰ puisque cela revient à n'utiliser qu'une conception matérielle de la soustraction.

Dès lors, cette solution ne vaudrait que pour les litiges ayant pour cadre un contrat de vente assorti d'une clause de réserve de propriété, résolu pour non-paiement du prix. Voici une jurisprudence bien particulière pour un type très pointu de situation juridique. Il paraît peu judicieux de concevoir ainsi des solutions spéciales pour de purs motifs d'opportunité qui transforment ce qui devrait être du droit en modeste législation¹⁷¹. A moins que l'extension de la définition de l'abus de confiance conduise peu à peu les juges à condamner sur ce fondement tout détenteur précaire indélicat : « *la jurisprudence relative, en matière de vol, à la soustraction qui se réduit à une simple usurpation de la possession, perd pratiquement raison d'être. Cette analyse de la soustraction avait en effet pour fonction de prendre le relais de l'incrimination d'abus de confiance souvent défailante en raison de la liste limitative des six contrats* »¹⁷². Pourtant, de même que le juge refuse de sanctionner pour vol la non-restitution d'un bien vendu avec clause de réserve de propriété, il ne peut vraisemblablement pas recevoir une plainte du vendeur fondée sur un abus de confiance même récemment réformé.

b – Clause de réserve de propriété et abus de confiance.

250. Sous l'empire de l'article 408 de l'ancien Code pénal, il était impossible aux juridictions pénales de sanctionner le détournement ou la dissipation d'un bien ayant fait l'objet d'un contrat de vente¹⁷³. Ce contrat ne faisait pas partie de l'énumération des conventions préalables à l'infraction. Le vendeur qui avait assorti la délivrance de la chose d'une telle clause ne bénéficiait pas de cette incrimination¹⁷⁴. L'existence même de cette clause a permis au juge répressif de qualifier une convention complexe de vente et d'écarter

¹⁶⁸ Sachant qu'en droit pénal, la possession est généralement considérée dans sa seule composante de l'*animus*, l'état d'esprit de la personne par rapport à la chose, à l'exclusion du *corpus*, le comportement de fait de la personne par rapport à la chose. Ainsi, celui qui a perdu une chose en reste possesseur, même s'il n'en détient que l'*animus*. **P. Conte**, *Cours de droit pénal des affaires*, Bordeaux I, 1991-1992.

¹⁶⁹ Arrêt LOGABAX, précité.

¹⁷⁰ Et renouvelée après cet arrêt de 1991. Voir par exemple, Cass. crim. 8 février 1993 : « *La détention matérielle d'une chose mobilière, non assortie de la remise de possession, n'est pas exclusive de l'appréhension frauduleuse, élément constitutif du vol* », RTD com. 1994, p. 129, obs. **P. Bouzat**.

¹⁷¹ **L. Josseland**, *Le contrat dirigé*, D. 1933, chron. p. 89, *in fine*.

¹⁷² **W. Jeandidier**, *Abus de confiance*, Juris-classeur pénal, articles 314-1 à 314-4, n° 20. Dans le même sens, **C. Souweine**, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, Mélanges Larcier PUG 1993, p. 303, n° 33.

¹⁷³ **C. Ophéle Rossetto**, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 87, spéc. p. 96. **M.-L. Rassat**, *Droit pénal spécial*, préc., n° 138. Principe rappelé par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 30 mai 1996, Bull. crim. n° 224.

¹⁷⁴ CA Paris, 19 décembre 1988, GP 1989, J, p. 467 ; CA Versailles, 24 janvier 1991, D. 1991, p. 273, obs. **Azibert**. Cass. crim., 27 février 1997, pourvoi n° 96-81.787. **J. Larcier**, **P. Conte**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 190.

l'accusation d'abus de confiance. Un arrêt de la cour d'appel de Versailles¹⁷⁵ a ainsi caractérisé un contrat consistant pour un grossiste à laisser de la marchandise chez un détaillant qui restituait ce qu'il ne vendait pas : la qualification de dépôt fut écartée pour celle de vente puisqu'il n'existait pas d'obligation de restitution systématique¹⁷⁶. La jurisprudence est d'ailleurs la même lorsque les contractants ont assorti la vente d'une quelconque condition : la chambre criminelle, le 17 février 1992¹⁷⁷, a requalifié un « *contrat de diffusion* » entre un éditeur et un distributeur, en vente, avec condition suspensive de revente à des libraires ; la qualification de mandat de vente retenue par la cour d'appel fut ainsi repoussée. De même, le bail assorti d'une promesse unilatérale de vente est assimilé à une vente sous condition suspensive¹⁷⁸, comme le dépôt assorti d'un avant contrat de vente¹⁷⁹. Ces requalifications sont contestées par la doctrine qui constate l'infidélité, une fois de plus, au droit civil¹⁸⁰ : contrairement au juge pénal qui traite toutes ces subtilités de la même façon, les juges civils distinguent les promesses synallagmatiques de vente qui, effectivement, sont des ventes¹⁸¹, des promesses unilatérales de vente qui n'en sont pas puisqu'un seul des contractants a consenti. M. Ophele Rossetto observe qu'il s'agit, pour le juge pénal, d'éviter que le champ d'application d'une règle pénale ne dépende de la volonté et des clauses élaborées par les contractants¹⁸². Ainsi, la chambre criminelle refuse la condamnation pour abus de confiance d'une personne ayant acheté des bijoux grevés d'une telle clause et qui les a revendus avant complet paiement, en les facturant à son nom : « *Il ne dépendait que de sa seule volonté d'acquérir la propriété des bijoux avec paiement ou, au contraire, de les restituer* »¹⁸³.

251. La nouvelle formulation de l'incrimination de l'abus de confiance qui supprime la liste de six contrats nommés paraît ne plus s'opposer à ce que le juge pénal sanctionne le détournement d'une chose remise à titre précaire dans le cadre d'un contrat quelconque fut-il de vente¹⁸⁴. La chose vendue avec clause de réserve de propriété est remise à l'acheteur, sans transfert immédiat de la propriété et l'acheteur accepte cette remise. Cependant, l'article 314-1 suppose l'acceptation non seulement d'une remise, mais des

¹⁷⁵ CA. Versailles, 24 janvier 1991, D. 1991, somm. p. 273, note **Aubert**, Rev. sc. crim. 1992, p. 587, obs. **Bouzat** ; dans le même sens, Cass. crim. 9 février 1983, Bull. crim. n° 49. **C. Ophele Rossetto**, préc., p. 98.

¹⁷⁶ Article 1915 du Code civil.

¹⁷⁷ Bull. crim. n° 72, Droit pénal 1992, J. n° 201.

¹⁷⁸ Cass. crim., 14 novembre 1996, pourvoi n° 95-85.892.

¹⁷⁹ Cass. crim., 29 juin 1977, D. 1978, p. 112, rapport **Dauvergne** ; GP 1977, p. 656, Rev. sc. crim. 1978, p. 109, obs. **P. Bouzat**.

¹⁸⁰ **P. Bouzat**, *chronique de droit pénal des affaires*, Rev. sc. crim. 1989, p. 121 qui relève que la frontière est parfois mince entre interprétation et dénaturation du contrat par les juges du fonds. **C. Ophele Rossetto**, préc., spéc. p. 99.

¹⁸¹ Article 1589 du Code civil.

¹⁸² **C. Ophele Rossetto**, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, spéc. p. 100. Dans le même sens, **F. Alt-Maes**, *L'inefficacité du consentement de la victime dans les infractions contre les biens*, Rev. sc. crim. 1984, p. 1, spéc. p. 11 et s.

¹⁸³ 6 décembre 1993, pourvoi n° 92-86.867.

¹⁸⁴ En ce sens, **M.-L. Rassat**, *Droit pénal spécial*, préc., n° 138 ; **C. Souweine**, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 303, n° 18.

conditions de la remise qui sont les mêmes que celles posées par l'article 408¹⁸⁵ : ces conditions tiennent à la finalité de la remise puisque le détenteur a l'obligation de rendre, représenter ou faire un usage déterminé du bien. La clause de réserve de propriété n'impose aucunement de telles obligations puisque l'acheteur a le pouvoir d'utiliser librement la chose comme s'il en était le véritable propriétaire ; s'il doit la rendre, ce n'est qu'en conséquence d'une résolution de la convention¹⁸⁶. D'une manière générale, l'abus de confiance devrait être écarté chaque fois que le cocontractant peut user librement de la chose non fongible¹⁸⁷. Pourtant, la Cour de cassation a précisé le 3 juillet 1997 que le détournement peut être démontré par la simple impossibilité de restituer¹⁸⁸. La clause de réserve de propriété empêche de détruire ou faire disparaître la chose. Même si aucun usage déterminé de la chose, restitution ou représentation ne sont exigés à proprement parler, certains actes qui pourraient empêcher la restitution demeurent interdits¹⁸⁹.

Il demeure que la clause de réserve de propriété constitue un aménagement juridique purement privé et artificiel de la réalité, dont les tiers demeurent ignorants. Il n'existe pas plus de raisons pour le juge pénal, sous l'empire du nouveau Code de donner davantage de portée à ces clauses¹⁹⁰. Enfin, l'objectif essentiel de cette infraction d'abus de confiance est la protection de la confiance certes, sans doute aussi de la propriété, mais la foi contractuelle n'est pas sa priorité¹⁹¹, quoique le nouveau texte couvre de plus nombreuses hypothèses contractuelles. Admettre la condamnation dans le cadre de contrat qui ont pour vocation de transmettre la propriété, même si certaines conditions l'aménagent, « *métamorphoserait la physionomie du délit* »¹⁹².

252. La clause de réserve de propriété n'est pas ignorée par le seul droit pénal puisque le juge civil montre aussi des signes de désaffection, pour les mêmes raisons que le juge pénal : il s'agit de tenir compte de l'apparence de la situation et de la bonne foi. Ainsi lorsque la clause de réserve de propriété est en concurrence avec un droit de rétention¹⁹³,

¹⁸⁵ **W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 15 ; *Abus de confiance*, Juris-classeur pénal articles 314 -1 à 314 -4, n° 21 et s. **M. Veron**, *Droit pénal spécial*, Masson 1998, p. 205 et *Du contrat préalable à l'abus de confiance*, Droit pénal 1995, chron. n° 21. **C. Souweine**, préc., p. 303, n° 22 et s.

¹⁸⁶ **C. Souweine**, préc., n° 30. **W. Jeandidier**, Juris-classeur pénal préc., n° 24.

¹⁸⁷ En ce sens, **C. Souweine**, préc., n° 24. Le transfert de propriété des choses fongibles n'est pas un obstacle à l'abus de confiance, par exemple dans le cadre d'un nantissement : Cass. crim. 23 décembre 1959, Bull. crim. n° 570.

¹⁸⁸ Cass. crim. 3 juillet 1997, juris-data n° 97 003665 ; Droit pénal 1998, J., n° 15, note **M. Veron**.

¹⁸⁹ **W. Jeandidier**, préc., n° 18 ; **C. Ophéle Rossetto**, *Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens*, RTD com. 1995, p. 101.

¹⁹⁰ En ce sens, **C. Ophéle Rossetto**, préc., p. 102.

¹⁹¹ **J. Larguier**, **P. Conte**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 181. *Contra*, **C. Souweine**, préc., n° 3, **J. Léauté**, *Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance*, Mélanges Patin, Cujas 1966, p. 233.

¹⁹² **W. Jeandidier**, préc., n° 15.

¹⁹³ Article 2279 du Code civil. Cass. com. 3 octobre 1989, JCP 1990, II, 21454, note **M. Behar-Touchais** ; D. 1990, somm. p. 388, obs. **L. Aynès** ; D. 1991, somm. p. 43, obs. **F. Pérochon** ; RTD civ. 1990, p. 306 obs. **Zénati** ; RTD com. 1990 p. 251. Cass. 1^{re} civ., 7 janvier 1992, Bull. civ. I, n° 4 ; RTD civ. 1992, p. 586, obs. **P.-Y. Gaultier** ; JCP 1992, I, 3583, obs. **P. Delebecque**. **J. Mestre**, **E. Putman**, **M. Billiau**, *Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 498. **P. Malaurie**, **L. Aynès**, **P. Théry**, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, 4^{ème} éd. 1998, n° 447.

un gage¹⁹⁴, une possession en général¹⁹⁵, ces derniers l'emportent ; de même, dans le cadre des procédures de règlement judiciaire des entreprises avant 1980¹⁹⁶, les vendeurs ne pouvaient invoquer une telle clause face à la « masse »¹⁹⁷. La possession, plus apparente, prime sur la propriété. Lorsque les matériels gagés ont été rendus au vendeur impayé grâce à la clause de réserve de propriété, le créancier gagiste ne peut plus les revendiquer : les matériels sont « *en la possession du propriétaire* »¹⁹⁸. De plus, la bonne foi, non pas dans la rétention ou dans le gage, mais bien dans l'apparence telle qu'elle est perçue par le créancier, est requise : les juges recherchent si le rétenteur, le créancier gagiste ou le possesseur étaient de bonne foi, en ce qu'ils méconnaissaient la clause de réserve de propriété. L'arrêt du 28 novembre 1989 de la chambre commerciale de la Cour de cassation est très explicite sur ce point¹⁹⁹ : l'acquéreur de produits vendus avec clause de réserve de propriété avait constitué un gage sur ces biens ; les juges ont relevé que la mise en possession du créancier gagiste et la dépossession du débiteur s'étaient manifestées de façon suffisamment *apparentes* et qu'aucune *mauvaise foi* n'a été démontrée. La bonne foi est facilement admise puisque le créancier n'a aucune obligation de vérifier que les marchandises sont grevées d'une clause de réserve de propriété²⁰⁰.

