SANCTIONS PENALES

Il a été constaté ci-dessus qu'aucune sanction civile automatique applicable de plein droit n'a été envisagée par le législateur pour sanctionner les manquements éventuels d'un commerçant électronique à son obligation d'information et que, pour les prononcer selon les cas d'espèce, il s'en est remis aux juges avec la mission de mettre en œuvre, à partir de l'obligation d'information spécifiquement prévue dans le cadre de l'offre de contrat de commerce électronique, les concepts du droit commun, en particulier les vices du consentement, la responsabilité contractuelle ou délictuelle, les sanctions appropriées.

En matière pénale, cependant, le législateur s'est voulu plus précis et les textes ont été édictés assortis de sanctions pénales contraventionnelles dans le cadre de ce que l'on a appelé une « technique législative de moralisation ».

518. - La pénalisation des obligations. Il est acquis aujourd'hui que la «moralisation» des activités de commerce électronique doit passer par la pénalisation de certains comportements lorsqu'ils contreviennent à des règles considérées comme contraires à la loyauté des transactions électroniques. D'une manière générale, la technique législative visant à assortir de sanctions pénales les obligations d'information mises à la charge du professionnel au profit du consommateur est devenue d'une utilisation courante dans le domaine du droit de la consommation. L'idée qui sous-tend ce mouvement législatif est que l'information, en particulier, celle du cocontractant, est considérée comme essentielle dans la vie des affaires entendues au sens large. Elle est un gage de loyauté dans les relations contractuelles. Aussi, l'émergence d'une véritable «protection pénale en matière *d'obligation d'information*» visant à assurer le respect de cette loyauté et à « protéger le faible contre le fort» ne doit pas étonner⁶⁷¹.

⁶⁷¹ C. KRIEF-VERBAERE, «Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires – L'information, vecteur d'égalité et principe actif de fraternité », RTD corn. 1999.583.

519. - L'application de la technique de pénalisation au commerce électronique. Cette technique législative de pénalisation a été appliquée par le législateur dans l'ordonnance n° 2001-743 du 23 août 2001 précitée portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, qui a notamment transposé la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Le nouvel article L. 121-20-10, introduit par cette ordonnance dans le Code de la Consommation, dispose que la violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation constitue une infraction constatée et poursuivie dans les conditions fixées par les premier et troisième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du Code de Commerce⁶⁷². Un décret n° 2003-137 du 18 février 2003 instituant des sanctions pour la violation de dispositions relatives aux contrats conclus à distance et modifiant le Code de la Consommation⁶⁷³ est venu préciser, dans un nouvel article R. 121-1 du Code de la Consommation⁶⁷⁴, la sanction pénale encourue par les professionnels en cas de méconnaissance de l'article L. 121-18 (§ 1°).

520. - La pénalisation attachée au respect de l'article 19 de la LCEN. Plus étonnante, peut-être, est l'application de cette technique législative pour sanctionner la violation de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. En effet, ce texte s'impose à tous commerçants électroniques (professionnels ou non) et vise à protéger tous les destinataires potentiels (consommateurs ou non). Ainsi, le troisième alinéa de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique reprend une disposition similaire à celle figurant à l'article L. 120-20-10 du Code de la Consommation, en prévoyant que « les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées dans les

⁶⁷² Article L. 121-20-10 du Code de la Consommation : « Les infractions aux dispositions des articles L. 121-18, L. 121-19 et L. 121-20-5, ainsi que le refus du vendeur de rembourser un produit retourné par l'acheteur dans les conditions fixées à l'article L. 121-20-1, sont constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les premier et troisième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du Code de Commerce ».

⁶⁷³ Décret n° 2003-137 du 18 février 2003 instituant des sanctions pour la violation de dispositions relatives aux contrats conclus à distance et modifiant le Code de la Consommation, JO n°43, 20 février 2003, p. 3106.

⁶⁷⁴ Article R. 121-1 du Code de la Consommation : « Est punie d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe la violation des dispositions de l'article L. 121-18 ».

conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du Code de Commerce »⁶⁷⁵.

521. - La pénalisation attachée à l'article L 121-18 du Code de la Consommation. Par ailleurs, la création d'une infraction spécifique visant à réprimer la violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, pose deux questions auxquelles il convient de répondre.

Signifie-t-elle que la seule sanction pénale applicable en cas de méconnaissance de ce texte du Code de la Consommation est celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation ? Cette première question pose en fait le problème des autres qualifications pénales susceptibles de s'appliquer en cas de méconnaissance par le commerçant électronique du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique en général.

Comment cette qualification pénale s'articule-t-elle ensuite avec les autres qualifications pénales prévues en cas de violations des textes (tels l'article L. 113-3 du Code Civil) auxquels l'article L. 121-18 du Code de la Consommation fait référence ? Cette seconde question amènera à aborder le problème plus vaste du concours de qualifications pénales.

522. - La responsabilité pénale des personnes morales. Toutefois, avant d'examiner en détail les différentes questions suscitées par les conséquences pénales de l'inobservation du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique, il est important de signaler la modification législative du nouveau Code Pénal touchant au

⁶⁷⁵ L'article 19, alinéa 3, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique vise le quatrième alinéa de l'article L. 450-1 du Code de Commerce relatif à la compétence territoriale des fonctionnaires habilités à enquêter, à la différence avec l'article L. 120-20-10 du Code de la Consommation. Nous verrons toutefois que cette divergence ne porte pas-à-conséquence. Au contraire, il apparaît que l'absence de cette référence à l'article L. 120-20-10 du Code de la Consommation s'apparente très certainement à un oubli de la part du législateur.

champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales⁶⁷⁶. Jusqu'à cette réforme, la matière était régie par un principe de spécialité posé par l'article 121-2, alinéa 1, du nouveau Code Pénal: la responsabilité pénale d'une personne morale ne pouvait être engagée que si un texte légal ou réglementaire le prévoyait de manière spéciale. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a supprimé ce principe qui restreignait considérablement les cas où une personne morale était susceptible de voir engager sa responsabilité pénale⁶⁷⁷. L'article 54 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a en effet généralisé la responsabilité pénale des personnes morales à l'ensemble des infractions.

Aussi, les développements ci-après sont susceptibles d'intéresser d'une manière générale le commerçant électronique, qu'il soit une personne physique ou une personne morale. Néanmoins, la modification de l'article 121-2, alinéa 1, du nouveau Code Pénal étant assez récente et la loi pénale nouvelle n'étant pas d'application rétroactive, il paraît encore utile d'envisager les différentes situations qui seront présentées dans le cas où elles seraient régies par la loi ancienne.

Il convient d'abord d'examiner la qualification pénale d'inobservation du formalisme informatif spécialement mise en œuvre pour régir l'obligation d'information afférente à l'offre de contrat de commerce électronique (section 1) puis les autres qualifications pénales du droit de la consommation pouvant être mises en œuvre en cas de méconnaissance de l'obligation d'information (section 2).

⁶⁷⁶ Voir l'article 121-2, alinéa 1, du nouveau Code Pénal dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JO no 59, 10 mars 2004, p. 4567) : « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants.* » Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales à proprement parler n'ont par contre pas été modifiées par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, préc. Elles sont toujours au nombre de deux : l'infraction doit avoir été commise par un organe ou un représentant de la personne morale et pour le compte de celle-ci. Il ne s'agit pas ici de les étudier. Aussi, sur ce sujet, voir J. CI. Pénal, Responsabilité pénale des personnes morales, Art. 121-2, 2001, par F. DESPORTES, et en particulier n° 105 et suivants.

⁶⁷⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO n° 59, 10 mars 2004, p. 4567. À ce propos, voir J.-C. PLANQUE, « Plaidoyer pour une suppression réfléchie de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales », Petites Affiches 2004, n° 5, p. 3.

Section 1

L'infraction d'observation du formalisme informatif du commerce électronique

523. - La contravention prévue à l'article L 121-18. La violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation fait l'objet d'une qualification pénale spécifique. Le législateur a créé une nouvelle infraction en la forme d'une contravention dont il convient d'envisager les éléments constitutifs (§ 1) et la peine qui lui est applicable (§ 2). Nous dirons enfin quelques mots sur la procédure particulière qui peut mener au prononcé de cette dernière (§ 3).

§ 1 - Eléments constitutifs

Toute infraction se compose de trois éléments constitutifs : un élément matériel, un élément moral et un élément légal. Il s'agit de les examiner successivement dans le cadre particulier de celle réprimant la violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation.

524. - L'élément légal de l'infraction au formalisme informatif. L'élément légal de l'infraction est constitué par le texte qui définit l'infraction. On aurait pu penser en l'espèce que le texte en question est l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation car il traite des « *infractions aux dispositions de l'article L. 121-18* du Code de la Consommation ». Il n'en est rien, car ce texte ne décrit ni les éléments constitutifs de l'infraction, ni la peine encourue, mais énonce en fait une règle de procédure. S'agissant d'une contravention, l'élément légal est à rechercher dans le règlement. Le texte d'incrimination est en réalité l'article R. 121-1 du Code de la Consommation. Il prévoit que la violation des dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation « *est punie d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe* ».

525. - L'élément matériel de l'infraction. Quant à l'élément matériel de l'infraction, il est constitué par un comportement, matériellement commis par l'auteur de l'infraction, et décrit par le texte. Il ressort de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation que l'élément matériel de l'infraction consiste en « *la violation des dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation* ». Une telle présentation ne peut cependant être satisfaisante. Il est nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre par cette expression.

Il ne fait tout d'abord aucun doute qu'elle vise le cas où le commerçant électronique a omis d'indiquer une mention imposée par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation. Mais qu'en est-il de l'hypothèse où le commerçant électronique méconnaît l'exigence d'une communication claire et compréhensible des mentions obligatoires de l'offre de contrat, également imposée par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation dans son alinéa 2 ? De même, le commerçant électronique encourt-il la peine prévue à l'article R. 121-1 du Code de la Consommation, si le caractère commercial des informations communiquées au consommateur n'apparaît pas sans équivoque ou s'il ne les lui transmet pas par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, mais les lui fait parvenir par la voie postale classique, par exemple ? Il y a enfin le cas où toutes les mentions obligatoires prévues par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation figurent dans l'offre de contrat de commerce électronique, mais où l'une d'entre elles est fautive. L'infraction de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation serait-elle constituée dans un tel cas ?

526. - La définition « peu précise » de l'élément matériel de l'infraction. Toutes ces questions font apparaître à quel point la définition de l'élément matériel de l'infraction est peu précise. Or, il est un principe très important en droit pénal : celui de l'interprétation stricte de la loi pénale par le juge. Ce principe signifie que le juge ne doit pas étendre l'application de la loi pénale à des situations qu'elle ne vise pas expressément⁶⁷⁸. Le juge ne pouvant cependant refuser de juger au motif que la loi pénale est obscure ou de portée

⁶⁷⁸ Ce principe est énoncé par l'article 111-4 du Code Pénal : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* ».

douteuse, on considère habituellement dans une telle hypothèse qu' il doit tenter d'en déterminer le sens exact par tous les moyens, comme en procédant à une analyse rationnelle du texte ou en consultant les travaux préparatoires qui ont mené à son adoption.

En l'espèce, le rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2001-743 du 23 août 2001 précitée apporte une indication utile à l'interprétation à donner à l'article R. 121-1 du Code de la Consommation qui fut ultérieurement incorporé dans le Code de la Consommation.

527. - L'intention du législateur : c'est l'absence de mention d'une information qui est visée... On y apprend en effet que le but poursuivi par l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation est de conférer à l'article L. 121-18 « un caractère suffisamment contraignant pour que le consommateur ne soit pas privé des mesures protectrices qui lui sont accordées ». Il semble donc que la sanction pénale annoncée par l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation vise à dissuader les commerçants électroniques de ne pas fournir à leurs futurs cocontractants consommateurs toutes les informations jugées nécessaires par le législateur pour qu'ils donnent un consentement éclairé aux contrats dont la conclusion leur est proposée. C'est pourquoi, l'article R. 121-1 du Code de la Consommation doit sans doute être compris comme incriminant exclusivement l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat à distance. Il aurait néanmoins certainement été judicieux que le législateur soit plus précis dans la description de l'élément matériel de l'infraction en le réduisant à la seule omission d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat.

528. - L'élément moral de l'infraction : il s'agit d'une infraction matérielle. En ce qui concerne l'élément moral de l'infraction, il peut être présenté comme « *l'état d'esprit de la personne qui a matériellement commis les faits incriminés* »⁶⁷⁹. Il varie selon l'infraction considérée. L'article 121-3 du nouveau Code Pénal pose le principe selon lequel il n'y a point de crime ou de délit sans l'intention de le commettre. Comme il est muet s'agissant

⁶⁷⁹ Cf. J. Cl. Pénal, « Élément moral de l'infraction », Art. 121-3, fasc. 20.

des contraventions, on en a déduit qu'en l'absence de prévision spéciale dans le règlement qui édicte la contravention, une intention n'est pas exigée. Les contraventions sont donc – sauf texte contraire – des infractions dites «matérielles» ou encore «non intentionnelles»⁶⁸⁰. L'élément moral est en la matière réduit à sa plus simple expression : il consiste en la simple volonté du prévenu d'avoir agi comme il l'a fait. On considère en fait que l'élément moral de l'infraction est constitué dès l'instant où l'élément matériel est établi. Aussi, la démonstration par le prévenu de sa bonne foi ou de son absence de négligence ou encore de son absence d'intention de commettre l'infraction ne peut lui permettre d'échapper à sa responsabilité pénale⁶⁸¹. L'infraction prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation étant une contravention il suffit que le ministère public prouve que le commerçant électronique a émis une offre de contrat de commerce électronique incomplète au regard de l'article 1. 121-18 du Code de la Consommation pour que l'élément moral de l'infraction prévue à l'article R. 121-1 du Code de la Consommation soit nécessairement considéré comme constitué.