Si le réalisme du juge pénal est manifeste face aux fictions du droit civil pourtant les plus classiques et les mieux ancrées dans notre tradition juridique, il en est de même des fictions plus récentes issues du droit commercial, auquel nous associons le droit de la consommation : le juge pénal, selon les cas, ignore, écarte, approuve ou précise ces évolutions du droit des contrats.

Paragraphe 2 – Réalisme du juge pénal en matière commerciale.

253. Le pragmatisme des juridictions civiles et commerciales génère des solutions que la juridiction pénale n'a pas toujours suivies. A l'examen des situations et des faits exposés, les juridictions répressives donnent des qualifications parfois différentes,

¹⁹⁴ Cass. com., 28 novembre 1989, Bull. civ. IV, n° 300 ; D. 1990, somm. p. 387, obs. **Aynès**, D. 1991, somm. 41, obs. **Pérochon** ; RTD civ. 1991, p. 142, obs. **Zénati**. **P. de Coulboeuf**, *Les limites de l'opposabilité de la réserve de propriété aux droits des tiers*, Petites affiches 1990, n° 84, p. 4. **P. Malaurie**, **L. Aynès**, **P. Théry**, préc., n° 504. **J. Mestre**, **E. Putman**, **M. Billiau**, préc., n° 498.

¹⁹⁵ Cass. com. 11 mai 1993, Bull. civ. IV n° 184 ; 22 février 1994, Bull. civ. IV, n° 71 ; RTD civ. 1994, p. 893, obs. **Zénati**.

¹⁹⁶ L'opposabilité des clauses de réserve de propriété fut instaurée par la loi n° 80-335 du 2 mai 1980 (article 121alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985). Voir notamment, **J. Ghestin**, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, chron., p. 1, **F. Derrida**, *La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives*, D. 1980, chron., p. 293, **R. Houin**, *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite*, JCP éd. E. 1980, II, 13283. **J.-P. Scarano**, *Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété, observations de droit comparé et de droit international privé*, Petites affiches 1991, n° 23, p. 10.

Cette possibilité a été reconduite dans la loi du 10 juin 1994 qui en a cependant modifié certaines conditions. Voir **R. Roblot**, **M. Germain**, **P. Delebecque**, *Droit commercial T. II*, 15^{ème} éd. LGDJ 1996, n° 3159 et s.

¹⁹⁷ Cass. civ., 28 mars et 22 octobre 1934, D. 1934, I, p. 151, note, **J. Vandamme**, S. 1935, note **Esmein** ; Cass. com. 7 juillet 1975, D. 1976, p. 70, note **Honorat**.

¹⁹⁸ Cass. com. 5 avril 1994, Bull. civ. IV, n° 146 ; RTD civ. 1994, p. 909, obs. **M. Bandrac**.

¹⁹⁹ Préc. Voir aussi, à ce titre Cass. com., 11 mai 1993, préc. ; 22 février 1994, préc. ; 3 octobre 1989, préc.

²⁰⁰ Cass. com. 14 novembre 1989, Bull. civ. IV n° 290.

souvent constructives. Le droit des affaires, par nécessité, procède dans l'urgence à des analyses parfois trop rapide : le juge pénal les a parfois précisées (A). Le droit de la consommation, qui souffre de quelques confusions, peut trouver des éclaircissements à l'examen de la jurisprudence pénale (B).

A – Précision des situations dans le droit des affaires.

254. Le juge pénal fait preuve d'un certain réalisme qui l'oblige à prendre en considération des notions de droit des affaires dans une optique parfois différente de celle de leurs juges naturels : les juridictions commerciales. Pour qualifier certaines infractions, le juge pénal a du prendre en considération les groupes de société. A cette occasion, aucun désaccord n'est apparu avec le juge commercial ; au contraire, le juge pénal a contribué à l'affinement et la précision de cette notion (1). En revanche, la notion de cessation de paiement, éventuellement fatale au contrat de société, suscite des divergences persistantes malgré les efforts législatifs. Le juge pénal ne peut se contenter de la vision purement technique et parfois artificielle du juge commercial : la qualification de l'élément moral de l'infraction de banqueroute en dépend (2). Enfin, la notion de commerçant, contractant typique du droit des affaires, a provoqué quelques dissensions (3).

1 – Précision de la notion de groupe de sociétés.

255. Le juge pénal ne s'éloigne pas des conceptions civilistes des contrats envisagés dans les textes par pur esprit d'autonomie. L'interprétation analogique des notions contractuelles n'est pas tant utilisée pour affirmer les particularismes des juridictions répressives que pour augmenter son champ d'action dans le droit des conventions. Il est des cas où interprétation analogique et respect des concepts contractuels coïncident. Ainsi, en droit des sociétés, le juge pénal a pu procéder à quelques analogies entre la notion d'intérêt social mentionné dans les incriminations et celle d'intérêt de groupe de sociétés, en conformité à ce qu'avait pu dégager la chambre commerciale²⁰¹.

Les articles 425 et 437 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales incriminent les abus de biens sociaux. Ce délit est constitué lorsque les dirigeants font un usage contraire à l'intérêt de la société, du pouvoir qu'ils ont sur cette société, de ses biens ou de son crédit. Il en est de même si cet usage est fait dans l'intérêt personnel de celui qui opère ou dans l'intérêt d'une autre société. Dès lors, si dans un groupe de sociétés²⁰², les fonds d'une

²⁰¹ Concernant la prise en compte de la notion de groupe par les juridictions administratives, dans le cadre de l'appréciation de « l'acte anormal de gestion », voir **P. Durand**, *L'abus de biens sociaux vu par la fiscalité une approche extensive et pragmatique*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Colloque Dalloz 1997, p. 127, spéc. p. 132.

²⁰² **M. Pariente**, *Les groupes de sociétés*, Litec 1993, n° 100 et s. **W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 271. **M. Delmas-Marty**, *Droit pénal des affaires*, T. II, préc., p. 290 et s. **J. Léauté**, *La reconnaissance*

des sociétés sont utilisés à son détriment, mais dans l'intérêt d'une autre société du groupe, l'infraction devrait être constituée, quand bien même cela serait conforme à l'intérêt général de ce groupe.

A l'échelle d'une seule société, l'intérêt de celle-ci peut être invoqué comme moyen de défense pour justifier des mouvements de fonds litigieux : le texte précise qu'il n'y a infraction que si ces faits litigieux vont à l'encontre de l'intérêt de la société. A l'échelle du groupe, l'intérêt du groupe ne peut être invoqué, en théorie, puisqu'il n'est pas mentionné par le texte de loi. Pourtant, les juridictions répressives se sont montrées sensibles à cet argument. L'arrêt *Rozenblum* de la chambre criminelle du 4 février 1985 confirme une condamnation pour abus de biens sociaux, mais admet la possibilité de démontrer que les sacrifices demandés à la société abusée étaient justifiés par l'intérêt du groupe²⁰³. En effet, « *le concours financier apporté par des dirigeants d'une société d'un même groupe dans lequel ils sont intéressés* » échappe aux poursuites s'il est « *motivé par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe, et, ne doit ni être 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* ». Le juge pénal traite de la même manière les notions d'intérêt de groupe et d'intérêt social. Cette décision fut confirmée ultérieurement²⁰⁴.

256. Le recours à la technique de l'interprétation analogique peut être ici justifié par le fait qu'elle sert la défense de l'accusé : elle lui permet d'échapper aux poursuites pour abus de biens sociaux. A ce titre, l'intérêt de groupe n'est pas un fait justificatif²⁰⁵. Certes, M. Ohl suggère que l'intérêt de groupe induirait l'autorisation de la loi : l'article 12 - 3° de la loi du 24 janvier 1984 autorise toute entreprise à des mouvements de trésoreries avec des sociétés auxquelles elles sont liées par des liens de capitaux et de pouvoirs. Ce texte autorise une atteinte au monopole bancaire dans l'intérêt d'un groupe de sociétés. Cependant cette disposition admet qu'il soit porté atteinte au monopole bancaire pénalement sanctionné ; il n'autorise pas un « abus » dans ces transferts de trésorerie, cet abus existant quand le transfert est contraire à l'intérêt du groupe. On ne peut parler de fait justificatif, d'autorisation de la loi en l'occurrence, que lorsqu'un comportement correspond à une infraction dans tous ses éléments et que la loi l'autorise. En l'espèce, l'article 12-3° de la loi de 1984 n'empêchera

de la notion de groupe en droit pénal des affaires, JCP 1973, I, 2551. **B. Boulloc**, *Droit pénal et groupe d'entreprises*, Revue des sociétés 1988, p. 181.

²⁰³ Bull. crim. n° 54 ; JCP 1986, II, 20585, **W. Jeandidier** ; D. 1985, 478, note **D. Ohl** ; Revue des sociétés 1985, p. 648, **B. Boulloc**.

²⁰⁴ Cass. crim. 13 février 1989, Bull. crim. n° 69, Revue des sociétés 1989, p. 692, note **B. Boulloc** ; 23 avril 1991, Bull. crim. n° 193, Revue des sociétés 1991, p. 785, note **B. Boulloc** ; 9 décembre 1991, Revue des sociétés 1992, p. 358, obs. **B. Boulloc** ; 4 septembre 1996, Bull. crim. n° 314, RTD com. p. 336, obs. **B. Boulloc**, Revue des sociétés 1997, p. 365, obs. **B. Boulloc**.

La notion de groupe de sociétés invoquée suffit rarement à « justifier » l'abus de bien social.

²⁰⁵ Dans le sens d'une analyse comme fait justificatif, **M. Pariente**, préc., n° 107 et s ; **M. Delmas-Marty**, préc., **W. Jeandidier**, préc., **D. Ohl**, note sous l'arrêt Cass. crim. 4 février 1985, D. 1985, p. 481 ; **B. Boulloc**, *Droit pénal et groupe de sociétés*, Revue des sociétés 1988, p. 181 ; *Droit pénal et groupes d'entreprises*, in *Bilan et particularismes du droit pénal de l'entreprise*, Economica 1989, p. 153.

pas de sanctionner un abus de biens sociaux si les juges constatent qu'il a été commis contre les intérêts du groupe.

L'intérêt de groupe constitue, non pas un fait justificatif puisque le Code pénal ne le mentionne pas comme tel, mais un élément matériel de l'infraction d'abus de biens sociaux : la jurisprudence a étendu l'acception de l'élément d'intérêt de la société mentionné par le texte. Si cet élément manque, l'infraction n'est pas constituée.

Cependant, les juges ont moins recherché cet aspect défensif qu'une lecture opportuniste, « *respectueuse du libéralisme économique et favorable aux groupes de sociétés* »²⁰⁶. Sur cette notion de groupe de sociétés, la chambre criminelle, dans une jurisprudence constante puisque renouvelée, rejoint l'analyse des autres chambres de la Cour de cassation²⁰⁷ et développe cette idée en affermissant son contenu et les conditions de son existence²⁰⁸ : la définition et les critères du groupe établis par les juges répressifs en 1985 sont repris par les arrêts ultérieurs. Elle renforce aussi l'idée que le contrat de société n'est pas un contrat anodin²⁰⁹ puisque, par ailleurs, la notion de groupe de contrat est déclarée sans effet²¹⁰.

2 – Date de cessation de paiement et faillite virtuelle.

257. Le juge commercial, lorsqu'il décide d'une procédure collective, énonce une date à laquelle est apparue la cessation des paiements. Or, le juge pénal a pris l'habitude de retenir une date différente de cessation des paiements pour une même affaire, date souvent antérieure. La doctrine a parlé de création de « *faillites virtuelles* » par les juridictions répressives (a). Pourtant ces divergences sont justifiables et ne découlent pas du seul esprit d'autonomie et de contradiction du juge pénal (b).

a – Persistance de la notion de faillite virtuelle.

258. La faillite virtuelle était considérée comme le principal bastion de l'autonomie du juge pénal au regard des règles du droit commercial²¹¹. Avant la loi du 25 janvier 1985 réformant les procédures collectives, l'infraction de banqueroute pouvait être

²⁰⁶ E. du Pontavice, *Conseil National de la Compagnie des commissaires aux comptes*, décembre 1986, n° 64, p. 391

²⁰⁷ B. Bouloc, préc., n° 7 et les nombreuses références citées.