§ 2 - Peine applicable

529. - La peine prévue : une amende de 5e classe. L'article R. 121-1 du Code de la Consommation dispose que la violation des dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation est punie de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Il s'agit, pour les commerçants électroniques personnes physiques, d'une peine d'amende d'un montant maximal de 1 500 euros⁶⁸². Lorsque le commerçant électronique est une personne morale par contre, le montant maximal de la peine est porté à 7 500 €⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Ibid, n° 144 à 149.

⁶⁸¹ J. CI. Pénal, « Élément moral de l'infraction », Art. 121-3 : fasc. 20, 2002, par F. LE GUNEHÉC, n° 147 à 149. Seules l'aliénation mentale et la force majeure sont des causes d'irresponsabilité pénale en matière de contraventions.

⁶⁸² Art. 131-13 du Code Pénal.

⁶⁸³ L'article R. 121-2, II du Code de la Consommation prévoit en effet que les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du nouveau Code Pénal, de l'infraction prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation. Il précise également qu'elles encourent la peine d'amende selon les modalités prévues à l'article 131-41 du nouveau Code Pénal, c'est-à-

530. - La question du nombre d'infraction à retenir. La question doit être posée de savoir si la peine prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est encourue pour chaque offre de contrat de commerce électronique émise par le commerçant électronique qui méconnaît les dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ou si elle n'est encourue qu'une seule fois, sans considération pour le nombre d'offres irrégulières émises. Y a-t-il en l'espèce pluralité d'infractions ou bien une seule et même infraction ? En d'autres termes, le juge se retrouve-t-il en présence d'un concours réel d'infractions⁶⁸⁴ ?

L'enjeu d'une telle question ne doit pas être négligé, car la réponse qui lui sera apportée conditionnera certainement une grande partie de l'efficacité de la sanction pénale spécialement mise en place par le législateur. En cas de concours réel d'infractions, lorsque les faits sont jugés au cours d'une procédure unique⁶⁸⁵, le juge retient toutes les déclarations de culpabilité et peut prononcer chacune des peines encourues⁶⁸⁶. Toutefois, le nouveau Code Pénal pose un principe de non-cumul des peines de même nature : une seule peine de chaque nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé, peut être

dire une amende dont le montant est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par le règlement qui réprime l'infraction. On notera que pour les infractions commises après l'entrée en vigueur de l'article 16 quater de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité précitée, l'article R. 121-1, II du Code de la Consommation ne présente plus de véritable intérêt qu'au niveau de la peine applicable au prestataire personne morale.

⁶⁸⁴ L'article 132-2 du nouveau Code Pénal définit le concours réel d'infractions comme la situation dans laquelle « une infraction est commise par une personne avant qu'elle n'ait définitivement été condamnée pour une autre infraction ». Sur concours réel d'infractions, voir J. Cl. Pénal, Concours d'infractions – Concours réel d'infractions, Art. 132-1 à 132-7 : fasc. 30, 2002, par PH. SAL VAGE.

⁶⁸⁵ Sur le règlement de la situation en cas d'unité de poursuite, voir notamment J. Cl. Pénal, Concours d'infractions – Concours réel d'infractions, Art. 132-1 à 132-7 : fasc. 30, 2002, par PH. SALVAGE, n° 12 à 21. En cas de poursuites séparées, l'article 132-4 du nouveau Code Pénal prévoit que « les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé. Toutefois la confusion totale ou partielle des peines de même nature peut être ordonnée soit par la dernière juridiction appelée à statuer, soit dans les conditions prévues par le Code Pénal ». À ce sujet voir J. Cl. Pénal, Concours d'infractions – Concours réel d'infractions, Art. 132-1 à 132-7 : fasc. 30, 2002, par PH. SALVAGE, n° 22 à 62.

⁶⁸⁶ Article 132-3 du nouveau Code Pénal : « Lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé. Chaque peine en concours est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'entre elles ».

prononcée. Une exception, présentant un intérêt tout particulier dans notre hypothèse, est cependant réservée à ce principe par l'article 132-7 du nouveau Code Pénal : les peines d'amende de nature contraventionnelle se cumulent entre elles, ainsi qu'avec celles prononcées ou encourues pour des crimes ou des délits⁶⁸⁷. Or, s'il est une chose pour un commerçant électronique que d'être condamné une fois au paiement d'une amende de 1 500 euros (ou 7 500 euros), il en est une autre que de l'être trois mille fois parce qu'il a adressé par exemple trois mille courriers électroniques contenant des offres de contrat incomplètes.

531. - Le cumul de condamnation ne peut reposer que sur des fautes distinctes. Cependant, il ne peut y avoir cumul des condamnations et donc des peines contraventionnelles que s'il existe véritablement des fautes distinctes, punissables séparément⁶⁸⁸. Qu'en est-il dans notre hypothèse ? Il convient de distinguer selon la technique utilisée par le commerçant électronique pour porter son offre de contrat à la connaissance de ses destinataires.

Lorsque l'offre de contrat de commerce électronique est portée à la connaissance des consommateurs par la voie de courriers électroniques, il n'y a, d'un point de vue intellectuel, qu'une seule offre contrevenant aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation. Par contre, d'un point de vue matériel, il y a autant de violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation que de messages envoyés contenant l'offre litigieuse. Quelle analyse retiendra-t-on ? La seconde, très certainement. À l'appui de cette réponse, on citera l'exemple du gérant d'une société proposant à la vente des vêtements qui a été condamné au paiement de deux cent quarante-neuf amendes pour avoir contrevenu deux cent quarante-neuf fois à l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977

⁶⁸⁷ Article 132-7 du nouveau Code Pénal : « Par dérogation aux dispositions qui précèdent, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre el/es et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes ou des délits en concours ».

⁶⁸⁸ La chambre criminelle de la Cour de cassation veille à le rappeler en exigeant des juges du fond qu'ils les caractérisent. Ainsi, dans un arrêt du 21 février 1994, à propos de la violation par une personne de l'article 13 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'affichage des prix en matière de prestations de services, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui ne s'était pas expliquée sur le nombre de fautes distinctes et avait malgré tout prononcé 33 condamnations à l'encontre du prévenu : Cass. Crim., 21/02/1994, BID 1995, n° 10, p. 22.

réglementant la publicité en matière de réduction de prix⁶⁸⁹. Il avait en effet été constaté que les dispositions de cet arrêté n'avaient été respectées concernant deux cent quarante-neuf articles.

532. - La mention omise ou erronée, dans le cadre du commerce électronique, ne devrait constituer qu'une seule faute. Dans le cas par contre où l'offre de contrat de commerce électronique, illicite au regard de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, figure sur le site du commerçant électronique, une seule infraction devrait être considérée comme constatée. Il n'est en effet pas concevable de dire que l'offre pouvant être consultée un nombre illimité de fois, par un nombre illimité de personnes, le commerçant électronique a commis un nombre illimité d'infractions qu'il serait, d'ailleurs, impossible de chiffrer. Pourrait-on néanmoins songer à considérer, dans le cas où l'offre figure sur plusieurs pages du site, qu'il y a autant d'infractions constituées que de fois où l'offre illicite apparaît sur le site du commerçant électronique ? Il nous semble que oui, car la situation du commerçant électronique ne diffère alors plus vraiment de celle du gérant de la société de vente de vêtements exposée ci-dessus.

Enfin, le prononcé de la peine prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation peut être l'aboutissement d'une procédure qui présente certaines particularités.

§ 3 - Particularités de la procédure de constatation *et de poursuite de l'infraction*

533. - Les particularités de la constatation et de la poursuite des infractions. L'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation dispose que les infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation sont constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les premier et troisième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L.

⁶⁸⁹ Cass. Crim., 06/02/2001, pourvoi n° 00-83283, Disponible sur Légifrance, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du Code de Commerce⁶⁹⁰. Le renvoi opéré par le Code de la Consommation au Code de Commerce peut paraître surprenante. On est fondé à se demander également si la procédure particulière à laquelle l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation fait référence est une procédure nouvelle, spécialement mise en place pour constater et sanctionner la violation des dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation. La réponse à ces deux questions paraît liée.

Tout d'abord, la procédure spéciale à laquelle l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation renvoie ne constitue pas une innovation de l'ordonnance n° 2001-743 du 23 août 2001 précitée. Le Code de la Consommation faisait déjà appel à cette procédure pour la constatation et la poursuite des infractions aux dispositions des articles L. 113-3 précité, L. 121-35 (relatif aux ventes ou prestations avec primes) et L. 122-1 (relatif au refus et subordination de vente ou de prestation de services) du Code de la Consommation.

L'article L. 141-1 du Code de la Consommation portant dispositions particulières relatives aux pouvoirs des agents et aux actions juridictionnelles prévoit en effet que les règles énoncées aux articles 45 à 48, 51, 52, 54 et 56 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent aux articles L. 113-3, L. 121-35 et L. 122-1 du Code de la Consommation⁶⁹¹. Or ces huit textes ne sont rien d'autre que les articles L. 450-1, L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L.

⁶⁹⁰ Malgré la formulation de l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation, les infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation peuvent également être constatées dans les conditions de droit commun de la procédure pénale. À titre de comparaison, on évoquera le problème similaire d'interprétation que l'article L. 450-1 du Code de Commerce a lui-même posé s'agissant de la compétence des officiers de police judiciaire pour la recherche et la poursuite des infractions aux dispositions du livre IV du Code de Commerce. Or, la doctrine semble penser que les officiers de police judiciaire ayant compétence, sur le fondement du droit commun, pour enquêter sur l'ensemble des infractions pénales, ils le sont nécessairement pour opérer sur celles commises aux dispositions du livre IV. En ce sens, voir notamment J.-M. MOUSSERON, V. SELINSKY, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Paris : Litec, 1987, n° 195.

⁶⁹¹ Article L. 141-1 du Code de la Consommation : « Sont constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les articles 45, 1^{er} et 3^{ème} alinéas, 46, 47 et 52 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix de la concurrence, reproduits au paragraphe IV ci-après, les infractions aux dispositions prévues au présent code par : 1°- Les articles L. 121-70, L.121-71, L. 121-72, L.122-6 et L.122-7 ; 2°- Les articles L. 132-1 à L. 132-5, L. 133-1 et L. 134-1. »

470-1 et L. 470-5 actuels du Code de Commerce, après sa recodification par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

534. - Les raisons de l'extension de la procédure spéciale sous couvert de l'article L 121-20-10. Dans ces circonstances, il est possible de s'interroger sur la question de savoir pourquoi le législateur a introduit un article L. 121-20-10 dans le Code de la Consommation, au lieu de simplement ajouter l'article L. 121-18 du Code de la Consommation aux trois articles énumérés par l'article L. 141-1 de ce même code. Deux raisons principalement sont susceptibles d'expliquer ce choix. On peut tout d'abord penser l'article L. 141-1 du Code de la Consommation n'ayant pas été mis à jour de la nouvelle codification du Code de Commerce, l'incorporation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation n'aurait pas été très judicieuse. Si cette première raison, purement formelle, n'est sans doute pas étrangère à la création de l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation, elle est insuffisante à la justifier. En effet, le législateur aurait pu saisir l'occasion de l'ordonnance n° 2001-743 du 23 août 2001 pour mettre l'article L. 141-1 du Code de la Consommation à jour. En réalité, le parti pris par le législateur traduit à quel point le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont liés. Il est en effet clair qu'en l'espèce, l'inobservation du formalisme informatif applicable à l'offre de contrat de commerce électronique porte atteinte, non seulement aux intérêts particuliers de chaque internaute consommateur pris individuellement, mais aussi aux intérêts des concurrents et au fonctionnement du marché en général. Aussi le renvoi par le Code de la Consommation à des textes du Code de Commerce peut se comprendre et être interprété comme manifestant la volonté du législateur de prendre en considération ce lien de nature économique.

535. - Les particularités de la procédure spéciale. Au sujet de la procédure elle-même de constatation et de poursuite des infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, les articles L. 450 et suivants du Code de Commerce, auxquels l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation renvoie, font partie d'un titre V intitulé « *des pouvoirs d'enquête* », lui-même intégré dans le livre IV du Code commerce. L'objet de ce titre V est de décrire les enquêtes nécessaires à l'application du livre IV du

Code de Commerce qui traite des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence.

536. - Les personnes compétentes. L'article L. 450-1 du Code de la Consommation détermine les personnes compétentes pour rechercher et constater les infractions aux dispositions du livre IV du Code de Commerce. L'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation ne citant que les alinéas 1 et 3 de l'article L. 450-1 du Code de Commerce, seules les personnes visées par ces deux alinéas sont compétentes en matière d'infractions aux dispositions de l'article L. 121-18⁶⁹². Il s'agit de fonctionnaires spécialisés, placés sous l'autorité du directeur de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes⁶⁹³.