²⁰⁸ M. Pariente, *Les groupes de sociétés*, Litec 1993, n° 111.

²⁰⁹ Nous faisons référence à la discussion classique sur la nature de la société, contrat ou institution. Voir *supra* n° 13.

²¹⁰ Comme a pu l'affirmer le célèbre arrêt Besse, Assemblée plénière 12 juillet 1991, D. 1991, p. 549, note J. Ghestin ; JCP 1991, II, 21743, note G. Viney ; RJDA 1991, p. 583, Mounier ; Defrénois 1991, 130, J.-L. Aubert, RTD civ. 1991, p. 750, P. Jourdain. Cependant la loi n° 98-566 du 8 juillet 1998, sur les contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé, introduit cette notion de « *groupe de contrat* » dans le Code de la consommation (voir l'article L. 121-60 de ce Code).

²¹¹ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 227. R. Merle, A. Vitu, *Droit pénal spécial T. I.*, préc., n° 818. F. Derrida, *Renaissance de la "faillite virtuelle" ?*, Mélanges Larguier PUG 1993, p. 95. M. Cabrillac, *L'indépendance du droit pénal à l'égard de quelques règles du droit commercial*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz 1956, p. 292, n° 12 et s.

prononcée sans qu'aucune procédure collective n'ait été ouverte. Il suffisait que la personne soit en état de cessation de paiement. Or, le juge pénal décidait de façon autonome de la date de cette cessation des paiements : selon l'article 139 de la loi de 1967, il n'était pas nécessaire que cette cessation des paiements ait été constatée par un tribunal civil ou de commerce²¹². Le juge répressif pouvait choisir une date antérieure à celle choisie par le juge commercial afin d'utiliser le texte d'incrimination plus efficacement²¹³. De là cette expression de « *faillite virtuelle* » : le juge pénal considérait une faillite n'existant pas pour les autres juridictions.

Le législateur voulu supprimer ces discordances choquantes dans la loi de 1985. L'exposé du projet de loi précise qu'il convient d'abolir « *ce dernier vestige de la faillite virtuelle* » puisque « *la condamnation pénale sera désormais subordonnée à l'ouverture du redressement judiciaire par la juridiction commerciale* »²¹⁴. Ces souhaits sont réaffirmés dans les rapports de l'Assemblée nationale²¹⁵ et du Sénat²¹⁶. Selon l'article 197 de la loi du 25 janvier 1985, cette infraction n'est envisageable qu'en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation. L'infraction de banqueroute suppose alors l'existence d'une cessation des paiements, constatée par un tribunal compétent²¹⁷. Pourtant, conformément aux craintes qu'avaient pu exprimer quelques auteurs, le juge pénal a conservé son autonomie²¹⁸. La Cour de cassation a refusé de considérer que l'existence d'une telle procédure était un élément matériel supplémentaire de l'infraction de banqueroute²¹⁹. Il s'agit seulement d'une condition procédurale, qui doit simplement être constatée²²⁰. Cette constatation est d'autant plus facile qu'une simple saisine du tribunal par le parquet suffit pour la poursuite, même si la condamnation qui pourrait s'ensuivre nécessite que le tribunal saisi ait donné suite²²¹.

²¹² **M. Delmas-Marty**, *Droit pénal des affaires T. II*, préc., p. 575 et s.

²¹³ Par exemple, Cass. crim. 30 octobre 1968, Bull. crim. n° 282 ; 9 octobre 1978, Bull. crim. n° 260 ; 12 janvier 1981, Bull. crim. n° 10, D. 1981, p. 348, note **J. Cosson**, JCP 1981, II, 19660, note **Guyon**.

²¹⁴ Exposé du projet de loi n° 1578, p. 15. Cité par **F. Derrida**, préc., p. 98. **B. Bouloc**, *La réforme de la banqueroute*, Mélanges Vitu, Cujas 1989, p. 65, spéc. p. 77.

²¹⁵ Rapport n° 1872, **G. Gouzes**, p. 25.

²¹⁶ Rapport n° 332, **J. Thyraud** p. 240.

²¹⁷ **M. Delmas-Marty**, préc., p. 575 et s. **F. Derrida**, *Droit pénal et difficultés des entreprises*, in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica 1989, p. 205, spéc. p. 212.

²¹⁸ **F. Derrida**, préc. ; **J. Laborde**, *Le nouveau droit pénal des procédures collectives ou la réforme sans bruit*, Revue des procédures collectives 1987, 1, p. 4.

²¹⁹ **M. Delmas-Marty**, préc., p. 577. **F. Derrida**, *Renaissance de la « faillite virtuelle » ?*, Mélanges Larguier PUG 1993, p. 99. **P. Conte**, *La banqueroute du commerçant radié du registre du commerce et des sociétés*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 67, n° 13 et s. **B. Bouloc**, *La réforme de la banqueroute*, Mélanges Vitu, Cujas 1989, p. 65, spéc. p. 71 et 77. **P. Gioanni**, *La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute*, D. 1994, chron. p. 53, spéc. n° 4.

²²⁰ Cass. crim. 10 mars 1986, Bull. crim. n° 97 ; D 1986, 182, note **Derrida** ; GP 1986, 1, 536, note **J.-P. Marchi** ; JCP éd. E, 1986, I, 15774, n° 21, obs. **Cabrillac** et **Vivant** ; 6 janvier 1987, Bull. crim. n° 3, Rev. sc. crim. 1988, 77, n° 1, obs. **Vitu** ; 1^{er} juin 1987, Bull. crim. n° 227 ; 12 juin 1989, D. 1989, 585 ; 14 février 1994, Bull. crim. n° 64. **P. Gioanni**, préc., p. 53 et s.

²²¹ **M. Beaume**, **M. Fayen**, *Le rôle nouveau du ministère public*, in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica 1989, p. 225, spéc. p. 234. **J.-F. Renucci**, *Le parquet et les faillites*, Rev. sc. crim. 1990, p. 236, spéc. p. 252. **M. Pasturel**, Rapport, Cass. com. 20 janvier 1998, D. 1998, p. 125.

Or la cessation de paiement demeure un élément constitutif de l'infraction²²² qui doit être constaté par le juge, avec précision de la date²²³. Par conséquent, rien ne l'empêche de prendre en considération une date de cessation de paiement distincte de celle déclarée par la juridiction commerciale²²⁴, ce qui fut clairement affirmé dès 1991. Dans deux arrêts du 18 novembre 1991, la chambre criminelle décide que « *pour déclarer constitué le délit de banqueroute, le juge répressif a le pouvoir de retenir, en tenant compte des éléments soumis à son appréciation, une date de cessation des paiements autres que celle fixée par la juridiction consulaire* »²²⁵. Rappelons que le juge civil ou commercial a la possibilité de fixer une date de cessation des paiements antérieure au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. L'article 9 de la loi de 1985 impose que cette antériorité ne dépasse pas dix-huit mois. Il est probable que le juge pénal n'est pas lié par cette limite et la dépasse²²⁶. La « faillite virtuelle » existe toujours²²⁷.

b – Raisons de cette divergence jurisprudentielle.

259. Une estimation différente de la date de cessation de paiement est possible. Découle-t-elle de simples velléités d'autonomie du juge répressif ou d'une réelle différence d'appréciation de cette notion ? Depuis 1985, la cessation de paiement se définit comme « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* »²²⁸. Auparavant, en l'absence d'une définition légale, c'est la jurisprudence qui avait défini la cessation de paiement comme « *la situation désespérée du débiteur qui le plaçait dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible* »²²⁹. La jurisprudence répressive retenait la

²²² **A. Dekeuwer**, *Cessation des paiements, détournements d'actif et pouvoirs du juge pénal en matière de banqueroute*, JCP 1995, éd. E., I, 420, n° 7 et s., note sous Cass. crim. 22 août 1995, Revue des sociétés 1996, p. 339, spéc. p. 344 et s.

²²³ Cass. crim. 10 mai 1993, Bull. crim. n° 168.

²²⁴ **F. Derrida**, préc., p. 99. **A. Honorat, R. Bernardini**, *Redressement et liquidation judiciaire*, Juris-classeur commercial, Fasc. 2930, n° 6 et s.

²²⁵ D. 1992, IR, 54 ; JCP 1993, II, 22102, note **M.-C. Sordino** ; JCP 1992, éd. E., I, p. 195, n° 17, obs. **M. Cabrillac** ; GP 12-13 août 1992, p. 7, note **J.-P. Marchi** ; Revue des procédures collectives 1992, 319, obs. **Devèze** ; RTD com. 1992, p. 878, obs. **P. Bouzat**.

Confirmé ensuite ; voir par exemple Cass. crim. 21 juin 1993, Bull. crim. n° 217, Petites affiches 1994 n° 11, p. 20, note **R. Bernardini** et **A. Honorat** ; JCP 1994 éd. E., I, 295, n° 20, obs. **M. Cabrillac**.

²²⁶ En ce sens, **F. Derrida**, préc., p. 95, n° 6. Ceci ne ferait que poursuivre la jurisprudence antérieure à la réforme de 1985. Voir par exemple l'arrêt Cass. crim. 12 janvier 1981, Bull. crim. n° 10, D. 1981, p. 348, note **J. Cosson**, JCP 1981, II, 19660, note **Guyon**, qui choisit une date antérieure aux dix-huit mois.

²²⁷ Ajoutons que le juge pénal se sent totalement indépendant au regard des dates et des décisions judiciaires officialisant les situations de faillites ou de cessation de paiement, à tel point qu'il a utilisé la notion de « *connaissance du prévenu de l'état virtuel de cessation de paiement* » pour caractériser un risque pris délibérément, une mise en danger anormal d'une société, et condamner l'accusé pour abus de biens sociaux. Cass. crim. 30 mai 1996, Bull. crim. n° 224. Voir aussi, 16 mars 1987, pourvoi n° 85-94.227 : « *compte tenu de l'ampleur de l'état virtuel de cessation des paiements...* » ; 12 octobre 1994, pourvoi n° 94-83.096 : « *la société était en état virtuel de cessation de paiement...* », expression formulée par la Cour de cassation elle-même ; 30 janvier 1995, pourvoi n° 93-85.345 ; 28 avril 1997, pourvoi n° 96-84.447.

²²⁸ Article 3 de la loi du 25 janvier 1985.

²²⁹ Voir par exemple, Cass. com. 5 décembre 1949, D. 1950, 126 ; 6 juillet 1971, Bull. civ. IV n° 195. **R. Roblot, M. Germain, P. Delebecque**, *Droit commercial* T. II, 15^{ème} éd. LGDJ 1996, n° 2873. **J. Cosson**, note sous l'arrêt Cass. crim. 12 janvier 1981, préc.

définition semblable de « *situation définitivement et inéluctablement compromise* »²³⁰. Les juridictions commerciales ont ensuite abandonné ce critère désespéré de la situation du débiteur, puisque l'objectif était de sauver les entreprises tant qu'il en était encore temps. Elles ont retenu la définition de la cessation des paiements qui fut ensuite adoptée par la loi de 1985²³¹. La divergence de définition provient donc d'un changement de cap de la juridiction commerciale et n'est pas forcément à imputer à l'esprit d'indépendance du juge criminel. Le juge pénal n'a pas pour objectif de sortir une entreprise de la détresse financière. Il cherche à empêcher et à punir des comportements frauduleux qui aggravent la situation déjà compromise des créanciers. Ajoutons que, selon la jurisprudence récente, le juge pénal semble s'être visiblement rallié à la définition donnée en 1985²³². L'arrêt de la chambre criminelle du 21 juin 1993²³³ précise que la cour d'appel a justifié sa décision de date de cessation de paiement en relevant que la société avait eu recours, à cette époque, à la « *cession Dailly* » d'une créance litigieuse restée finalement impayée, afin de pouvoir régler ses fournisseurs et ses salariés.

260. M. Cosson explique la différence de conception, donc de date, de la cessation de paiement entre juridictions pénales et commerciales, par une différence d'objectif des juges : l'action publique tend à sanctionner celui qui n'a d'autre solution que de mettre fin à son activité et qui, pourtant, de mauvaise foi, continue à augmenter le passif, sachant qu'il compromet encore davantage les chances de ses créanciers ; en revanche, le juge commercial ne tend pas nécessairement à la liquidation des biens puisque son objectif premier est le redressement des entreprises²³⁴. Les deux actions n'ont pas le même objet, ce qui explique que les définitions et les dates retenues diffèrent. Cependant, cette divergence d'objectif n'explique pas pourquoi, en pratique, le juge pénal choisit souvent des dates de cessation des paiements **antérieures** à celles choisies par le juge commercial. Au contraire, si le juge commercial veut sauver l'entreprise et agir au moindre signe de faiblesse²³⁵, il devrait choisir une date de cessation des paiements antérieure à celle du juge pénal qui attend que la situation soit irrémédiablement compromise.