L'article L. 450-1, alinéa 3, du Code de Commerce prévoit également la possibilité d'une coopération entre les fonctionnaires spécialisés de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et les autorités judiciaires, les premiers pouvant recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires⁶⁹⁴. À ce propos, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, du 5 mai 1999⁶⁹⁵, a précisé que ce texte ne peut être utilisé que lorsqu'il s'agit d'enquêter sur des infractions prévues par ce qui était alors l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et qui a été intégrée dans le livre IV du Code de

⁶⁹² Article L. 450-1, alinéa 1, du Code de Commerce : « Des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions du présent livre. » Voir également l'alinéa 3 de l'article 450-1 du Code de Commerce.

⁶⁹³ La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est notamment investie d'une mission de contrôle de la bonne application des réglementations dans les domaines de la concurrence, de la qualité des produits et services, de la loyauté des transactions ainsi que de la protection des intérêts des consommateurs. C'est au titre de celle-ci que le législateur a fait appel aux services de ses agents pour veiller à la bonne application des textes du Code de la Consommation relatifs à la vente de biens et à la fourniture de services à distance, et en particulier de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation.

⁶⁹⁴ Article L. 450-1, alinéa 3, du Code de Commerce : « Des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'économie, spécialement habilités à cet effet par le garde des sceaux, ministre de la justice, sur la proposition du ministre chargé de l'économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires ».

⁶⁹⁵ Cass. Crim., 05/05/1999, Bull. crim. No 88 ; D. 1999. IR. 217; Dr. Pénal 1999, n° 142, obs. J.H. ROBERT.

Commerce à l'occasion de la recodification du Code de Commerce. On en déduit qu'une coopération entre juges d'instruction et fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est impossible si l'infraction poursuivie est le délit de tromperie ou encore celui d'escroquerie. Cet arrêt permet d'ores et déjà de poser la règle de l'incompétence des fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes si le commerçant électronique devait être mis en examen pour tromperie ou escroquerie à l'occasion de l'émission d'une offre de contrat de commerce électronique incomplète au regard de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation.

Enfin, pour clore la question de la compétence relative à la constatation des infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, il est nécessaire de citer l'article L. 450-1, alinéa 4, du Code de Commerce, issu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques⁶⁹⁶. L'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation ne fait pas référence à ce texte, mais il est évident, que venant préciser l'étendue territoriale des compétences des fonctionnaires habilités à enquêter en vertu de l'article L. 450-1 du Code de Commerce, il est également applicable à cette hypothèse⁶⁹⁷.

537. - Les compétences territoriales. En vertu de l'article L. 450-1, alinéa 4, du Code de Commerce, les fonctionnaires habilités à agir par l'article L. 450-1 du Code de Commerce se voient reconnaître une compétence territoriale s'étendant à l'ensemble du territoire national, alors qu'en principe les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ont une compétence limitée soit au département dans lequel ils exercent leurs fonctions, soit au ressort territorial du service auquel ils sont affectés.

⁶⁹⁶ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, JO, n° 113, 16 mai 2001, p. 7776.

⁶⁹⁷ Article L. 450-1, alinéa 4, du Code de Commerce : « Les fonctionnaires habilités mentionnés au présent article peuvent exercer les, pouvoirs d'enquête qu'ils tiennent du présent article et des articles suivant sur l'ensemble du territoire national ».

La mise en œuvre pratique de ce nouvel alinéa a été réalisée par le biais d'un décret n° 2001-1180 du 12 décembre 2001 relatif à la direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes qui a créé « un service de compétence nationale, dénommé « Direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes », rattaché au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes⁶⁹⁸. Cette nouvelle direction nationale se voit ainsi attribuer compétence sur l'ensemble du territoire national pour mener les enquêtes tendant à la recherche et à la constatation des pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence ainsi qu'à la recherche et la constatation des infractions aux règlements communautaires, à la législation à la réglementation concernant la qualité et la sécurité des produits et services, la loyauté des transactions la protection des intérêts des consommateurs⁶⁹⁹. Il est important toutefois de préciser que les fonctionnaires jusqu'à présent compétents en la matière, tels ceux des directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, demeurent compétents dans le ressort duquel ils exercent leur fonction.

538. - Les pouvoirs d'enquête et les procès-verbaux. Une fois saisis, les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, habilités dans le cadre de l'article L. 450-1, alinéas 1, 3 et 4 du Code de Commerce disposent d'importants pouvoirs d'enquête qui sont décrits aux articles L. 450-2 et suivants du Code de Commerce⁷⁰⁰. Dans le cadre de leurs enquêtes, ils sont tenus d'établir des procès-verbaux qui ont valeur probante jusqu'à preuve contraire⁷⁰¹. Ces procès verbaux sont ensuite transmis à l'autorité compétente, en l'espèce, le procureur de

⁶⁹⁸ Décret n° 2001-1180 du 12 décembre 2001 relatif à la Direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes, JO, 13 décembre 2001, p. 19785. Voir en particulier l'article 1 de ce décret.

⁶⁹⁹ Article 2 du décret n° 2001-1180 du 12 décembre 2001 préc.

⁷⁰⁰ Les modes de saisine des fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont au nombre de cinq : ils peuvent être saisis soit par le ministre de l'économie, soit par le conseil de la concurrence, soit sur plainte de tout intéressé, soit sur commission rogatoire d'un juge d'instruction (article L. 450-1, alinéa 3, du Code de Commerce), soit enfin de leur propre initiative.

⁷⁰¹ L'article L. 450-2 du Code de Commerce dispose que « Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès verbaux et, le cas échéant, de rapports. Les procès verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire ». Une partie de la doctrine estime qu'un procès-verbal pour chaque acte de J'enquête doit être dressé. Voir notamment J. Cl. Concurrence Consommation, n° spécial 1 bis, 1987, par A. DECOQ, M. PEDAMON, n° 98.

la République. Enfin un double de chaque procès verbal doit être remis aux parties intéressées, soit en l'occurrence, le commerçant électronique ou l'internaute s'il a été à l'origine de la saisine des fonctionnaires qui ont procédé à l'enquête. Par contre, la rédaction de rapports d'enquête est facultative⁷⁰². De tels rapports n'ont en outre aucune valeur probante⁷⁰³.

539. - Les prérogatives. L'article L. 450-3 du Code de Commerce, quant à lui, donne en quelque sorte les moyens aux fonctionnaires habilités de procéder à leurs enquêtes⁷⁰⁴. Il leur reconnaît d'importants pouvoirs d'enquête, tel le droit d'enquêter sur site, celui de demander la communication de documents professionnels et d'en faire une copie, le droit d'auditionner ou encore celui de demander la désignation d'un expert⁷⁰⁵. Il faut mentionner en particulier que la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a tenu compte des évolutions technologiques en introduisant à l'article L. 450-3 du Code de Commerce la possibilité pour les enquêteurs de prendre ou d'obtenir copie sur tous supports et par tous moyens des documents qu'ils auront consultés, ainsi qu'à l'article L 450-4 du Code de Commerce, celle de saisir tout support d'information.

540. - La procédure d'enquête dite « lourde ». Par ailleurs, l'article L. 450-4 du Code de Commerce met en place une procédure d'enquête dite «lourde» qui confère des pouvoirs plus étendus encore aux enquêteurs. Cette procédure ne peut cependant être déclenchée que sur autorisation judiciaire, car elle est plus attentatoire aux libertés individuelles que celle prévue par l'article L. 450-3 du Code de Commerce. Elle permet, par exemple, aux

⁷⁰² Cass. Corn., 10/10/2000, Bull. civ. IV, n° 149.

⁷⁰³ Les rapports d'enquête ont tout au plus une valeur explicative des procès verbaux.

⁷⁰⁴ La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes joue un rôle fondamental au niveau de l'administration de la preuve, l'établissement des faits etc. Elle facilite considérablement la tâche probatoire de l'accusation.

⁷⁰⁵ Article L. 450-3 du Code de Commerce : « Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures ou tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. Ils peuvent demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire ».

enquêteurs de se rendre en tous lieux et de saisir tout document et tout support d'information, indépendamment cette fois de leur caractère professionnel ou non.

541. - Le droit de communication auprès de l'État et des collectivités territoriales.

L'article L. 450-7 du Code de Commerce permet ensuite aux enquêteurs d'obtenir la communication de tout document en possession cette fois des services et établissements de l'État ou des autres collectivités publiques sans qu'ils ne puissent leur opposer le secret professionnel⁷⁰⁶. Ce texte peut se révéler très utile, car l'administration détient parfois des documents permettant d'établir des faits relevant du champ d'application du livre IV du Code de Commerce.

Enfin, l'article L. 450-8 du Code de Commerce tend à assurer un déroulement efficace et sans heurt des procédures visant à constater les manquements aux dispositions du livre IV du Code de Commerce⁷⁰⁷. Il punit en effet d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 7500 euros toute entrave aux fonctions des enquêteurs. Quant aux articles L. 470-1 et L. 470-5 du Code de Commerce, ils se rapportent non plus au déroulement de l'enquête, mais à la procédure judiciaire qui peut lui faire suite.

542. - L'absence de pouvoir de sanction. Le législateur n'ayant pas doté la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes d'un pouvoir de sanction, son rôle s'arrête en effet à la recherche et la constatation des infractions pour lesquelles une telle compétence lui a été spécialement attribuée. Ses agents, à l'issue de leur enquête, soit informent la personne à l'origine de leur saisine qu'ils ont conclu au caractère non délictueux des faits qu'elle avait portés à leur attention, soit dressent un procès-verbal d'incrimination qu'ils transmettent au ministère public, s'ils

⁷⁰⁶ Article L. 450-7 du Code de Commerce : « Les enquêteurs peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou tout élément d'information détenu par les services et établissements de l'Etat et des autres collectivités publiques ».

⁷⁰⁷ Article L. 450-8 du Code de Commerce : « Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 7 500 euros le fait de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents désignés à l'article L. 450-1 et les rapporteurs du Conseil de la concurrence sont chargés en application du présent livre ».

estiment que les faits sur lesquels ils ont enquêté sont constitutifs d'une infraction. Le ministère public apprécie ensuite l'opportunité de poursuivre ou non le commerçant électronique dont le comportement lui a été rapporté.

543. - Les juridictions compétentes. Enfin, la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître des infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation qui sont constatées par les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes mérite quelques explications. La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, d'une manière générale, peut saisir de ses constatations soit la juridiction judiciaire, soit le conseil de la concurrence selon le type d'infraction relevé. Dans le cadre des pouvoirs qui lui sont reconnus par le titre V du livre IV du Code de Commerce, elle peut, en effet, constater des infractions qui sont constitutives soit d'une pratique anticoncurrentielle, soit d'une pratique restrictive de concurrence. Il ressort des articles L. 462-1 à L. 462-3 du Code de Commerce consacrés aux attributions du conseil de la concurrence qu'il n'est compétent que pour connaître des pratiques anticoncurrentielles. Il est par ailleurs admis que les juridictions de l'ordre judiciaire ont une compétence exclusive pour connaître des infractions aux dispositions du titre IV du livre IV du Code de Commerce relatives aux pratiques restrictives de concurrence dans leur ensemble. Sur ce thème de la réglementation de la concurrence, nous nous trouvons au-delà des limites de notre étude.

Mais l'article L. 121-18 du Code de la Consommation visant à instaurer une plus grande transparence et loyauté dans les transactions à distance, si le législateur avait pris l'initiative de le rappeler dans le Code de Commerce comme il l'a fait pour l'article L. 113-3 du Code de la Consommation précité, il l'aurait sans aucun doute intégré dans le titre IV du livre IV du Code, consacré à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées. Les infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation doivent donc être analysées comme constituant des pratiques restrictives de concurrence au sens du titre IV du titre IV du Code de Commerce. Aussi, la juridiction matériellement compétente pour connaître des infractions aux

dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ne peut être que la juridiction judiciaire, et plus précisément le tribunal de police puisqu'il s'agit de contraventions.

544. - L'efficacité incomplète de la sanction de l'infraction au formalisme informatif.

En conclusion sur cette première conséquence pénale possible en cas d'omission d'une mention obligatoire dans une offre de contrat de commerce électronique, on peut dire que la création d'une incrimination spéciale en cas de violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation constitue une réponse efficace quoiqu'incomplète, selon certains auteurs. Il faut en effet évoquer le cas où la mention qui fait défaut a pour origine l'article 1369-1 du Code Civil. Certains s'interrogent sur le point suivant : est-il souhaitable que la méconnaissance du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique soit systématiquement et nécessairement source de responsabilité pénale pour le commerçant électronique ? Tout doit être une question de mesure. Ainsi, la portée de l'omission d'une information sur la possibilité pour l'internaute de conclure le contrat de commerce électronique dans telle ou telle langue n'est pas la même que celle de l'omission d'une information sur les caractéristiques essentielles du bien proposé à la vente. En outre, il ne faut pas oublier que la méconnaissance par le commerçant électronique du formalisme informatif encadrant ses offres de contrat est également susceptible de tomber sous le coup d'autres qualifications pénales qui n'ont pas été, cette fois, spécialement édictées à cet effet.

Section 2

Les autres incriminations du droit de la consommation

545. - Les autres textes susceptibles d'application. La prévision légale d'une sanction pénale spéciale, en cas d'omission de l'une des mentions obligatoires imposées par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, ne doit pas cacher le fait que d'autres qualifications pénales sont également susceptibles de s'appliquer à l'absence d'une mention obligatoire ou à la présence d'une mention inexacte dans l'offre de contrat de commerce électronique. Il faut se souvenir en effet que l'article L. 121-18 du Code de la Consommation a consacré deux des mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique en citant deux textes prévoyant ces informations, à savoir les articles L.111-1 et L.113-3 du Code de la Consommation. Si l'article L. 111-1 du Code de la Consommation n'est assorti d'aucune sanction particulière, il n'en est pas de même pour l'article L. 113-3 dont la violation fait, elle aussi, dans certaines conditions, l'objet d'une sanction pénale spéciale (§ 1). Il y a par ailleurs à examiner au regard de l'obligation d'information, deux qualifications pénales spécifiques du droit de la consommation : le délit de publicité mensongère (§ 2) et le délit de tromperie (§ 3). Enfin, il faut également envisager le délit susceptible d'être constitué au titre de la loi « Toubon » sur l'utilisation obligatoire de la langue française (§ 4)

546. - L'exclusion de l'escroquerie. En revanche une dernière qualification pénale paraît devoir en être écartée. Il s'agit de la qualification d'escroquerie, définie à l'article 313-1 du nouveau Code Pénal comme « *le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge* ».

547. - Les raisons de cette exclusion. Cette qualification semble a priori difficilement susceptible d'être constituée dans notre hypothèse pour deux raisons essentiellement. Tout

d'abord, le délit d'escroquerie requiert un acte positif. Il ne peut être constitué par une simple abstention. Aussi, le seul fait pour le commerçant électronique d'avoir omis d'indiquer une mention obligatoire dans son offre de contrat et d'avoir donc conservé le silence sur une information, ne peut recevoir la qualification pénale d'escroquerie. Ensuite, le simple mensonge ne peut suffire à le caractériser. En conséquence, le seul fait qu'une offre de contrat de commerce électronique contienne une mention fautive ou omette une mention nécessaire ne peut permettre en principe de conclure à l'existence d'un délit d'escroquerie commis par le commerçant électronique. Il faudrait que ce mensonge soit accompagné d'un fait extérieur, d'un acte matériel, d'une mise en scène ou de l'intervention d'un tiers ayant pour finalité de lui donner crédit pour que le délit puisse être constitué.

§ 1 – Sanction de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation

548. - La violation de l'article L 113-3. La violation de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation, incorporé par référence à l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, ne fait pas directement l'objet d'une incrimination pénale. Seule est en effet incriminée, par l'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de la Consommation, la violation des arrêtés du ministre chargé de l'économie pris en application de l'article L.113-3 du Code de la Consommation. L'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de la Consommation dispose ainsi que les infractions aux arrêtés prévus à l'article L. 113-3 du Code de la Consommation constituent une contravention de la cinquième classe. Quels en sont les éléments constitutifs (a) et la peine qui lui est applicable (b) ?

A - Éléments constitutifs

549. - L'infraction est purement matérielle. S'agissant de l'élément moral de l'infraction réprimée par l'article R. 113-1, alinéa 2 du Code de la Consommation, il faut simplement rappeler les propos précédemment tenus. En matière de contravention, l'élément moral de

l'infraction consiste en la simple volonté du prévenu d'avoir agi comme il l'a fait, cette volonté étant présumée dès que la preuve de l'élément matériel est établie.

550. - L'élément matériel. Quant à l'élément matériel de l'infraction, il peut être multiple dans la mesure où l'article L. 113-3 du Code de la Consommation a fait l'objet de très nombreux arrêtés d'application.

551. - Exemples d'arrêtés ministériels visés par le texte. Il peut s'agir par exemple de la violation des dispositions de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur. Ainsi, le défaut d'indication d'un prix « toutes taxes comprises » ou l'absence de précisions relatives aux frais de livraison constituent (entre autres) autant d'éléments matériels tombant sous le coup de l'incrimination prévue par l'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de la Consommation.

Il peut également s'agir de la violation de l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977 réglementant la publicité en matière de réduction de prix, également pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation. Le tribunal de police de Boissy-Saint-Léger, dans un jugement rendu le 3 février 2004⁷⁰⁸, en a fait une application dans le cadre d'une activité de commerce électronique.

B - Peine applicable

552. - La sanction : amende de 5e classe. Le commerçant électronique personne physique qui commet l'infraction prévue à l'article R.113, alinéa 2, du Code de la Consommation, encourt la peine prévue pour les contraventions de la cinquième classe, c'est-à-dire une amende d'un montant maximal de 1 500 euros. Il faut signaler que le commerçant électronique personne morale peut désormais être déclaré pénalement responsable pour

⁷⁰⁸ T. Police Boissy Saint Léger, 03/02/2004, Forum des droits sur l'internet. Disponible sur : <http://www.forum internet.org>.

toute infraction à l'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de la consommation commises postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. Il encourt alors la peine d'amende majorée à raison de la qualité de personne morale de l'auteur de l'infraction prévue par l'article 131-41 du nouveau Code Pénal, soit 7 500 €.

553. - L'éventualité d'un concours réel d'infractions. La question d'un éventuel concours réel d'infractions doit également être envisagée. Le nombre de destinataires possibles d'une offre de contrat électronique donne à cette discussion un intérêt tout particulier puisque, selon l'analyse développée en cas de concours d'infractions, la sanction peut s'avérer extrêmement lourde ou, au contraire, très légère.

554. - L'offre par courriers électroniques. Le commerçant électronique, qui adresse à des consommateurs, par la voie de courriers électroniques, une offre de contrat de commerce électronique qui ne respecte pas les dispositions de l'arrêté du 3 décembre 1987 commet-il une infraction unique ou plusieurs infractions ? De même, qu'en est-il quand il expose cette offre sur ou plusieurs pages de son site ? Le débat tenu précédemment dans le cadre de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation ainsi que les solutions proposées peuvent être repris en l'espèce, car il apparaît que le problème se pose dans les mêmes termes.

On se trouve dans l'hypothèse d'un cumul réel d'infractions lorsque le commerçant électronique a envoyé l'offre irrégulière de contrat à plusieurs consommateurs par la voie du courrier électronique. Le juge prononcera autant de déclarations de culpabilité que de courriers électroniques et pourra condamner le commerçant électronique à payer une amende d'un montant égal au nombre d'infractions constatées multiplié par le montant de l'amende encourue pour une d'entre elles.

555. - L'offre sur une page-écran du site du commerçant. Il faut penser qu'il en sera de même lorsque l'offre apparaît sur plusieurs pages du site du commerçant électronique tandis qu'il convient certainement de conclure à l'existence d'une infraction

unique lorsqu'elle n'est présente que sur une seule d'entre elles. Le tribunal de police de Boissy-Saint-Léger, dans le jugement précité du 3 février 2004, nuance cependant cette conclusion. Après avoir constaté qu'un commerçant électronique n'avait pas respecté l'arrêté no 77-105/P du 2 septembre 1977 précité pour dix-sept articles exposés à la vente sur son site internet, il ne l'a condamné à payer que dix-sept fois l'amende prévue par l'article R, 113-2, alinéa 2, du Code de la Consommation. Néanmoins, la relation des faits de l'espèce dans le jugement ne permet pas de savoir si les articles étaient exposés sur une seule page du site ou sur plusieurs d'entre elles.

§ 2 - Publicité mensongère

On a vu que la loi LCEN distingue les règles applicables à la vente de celles qui régissent la publicité, la vente étant assorties d'obligations d'information rigoureuses.

Il est bien évident qu'une publicité diffusée par internet peut tomber sous le coup du délit de publicité mensongère et cette question est sans véritable intérêt dans le cadre de l'étude.

556. - L'offre de commerce électronique peut-elle être sanctionnée en tant que publicité mensongère ? En revanche il est possible de s'interroger sur la question de savoir si une offre diffusée par internet peut tomber sous le coup de cette même sanction. En d'autres termes, une offre d'acquisition d'un bien ou d'un service présentée par la voie électronique peut-elle être jugée comme constituant par ailleurs une publicité et, le cas échéant, en cas d'information volontairement erronée ou omise, ouvrir la voie à des poursuites pénales pour publicité mensongère ?

557. - La réponse positive illustrée. La réponse est bien naturellement positive. L'offre de contracter diffusée sur internet apparaît en effet comme une publicité comportant, au surplus, tous les éléments d'une offre. C'est très logique qu'elle doive pouvoir être

sanctionnée en cas de « mensonge » et ceci, a fortiori, par rapport à une simple publicité, puisque, à la différence de cette dernière, elle débouche directement, d'un simple « clic » sur la vente elle-même.

Les exemples sont très nombreux, désormais, de poursuites pour publicité mensongère. Par exemple : Cass. Crim. 11 décembre 2007⁷⁰⁹. L'arrêt rejette le pourvoi à l'encontre d'un arrêt de condamnation pour publicité mensongère à l'égard des délais de livraison promis par un site de vente sur internet dans les pages permettant de donner une suite favorable à une offre et qui ne pouvait pas être effectivement tenue. Outre l'incrimination spécifique de l'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de la Consommation, la violation du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique est donc susceptible de tomber sous le coup du délit de publicité mensongère.

558. - L'exemple d'un fournisseur d'accès. Si l'exigence de bonne foi dans la conclusion d'un contrat, s'analyse en grande partie comme une obligation réciproque d'information, elle s'entend également de celle de ne pas mal informer son futur cocontractant. Un célèbre fournisseur d'accès à internet a été sanctionné sur ce plan à l'occasion de la diffusion, notamment en ligne, d'une offre particulièrement séduisante de contrat concernant un accès illimité au réseau, 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24, pour un prix, accès et téléphone compris, très intéressant. Devant le succès de sa proposition, il n'avait pu tenir la promesse faite dans son offre et avait mis en place un système de déconnexion automatique des internautes après une durée de connexion de 30 minutes. Le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre, saisi par une association agréée de défense des consommateurs, a considéré que la publicité faite par le fournisseur d'accès de son offre d'accès à internet était mensongère et donc illicite⁷¹⁰. Il lui a donc ordonné, sous astreinte, de supprimer le système de déconnexion automatique et l'a condamné au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice que sa publicité a causé à l'intérêt collectif des consommateurs⁷¹¹. La cour d'appel de Versailles, statuant sur l'appel interjeté par le

⁷⁰⁹ Cass. Crim. 11 décembre 2007, pourvoi n° 07-82903, Légifrance.

⁷¹⁰ TGI Nanterre, Ord. 20/02/2001, Legalis.net.

⁷¹¹ La publication de la décision a été ordonnée par le juge des référés.

fournisseur d'accès, a confirmé l'ordonnance de référé, estimant elle aussi que la publicité litigieuse était mensongère⁷¹². La première chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu le 9 mars 2004⁷¹³, rejeté le pourvoi en cassation formé par le condamné au motif que la cour d'appel avait « parfaitement caractérisé l'aspect trompeur de la publicité ». Cette affaire illustre les conséquences en matière civile d'une publicité jugée mensongère.

559. - Autre exemple dans le domaine de la vente de voyages. Un jugement, rendu le 19 mai 2004⁷¹⁴, par le tribunal de grande instance de Pontoise, fournit une autre illustration de cette question. En l'espèce, un commerçant électronique a été reconnu coupable du délit de publicité mensongère pour avoir proposé de nombreux vols et séjours qui, en réalité, n'étaient pas disponibles alors qu'il indiquait expressément sur son site internet que ses offres de voyages étaient actualisées tous les jours. Le tribunal l'a en conséquence condamné à une peine d'amende de 5 000 euros.

560. - Le caractère général de l'incrimination. L'incrimination de publicité fautive ou de nature à induire en erreur a été créée par un législateur soucieux de garantir la loyauté dans la phase précontractuelle. L'article L. 121-1 du Code de la Consommation dispose : « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des commerçants électroniques ».

⁷¹² CA Versailles, 14/03/2001, Communication, Commerce électronique, 2001, comm. 48, p. 28.

⁷¹³ Cass. 1^{ère} civ. 9/03/2004, D. 2004, Jurisp. 1727.

⁷¹⁴ TGI Pontoise, 19/05/2004, Forum des droits sur internet [en ligne] sur <http://foruminternet.org>.

561. - Le principe de neutralité technologique. Il faut parallèlement souligner le principe de « neutralité technologique » édicté par l'article L. 121-1 du Code de la Consommation, dont la formulation est suffisamment large pour que tous les types de supports publicitaires soient couverts. La publicité écrite sur support papier, la publicité verbale télévisée, radiodiffusée, véhiculée par le cinéma, etc., toutes entrent dans le champ d'application de la loi. Aussi l'application de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation aux messages présents ou échangés sur le réseau internet est un point aujourd'hui acquis, comme en témoignent les décisions de justice qui sont été rendues dans le cadre de l'environnement électronique⁷¹⁵. Le principe de cette application a en outre été consacré par la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁷¹⁶.