Pour le juge commercial, la date de cessation des paiements est une constatation quantitative technique, ayant peu d'incidence sur la suite des opérations de

²³⁰ Par exemple, Cass. crim. 25 janvier 1977, Bull. crim. n° 30 ; 20 novembre 1978, D. 1979, p. 525, note **M. Culioli** et **F. Derrida** ; 21 avril 1980, Bull. crim. n° 116, D. 1981, p. 348, note **J. Cosson**, Rev. sc. crim. 1981, p. 395, obs. **P. Merle** ; 12 janvier 1981, Bull. crim. n° 10 (préc.).

²³¹ une procédure de redressement judiciaire peut être ouverte en cas d'inexécution d'un règlement amiable, ou lorsque l'actif disponible est insuffisant pour faire face au passif exigible, situations qui ne sont pas « irrémédiablement compromises ».

²³² **A. Dekeuwer**, *Cessation des paiements, détournements d'actif et pouvoirs du juge pénal en matière de banqueroute*, JCP 1995, éd. E., I, 420, n° 17 et s.

²³³ (préc.) Cass. crim. 21 juin 1993, Bull. crim. n° 217, Petites affiches 1994 n° 11, p. 20, note **R. Bernardini** et **A. Honorat** ; JCP 1994, éd. E., I, 295, n° 20, obs. **M. Cabrillac**.

²³⁴ **J. Cosson**, note sous l'arrêt Cass. crim. 12 janvier 1981, D. 1981, p. 348.

²³⁵ L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 juin 1997 (JCP 1997, IV, 1748) décide même que la cessation de paiement peut être constatée dès que l'actif disponible est insuffisant, alors qu'aucun créancier n'a encore exercé une poursuite exigeant un paiement.

redressement (ou de liquidation). Elle fixe le début de la procédure de redressement, puisque « *dès que la cessation des paiements est constatée, la société doit demander l'ouverture d'une procédure collective* »²³⁶. Elle n'est qu'un instrument de mesure et le choix se porte en réalité sur la date à laquelle les instances judiciaires ont commencé à s'intéresser aux affaires de la société litigieuse. En revanche, le juge pénal protège les créanciers contre les comportements des associés qui aggravent leur situation. La date de cessation des paiements doit donc être reculée au jour où la situation des créanciers était critique et où les premières manifestations de mauvaise foi se sont fait jour. Ceci explique que la date choisie par les juridictions pénales est parfois antérieure à celle choisie par la juridiction commerciale pour la même affaire.

Il arrive que le juge commercial décide de porter la date de cessation de paiement établie dans un premier jugement déclaratif à une date antérieure. Ce procédé est utilisé pour étendre la période suspecte, située entre la date de cessation de paiement et la date du jugement qui ouvre la procédure collective²³⁷. Cette période permet de suspecter les actes juridiques du débiteur de fraude à l'égard des créanciers, et de les annuler. L'objectif du juge commercial, lorsqu'il recule la date de cessation de paiement, devient alors le même que celui du juge pénal lorsqu'il choisit une date antérieure à celle du tribunal commercial : « *sanctionner les fraudes et faire tomber les actes qui rompent gravement l'inégalité entre les créanciers* »²³⁸, en somme protéger les créanciers. L'attitude du juge commercial a même rejoint récemment celle du juge pénal en matière de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer prononcée contre le dirigeant de l'entreprise, fondées sur une déclaration tardive de cessation de paiement, dont traite l'article 189-5 de la loi du 25 janvier 1985²³⁹. L'arrêt de la chambre commerciale du 20 octobre 1992²⁴⁰ reconnaît aux juges consulaires la possibilité de se référer à une date de cessation de paiement antérieure à celle du jugement d'ouverture et même, de plus de dix-huit mois. L'objectif de l'article 189-5 est d'inciter les dirigeants à déclarer au plus vite la cessation de paiement afin de ne pas compromettre les chances de redressement²⁴¹. Il n'y a pas de réelle discordance de principe entre les juridictions commerciales et répressives puisque, lorsque leurs objectifs s'harmonisent, leurs démarches face à la date de cessation de paiement convergent (même si les dates choisies demeurent finalement distinctes : le juge commercial cherchera toujours à minimiser la durée de la période suspecte afin de limiter l'instabilité juridique pour les tiers²⁴²).

Le redressement des sociétés en perdition, motivation essentielle des juridictions commerciales, n'explique pas les différences de choix de date de cessation des

²³⁶ **M. Cozian** et **A. Viandier**, *Droit des sociétés*, Litec, 10^{ème} éd. 1997, n° 504.

²³⁷ **R. Roblot**, **M. Germain**, **P. Delebecque**, *Droit commercial T. II*, 15^{ème} éd. LGDJ 1996, n° 3108.

²³⁸ **R. Roblot**, **M. Germain**, **P. Delebecque**, *préc.*, n° 3109.

²³⁹ Article 189-5 de la loi du 25 janvier 1985.

²⁴⁰ Bull. civ. IV, n° 315 ; Rapport C. Cass. 1992, p. 308, n° 6 ; D. 1992, IR p. 265 ; Bull. Joly 1993, p. 122, note **H. Le Nabasque** ; Quotidien juridique n° 100, 15 décembre 1992, p. 3 ; JCP 1993, éd. E., I, 238, n° 22, obs. **M. Cabrillac** et **P. Petel**. Confirmé : Cass. com. 30 novembre 1993, Bull. civ. IV, n° 440.

²⁴¹ **Bernardini** et **A. Honorat**, note sous Cass. crim. 21 juin 1993, Bull. crim. n° 217, Petites affiches 1994 n° 11, p. 20, spéc. n° 6.

²⁴² **A. Dekeuwer**, *Cessation des paiements, détournements d'actif et pouvoirs du juge pénal en matière de banqueroute*, JCP 1995, éd. E., I, 420, n° 19 et s.

paiements avec le juge pénal. Le choix d'une date tardive ne peut en rien améliorer la situation de l'entreprise. En revanche, la sanction d'une aggravation frauduleuse de la situation des créanciers explique le choix d'une date différente, antérieure, par le juge pénal.

Si celui-ci peut considérer que la cessation de paiement est intervenue à une date antérieure à celle déclarée par le juge consulaire, rien ne l'empêche de considérer une date postérieure : en refusant de condamner une personne pour absence de cessation de paiement, les juges répressifs pourraient signifier que la juridiction civile ou commerciale a ouvert à tort une procédure de redressement judiciaire²⁴³.

Quelles que soient les justifications que l'on puisse apporter à la notion de faillite virtuelle, au choix d'une date antérieure de cessation des paiements et à l'exigence d'une procédure collective comme condition procédurale et non comme élément matériel de l'infraction, ces positions vont à l'encontre des intentions du législateur, ruinent l'influence des modifications apportées par la loi de 1985 à l'infraction de banqueroute et contreviennent au principe de stricte interprétation des textes d'incrimination²⁴⁴.

Outre son inefficacité pour harmoniser l'appréciation de la cessation de paiement entre les diverses juridictions, la loi de 1985 n'a pas non plus précisé quels critères devaient être retenus pour la qualité de commerçant, qui est l'une des personnes visées par l'infraction de banqueroute. Or le juge pénal, dans cette infraction comme dans d'autres, est susceptible d'adopter une conception particulière du commerçant.

3 – Précision de la notion de commerçant.

261. Lorsqu'un doute pouvait apparaître au sujet de la nature civile ou commerciale du contrat en question, les juridictions commerciales²⁴⁵ ont retenu une conception pour partie objective et subjective de la commercialité de l'acte. Celui-ci a une nature commerciale s'il est défini comme tel par la loi²⁴⁶. Une conception plus subjective vient enrichir la première grâce à la théorie de l'accessoire²⁴⁷ : l'acte ou le contrat ont une nature commerciale lorsqu'ils sont accomplis par un commerçant pour les besoins ou à l'occasion de son commerce²⁴⁸ ou par une société commerciale²⁴⁹, lorsque l'acte est relatif à

²⁴³ En ce sens, **F. Derrida**, préc., n° 5.

²⁴⁴ Dans le même sens, **Bernardini** et **A. Honorat**, note sous Cass. crim. 21 juin 1993, Bull. crim. n° 217, Petites affiches 1994 n° 11, p. 20, spéc. n° 2. **P. Gioanni**, *La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute*, D. 1994, p. 53, spéc. n° 11 et s.

²⁴⁵ Par exemple, Cass. com. 7 avril 1967, D. 1968, p. 61, note **Calais-Auloy**, Grands arrêts n° 8, obs. **Schmidt**.

²⁴⁶ Articles 632 et s. du Code de commerce.

²⁴⁷ **R. Roblot**, **M. Germain**, **L. Vogel**, *Droit commercial*, T. I, 17^{ème} éd. LGDJ 1998, n° 307 et s. **Y. Guyon**, *Droit des affaires*, T. I : *Droit commercial général et sociétés*, 9^{ème} éd., Economica 1996, n° 85 et s. **Y. Reinhard**, *Droit commercial, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, 4^{ème} éd. Litec, 1996, n° 195 et s. **A. Jauffret**, **J. Mestre**, *Droit commercial*, 23^{ème} éd. LGDJ 1997, n° 39 et s. **G. Goubeaux**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse Paris, 1969.

²⁴⁸ Cass. req. 12 décembre 1911, D. 1913, I, p. 129, note **Feuilloley**. Cass. com. 28 novembre 1961, GP 1961, 1, p. 220 ; 18 mars 1974, RTD com. 1975, p. 267, obs. **Jauffret**. Cass. com. 5 octobre 1993, Revue des sociétés 1994, p. 47, note **Legeais** ; 3 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 168.

sa constitution, son fonctionnement ou sa dissolution. Il pèse même sur ces actes une présomption de commercialité. La profession du contractant influe de façon déterminante.

La position des juridictions criminelles est comparable²⁵⁰ : sont de nature commerciale les contrats relatifs à la constitution, au fonctionnement ou à la dissolution des sociétés commerciales. Les règles de preuve - libre - du droit commercial s'appliquent dès lors plus fréquemment que si une conception subjective avait été retenue, attachée à la qualité de commerçant du contractant. Cependant, cette qualité doit être recherchée lorsque certaines infractions supposent, pour être susceptibles de sanctions, qu'elles aient été commises par un commerçant. Le juge pénal ne s'en tient pas à la qualification de commerçant telle qu'elle peut être définie par les juges consulaires ou civils. De même que les juridictions répressives demeurent indifférentes à la nullité du contrat²⁵¹, élément de l'infraction, elles refusent de tenir compte de l'absence, invoquée par le prévenu, d'une qualité qu'il a utilisée pour commettre son forfait²⁵². La contravention de paracommercialisme²⁵³ illustre cette tendance du droit pénal à vouloir donner une qualification réaliste à l'activité des personnes, et ceci pour que le titre qu'elles se donnent ne les mette pas à l'abri des lois et des sanctions²⁵⁴. Cette infraction tend à empêcher les organismes de type associatif, coopératif,... bénéficiant d'avantages fiscaux, de vendre des biens ou fournir des services à des prix trop concurrentiels au regard des entreprises menant habituellement ces activités et soumises à des charges beaucoup plus lourdes²⁵⁵.

262. Cette autonomie du juge pénal se manifestait jadis en matière de banqueroute. Avant la réforme du 25 janvier 1985, le texte d'incrimination exigeait que le failli ait la qualité de commerçant. En l'absence de précision de vocabulaire concernant le terme de consommateur, le juge pénal décidait de façon autonome de la qualité de commerçant et n'était pas lié par une décision éventuellement contraire du juge commercial²⁵⁶ ; il n'était d'ailleurs pas tenu d'attendre que son collègue consulaire ait décidé

La commercialité par accessoire s'étend aux quasi-contrats, délits et quasi-délits : Cass. com. 7 avril 1967, D. 68, p. 61, note **Calais-Auloy** ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 1996, 10^{ème} éd. n° 8, obs. **Schmidt** (délit d'un dirigeant de société) ; C.A. Paris, 11 février 1976, JCP 1976, II, 18464, note **Assouline** ; **Y. Reinhard**, préc., n° 196.

En revanche, ne sont pas commerciaux les achats ou autres actes faits par un commerçant pour son usage particulier : Cass. com., 19 janvier 1993, Bull. civ. IV, n° 21.

²⁴⁹ Cass. com. 18 février 1975, Bull. civ. IV, n° 48, RTD com. 1975, p. 466, obs. **Jauffret**, RTD com. 1976, p. 124, obs. **Houin**. 7 juillet 1981, RTD com. 1981, p. 775, obs. **Alfandari** et **Jeantin**.

²⁵⁰ Par exemple, Cass. crim. 1^{er} février 1972, JCP 1973, 17304, note **J.-J. Burst**, Revue des sociétés 1973, p. 478, note **Boulloc**.

²⁵¹ Voir *supra* n° 188 et s.