Par ailleurs, la vocation de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation à couvrir un grand nombre de situations est confortée par le fait que le texte ne précise rien sur la qualité des destinataires de la publicité, mais se contente de viser « toute publicité ». Aussi, la jurisprudence en a déduit que la qualité de consommateurs des destinataires potentiels du message publicitaire n'est pas une condition de l'infraction⁷¹⁷.

Applicable de manière certaine à l'offre de commerce électronique, le délit de publicité mensongère dans ce domaine particulier doit être précisé dans ses éléments constitutifs (§ 1) et dans les modalités de sa répression (§ 2).

⁷¹⁵ Sur l'application de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation à internet, voir notamment A. LEROYER, « L'épreuve d'internet », in D. FENOUILLET, F. LABARTHE (dir.).

⁷¹⁶ Les articles 19, alinéa 3, et 20 (relatif à la publicité par voie électronique) de la loi pour la confiance dans l'économie numérique indiquent s'appliquer « sans préjudice des dispositions réprimant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1 du Code de la Consommation ».

⁷¹⁷ En d'autres termes, le message publicitaire adressé à des professionnels est également couvert par l'interdiction mise en place par l'article L. 121-1 du Code de la Consommation Voir Cass. Crim., 02/10/1980, D. 1981. IR. 292 ; Cass. Crim., 26/01/1988, D. 1990. SC. 359.

A - Éléments constitutifs

Les éléments constitutifs du délit de publicité mensongère doivent être analysés successivement sous l'angle de son élément matériel (a) et de son élément moral (b) afin d'apprécier si l'inobservation par le commerçant électronique des exigences informatives qui régissent les offres de contrat de commerce électronique peut constituer une telle infraction.

1 - Élément matériel

L'élément matériel de la publicité mensongère peut être présenté comme toute publicité contenant une allégation, une indication ou une présentation fausse ou de nature à induire en erreur. Rapportée à notre hypothèse, cette définition pose deux questions. Une offre de contrat peut-elle être qualifiée de publicité (a) ? L'omission par le commerçant électronique d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique ou l'indication d'une mention erronée est-elle susceptible de constituer une allégation, une indication ou une présentation fausse ou de nature à induire en erreur (a) ?

a) Offre de contrat de commerce électronique et publicité

562. - La recherche d'une définition juridique de la publicité. L'article L. 121-1 du Code de la Consommation exige que l'on soit en présence d'une publicité sans dire ce qu'il faut entendre par là. En réalité, il n'existe pas de définition légale générale de la notion de publicité. On relève seulement de manière très dispersée quelques définitions prévues par des textes spéciaux. Ainsi la loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979, relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes visibles de toute voie ouverte à la circulation publique⁷¹⁸,

⁷¹⁸ Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et pré-enseignes visibles de toute voie ouverte à la circulation publique (JO, du 31 décembre 1979, p. 3314).

modifiée par la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985⁷¹⁹, disposait que « constitue une publicité, à l'exclusion des enseignes et préenseignes, toute inscription, forme ou image destinée à informer le public ou à attirer l'attention [...] ». Il faut également citer l'article 2 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992 relatif la publicité, audiovisuelle dont il ressort que « constitue une publicité toute forme de message [...] diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue de promouvoir la fourniture de biens ou de services [...] »⁷²⁰.

563. - Les approches du droit communautaire. Le droit communautaire, quant à lui, a défini la notion à plusieurs reprises. La directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse précise entendre ainsi la publicité comme : « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et obligations. »⁷²¹. La directive 89/552/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 1989 dite « Télévision sans frontière », modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997, adopte une définition similaire en son article 1^{er}⁷²². Il faut citer encore la directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, qui définit à son tour la publicité comme «... toute forme de communication commerciale qui a pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir un produit.» (en l'occurrence du

⁷¹⁹ Loi no 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement (JO, du 19 juillet 1985).

⁷²⁰ Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application du 1^{er} de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage (JO, n° 75, 28 mars 1992, p. 4313), modifié par le décret n° 2003-960 du 7 octobre 2003 (JO n° 233, 8 octobre 2003, p. 17189).

⁷²¹ Voir l'article 2, paragraphe 1, de la directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, JOCE, n° L 250, 19 septembre 1984, p. 17.

⁷²² L'article 1^{er} de la directive 89/552/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 1989 dite «Télévision sans frontière» précitée définit la notion de publicité comme : « Toute forme de message [...] que ce soit contre rémunération ou paiement similaire, [...] dans le but de promouvoir la fourniture moyennant paiement, de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et obligations ».

tabac)⁷²³. Ce dernier texte communautaire présente en outre l'intérêt de réglementer expressément la publicité dans les services de la société de l'information.

564. - La notion de « communication commerciale ». La directive sur le commerce électronique a cependant introduit un élément de complication. En préférant l'expression «communication commerciale» au terme «publicité», elle favorise des difficultés d'interprétation entre ces deux notions. S'il apparaît que la notion de communication commerciale est plus large que celle de publicité, les deux notions ne se confondent pas et la publicité n'est qu'un type de communication commerciale. En effet, l'article 2, lettre f, du texte communautaire définit la notion de communication commerciale comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, *des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée* »⁷²⁴. Cette définition doit être lue en relation avec le livre vert de la Commission européenne sur les communications commerciales dans le marché intérieur dans lequel elle précise que la notion de communication commerciale recouvre en fait «toutes les formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques, [...] »⁷²⁵. Or, le marketing direct dépasse de loin le seul cadre de la publicité puisqu'il vise à obtenir une réaction immédiate du prospect⁷²⁶, telle une demande de documentation, voire une commande, voire même seulement son attention d'un instant.

565. - La définition de la jurisprudence. En fait, le délicat exercice de définition a été laissé, une fois de plus, à la jurisprudence. Il ressort de l'étude de celle-ci, ainsi que de la

⁷²³ Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, JOCE, no L 152, 20 juin 2003, p. 16.

⁷²⁴ L'article 2, lettre f, de la directive sur le commerce électronique précitée précise toutefois que deux types particuliers de message ne constituent pas des communications commerciales. Il s'agit des « informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique », ainsi que des « communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'el/les sont fournies sans contrepartie financière ».

⁷²⁵ Livre vert de la Commission sur les communications commerciales dans le marché intérieur, préc. p. 8.

⁷²⁶ Terme de marketing signifiant « client potentiel ».

doctrine, que si le civiliste parvient tant bien que mal à tracer une frontière entre les notions d'offre de contrat et de publicité, ses efforts sont en grande partie balayés par le pénaliste qui, au nom de l'efficacité de la répression des comportements déloyaux, malmène la notion de publicité et l'étend de telle sorte qu'elle englobe le plus grand nombre possible de situations, y compris quand le message litigieux est indubitablement une offre de contrat. Deux approches coexistent : une analyse civiliste et une analyse pénaliste.

566. - L'analyse civiliste autour de deux critères. Le Conseil d'État, dans son rapport « Internet et les réseaux numériques », a constaté en synthèse que deux critères peuvent être identifiés pour caractériser la publicité⁷²⁷. Il s'agit, en premier lieu, de la finalité du message : la publicité a pour finalité la promotion d'un bien ou d'un service. Ce premier critère est considéré comme le critère déterminant. Le second critère tient à la destination du message : la publicité est un message qui est adressé au public. Il ne peut en principe y avoir de publicité sans l'existence d'un public touché par le message.

567. - Le critère de l'existence d'un public touché par le message. S'agissant de ce second critère, il est utile d'apporter quelques précisions. Si l'offre figurant sur un site internet répond à la définition d'une communication au public, il n'en est rien du courrier électronique, en tous les cas, au sens où le droit des communications électroniques entend la notion de communication au public. Pourtant, un courrier électronique est bien susceptible de véhiculer des messages de nature publicitaire. Il suffit de lire sa boîte aux lettres électronique pour s'en convaincre ! En fait, la notion de communication au public, dans le contexte de la définition de la publicité, doit être comprise par opposition à « communication destinée à une seule personne ». Aussi, lorsqu'un courrier électronique n'a pas vocation à être adressé à un destinataire unique, il est susceptible d'être qualifié de publicité. Il faut donc formuler le critère relatif à la destination du message ainsi : le message doit avoir le caractère d'une communication de masse. L'expression « communication de masse » est en effet plus neutre, au regard du droit des communications électroniques, que celle de « communication au public ».

⁷²⁷ Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, rapport préc. p. 57.

La comparaison entre les définitions des notions d'offre de contrat et de publicité fait clairement apparaître des différences majeures qui permettent de les distinguer. La publicité est « une communication de masse, à sens unique, tendant à faire vendre »⁷²⁸. Quant à l'offre, elle est tout d'abord une communication tantôt de masse, tantôt à personne unique, selon sa destination. Elle est ensuite une communication à double sens puisqu'elle attend une réponse directe et immédiate. Enfin, l'offre est une communication dont la finalité est « de vendre ».

568. - Le critère de la finalité du message. Le Conseil d'État avait placé le critère de la finalité du message en première position des critères distinctifs de la publicité. L'application de ce critère à la publicité puis à l'offre de contrat fait rapidement apparaître que la première « tend à faire vendre » tandis que la seconde est de « vendre », pour reprendre les termes précédemment utilisés. La publicité n'est qu'une incitation à contracter tandis que l'offre est une proposition de contracter.

Cependant, il faut reconnaître qu'un tel critère distinctif n'est pas toujours simple à mettre en œuvre, en particulier sur internet où la publicité est omniprésente. Bannière, pop-up, courrier électronique, etc., la publicité revêt sur internet des formes multiples et variées. Par ailleurs, l'interactivité qui caractérise les échanges électroniques rend possible tout à la fois la diffusion de messages publicitaires, l'émission de propositions contractuelles et la collecte des acceptations dont elles font l'objet⁷²⁹. La rapidité des échanges permet en outre de combiner l'ensemble de ces opérations dans un laps de temps extrêmement court. Une identification claire des publicités et des offres de contrat est alors d'autant plus difficile que les messages sont souvent imbriqués. Comment alors faire la distinction entre de véritables offres de contrat et de simples messages publicitaires dont la

⁷²⁸ Définition de la publicité proposée par A. COMTE-SPONVILLE, « Ethique et publicité ». Intervention lors de la conférence organisée par le SVP sur le thème « Quelles limites éthiques à la publicité ? ». SVP. 15 novembre 2001, Disponible sur : <http://www.bvp.org>.

⁷²⁹ Cf. C. Masse, La publicité trompeuse dans le commerce électronique, Mémoire décembre 2000, Jursicom.net [en ligne] disponible sur <http://www.jursicom.net>.

finalité est également d'amener l'internaute à conclure un contrat de commerce électronique ?

La définition particulièrement extensive de la notion de publicité adoptée par la jurisprudence répressive permet de solutionner la plupart des difficultés ci-dessus évoquées. Elle démontre la volonté des juges d'assainir la période précontractuelle.

569. - L'analyse pénaliste : On constate, à la lecture de la jurisprudence pénale relative à l'article L.111-1 du Code de la Consommation, que le critère de l'existence d'un public auquel le message publicitaire doit être adressé est apprécié de manière plus souple, tandis que celui de la finalité du message n'apparaît plus pertinent.

570. - L'appréciation souple de l'exigence d'un public. S'agissant du critère de l'existence d'un public auquel le message doit être adressé, la chambre criminelle de la Cour de cassation semble ainsi appliquer un raisonnement similaire à celui que nous avons précédemment développé sur la nature éventuellement publicitaire des courriers électroniques. Aussi, en ce qui concerne des documents communiqués à plusieurs personnes, mais de manière individualisée, les juges cherchent à apprécier la mesure de leur diffusion pour déterminer si la qualification de publicité peut ou non être retenue⁷³⁰.

571. - L'appréciation extensive de la finalité du message. Ensuite, et c'est certainement le plus important, le but incitatif du message publicitaire qui ressort clairement de l'analyse civiliste, n'est pas un élément de la définition de la notion de publicité au regard de la jurisprudence pénale. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 novembre 1986⁷³¹, a défini la publicité comme : « *tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé* ». Elle a notamment réitéré sa position,

⁷³⁰ Ainsi des brochures nominatives et personnalisées ont été qualifiées de publicité. En ce sens, voir Cass. Crim., 30/01/1992, JCP 1992. IV. 1833. Par contre, les juges ont refusé d'appliquer l'incrimination de publicité trompeuse à un reçu unique : voir Cass. Crim., 09/02/1982, Bull. crim. p. 129.

⁷³¹ Cass. Crim., 12/11/1986, Bull. crim., p. 2792.

dans un arrêt du 14 octobre 1998⁷³², dans lequel elle a déclaré que « constitue une publicité, au sens de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation, tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques essentielles des biens ou services qui lui sont proposés».

La définition retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation de la notion de publicité est tellement large qu'elle englobe également les offres de contrat. En effet, une offre de contrat comporte, par hypothèse, différentes informations sur le bien ou le service proposé par le commerçant électronique⁷³³. Elle constitue donc bien un moyen d'information permettant à un client potentiel de se faire une opinion sur ce bien ou ce service, puis de faire un choix.