²⁵² En ce sens, **J.-L. Goutal**, *L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose*, Rev. sc. crim. 1980, p. 911, spéc. p. 930.

²⁵³ Article 37-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, sanctions prévues à l'article 33 du décret du 26 décembre 1986.

²⁵⁴ Par exemple, Cass. crim. 19 octobre 1992, RTD com. 1993, p. 727, obs. **P. Bouzat** ; Droit pénal, mars 1993, n° 72, comm. **J.-H. Robert** ; GP 1993, 21-22 avril, Chronique de droit criminel, Comm. **J.-P. Doucet**, p. 14.

²⁵⁵ **W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 366, qui considère cette incrimination comme inutile.

²⁵⁶ **A. Vitu**, *Droit pénal spécial*, T. I, Cujas, 1982, n° 817. **M. Delmas-Marty**, *Droit pénal des affaires*, T. II, PUF Thémis 1990, p. 573. **A. Honorat**, **R. Bernardini**, *Redressement ou liquidation judiciaires*, Juris-classeur commercial, Fasc. 2930. **J. Larguier**, **P. Conte**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 511. **W. Jeandidier**, préc., n° 218.

de la qualification de commerçant et pouvait librement et souverainement la prononcer²⁵⁷. L'autonomie du juge pénal se manifestait par des situations juridiques contradictoires pour une même affaire. En effet, la définition du commerçant retenue en droit pénal est plus large que celle adoptée par le droit commercial. En droit commercial, le commerçant est la personne qui pratique des actes de commerce à titre professionnel²⁵⁸. Demeurent exclus les particuliers pour les opérations de leur vie civile, même si celles-ci prennent une grande importance, au point que l'on puisse parler d'« habitude »²⁵⁹. D'anciens arrêts avaient admis des personnes à la qualité de commerçant en s'attachant à leur habitude d'exercer des actes de commerce et non à leur profession²⁶⁰. Mais cette jurisprudence critiquée par la doctrine fut abandonnée²⁶¹. Sont aussi exclues les personnes dont l'activité est inconciliable avec le commerce²⁶² ; la qualité d'officier ministériel (notaire, huissier, ...) est ainsi incompatible avec celle de commerçant²⁶³ ; il en est de même des membres des professions libérales exerçant leur activité à titre individuel (avocats, architectes, experts comptables,...).

En droit pénal, « *est commerçant, non seulement le professionnel, mais encore celui qui accomplit à titre habituel des actes de commerce* »²⁶⁴. La seule habitude suffit à la qualification de commerçant²⁶⁵. L'infraction de banqueroute était également reprochée à des personnes à qui une incompatibilité interdisait d'exercer une activité commerciale en même temps que leur profession (notaire, huissier, avocat,...)²⁶⁶. Elle pouvait enfin être reprochée à des personnes qui avaient fait du commerce malgré une interdiction d'exercer, à la suite par exemple d'une condamnation²⁶⁷. Elle a pu aussi être prononcée à l'égard de l'épouse qui avait pris une part active au commerce de son mari²⁶⁸. Inversement, des actes de commerce peuvent

²⁵⁷ Voir notamment, Cass. crim. 28 avril 1880, Bull. crim. n° 85 ; 13 mai 1882, Bull. crim. n° 164 ; 23 mai 1913, Bull. crim. n° 243 ; 3 octobre 1962, Bull. crim. n° 259.

²⁵⁸ Articles 1^{er} et 632 du Code de commerce. Cass. com. 24 novembre 1992, D. 1993, p. 296, note **G. Tixier** et **T. Lamule** : la profession consiste dans l'exercice d'une activité permettant à son auteur de satisfaire à ses besoins financiers. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit exclusive : Cass. com. 2 février 1970, D. 1970, p. 430, Grands arrêts de la jurisprudence commerciale, n° 56, obs. BB ; 4 octobre 1994, Defrénois 1995, p. 249, note **Le Cannu**.

²⁵⁹ **R. Roblot, M. Germain, L. Vogel**, *Droit commercial, T. I*, 17^{ème} éd. LGDJ 1998, n° 137, n° 320. **Y. Reinhard**, *Droit commercial, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, 4^{ème} éd. Litec, 1996, n° 272. **A. Jauffret, J. Mestre**, *Droit commercial*, 23^{ème} éd. LGDJ 1997, n° 142. **Endréa**, *L'habitude*, D. 1981, p. 313. *Contra* : **Y. Guyon**, *Droit des affaires, T. I : Droit commercial général et sociétés*, Economica 9^{ème} éd. 1996, n° 70 et s.

²⁶⁰ Voir par exemple, pour des personnes pratiquant de façon répétée les spéculations boursières : Cass. com. 1^{er} novembre 1947, Bull. civ. IV, n° 30, Revue de droit commercial 1948, p. 695.

²⁶¹ Cass. com., 28 avril 1981, JCP 1982, II, 19740 ; 11 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 179. **R. Roblot, M. Germain, L. Vogel**, préc., n° 137.

²⁶² **Y. Guyon**, préc., n° 48. **R. Roblot, M. Germain, L. Vogel**, préc., n° 175 et s. **Y. Reinhard**, *Droit commercial, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, 4^{ème} éd. Litec, 1996, n° 278. **A. Jauffret, J. Mestre**, préc., n° 150.

²⁶³ Il convient d'exclure cependant les agents de change qui effectuent des opérations de commission, de change et de courtage.

²⁶⁴ **W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 218.

²⁶⁵ Cass. req. 14 mars 1886, S. 1888, 1, p. 162 ; DP 1888, 1, p. 168. Cass. crim. 8 mars 1966, Bull. crim. n° 81. Pour un dirigeant de fait : CA Rouen, 17 décembre 1980, D. 1981, IR p. 221, obs. **F. Derrida**.

²⁶⁶ Par exemple, pour un notaire, Cass. crim. 14 mars 1888, D. 1888, 1, 168 ; S. 1888, 1, 162.

²⁶⁷ Cass. crim., 2 mai 1979, D. 1980, IR p. 184, obs. **A. Honorat**.

²⁶⁸ Cass. crim., 12 octobre 1960, Bull. crim. n° 444.

être accomplis, mais la banqueroute sera exclue en raison d'une incapacité de protection organisée par le code civil, telle que la minorité, la tutelle ou la curatelle²⁶⁹.

La réforme de 1985 n'ayant pas apporté de définition de la qualité de commerçant, certaines divergences pourraient *a priori* perdurer. Cependant, le texte exige aujourd'hui une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Le juge pénal est dépendant de la qualité de commerçant qu'auront pu retenir les juges des tribunaux de commerce ou de grande instance, bien que cette qualité de commerçant demeure une condition de l'infraction de banqueroute et, donc, que le juge pénal soit tenu de souligner expressément son existence dans chaque affaire²⁷⁰. Les juridictions répressives n'auront plus la possibilité de poursuivre une personne qui a échappé à la procédure de redressement en raison de l'absence de sa qualité de commerçant. En effet, en ce qui concerne les personnes physiques, les procédures de redressement et de liquidation judiciaire sont réservées à celles qui ont la qualité de commerçante (ainsi qu'aux artisans et agriculteurs). La loi n'admet un élargissement de son champ d'action que pour les personnes morales qui peuvent être non commerçantes : sociétés civiles immobilières, associations, coopératives agricoles,...²⁷¹. Le juge consulaire n'ouvrira de procédure collective que contre des personnes physiques commerçantes, au sens où l'entend la jurisprudence commerciale. Dès lors, la jurisprudence pénale classique condamnant pour banqueroute les commerçants, non par profession mais par habitude, ou certaines professions libérales, devient techniquement impossible²⁷².

La qualité de commerçant doit toujours être appréciée au moment où les faits délictueux ont été commis, conformément à une jurisprudence constante et ancienne²⁷³ ; il importe peu que la qualité ait disparu au moment des poursuites. Cependant, la réforme de 1985 a légèrement modifié les possibilités de poursuite en cas de radiation du registre du commerce. Ainsi, un commerçant, qui commet des faits constitutifs d'une infraction de banqueroute mais qui est ensuite radié du registre du commerce, pourrait, grâce à cette radiation, échapper à l'ouverture d'une procédure de redressement : celle-ci doit être ouverte dans un délai de un an maximum après la radiation²⁷⁴. De là, il échapperait aussi à une poursuite pour banqueroute²⁷⁵.

Depuis la réforme, les commerçants ne sont plus les seuls concernés par l'infraction de banqueroute puisque peuvent aussi être poursuivis les dirigeants de société non commerçants²⁷⁶, les artisans et les agriculteurs²⁷⁷ ; ceci accroît d'ailleurs considérablement le

²⁶⁹ Solution affirmée de longue date : Cass. crim. 17 mars 1953, D. 1953, 1, p. 114.

²⁷⁰ En ce sens, **A. Honorat, R. Bernardini**, *Redressement ou liquidation judiciaires*, Juris-classeur commercial, Fasc. 2930, n° 11.

²⁷¹ **R. Roblot, M. Germain, P. Delebecque**, *Droit commercial T. II*, 15^{ème} éd. LGDJ 1996, n° 2806, n° 2821.

²⁷² *Contra* : **A. Honorat, R. Bernardini**, préc., n° 12 ; **J. Larguier, P. Conte**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 511. **W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 218.

²⁷³ Cass. crim., 6 juin 1885, Bull. crim. n° 164.

²⁷⁴ Article 17 de la loi du 25 janvier 1985 : « *Le tribunal ne peut être saisi que dans un délai de un an à partir de ... la radiation du registre du commerce et des sociétés* ».

²⁷⁵ **P. Conte**, *La banqueroute du commerçant radié du registre du commerce et des sociétés*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 67.

²⁷⁶ en particulier les dirigeants de fait, qui conduisent une société de façon occulte, Cass. crim. 7 décembre 1992, Bull. crim. n° 402.

domaine de cette infraction. En général, tout dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale ayant une activité économique peut être poursuivi²⁷⁸. Des divergences concernant la qualité d'agriculteur auraient pu apparaître si le juge pénal avait qualifié d'agriculteur une personne pratiquant des activités agricoles à titre habituel, comme il l'a fait pour le commerçant, alors que le juge civil ne retient que l'activité agricole professionnelle pour appliquer la loi de 1985. Cette loi parle en effet d'« exploitations agricoles »²⁷⁹, ce qui implique une activité professionnelle²⁸⁰. Ces divergences n'apparaîtront pas puisque le juge est soumis, pour poursuivre l'agriculteur pour banqueroute, à l'ouverture d'une procédure collective par le juge civil qui garde donc l'initiative.

Les libertés prises en matière de qualification par les juridictions répressives s'illustrent aussi en droit de la consommation, puisque le juge pénal procède à un examen systématique des situations avec le soin et le réalisme qui le caractérisent, ce qui aboutit, ici encore, à des divergences avec les juridictions civiles.

B – Clarification des situations du droit de la consommation.

263. Les juridictions répressives ont pu choisir des qualifications distinctes de celles retenues par le juge civil en matière de consommation. La jurisprudence des chambres civiles se montre très hésitante en la matière. Ainsi, les lettres envoyées par les entreprises de vente par correspondance, laissant croire au consommateur qu'il a gagné à une loterie, ont pu être qualifiées d'engagement contractuel par une partie des juridictions civiles. Le juge pénal a nié l'existence de ce contrat en appliquant à des circonstances semblables la qualification de publicité mensongère (1). La notion de consommateur, singulièrement flottante dans la jurisprudence civile, pourrait aussi bénéficier des lumières apportées par les juridictions pénales qui ont su trouver une définition alternative (2).

Sur la précision de cette définition : Cass. crim., 11 juin 1990, pourvoi n° 89-80.498, le dirigeant de fait s'est accaparé le pouvoir de licenciement, traite les affaires au nom de la société sans en référer au dirigeant de droit, parfois même, a accompli des actes de gestion au vu et au su des mandataires légaux, du comptable et des clients ; il bénéficiait de procurations bancaires et prenait des engagements en se portant caution des actes de gestion qu'il accomplissait au vu et au su des mandataires légaux, des comptables et des clients. Cass. crim., 29 janvier 1990, pourvoi n° 89-82.790 : il apparaît comme l'interlocuteur unique au cours d'une vérification fiscale. Cass. crim., 27 février 1989, pourvoi n° 88-84.153 : il prélève chaque jour les recettes en espèces de l'établissement et effectue de nombreux prélèvements par le compte de cet établissement. Cass. crim., 18 novembre 1991, 2 arrêts, JCP 1993, II, 22102, note **M.-C. Sordino**, D 1992, IR p. 54, GP 1992, 2, p. 515, note **J. P. Marchi**, Revue des procédures collectives 1992, p. 319, obs. **J. Devèze** : il fixait le prix de vente des produits et présentait tous les documents et chèques au prête-nom qui signait sans contrôler. Cass. crim., 19 décembre 1994, Bull. Joly 1994, p. 1309, note **J.-F. Barbiéri** : il était le seul à disposer d'une voiture de fonction, occupait le bureau directorial, prenait les décisions importantes, fixait les salaires, décidait des investissements et prises de participation.

Voir **A. Honorat**, **R. Bernardini**, préc., n° 16 et s.

²⁷⁷ Article 196 de cette loi.

²⁷⁸ Article 196-2 de la loi du 25 janvier 1985.

²⁷⁹ Articles 5, 143, 153.

²⁸⁰ **R. Roblot**, **M. Germain**, **P. Delebecque**, *Droit commercial T. II*, 15^{ème} éd. LGDJ 1996, n° 2849.

1 – Publicité mensongère et absence de contrat.

264. De façon curieuse, le juge pénal semble rappeler au juge civil quelle est la frontière entre l'existence et l'absence d'un contrat, en particulier lorsque cette existence du contrat est recherchée par la méthode de l'interprétation du contenu d'un écrit. En effet, le juge répressif fait preuve d'une plus grande rigueur que le juge civil, qui a pu admettre l'existence d'un engagement contractuel alors que le juge pénal repousse cette analyse. La protection du consommateur a largement occupé le débat juridique ces dernières années, sur le terrain légal comme jurisprudentiel²⁸¹. En cherchant la sanction la plus dissuasive et exemplaire, les juges pénaux et civils ont adopté des positions parfois divergentes.

Il en est ainsi des concours et loteries par correspondance qui ont suscité de nombreuses protestations. Le juge civil a récemment affirmé qu'une lettre envoyée par correspondance laissant croire vainement à un gain obtenu à l'occasion d'un jeu, était constitutive d'un engagement de payer, accepté par son destinataire²⁸². Cette qualification de contrat au terme d'une analyse de la formulation de la lettre et de sa compréhension par le consommateur moyen permet au juge d'en affirmer la force obligatoire et d'obliger l'entreprise à verser le gain. C'est une sanction lourde et dissuasive car la société ne désirait pas adresser cette somme au départ²⁸³ : le plaignant, en réalité, faisait seulement partie d'une liste de plusieurs personnes dont un tirage au sort ultérieur devait désigner le gagnant. Cette qualification de contrat est faite par une analyse souveraine des juges du fond sur le fondement de la libre interprétation du contenu des conventions, mais frise la dénaturation puisque seule la volonté du consommateur est recherchée et non pas celle de la société de vente par correspondance. On a ici affaire à une qualification de contrat pragmatique, qui permet au juge civil d'imposer une sanction dissuasive à la société. L'indécision et le pragmatisme apparaissent de façon flagrante lorsqu'on constate que la deuxième chambre civile retient une position différente puisque, désireuse elle-aussi de sanctionner, elle engage la responsabilité délictuelle du vendeur fondée sur la faute de l'article 1383 du Code civil, ce qui exclut nécessairement l'existence d'un contrat²⁸⁴. Ces divergences n'éclairent nullement les frontières de la notion de contrat ...²⁸⁵

265. L'analyse de la première chambre civile est en contradiction avec celle de la chambre criminelle qui retient une qualification pré-contractuelle de ces lettres, en les sanctionnant comme publicités mensongères. La poursuite et la sanction pénale ne sont pas

²⁸¹ Voir notamment n° 54, 58, 63, 69, 138 et s.

²⁸² Cass. 1^{re} civ., 28 mars 1995, Bull. civ. I, n° 150, D. 1995, somm. p. 227, **P. Delbecque**. Cass. 2^e civ., 11 février 1998, JCP 1998, I, 155, obs. **M. Fabre-Magnan**, JCP 1998, II, 10156, note **G. Carducci**, JCP 1998, I, 185, obs. **G. Viney**.

²⁸³ En ce sens, **M. Fabre-Magnan**, obs. préc., n°3, **G. Viney**, préc. n° 2.

²⁸⁴ Cass. 2^e civ., 28 juin 1995, Bull. civ. II, n° 225 ; 18 décembre 1996, Bull. civ. II, n° 307. Dans le même sens, voir aussi 7 juin 1990, Bull. civ. II, n° 130 ou 28 juin 1995, D. 1996, p. 180, note **Mouralis**.

²⁸⁵ En ce sens, **C. Atias**, *Restaurer le droit du contrat*, D. 1998, chron. p. 137.

moins dissuasives que la sanction choisie par le juge civil et elles paraissent plus justes au plan de l'analyse juridique : il n'y a pas de contrat puisqu'il n'y a pas d'accord de volontés. En revanche, il y a des sollicitations par une entreprise de vente par correspondance qui, grâce à ce jeu, cherche à frapper les esprits et à se faire connaître. Dès lors, la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 5 avril 1995²⁸⁶ a choisi une qualification de publicité mensongère, position fréquemment renouvelée²⁸⁷. Si ce choix exclut la nature contractuelle de la lettre envisagée, il ne découle cependant pas d'une analyse juridique précise et comparative de ce document. La qualification est faite, comme par les juges civils, de façon pragmatique, afin qu'un comportement répréhensible trouve une sanction aussi dissuasive que possible. Le problème de la nature contractuelle ou non de la lettre n'a probablement pas effleuré les juges répressifs ...

Si le droit de la consommation implique une clarification concernant la notion de contrat, il nécessite aussi une précision tenant à ses protagonistes. La frontière posée par le juge pénal entre les notions de consommateur et de professionnel doit être évoquée.

2 – Clarification de la notion de consommateur.

266. Le niveau de compréhension et de réaction du consommateur sont appréciés par le juge pénal selon un modèle abstrait, comme le fait la jurisprudence civile²⁸⁸. L'appréciation *in abstracto* est formulée de façon relativement constante : les juges évoquent le « consommateur moyen »²⁸⁹, le « consommateur moyennement vigilant »²⁹⁰, « averti »²⁹¹ ou « avisé »²⁹², le « consommateur normalement intelligent, avisé et attentif »²⁹³. Le juge pénal, comme le juge civil, pose un minimum d'exigences quant à son comportement qui ne doit pas être complètement passif : il doit se montrer « capable de discernement et de sens critique »²⁹⁴. Certes une lecture très attentive des documents publicitaires n'est pas exigée²⁹⁵, de même que des calculs compliqués de pourcentages pour vérifier qu'une réduction annoncée est bel et bien appliquée²⁹⁶. Mais le consommateur qui répond à une sollicitation doit lire les indications portées sur le produit si elles sont à sa portée²⁹⁷ ou doit pouvoir vérifier la véracité

²⁸⁶ Cass. crim., 5 avril 1995, JCP 1995, IV, 1695.

²⁸⁷ Cass. crim., 30 octobre 1995, Bull. crim. n° 334 ; 28 mai 1997, Bull. crim. n° 211 ; 26 juin 1997, Bull. crim. n° 258 ; 1^{er} octobre 1997, Bull. crim. n° 323.

²⁸⁸ Par exemple, Cass. 1^{re} civ., 28 mars 1995, Bull. civ. I, n° 150 ; D. 1995, somm. p. 227, obs. **Delebecque**.

²⁸⁹ Cass. crim., 5 décembre 1991, pourvoi n° 90-86.234 ; 16 avril 1992, pourvoi n° 91-81.578 ; 11 mars 1993, Bull. crim. n° 112 ; 22 mai 1996, Bull. crim. n° 213.

²⁹⁰ Cass. crim., 3 novembre 1994, pourvoi n° 93-85.728.

²⁹¹ Cass. crim., 9 mars 1994, pourvoi n° 93-81.261.

²⁹² Cass. crim., 28 mars 1991, pourvoi n° 90-81.870 ; 21 juin 1995, pourvoi n° 94-84.361 ; 27 novembre 1996, Bull. crim. n° 435.

²⁹³ Cass. crim., 3 mai 1988, pourvoi n° 87-83.674 ; 21 novembre 1989, pourvoi n° 88-85.358 ; 6 février 1992, pourvoi n° 91-82.392 ; 15 décembre 1993, pourvoi n° 93-80.247.

²⁹⁴ Cass. crim., 17 mai 1989, pourvoi n° 87-80.817.

²⁹⁵ Cass. crim., 14 février 1996, Bull. crim. n° 79 ; 5 mai 1997, pourvoi n° 95-85.799.

²⁹⁶ Cass. crim., 17 septembre 1997, pourvoi n° 96-83.560 : publicité trompeuse, les remises annoncées en pourcentage n'étant pas correctement appliquées.

²⁹⁷ Concernant un complément nutritionnel, Cass. crim., 5 août 1997, pourvoi n° 96-82.805. Pour un produit de parapharmacie : 25 juin 1997, pourvoi n° 96-82.060.

des rabais annoncés²⁹⁸. En tout état de cause, tout pourvoi contestant la méthode d'évaluation *in abstracto* de la compréhension du consommateur se solde par un rejet, la chambre criminelle réaffirmant de façon constante la souveraineté de l'appréciation des juges du fond²⁹⁹. Un plaignant qui tenterait de démontrer la nécessité d'une appréciation *in concreto* en raison des caractères particuliers de son affaire n'aurait aucun succès³⁰⁰. La liberté d'appréciation des juges est grande, grâce au caractère vague de la référence³⁰¹ et à l'absence de contrôle.

267. L'appréciation du comportement et du niveau intellectuel du consommateur est insuffisante. Encore faut-il savoir quelle catégorie de personnes recouvre cette notion. Il serait difficile au juge pénal de se fier aux critères civilistes pour la définir. La jurisprudence civile utilise en effet des critères changeants, complexes, subjectifs, et leur évaluation est plus ou moins stricte selon le texte appliqué (a). Le juge pénal a adopté une position beaucoup plus objective et systématique (b).

a – Définition civiliste du consommateur.

268. Les juridictions civiles connaissent de nombreuses hésitations sur la teneur de la notion - large ou étroite - à adopter³⁰². En matière de clauses abusives³⁰³, les juridictions civiles ont d'abord opté pour une conception large, d'ailleurs conforme à l'opposition entre contractant « *professionnel* » et « *non-professionnel et consommateur* » opérée par le texte : la protection était écartée lorsque le contractant avait « *traité en sa qualité de professionnel* » et pour les besoins de la profession³⁰⁴. Les juges ont précisé ensuite la formule : étaient protégés, non seulement le consommateur – personne

²⁹⁸ Cass. crim., 24 avril 1997, Bull. crim. n° 145.

²⁹⁹ Par exemple, Cass. crim., 6 février 1992, pourvoi n° 91-82.392 ; 26 janvier 1994, pourvoi n° 92-82.636 ; 29 mars 1995, pourvoi n° 94-80.334 ; 28 février 1996, pourvoi n° 95-81.951 ; 25 juin 1997, Bull. crim. n° 257.

³⁰⁰ Par exemple, Cass. crim. 9 juillet 1991, pourvoi n° 90-87.098. Une société proposait dans un document publicitaire un service de permanence téléphonique et de secrétariat, document contenant des éléments d'exagération (nous sommes les seuls à pouvoir vous aider), de nature, selon la Cour d'appel, à induire en erreur le « consommateur moyen ». C'est en vain que la société a demandé que soit opérée une appréciation *in concreto* : ses clients « *sont d'un degré de discernement supérieur à celui du consommateur moyen ; cela ressort du document publicitaire qui vise les professions libérales (...) la clientèle de la société qui doit servir de référence à la cour et à laquelle est adressé le document est principalement composée d'architectes, de marchands de biens, de sociétés de communication, d'avocats, d'agences de publicité, si bien qu'on est en présence ici d'une clientèle particulière, habituellement confrontée aux méthodes actuelles de promotion publicitaire* ».

³⁰¹ En ce sens, **P. Bouzat**, *chronique de droit pénal des affaires*, RTD com. 1994, p. 579.

³⁰² Sur la notion de consommateur, voir notamment, **F. Terré, P. Simler, Y. Lequette**, *Les obligations*, préc., n° 69 et 306-1 ; **J. Calais-Auloy, F. Steinmetz**, *Droit de la consommation*, Dalloz Précis, 4^{ème} éd. 1996, n° 2, n° 99 et 100 ; **G. Cornu**, *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*, travaux de l'association H. Capitant, T. 24, 1973, Dalloz 1975, p. 131 et s. ; **G. Berlioz**, *Droit de la consommation et droit des contrats*, JCP 1979, I, 2954 ; **Pizzio**, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, D. 1982, chron. p. 91 ; **P. Malinvaud**, *La protection des consommateurs*, D. 1981, chron. p. 49 ; **J. Mestre**, *Des notions de consommateurs*, RTD civ. 1989, p. 62. **G. Paisant**, *Essai sur la notion de consommateur*, JCP 1993, I, 3655. **J.-P. Chazal**, *Le consommateur existe-t-il ?*, D 1997, p. 260. **J. Beauchard**, *Remarques sur le Code de la consommation*, Mélanges Cornu, PUF 1994, p. 11, spéc. p. 17 et s.

³⁰³ Article L. 132-1 du Code de la consommation.

³⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 15 avril 1986, Bull. civ. I, n° 90.

physique qui contracte pour ses besoins personnels et familiaux - mais aussi le professionnel qui, pour le bien ou le service considéré, se trouve « *dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* »³⁰⁵. En revanche, des développements jurisprudentiels plus récents optent pour une conception étroite, puisque sont exclus de la protection contre les clauses abusives tous les professionnels, même s'ils contractent dans un domaine extérieur à leurs compétences. L'influence de positions exprimées par la commission des clauses abusives³⁰⁶ et par une directive européenne intégrée au droit interne³⁰⁷ furent ici déterminantes : désormais, si le contrat a un « *rapport direct* » avec son activité professionnelle, la loi protectrice est écartée³⁰⁸. Ajoutons que le juge commercial conforterait la position stricte du juge civil puisque, en vertu de la théorie de l'accessoire et de la présomption de commercialité, tous les actes accomplis par le commerçant sont présumés l'être pour les besoins de son commerce ; dès lors, tous les contrats conclus par l'intéressé ont un caractère commercial³⁰⁹. La qualité de consommateur est systématiquement exclue.

269. Cette conception restrictive est fort critiquable. L'article 2, b de la directive européenne précitée pose une sorte de seuil minimum de la protection, puisque, par ailleurs, l'article 8 de cette même directive « *laisse toute liberté pour adopter ou maintenir des dispositions plus strictes, plus compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur* ». Quant aux avis de la commission, ils

³⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 28 avril 1987, D. 1988, p. 1, **P. Delebecque** ; JCP 1987, II, 20183, note **G. Paisant** ; D. 1987, somm., p. 455, obs. **J.-L. Aubert** ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. **J. Mestre**. Il s'agissait de l'achat d'un système d'alarme par une société ayant une activité d'agent immobilier. **G. Paisant**, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1^{er} février 1995*, D. 1995, p. 99 et s. spéc. p. 101.

³⁰⁶ Avis du 4 septembre 1994, Contrats, conc., consom. 1994, n° 92, obs. **Leveneur**, Defrénois 1994, art. 35891. La loi doit être écartée lorsque « *la clause litigieuse est contenue dans un contrat conclu entre deux professionnels en vue de répondre à des besoins professionnels* ».

³⁰⁷ L'article 2, b de la directive du 5 avril 1993 réserve la protection contre les clauses abusives à « *toute personne physique qui (...) dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité professionnelle* ». Cette directive est à l'origine de la réforme du 1^{er} février 1995.

³⁰⁸ Par exemple, Cass. 1^{re} civ., 24 novembre 1993, Contrats, conc., consom. 1994, n° 3, chron. **L. Leveneur**, D. 1994, somm., p. 236, obs. **G. Paisant**, Defrénois 1994, p. 818, obs. **Mazeaud** ; Cass. com., 10 mai 1994, Contrats, concurrence, consommation 1994, n° 155, obs. **L. Leveneur**, Defrénois 1995, p. 347, obs. **D. Mazeaud** ; Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 54, JCP 1995, II, 22502, note **G. Paisant**. **M. Ghestin** souligne cependant que la plupart de ces arrêts ne sont pas publiés au bulletin (JCP 1995, I, 3854, n° 4).

La notion de professionnel est tout aussi large lorsque le juge engage la responsabilité contractuelle du vendeur fondée sur son obligation de sécurité en cas de dommage causé par un produit défectueux, selon l'article 1386-6 du Code civil ; en revanche, la victime protégée l'est quelle que soit sa qualité (consommateur ou professionnel, cocontractant ou pas), contrairement à ce qu'a pu laisser penser une décision récente, antérieure à l'instauration des articles 1386-1 et suivants du Code civil. On a pu penser que l'acheteur, victime du défaut, était moins bien protégé lorsqu'il avait acheté le produit en tant que professionnel : Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996, JCP 1997, I, 4025, p. 240, obs. **G. Viney**. Dans cet arrêt, si la même obligation de sécurité était accordée au profit des acheteurs professionnels, elle était cependant soumise à des conditions plus strictes. Le contractant était ici professionnel puisqu'il s'agissait d'un éleveur de chèvres qui achetait de la nourriture pour ses animaux.

³⁰⁹ **R. Roblot**, **M. Germain**, **L. Vogel**, *Droit commercial*, T. I, 17^{ème} éd., LGDJ 1998, n° 307 et s. **Y. Guyon**, *Droit des affaires*, T. I, *Droit commercial général et sociétés*, 9^{ème} éd., Economica 1996, n° 85 et 89. **Y. Reinhard**, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, 4^{ème} éd. Litec, 1996, n° 195 et s. **A. Jauffret**, **J. Mestre**, *Droit commercial*, 23^{ème} éd., LGDJ 1997, n° 39 et s.

Cass. req. 28 janvier 1878, D.P. 1878, 1, p. 461 ; Cass. com. 19 juin 1972, JCP 1973, II, 17356, note **Calais-Auloy**. Cass. com. 5 octobre 1993, Revue des sociétés 1994, p. 47, note **Legéais**. Dès lors, ne sont pas commerciaux les achats ou actes faits par un commerçant pour son usage particulier : Cass. com., 19 janvier 1993, Bull. civ. IV, n° 21 (cautionnement sans relation avec l'exercice ou l'intérêt du propre commerce de la caution).

n'entraînent pas la moindre obligation pour les juridictions³¹⁰, qui ne sont en rien tenues de suivre ses consignes restrictives. Il est d'ailleurs possible de remarquer un début de relâchement dans la position du juge qui pourrait aboutir à une position plus protectrice. Dans un arrêt récent, le critère du rapport direct est affiné par la recherche des biens et services entrant « *dans l'exercice normal de l'activité professionnelle exercée par le cocontractant* »³¹¹ : si la qualité de consommateur a été ici repoussée, c'est en raison du caractère indispensable du bien fourni par le cocontractant (l'eau) pour la production de verre de la société plaignante. Selon M. Mazeaud, échapperaient à la loi sur les clauses abusives les « *contrats nécessaires et inhérents à l'exercice de l'activité professionnelle spécifique du contractant* » ; en revanche, y seraient soumis « *les contrats conclus à l'occasion de l'activité professionnelle du contractant, extérieurs à l'objet spécifique de cette activité* »³¹². La qualité de consommateur ne serait plus écartée systématiquement. Elle serait évaluée au cas par cas, restant soumise à l'appréciation des juges du fond, tenus à une motivation suffisante de leur choix³¹³. D'autres décisions laissent pourtant peu de chance aux « *non-professionnels* »³¹⁴.

Enfin, cette position restrictive dans le cadre de l'examen des clauses abusives est en contradiction avec celle retenue pour la loi sur le démarchage à domicile³¹⁵. Ce texte utilise cette notion de « *rapport direct* »³¹⁶, mais cette fois, c'est une notion large du consommateur qui est adoptée. Ainsi, ont pu bénéficier des dispositions légales protectrices l'exploitant d'un commerce de location de vidéocassettes qui avait acquis un photocopieur à la suite d'un démarchage³¹⁷, ou un masseur-kinésithérapeute qui avait acheté un logiciel informatique destiné à la tenue de l'agenda, la rédaction de l'entente préalable avec la sécurité

³¹⁰ L'arrêt de Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1996, Contrats, conc., consom. 1996, n° 13, obs. **L. Leveneur**, rappelle que « *les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation* ».

³¹¹ Cass. 1^{re} civ., 3 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 9, D. 1996, p. 228, note **G. Paisant**, JCP 1996, II, 22654, note **L. Leveneur** ; JCP 1996, I, 3929, n° 1, *chronique de droit des obligations*, obs. **Labarthe**, Defrénois 1996, p. 766, obs. **D. Mazeaud** ; **L. Leveneur**, *Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives*, Contrats, conc., consom. 1996, chron. n° 4 ; **J. Mestre**, obs. in RTD civ. 1996, p. 609.

³¹² **D. Mazeaud**, Defrénois 1996, p. 766.

³¹³ Comme c'est déjà le cas dans l'arrêt précité du 3 janvier 1996.

³¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 1996 (le contrat d'équipement en informatique et en logiciel « gestion du marketing clients » est en rapport avec l'activité professionnelle du cocontractant), Bull. civ. I, n° 55, D. 1996, p. 228, note **G. Paisant**, JCP 1996, II, 22654, note **L. Leveneur** ; JCP 1996, I, 3929, n° 1, *chronique de droit des obligations*, obs. **Labarthe**, Defrénois 1996, p. 766, obs. **D. Mazeaud** ; **L. Leveneur**, *Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives*, préc., chron. n° 4 ; **J. Mestre**, obs. in RTD civ. 1996, p. 609.

Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 1996, (le contrat de vente d'un matériel d'arrosage a un rapport direct avec l'activité d'un groupement agricole d'exploitation en commun), Bull. civ. I, n° 318, D. 1996, IR, p. 191, Contrats, conc., consom. 1996, comm. n° 157, note **Raymond**, D. affaires 1996, p. 1158.

Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 377 (le contrat de location de matériel téléphonique a un rapport direct avec l'activité d'une société fabriquant des bracelets en cuir).

³¹⁵ **J. Calais-Auloy**, **F. Steinmetz**, *Droit de la consommation*, Dalloz Précis, 4^{ème} éd. 1996, n° 99 et 100.

³¹⁶ Article L. 121-22, 4° du Code de la consommation.

³¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 17 juillet 1996, JCP 1996, II, 22747, note **G. Paisant**. Dans le même sens, 15 avril 1982, D. 1984, J. p. 439, note **Pizzio**, 14 mars 1984, RTD com. 1985, p. 348, note **Hémar** et **Boulloc**, 3 mai 1988, D. 1990, J., p. 61, note **Karila de Van**, 25 mai 1992, D. 1993, J. p. 87, note **Nicolau**, 3 janvier 1993, D. 1993, p. 237, obs. **G. Paisant** (extincteur proposé à un agriculteur pour son exploitation).

En revanche, la protection contre le démarchage à domicile fut exclue, par exemple, par l'arrêt Cass. 1^{re} civ. du 9 mai 1996, Bull. civ. I, n° 197, pour un commerçant ayant signé un contrat lui permettant d'exercer une activité commerciale, fut-elle complémentaire.

sociale, la facturation et la tenue de la comptabilité³¹⁸ ; dans ces arrêts, les juges nient l'existence du « *rapport direct* » évoqué par le texte comme critère d'exclusion de la protection légale.

La juridiction pénale, face à cette errance du juge civil, ne trouverait guère de repère (si elle en cherchait). La terminologie elle-même n'a rien de réellement significatif³¹⁹, puisque la notion de « *rapport direct* » est utilisée pour une conception étroite dans la jurisprudence sur les clauses abusives, mais sa présence dans les textes n'empêche pas l'adoption d'une conception large en matière de démarchage à domicile. Le juge pénal a choisi de se situer sur un terrain beaucoup plus objectif pour sérier la notion de consommateur.

b – Définition pénaliste du consommateur.

270. Le juge civil se réfère à un « *rapport* » - notion au contenu fluctuant - entre le contractant et son « *activité professionnelle* » - critère extérieur au contrat. De son côté, le juge pénal s'attache à la relation entre ce contractant et l'objet même du contrat. Est consommateur celui qui consomme la chose au sens économiste du terme, qui l'utilise, l'use, la détruit : la consommation est un phénomène de destruction à plus ou moins brève échéance³²⁰, souvent immédiate, mais plus lente pour les biens de consommation durable. La destruction de la chose, son usure qu'entraîne l'utilisation, peuvent n'être que partielles. C'est le cas d'une voiture qui est vendue par un concessionnaire à un consommateur, qui peut lui-même la transmettre à un autre consommateur. En matière de service, il n'y a certes aucune détérioration, mais il y a bien utilisation à caractère définitif puisque ce service devra être recréé ou renouvelé entièrement pour un autre contrat.

Le consommateur n'est pas un acheteur qui investit et transmet la chose encore non utilisée. Ainsi, en matière de refus de vente³²¹, la chambre criminelle oppose les notions de consommateur à celle de « *partenaire économique, acquéreur potentiel* »³²² ou à celle d'« *acheteur de produits* »³²³. La même opposition est faite entre consommateur et « *acquéreur* »³²⁴ (en vue d'une revente) en matière d'étiquetage et d'information. Les mentions publicitaires « *vente directe d'usine* » supposent selon les juges que le vendeur est le

³¹⁸ C.A. Toulouse, 3^{ème} civ., 9 janvier 1996, JCP 1996, II, 22747, note **G. Paisant**. Cet arrêt est donc en complète contradiction avec celui précité sur les clauses abusives du 30 janvier 1996.

³¹⁹ **R. Fabre**, *Analyse de l'article 15 de la loi Doubin*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1990, 4.

³²⁰ **C.-D. Echaudemaison**, *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan 1993, V° *Consommation* : « *Destruction par l'usage. La consommation entraîne la disparition, plus ou moins rapide, par destruction ou par transformation, des biens ou services utilisés* ».