572. - Les exemples de sanction pour publicité mensongère appliquées à des offres de contrat. C'est pourquoi on relève dans la jurisprudence de nombreuses décisions qui ont appliqué à de véritables offres de contrat l'article L. 121-1 du Code de la Consommation⁷³⁴. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que la mention relative au prix d'un bien exposé à la vente dans un magasin constitue une publicité⁷³⁵. De même, un bon de commande a été qualifié de publicité au motif que « tout document commercial, tel un bon de commande, dont les indications et la présentation permettent aux clients potentiels auprès desquels il est diffusé, de se former une opinion sur les résultats attendus du bien ou du service proposé »⁷³⁶.

⁷³² Cass. Crim., 14/10/1998, Bull. crim. N° 262 ; RTD corn. 1999.526, obs .. B. BOULOC ; JCP E 1999.462, note P. CONTE ; Contrats, conc., consom. 1999, comm. 32.

⁷³³ Cette affirmation est d'autant plus exacte dans le cas d'une offre de contrat de commerce électronique en raison des exigences informatives légales résultant de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation et, dans une moindre mesure, de l'article 1369-1 du Code Civil.

⁷³⁴ Pour une application de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation à une offre de vente, voir Cass. Crim., 27/03/1996, Bull. crim. n° 139 ; D. 1996. IR. 168 ; Rev. Sc. Crim. 1997. 122, obs. GUIDICELLI.

⁷³⁵ Cass. Crim., 14/10/1998, préc.

⁷³⁶ Cass. Crim., 23/03/1994, préc.

Par ailleurs, il ressort d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, du 25 juin 1984⁷³⁷, qu'une mention imposée par la loi peut constituer une publicité à condition qu'elle accompagne le bien dont la vente est proposée et que le consommateur soit amené à en prendre connaissance pour guider son choix. Transposée à notre hypothèse, cette décision devrait conduire à considérer que les mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique qui permettent à l'internaute de guider son choix constituent effectivement des publicités au sens de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation.

Plusieurs décisions ont également été rendues en ce sens dans le contexte du Commerce électronique. Ainsi, le tribunal d'instance de Saint-Malo, dans un jugement rendu le 18 décembre 2001⁷³⁸, a estimé que l'offre de rachat de crédit proposé sur une page du site d'un intermédiaire financier doit respecter les dispositions des articles 1. 311-4 et L. 312-4 du Code de la Consommation réglementant la publicité pour le crédit, dont le respect est pénalement sanctionné.

573. - La conclusion : l'offre de contrat de commerce électronique constitue une publicité. Il résulte de cette analyse, d'une part qu'une offre de contrat de commerce électronique constitue une publicité au sens de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation à condition d'être adressée ou destinée à plus d'une personne, qu'elle soit émise sur un site internet ou dans un courrier électronique. D'autre part, l'infraction de publicité mensongère ne saurait être constituée qu'à partir des mentions obligatoires de l'offre se rapportant au bien ou au service proposé.

⁷³⁷ Cass. Crim., 25/06/1984, Bull. crim. no 643 ; D. 1985. Jurisp. 80, note J.-C. FOURGOUX : « Tout moyen d'information du public, portant sur la composition d'un produit mise en vente, s'agitait-il d'un étiquetage obligatoire, constitue une publicité au sens de l'article 44 de la loi du 29 décembre /973, dès lors qu'il accompagne l'objet proposé, et que le consommateur est conduit à en prendre connaissance pour guider son choix. » Dans le même sens, voir Cass. Crim., 18/11/1986, Bull. crim. n° 2777.

⁷³⁸ TI Saint-Malo, 18/12/20Q1, Contrats, conc., consom. 2002, comm. 131, note G. RAYMOND et comm. 42, note L. GRYNBAUM. Voir également dans le même sens CA Rennes, 31/03)2000, Bulletin d'actualité du Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2000, n° 124 (avril), p. 12 ; D. Affaires 2000. AJ 358, obs. C. MANARA ; Communication Commerce électronique 2000, comm. 6, p. 24, obs. J.-C. GALLOUX.

Une offre de contrat de commerce électronique ne tombera toutefois sous le coup de l'incrimination de publicité mensongère que si elle comporte une indication, une allégation ou une présentation fausse ou de nature à induire en erreur portant sur l'un des éléments énumérés par l'article L. 121-1 du Code de la Consommation.

b) Publicité méconnaissant le formalisme informatif

574. - Le caractère mensonger du message. L'article L. 121-1 du Code de la Consommation prévoit que toute publicité comportant des indications, allégations ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsqu'elles portent sur un ou plusieurs éléments dont il fait la liste, est interdite.

Une indication est une information, un renseignement qui est fourni par le message publicitaire. Une simple allégation peut être présentée comme le fait de « laisser croire, *sans affirmer, à une proposition relative aux produits ou aux services, qui s'avère inexacte* »⁷³⁹. Quant à la notion de présentation, elle désigne l'ensemble des procédés d'exposition (dessins, photographies, bruitages, etc.) ainsi que les modes de rédaction employés (taille, lisibilité des caractères, etc.)⁷⁴⁰.

575. - La liste limitative des éléments sur lesquels doit porter la publicité mensongère. Afin de circonscrire l'incrimination de publicité mensongère, le législateur a dressé une liste d'éléments sur lesquelles les indications, allégations et présentations fausses de nature à induire en erreur, doivent porter. Cette liste est relativement longue et très variée. On

⁷³⁹ Cf. J. CI. Concurrence Consommation, « Publicité commerciale et protection des consommateurs », fasc. 900, 1998, par G. Raymond, n° 58, On parle d'allégation lorsqu'il résulte du message publicitaire une certaine ambiguïté de par ses termes ou son contenu.

⁷⁴⁰ Pour une illustration, voir notamment Cass. Crim., 13/05/2003, Gaz. Pal. 2003, du 21 au 22 janvier, Sommaires de jurisprudence, p. 44, obs. B. MISSE, S. DUPUIS. En l'espèce, il était question d'un message publicitaire figurant sur des panneaux destinés à être vus essentiellement par des automobilistes circulant sur des voies rapides. Or l'une des mentions relatives au prix et aux conditions de vente était inscrite au moyen d'une police de caractère dix à quinze fois plus petite que celle employée pour le message attractif annonçant le prix de vente du micro-ordinateur qui faisait l'objet de la publicité. La chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les juges du fond ont pu se baser sur cette disproportion pour caractériser l'élément matériel du délit de publicité mensongère.

peut toutefois tenter de la résumer en disant que l'indication, l'allégation ou la présentation doit porter soit sur le bien ou le service proposé, soit sur son prix ou ses conditions de vente, soit sur la portée des engagements de l'annonceur, soit encore sur le fabricant, les revendeurs, les promoteurs ou les commerçants électroniques. Il est important de préciser que la liste de l'article L. 121-1 du Code de la consommation est limitative⁷⁴¹. L'énumération de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation est toutefois suffisamment longue pour que l'interdiction posée par ce texte soit efficace.

576. - L'information erronée dans le commerce électronique. Les informations dont la présence dans l'offre de contrat de commerce électronique est exigée par la loi sont des indications au sens de l'article L. 121-1 du Code de consommation. Aussi dans le cas où l'une d'entre elles a été transmise de manière erronée, l'offre contient bel et bien une indication fautive susceptible de justifier les sanctions de la publicité mensongère. Toutefois la jurisprudence applique un tempérament : la « publicité hyperbolique », qui peut être définie comme une publicité contenant une exagération telle qu'elle ne pouvait raisonnablement tromper personne, n'est pas réprimée au titre de la publicité mensongère⁷⁴². Le caractère hyperbolique de la publicité s'apprécie in abstracto, par référence au « bon père de famille ». Aussi, sous cette réserve, l'élément matériel de la publicité mensongère est constitué dans le cas où une offre de contrat de commerce électronique comporte une mention fautive, à condition toutefois que cette mention porte sur un des éléments de la liste précitée.

577. - L'omission d'une mention obligatoire. Par ailleurs, l'absence d'une mention obligatoire de l'offre de contrat de commerce électronique est certainement susceptible,

⁷⁴¹ Le caractère limitatif de la liste de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation ressort notamment d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 mars 1984. Voir Cass. Crim., 26/03/1984, D. 1984. IR. 390 ; JCP 1985. II. 20459, note G. HEIDSIECK ; RTD corn. 1985. 195. Voir également JEANDIDIER, Droit pénal des affaires, préc. n° 405.

⁷⁴² Voir par exemple l'affaire des piles Wonder dont la publicité disait qu'elles ne s'usent que si l'on s'en sert. Les juges ont estimé que cette affirmation caricaturale, inexacte du point de vue scientifique, sur les qualités substantielles de la chose étant par ailleurs clairement démentie sur les emballages des piles, elle ne pouvait induire en erreur le consommateur. Voir Cass. Crim., 15/10/1985, D. 1986. IR. 397. Une telle affirmation peut tout au plus constituer un « bon dol » et être source de responsabilité civile délictuelle pour son auteur.

elle aussi, de constituer l'élément matériel de l'infraction de publicité mensongère. En effet, la jurisprudence considère traditionnellement qu'une omission dans un message publicitaire peut être de nature à induire en erreur. Ainsi, l'élément matériel de la publicité mensongère est constitué lorsqu'il résulte de l'omission d'une information, par exemple une exagération des avantages annoncés ou une dissimulation de l'étendue de l'engagement qui incombe au client⁷⁴³. L'élément matériel de la publicité mensongère est encore constitué lorsque l'omission d'une information rend le message publicitaire ambigu. Le fait de ne pas fournir une information essentielle peut alors produire une impression fautive de nature à induire en erreur⁷⁴⁴.

Il appartient donc aux juges d'apprécier si l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique est de nature à induire en erreur ses destinataires, au vu de toutes les circonstances de l'espèce. Il faut préciser toutefois que l'allégation reprochée doit seulement être de nature à induire en erreur. Il n'est pas exigé qu'elle ait effectivement trompé quelqu'un⁷⁴⁵. Enfin il n'est pas non plus nécessaire qu'un dommage ait résulté du message publicitaire trompeur, car le dommage n'est pas un élément constitutif du délit de publicité mensongère⁷⁴⁶.

578. - L'appréciation du caractère mensonger au regard des rectificatifs postérieurs.

En dernier lieu, il est utile de donner quelques indications sur l'appréciation du caractère mensonger de la publicité ainsi que sur la charge de la preuve de ce caractère.

⁷⁴³ Tel est le cas lorsqu'une agence matrimoniale n'indique pas, quand elle annonce le prix de ses services, l'existence et le coût de la redevance au service télématique auquel le contrat dont elle propose la conclusion donne accès. Voir Cass. Crim., 28/09/1994, Bull. crim. N° 308 ; Gaz. Pal. 1994, 2, Somm. p. 711.

⁷⁴⁴ Cass. Crim., 02/10/1985, Bull. crim. N° 290. Dans cette affaire, les juges ont estimé, à propos d'une annonce publicitaire faite par la S.N.C.F. par voie d'affichage concernant de nouveaux tarifs qui taisait des données essentielles, qu'elle produisait de ce fait « une impression fautive de nature à induire en erreur le lecteur ».

⁷⁴⁵ Voir notamment Cass. Crim., 08/05/1979, RTD corn. 1980.401, obs. P. BOUZAT ; Cass. Crim., 08/12/1987, D. 1988. IR. 43 ; RTD corn. 1988.726, obs. P. BOUZAT.

⁷⁴⁶ Cass. Crim., 26/06/2001, Bull. crim. N° 160 ; Dr. Pénal 2001, comm. 143, obs. J.-H. HUET.

Le caractère faux ou de nature à induire en erreur de la publicité doit être apprécié au moment de la diffusion de celle-ci. C'est pourquoi, la diffusion de rectificatifs ou de compléments d'information, ultérieurement à la diffusion de la publicité litigieuse, ne lui enlève pas son caractère infractionnel⁷⁴⁷. Le caractère trompeur de la publicité fait en outre d'une appréciation au cas par cas, pour laquelle un pouvoir souverain est reconnu aux juges du fond.

579. - La charge de la preuve du caractère mensonger et les jurisprudences contraires des chambres criminelle et commerciale de la Cour de cassation. Quant à la charge de la preuve du caractère mensonger du message publicitaire, la question fait l'objet d'une controverse entre les chambres commerciale et criminelle de la Cour de cassation. La chambre commerciale de la Cour de cassation, tirant argument de l'article L. 121-2 du Code de la Consommation qui prévoit que les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes chargés de la constatation de l'infraction peuvent exiger de l'annonceur qu'il leur fournisse tout élément de nature à justifier ses indications, allégations ou présentations publicitaires, considère qu'il revient à l'annonceur de prouver la véracité de la publicité⁷⁴⁸. La chambre criminelle de la Cour de cassation estime, quant à elle, suivant en cela les règles propres de la charge de la preuve en matière pénale, qu'il appartient à la partie poursuivante d'établir la preuve de tous les éléments constitutifs du délit⁷⁴⁹. Dans le domaine particulier du commerce électronique, l'établissement de cette preuve est une tâche qui se révèle souvent délicate, ne serait-ce qu'en raison de la « volatilité » des échanges électroniques. À cet égard, la position de la chambre commerciale présente un intérêt certain dans l'optique d'une répression efficace, mais la chambre commerciale n'est pas chargée de répression pénale.

⁷⁴⁷ Voir notamment Cass. Crim., 30/05/1989, Bull. crim. n° 225 ; Rev. Sc. Crim. 1990.582, obs. J. PRADEL. Voir TGI Nanterre, 15/10/2001, D. Affaires 2001. AJ. 3347 : les précisions apportées ultérieurement à la diffusion d'une offre promotionnelle par une société de téléphonie mobile sur le prix du forfait proposé dans cette offre « ne sauraient avoir pour effet de supprimer le caractère fallacieux de la publicité incriminée, qui *doit s'apprécier au moment où le document est communiqué au public*». Dans le même sens, voir encore Cass. Crim., 13/05/2003, Gaz. Pal. 2003, du 21 au 22 janvier, Sommaires de jurisprudence, p. 44, obs. B. MISSE, S. DUPUIS.

⁷⁴⁸ Cass. Corn., 18/05/1993, JCP 1994. II. 22243, note DEKEUWER ; Contrats. Conc .. consom. 1993, comm. 168, obs. G. RAYMOND.

⁷⁴⁹ Cass. Crim., 28/10/1992, Contrats. Conc .. consom. 1993, comm. 96.

Dans le cas où la preuve de l'élément matériel du délit de publicité mensongère est établie, la condamnation du commerçant électronique auteur de l'offre illicite dépend encore de la constatation de l'élément moral du délit.

2 - Élément moral

580. - Les controverses antérieures à la réforme du Code Pénal. L'élément moral du délit de publicité mensongère a fait l'objet de vives discussions doctrinales. Il s'agit, en effet, à la différence de la contravention d'infraction au formalisme informatif, d'un délit intentionnel c'est-à-dire qui exige, conformément au droit pénal habituel, le constat d'une intention coupable. La loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963, qui a créé ce délit exigeait expressément que soit établie la mauvaise foi du prévenu⁷⁵⁰. Or, l'article 44 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, qui a modifié la loi du 2 juillet 1963 et est devenue ensuite l'article L. 121-1 du Code de la Consommation, n'a pas repris cette exigence. Que fallait-il en déduire ? Les avis étaient très partagés.

La Cour de cassation était intervenue pour clore le débat en posant que la mauvaise foi ne devait plus être exigée⁷⁵¹. Il importait donc peu que le prévenu n'ait pas été animé par une intention de tromper. Toutefois, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code Pénal, il ressortait de certaines décisions que l'établissement de l'élément matériel de l'infraction suffisait désormais à faire présumer l'élément moral. On s'était alors demandé si la publicité mensongère n'était tout de même pas devenue un « délit matériel », son élément moral obéissant au régime des contraventions.

581. - Le texte issu de la réforme du Code Pénal. La réforme du Code Pénal a mis fin à ces hésitations. L'article 121-3 du nouveau Code Pénal prévoit en effet que s' « il n'y a pas

⁷⁵⁰ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, préc.

⁷⁵¹ Voir notamment Cass. Crim., 04/12/1978, Bull. crim. n° 342 ; Cass. Crim., 02/10/1985, préc.

de délit sans intention de le commettre» (article 121-3, alinéa 1), il y a cependant délit *«lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait»* (article 121-3, alinéa 3)⁷⁵². Puis, la chambre criminelle de la Cour de cassation est venue préciser, à plusieurs reprises, qu'il résulte de l'article 339 de la loi n° 93-1336 du 16 décembre 1992 relative au Code Pénal que les délits non-intentionnels, qui étaient réprimés avant l'entrée en vigueur du nouveau Code Pénal, demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger d'autrui, même si la loi ne le prévoit pas expressément, ce qui est le cas du délit de publicité mensongère⁷⁵³.

582. - Le caractère non intentionnel du délit. Le délit de publicité mensongère est donc aujourd'hui un délit non intentionnel au sens de l'article 121-3, alinéa 3, du nouveau Code Pénal, c'est-à-dire un délit pour la constitution duquel la volonté de commettre l'infraction n'est pas exigée. La preuve d'une simple faute de négligence ou d'imprudence est donc nécessaire, mais aussi suffisante pour caractériser son élément moral⁷⁵⁴.

Ainsi, le commerçant électronique, qui n'a pas mis en œuvre toutes les diligences utiles et souhaitables pour vérifier le contenu de ses offres de contrat, a commis une faute de négligence susceptible de constituer l'élément moral de la publicité mensongère. A contrario, il ne sera pas pénalement responsable, s'il parvient à démontrer qu'il a précisément accompli toutes les diligences et toutes les vérifications nécessaires auxquelles on pouvait s'attendre de sa part.

⁷⁵² À ce propos, voir Y. MAYAUD, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal » (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) », D. 2000. Chrono 603.

⁷⁵³ Voir Cass. Crim., 14/12/1994, préc. ; Cass. Crim., 26/10/1999, Bull. crim. N° 233 ; D. Affaires 2000. AJ. 80.

⁷⁵⁴ Cass. Crim., 14/12/1994, Bull. crim. n° 415 ; CA Paris 31/01/2903, Gaz. Pal. 2003, du 23 au 25 novembre, Jurisprudence, sommaires, p. 33.

Il s'agit d'une défense qui n'existe pas dans le cadre de l'infraction précédemment envisagée de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation. Elle peut se révéler très utile au commerçant électronique auquel on reprocherait d'avoir indiqué dans ses offres de contrat des prix dérisoires, alors que cet affichage résulte d'un incident purement technique. Certains estiment en effet que le commerçant électronique pourrait être poursuivi sur le fondement de la publicité mensongère dans une telle hypothèse et que ses seules chances d'échapper à une condamnation seraient qu'il démontre avoir procédé aux diligences et aux vérifications auxquelles on pouvait raisonnablement s'attendre de sa part.

583. - L'impossibilité d'invoquer l'article 121-3 du Code Pénal. Par ailleurs, on note que la chambre criminelle de la Cour de cassation refuse aux personnes physiques poursuivies pour publicité mensongère le droit de se prévaloir de l'article 121-3, alinéa 4, du nouveau Code Pénal pour échapper à leur responsabilité pénale⁷⁵⁵. Certains avaient en effet essayé d'échapper aux poursuites en faisant valoir que la faute d'imprudence ou de négligence qui leur était reprochée ne pouvait suffire à entraîner leur responsabilité pénale puisque l'article 121-3, alinéa 4, du nouveau Code Pénal dispose que celle-ci ne peut être engagée que s'il est établi qu'ils ont commis soit un manquement manifestement délibéré à une obligation particulière de prudence ou de sécurité, soit une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une gravité particulière qu'ils ne pouvaient ignorer. Cependant, le texte précise qu'il ne s'applique que dans les cas où des personnes physiques, par leur faute de négligence ou d'imprudence ou par leur manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont contribué à créer la situation qui a permis sa réalisation ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter. Or, nous avons vu que le dommage n'est pas un élément

⁷⁵⁵ Article 121-3 du nouveau Code Pénal : «Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ».

constitutif du délit de publicité mensongère. Aussi, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 26 juin 2001, a jugé que l'article 121-3, alinéa 4, du nouveau Code Pénal ne joue pas en matière de publicité trompeuse.

Si les juges du fond parviennent à la conclusion que l'émission d'une offre de contrat de commerce électronique irrégulière est constitutive tant matériellement que psychologiquement du délit de publicité mensongère, la loi prévoit plusieurs types de sanctions pénales.

B - Répression de la publicité mensongère

L'étude des peines applicables à la publicité mensongère (2) nécessite au préalable que l'on détermine la ou les personnes pénalement responsables du délit (1).

1 - Personnes responsables

584. - L'auteur de l'infraction : l'annonceur. Il convient d'identifier l'auteur ou les auteurs de l'infraction. L'article L. 121-5 du Code de la Consommation énonce un principe général selon lequel l'annonceur, pour le compte duquel la publicité est diffusée, est responsable à titre principal de l'infraction. La notion d'annonceur a été précisée par la jurisprudence. La chambre criminelle de la Cour de cassation pose que l'annonceur est celui qui donne l'ordre de diffuser la publicité⁷⁵⁶. La qualité d'annonceur a également été reconnue à des personnes qui avaient participé à la réalisation de la publicité ou encore qui en avaient retiré un profit économique. Ainsi, le secrétaire général d'une société ayant la qualité d'annonceur, a été déclaré coupable comme coauteur du délit de publicité

⁷⁵⁶ Cass. Crim., 05/05/1977, D. 1977. Jurisp. 502, note PIROVANO. Il est important de préciser par ailleurs qu'un simple particulier peut avoir la qualité d'annonceur. L'article L. 121-1 du Code de la Consommation ne vise pas en effet exclusivement les agissements des professionnels. En ce sens, voir Cass. Crim., 27/03/1996, Bull. crim. n° 139 ; D. 1996. IR. 168 ; Revue Sc. Crim. 1997. 122, obs. GUIDICELLI. En l'espèce, un simple particulier qui avait fait diffuser dans un journal une annonce de nature à induire en erreur les acquéreurs potentiels d'un bien dont il proposait la vente, a été qualifié d'annonceur et condamné sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation.

mensongère avec le dirigeant de celle-ci au motif que l'article L. 121-5 du Code de la Consommation ne fait pas obstacle à ce que soit également retenue la responsabilité pénale de ceux qui ont accompli, avec les dirigeants de la personne morale, les actes matériels constitutifs de l'infraction⁷⁵⁷. En l'espèce, le secrétaire général de la société avait fourni les documents nécessaires à l'agence chargée de l'élaboration de la publicité puis il avait contrôlé cette élaboration et enfin donné son approbation à la publicité litigieuse. On relève également un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 27 mars 1996⁷⁵⁸, qui a rejeté les pourvois en cassation formés contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné un mandant et son mandataire comme coauteurs du délit de publicité fausse. Les juges du fond avaient attribué la qualité d'annonceur au premier parce qu'il était le propriétaire de l'appartement dont l'annonce mensongère proposait la vente ainsi qu'au second parce qu'il avait donné l'ordre à un journal de faire paraître cette annonce. Par ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation prend soin de vérifier que les juges du fond ont bien caractérisé une participation directe et personnelle de chacun de co-prévenus.

585. - L'annonceur dans le commerce électronique. S'agissant du commerce électronique, la personne pour le compte de laquelle la publicité mensongère (en l'occurrence l'offre de contrat irrégulière) est diffusée, est en principe le commerçant électronique auteur de l'offre. Par ailleurs, il est indifférent que le commerçant électronique ait éventuellement fait appel à un tiers pour l'élaboration de ses offres de contrat dès l'instant où il les utilise pour son propre compte, ce qui est indubitablement le cas. Il faut donc conclure sans le moindre doute que la qualité d'annonceur doit lui être attribuée⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ Pour l'attribution de la qualité d'annonceur à une personne ayant retiré un profit économique de la diffusion de la publicité mensongère, voir Cass. Crim., 30/05/1989, D. 1990. Jurisp. 359, note G. ROUJOU DE BOUBEE.

⁷⁵⁸ Cass. Crim., 27/03/1996, préc.

⁷⁵⁹ Cela n'exclut pas que d'autres personnes puissent également être déclarées coauteurs de l'infraction voire complices. Nous n'envisagerons cependant pas cette question qui dépasse le cadre que nous avons fixé à notre étude.

586. - Le cas des personnes morales. Dans le cas particulier où le commerçant électronique est une personne morale, la question de la détermination de la personne pénalement responsable à titre principal de l'infraction est devenue relativement complexe depuis la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001⁷⁶⁰.

Jusqu'à cette loi, l'article L. 121-5 du Code de la Consommation prévoyait dans ce cas que l'auteur de l'infraction de publicité mensongère est le ou les dirigeants de la personne morale. En effet, les articles L. 121-1 et suivants du Code de la Consommation ne contenaient aucune disposition spéciale indiquant que les personnes morales pouvaient être déclarées pénalement responsables du délit de publicité mensongère. En conséquence, et par application de l'article 121-2 du nouveau Code Pénal (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-204 précitée), la chambre criminelle de la Cour de cassation avait jugé, dans un arrêt du 30 octobre 1995⁷⁶¹, que le dirigeant d'une personne morale ne saurait invoquer à sa décharge la responsabilité de la personne morale qu'il dirige. Le dirigeant de la personne morale ne pouvait en fait échapper à sa responsabilité que s'il démontrait avoir consenti une délégation de pouvoir à un préposé pourvu de la compétence et investi de l'autorité nécessaire.

Anticipant sur la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité précitée, la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, dans le cadre de la mise en place d'un nouveau dispositif de lutte contre les pratiques sectaires abusives, a considérablement élargi le champ de la responsabilité pénale des personnes morales dans ce cadre précis. Concernant plus particulièrement le délit de publicité mensongère, l'article 3, II de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 dispose que l'article L. 121-6 du Code de la Consommation est complété par l'alinéa suivant : « *Les dispositions de l'article L. 213-1 prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales sont applicables à ces infractions.* »

⁷⁶⁰ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, JO, n° 135, 13 juin 2001, p. 9337.

⁷⁶¹ Cass. Crim., 30/10/1995, D. 1996. IR. 26.