³²¹ Dans le cadre de l'application de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui sanctionne le refus de vente à un acheteur, un partenaire économique et non à un consommateur.

³²² Cass. crim. 9 mars 1987, Bull. crim. n° 114 ; 28 avril 1987, pourvoi n° 86-93.339 ; 22 juin 1987, inédit, pourvoi n° 86-93.274 ; 14 septembre 1987, pourvoi n° 85-91.814 ; 7 décembre 1987, pourvoi n° 87-81.536 ; 27 juin 1988, pourvoi n° 85-96.626.

³²³ Cass. crim., 11 mai 1987, Bull. crim. n° 191 ; 12 octobre 1987, Bull. crim. n° 346.

³²⁴ Cass. crim., 19 décembre 1989, pourvoi n° 88-87.666, concernant l'étiquetage et l'information sur la vitamine C.

fabricant et qu'il vend sans intermédiaire³²⁵. Une semblable opposition est encore opérée en matière d'infractions liées aux stupéfiants puisque les juridictions répressives distinguent les notions de trafiquant ou revendeur et de « *simple consommateur* »³²⁶. Le consommateur est celui qui achète la chose en dernier, qui la détruit à des fins personnelles. Les notions de consommateur et d'usager (utilisateur de produits, de biens ou de services) sont assimilées par les juridictions répressives³²⁷. Le simple caractère dépareillé, défraîchi de la marchandise ne caractérise pas sa destruction, donc sa consommation : la vente au déballage de marchandise neuve nécessite une autorisation³²⁸ ; les juridictions précisent ainsi qu'est « *considérée comme marchandise neuve toute marchandise non entrée en possession d'un consommateur, même si elle est démodée, défraîchie ou dépareillée ou mise au rebut pour vice de fabrication* »³²⁹.

Dès lors, sont traités comme des consommateurs des éleveurs d'animaux ayant acheté de la nourriture dont la date de péremption était dépassée : « *est coupable de falsification celui qui cache au consommateur la péremption d'un aliment* »³³⁰. En l'espèce, l'éleveur est consommateur puisqu'il utilise ces aliments de façon définitive. De même, un agriculteur-exploitant qui se fournit de sachets de manchons servant pour la traite est désigné comme consommateur de ces manchons vendus altérés³³¹. Citons encore ce producteur de lait qui avait demandé à un laboratoire d'analyse une expertise de sa production : il est désigné comme le consommateur de ce service d'analyse³³². Remarquons que pour de telles affaires, le juge civil aurait refusé la qualification de consommateur puisque ces contrats ont un rapport, plutôt étroit en l'occurrence, avec l'activité professionnelle du plaignant³³³. Les juridictions répressives aboutissent généralement à une notion large et plus protectrice du consommateur, sans passer par les mêmes raisonnements que leurs collègues civilistes lorsque ceux-ci se veulent plus protecteurs.

271. Le critère du rapport avec l'activité commerciale n'est pas utilisé par la jurisprudence pénale, excepté dans le domaine du démarchage à domicile³³⁴. Les juges y sont

³²⁵ Cass. crim., 7 mars 1991, pourvoi n° 90-84.630.

³²⁶ Cass. crim., 3 juillet 1991, pourvoi n° 90-86.131 ; 25 janvier 1996, pourvoi n° 95-82.218.

³²⁷ Cass. crim. 22 octobre 1986, pourvoi n° 85-90.934.

³²⁸ Article 1 de la loi du 30 décembre 1906.

³²⁹ Cass. crim., 10 juillet 1990, Bull. crim. n° 279.

³³⁰ Cass. crim., 18 mars 1986, pourvoi n° 82-92.806. Dans le même sens, Cass. crim., 12 mars 1997, Bull. crim. n° 103, concernant cette fois des médicaments pour animaux fabriqués clandestinement par des vétérinaires et commercialisés auprès des éleveurs locaux : ceux-ci sont des consommateurs.

³³¹ Cass. crim., 25 mai 1994, pourvoi n° 93-83.561.

³³² Cass. crim., 18 septembre 1995, pourvoi n° 94-85.697.

³³³ Notons que le rapprochement avec la conception économiste de la consommation trouve ici sa limite : cette discipline distingue en effet la *consommation finale*, celle des ménages par exemple, et la *consommation productive*, qui sont les biens et les services utilisés dans le processus de fabrication : au sens économiste, les éleveurs ici évoqués sont donc des producteurs plus que de simples consommateurs. C'est alors le juge civil qui a la position la plus proche de celle des économistes... **C.-D. Echaudemaison**, *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan 1993, V° *Consommation*. Le juge pénal n'opère pas cette distinction entre consommation finale et productive car son objectif n'est pas celui des économistes. Ceux-ci analysent le fonctionnement des circuits et le comportement des agents économiques. Le juge pénal recherche les personnes méritant une protection, objectif moral et non analytique.

³³⁴ **I. Ferrari**, *La jurisprudence de la Cour de cassation sur deux pratiques commerciales réglementées par le Code de la consommation*, Droit pénal 1995, chron. 14, 2^{ème} partie.

obligés en raison de la teneur même du texte qui utilise cette notion. Pourtant, les solutions ne varient pas : la qualité de consommateur fut retenue pour un commerçant auquel un vendeur à domicile avait proposé une publicité pour la vente de son fonds de commerce³³⁵. Le vendeur à domicile invoquait pour sa défense un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes affirmant que, en la circonstance, le commerçant est un professionnel agissant dans le cadre de son activité commerciale³³⁶. Les lois sur le démarchage à domicile ne lui seraient pas applicables. La Cour de cassation soutient la cour d'appel qui relève que les directives européennes³³⁷ « *ne s'opposent pas à ce qu'une législation nationale étende la protection qu'elle établit à des commerçants lorsque ceux-ci accomplissent des actes en vue de la vente de leur fonds de commerce ; le contrat de publicité proposé par démarchage ne se rattache pas aux besoins normaux de l'exploitation commerciale* ». La frontière des « besoins normaux d'une exploitation commerciale » est ici repoussée sans remords et la Cour de cassation soutient explicitement la décision des juges du fond. On remarque aussi que le vendeur du fonds est ici le consommateur du service puisqu'il en use de façon définitive.

Cependant, la position de la chambre criminelle est parfois moins claire puisqu'elle se réfugie, comme les juges civils tendent à le faire, derrière la souveraineté des juges du fond. Ainsi, des bijoutiers qui avaient acheté un extincteur à la suite d'un démarchage n'avaient pu, devant les juges du fond, obtenir le bénéfice de la protection. Les juges du droit n'ont pas critiqué la cour d'appel qui avait relevé que « *la vente a pour objet des marchandises qui sont de nature à faciliter l'exploitation commerciale de l'acquéreur, même si elles sont sans rapport avec son activité économique habituelle ; qu'il paraît évident que l'achat d'un extincteur aux fins d'assurer la sécurité de la clientèle ou du personnel a été faite pour les besoins du commerce* »³³⁸. Les arguments selon lesquels la personne a contracté pour les besoins de sa profession mais en dehors de ses compétences professionnelles et hors du champ de son activité habituelle, n'ont pas ému la chambre criminelle au point qu'elle engage un contrôle de droit, pourtant envisageable ici. Cet arrêt est d'autant plus isolé et contestable qu'en l'espèce les bijoutiers sont bien les « consommateurs-destructeurs » de l'extincteur. La chambre criminelle aurait-elle été troublée par les appels à une conception stricte du consommateur, lancés à l'époque par les juridictions civiles et les instances européennes ?

272. La juridiction pénale ne s'attache pas au but poursuivi par le contractant, but personnel ou professionnel. Il sélectionne celui qui mérite une protection particulière. Or, qui est plus digne de protection que celui qui, en bout de chaîne de contrat, ne

³³⁵ Cass. crim. 26 mai 1993, Bull. crim. n° 193 ; Droit pénal 1993, comm. 216. Dans le même sens, Cass. crim. 14 juin 1988, Bull. crim. n° 271.

³³⁶ CJCE 14 mars 1991, *P. di Pinto*, Rec. De la jurisprudence de la CJCE, 1991-2, aff. C-361/89, p. 1189.

³³⁷ En l'occurrence, la directive 85 / 577 CEE du Conseil, du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

³³⁸ Cass. crim., 27 juin 1989, Bull. crim. n° 276, D. 1989, IR, p. 252.

tirera d'autre profit de la chose qu'un bien-être passager puisqu'en usant de la chose, il s'interdit tout profit ou spéculation ? Un équilibre minimum des prestations et des rapports de force doit être préservé. N'est pas consommateur celui qui, dans le circuit économique, se débarrasse d'une chose vouée à disparaître au profit d'une somme d'argent au destin plus durable et profitable. Son comportement est répréhensible si, non content du profit qu'il retire de l'opération, il joue d'une supériorité économique et psychologique pour dépouiller totalement son cocontractant.

L'état de faiblesse du contractant considéré ne détermine pas l'application de la loi. La qualité de consommateur n'est pas liée à l'existence d'un déséquilibre économique et psychologique grave dans une relation contractuelle donnée. Cette faiblesse contribue seulement à caractériser les possibilités de compréhension ou de réaction et peut aggraver l'infraction : elle est considérée en aval de la qualification de consommateur. Le seul fait que le contractant use de façon « définitive » d'un bien lui donne cette qualité et lui permet de bénéficier des protections légales, même s'il est préservé de tout déséquilibre contractuel. Ainsi, les lois protégeant le consommateur contre la subordination de la prestation d'un service à celle d'un autre service ne peuvent être écartées sous prétexte que le prestataire, assureur mutualiste, a pour principe « *le service rendu au juste prix, la gestion démocratique et désintéressée, l'assurance des personnes appartenant à des secteurs professionnels déterminés, l'égalité et la solidarité entre sociétaires, (...) et ne poursuit la réalisation d'aucun bénéfice* ». Les sociétaires d'une mutuelle d'assurance ont bien la qualité de consommateur³³⁹ et rien n'autorise les sociétés mutualistes à ne pas respecter les règles protectrices des consommateurs. On ne voit d'ailleurs pas pourquoi ces systèmes au fonctionnement *a priori* si louable se permettraient ponctuellement de telles exactions.

273. L'objectif essentiel de la juridiction pénale est la protection du contractant faible, mais aussi, la recherche d'un équilibre minimum des relations contractuelles³⁴⁰. La protection joue d'autant plus que l'état de faiblesse peut être constaté. Le juge civil conserve à l'esprit les principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle, même si la recherche de l'équilibre des conventions l'intéresse de plus en plus ; ces principes, bien qu'ils se vérifient rarement, justifieraient la force obligatoire des conventions³⁴¹. Pourtant, plutôt que l'autonomie de la volonté, se serait l'équilibre et l'égalité des prestations qui justifieraient l'obligation d'exécuter. Il est donc légitime que le juge pénal poursuive cet équilibre des forces entre les contractants, imposant ainsi une conception plus équitable des rapports contractuels. Cette conception du consommateur n'est pas ignorée au

³³⁹ Cass. crim., 12 février 1990, JCP 1990, II, 21582, note **P. Conte**.

³⁴⁰ Voir *supra* n° 10 et s.

³⁴¹ En ce sens, par exemple, **L. Leveneur**, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 et 30 janvier 1996, JCP 1996, II, 22654, n° 4 : « *On ne saurait oublier que les principes sont ceux de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat. A cet égard, le droit de la consommation relatif aux clauses abusives représente une législation d'exception, qu'on ne saurait étendre "en dehors de ses limites naturelles"* (Delebecque, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 1995, D. 1995, somm. p. 229). »

plan international puisque le code international portant sur la publicité, évoqué plus haut, précise : « *Le terme "consommateur" désigne toute personne à qui est adressé un message publicitaire ou qui est susceptible de le recevoir en tant que consommateur final, commerçant ou utilisateur* ».

Conclusion du sous-titre I

274. Les juridictions répressives font preuve d'un grand réalisme juridique au point de remettre en cause des fictions utilisées de longue date en droit civil des conventions. Face aux incertitudes des juges civils et commerciaux, elles opèrent un travail de tri, de définition, de proposition. Ce pouvoir normatif ne s'est pas autant manifesté dans la qualification des réparations octroyées aux victimes. Si la qualification des infractions est attentive, il reste quelques approximations concernant l'action civile qui est certes restée longtemps une préoccupation accessoire de la juridiction pénale. Dès lors, les liens contractuels éventuels entre la victime et le délinquant étaient négligés et toute indemnisation en dommages et intérêts était fondée sur la responsabilité délictuelle. Avec l'intérêt grandissant pour les victimes, leur protection, leurs organisations, leur défense et leur réparation, les juges ont peaufiné leurs qualifications : des modes de réparation relevant du droit des contrats apparaissent. La réparation des inexécutions contractuelles devant la juridiction pénale révolutionne l'action civile.