Sur la base de ces dispositions, lorsque le délit de publicité mensongère peut être imputé à un dirigeant de la personne morale ou à un délégué de celui-ci en raison de la faute d'imprudence ou de négligence qu'il a commise, il sera déclaré auteur d'infraction par application de l'article L. 121-5 du Code de la Consommation. En outre, dans l'hypothèse où les conditions de l'article 121-2 du nouveau Code Pénal sont également remplies, la personne morale sera elle aussi déclarée auteur de l'infraction, par application cette fois de l'article L. 121-6, alinéa 3, du Code de la Consommation⁷⁶². Il y aura alors une responsabilité pénale cumulative.

Quelles sont enfin les peines encourues par la personne ou les personnes qui seront reconnues coupables du délit de publicité mensongère par le juge ?

2 - Peines applicables

En ce qui concerne les peines applicables au délit de publicité mensongère, le législateur a fixé des peines principales et des peines complémentaires. Par ailleurs, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé que « *nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi* », à l'occasion de la cassation partielle de l'arrêt d'une cour d'appel qui avait prononcé, outre une peine d'emprisonnement et une peine d'amende, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille de la personne déclarée coupable de publicité mensongère, alors que cette peine n'est pas prévue par la loi pour cette infraction⁷⁶³.

⁷⁶² Deux des trois conditions posées par l'article 121-2 du nouveau Code Pénal (rédaction antérieure à la loi n°2004-204 précitée) sont d'ores et déjà satisfaites, à savoir la prévision légale spéciale de la responsabilité pénale de la personne morale et la commission de l'infraction par un de ses organes (en l'occurrence son dirigeant). Il restera à vérifier que le dirigeant a commis l'infraction pour le compte de celle-ci.

⁷⁶³ Cass. Ass. Plén., 24/10/2003, pourvoi n° 97-85763, Disponible sur Legifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

587. - Les peines principales. Les peines principales sont envisagées par l'article L. 121-6 du Code de la Consommation . Ce texte se contentant de renvoyer aux règles relatives au délit de tromperie, ce sont ces règles qui sont applicables⁷⁶⁴. Ainsi, lorsque le commerçant électronique est une personne physique, l'article L. 213-1 du Code de la Consommation prévoit qu'il encourt une peine d'emprisonnement de deux ans maximum et/ou une peine d'amende d'un montant maximal de 37 500 euros. Cependant, l'alinéa 2 de l'article L. 121-6 du Code de la Consommation réserve la faculté aux juges de porter le maximum de l'amende prévue à l'article L 213-1 du Code de la Consommation à 50 % des dépenses de la publicité constituant le délit. Lorsque le commerçant électronique est une personne morale, l'article L. 213-6 du Code de la Consommation dispose qu'elle encourt d'une part une peine d'amende égale au quintuple du montant de celle prévue pour les personnes physiques, c'est-à-dire 187 500 euros, et d'autre part les peines privatives et restrictives de droits mentionnées à l'article 131-39, 2° à 9° du nouveau Code Pénal.

588. - Les peines complémentaires. S'agissant des autres peines, l'article L. 121-4 du Code de la Consommation⁷⁶⁵ prévoit une peine complémentaire obligatoire consistant en la publication du jugement de condamnation ainsi qu'une peine complémentaire facultative. Le juge se voit en effet réserver la possibilité au juge d'ordonner également la diffusion aux frais du condamné d'une ou plusieurs annonces rectificatives.

589. - La possibilité d'une diffusion en ligne des annonces rectificatives. Le juge fixant librement les modalités de leur diffusion et l'article L. 121-4 du Code de la Consommation ne contenant aucune restriction quant aux supports éventuels de cette diffusion, on peut songer à une diffusion en ligne des annonces rectificatives sur le site du commerçant électronique ainsi que sur des sites traitant de la protection consommateurs. Il semble

⁷⁶⁴ Article L. 121-6, alinéa 1, du Code de la Consommation : « Les infractions aux dispositions de l'article L. 121-1 sont punies des peines prévues à l'article L. 213-1 ».

⁷⁶⁵ Article L. 121-4 du Code de la Consommation : « En cas de condamnation, le tribunal ordonne la publication du jugement. Il peut, de plus, ordonner la diffusion, au frais du condamné, d'une ou plusieurs annonces rectificatives. Le jugement fixe les termes de ces annonces et les modalités de leur diffusion et impartit au condamné un délai pour y faire procéder. En cas de carence et sans préjudice des pénalités prévues à l'article L. 121-7, il est procédé à cette diffusion à la diligence du ministère public aux frais du condamné ».

cependant que les juges ont jusqu'à présent fait un usage très modéré de la faculté que leur confère l'article L. 121-4 du Code de la Consommation bien qu'elle paraisse être une mesure efficace d'information des internautes sur le caractère trompeur de tel message publicitaire qu'ils ont pu rencontrer sur internet.

590. - La même possibilité semble acquise pour la publication du jugement lui-même.

Quant à la publication du jugement, pourrait-elle être également ordonnée en ligne ? La lettre de l'article L. 121-4 du Code de la Consommation, plutôt laconique sur la question, ne semble pas s'y opposer. À titre de comparaison, on citera une affaire dans laquelle un commerçant électronique, attiré en justice par une association agréée de défense des consommateurs et reconnu coupable de publicité mensongère, a été condamné à publier la décision de condamnation en ligne, sur son site internet⁷⁶⁶. Le fondement du prononcé de la peine de publication de la décision n'était toutefois pas l'article L. 121-4 du Code de la Consommation, mais l'article L 421-9 du Code de la Consommation. Ce dernier prévoit en effet que, dans le cadre d'une action exercée dans l'intérêt collectif des consommateurs par une association agréée de défense des consommateurs, le juge peut ordonner la diffusion, par tous moyens appropriés, de l'information au public du jugement rendu. Cependant, il est vrai que l'article L. 421-9 du Code de la Consommation admet expressément la possibilité d'une diffusion par voie d'affichage, ce à quoi s'apparente la publication sur le site du commerçant électronique, alors qu'elle est formellement exclue par une jurisprudence constante dans le cadre de l'article L. 121-4 du Code de la Consommation⁷⁶⁷. C'est pourquoi, il semble que tant que l'affichage de la décision de condamnation ne sera pas admis par la jurisprudence dans le cadre de l'article L. 121-4 du Code de la Consommation, une publication en ligne ne sera concevable que dans le cadre de l'application de l'article L. 421-9 du Code de la consommation, ce qui implique qu'une association agréée de défense des consommateurs se soit portée partie civile au procès et ait demandé la diffusion de la décision.

⁷⁶⁶ CA Versailles, 14/03/2001, préc.

⁷⁶⁷ Cass. Crim., 19/06/1979, JCP CI 1979. 1. 8082 ; Cass. Crim., 05/12/1995, Bull. crim. n° 366.

3 - Concours d'infractions

591. - Le problème du concours d'infractions. Pour clore cette analyse des peines applicables à la publicité mensongère, il est nécessaire de se demander si la diffusion sur plusieurs sites ou sur plusieurs pages d'un même site de l'offre de contrat mensongère constitue une infraction unique ou plusieurs infractions. Il en est de même lorsque l'offre a été diffusée par voie de courriers électroniques : y a-t-il une seule et même infraction ou autant d'infractions que de courriers envoyés ?

592. - La jurisprudence dans le cadre de la publicité hors ligne. Les juges ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question d'un éventuel concours réel d'infractions, à propos de publicités mensongères diffusées hors ligne. Plusieurs principes se dégagent de cette jurisprudence. Tout d'abord, lorsqu'une publicité est diffusée simultanément, avec un contenu identique, en plusieurs endroits, il faut considérer qu'il y a une infraction unique, bien que le délit se manifeste à chaque communication au public. Par contre, lorsque la publicité est diffusée sur des supports différents ou à des dates différentes, il y a autant d'infractions que de diffusions sur des supports différents ou que de diffusions à des dates différentes⁷⁶⁸. Enfin, il y a autant de publicités distinctes (et donc d'infractions) que de messages adressés à des personnes différentes, de manière individualisée⁷⁶⁹.

593. - La transposition dans le commerce électronique. Dans la mesure où les hypothèses sont similaires à celles qui nous intéressent, les mêmes solutions peuvent certainement être retenues. Aussi, lorsque l'offre de contrat de commerce électronique mensongère est diffusée par le biais de courriers électroniques, il faut considérer qu'il y a autant d'infractions que de courriers émis, car ceux-ci, nous l'avons montré, permettent

⁷⁶⁸ Cass.Crim., 08/12/1987, Bull. crim. N° 451 ; RTD corn. 1988.668, obs. HEMARD, BOULOC ; Gaz. Pal. 1988, 2, Jurisp. 383, obs. J.-P. DOUCET : « *Le délit de publicité de nature à induire en erreur, même s'il se manifeste lors de chaque communication au public d'une telle publicité, constitue une infraction unique qui ne peut être poursuivie et sanctionnée qu'une seule fois dès l'instant où il s'agit d'allégations identiques, contenues dans le même message publicitaire et diffusées simultanément* ».

⁷⁶⁹ Cass. Crim., 30/01/1992, Bull. crim. n° 44 ; JCP E 1992. Pan. 829 ; RTD corn. 1993. 151, obs. B. BOULOC : « *Constituent des publicités distinctes celles qui, adressées à des personnes différentes, mettent en scène de manière individualisée leurs destinataires, objet de leurs allégations trompeuses* ».

une communication individuelle entre le commerçant électronique et les destinataires du message. Il faut présenter toutefois une réserve. Dans le cas où les juges exigent en outre que le contenu même de publicité soit personnalisé, il faudrait procéder à un examen du contenu de chaque courrier électronique avant de pouvoir conclure à une pluralité d'infractions. En revanche, lorsque l'offre de contrat de commerce électronique mensongère est diffusée simultanément sur une ou plusieurs pages du site du commerçant électronique ou d'autres sites, une seule infraction est alors constituée. Par contre, lorsqu'il y a diffusion à des dates différentes ou lorsqu'il y a diffusion à la fois par courrier électronique et sur un site internet, alors il y a pluralité d'infractions.

594. - Les règles applicables en cas de concours réel d'infractions. Si plusieurs infractions aux dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation sont retenues par le juge, le concours réel d'infractions se résout par l'application des principes suivants. Le juge prononcera autant de déclarations de culpabilité que d'infractions constatées et pourra prononcer toutes les peines de nature différente, dans la limite du maximum légal prévu pour chacune d'entre elles. Par contre, lorsque des peines de même nature sont encourues, il ne peut prononcer qu'une seule peine de cette nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé. Aussi, le commerçant électronique se verra condamner au maximum à une peine d'emprisonnement de deux ans ainsi qu'à une peine d'amende de 37 500 euros, s'il est une personne physique, et à la peine d'amende majorée prévue par l'article L. 213-6 du Code de la Consommation, s'il est une personne morale.

595. - L'efficacité de la répression de la publicité mensongère appliquée au commerce électronique. En conclusion sur l'applicabilité de l'incrimination de publicité mensongère aux situations d'offres de contrat de commerce électronique ne respectant pas le formalisme informatif encadrant son contenu, il est apparu qu'elle peut être d'une redoutable efficacité, en particulier en cas de concours réel d'infractions. En effet, la définition large de la notion de publicité, retenue par la jurisprudence répressive, permet de qualifier une offre de message publicitaire. L'efficacité de l'incrimination prévue par l'article L. 121-1 du Code de consommation s'arrête toutefois au cas où la mention obligatoire absente ou fautive se rapporte au bien ou au service proposé. Par ailleurs, une

simple faute de négligence suffit à engager la responsabilité pénale du commerçant électronique auteur de l'offre de contrat. Enfin, l'extension aux personnes morales du champ des personnes susceptibles d'être déclarées pénalement responsables de ce délit participe à une plus grande efficacité de la répression d'un comportement propre à ruiner la confiance des internautes.

Il est par ailleurs une autre incrimination, issue du droit de la consommation, qui a également été créée pour contribuer à garantir la loyauté des transactions et qui pourrait aussi permettre de sanctionner l'auteur d'une offre de contrat de commerce électronique irrégulière. Il s'agit du délit de tromperie.

§ 3 - Tromperie de la loi du 1^{er} août 1905

Le manquement volontaire à l'obligation d'informer peut être constitutif du délit de tromperie envisagé par l'article 1^{er} de la loi de 1905.

596. - Le délit de tromperie. La loi de 1905⁷⁷⁰ érige en délit de tromperie la fourniture d'informations volontairement erronées ou l'omission d'informations portant sur des éléments qu'elle énumère limitativement. L'application de l'article 1^{er} de la loi de 1905 suppose un rapport contractuel et, par conséquent, de ce point de vue, le délit de tromperie peut être envisagé dans le domaine du commerce électronique.

Cependant, eu égard à l'énumération de l'article 1 de la loi de 1905, seules peuvent occasionner une responsabilité pénale dans ce cadre, les informations erronées ou omises à

⁷⁷⁰ L'art. 1 modifié de la loi de 1905 énumère les éléments sur lesquels doit porter la tromperie. Celle-ci doit porter : « - soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes les marchandises, - soit sur la quantité des choses livrées ou leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat, - soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre » .

l'égard des « caractéristiques essentielles des biens et services » que le cyber-commerçant doit impérativement fournir par application de la loi LCEN.

À cet égard, puisque la loi fait obligation d'informer sur les « caractéristiques essentielles des biens et services », l'information erronée ou omise peut-elle être jugée comme constituant nécessairement une tromperie ?

597. - L'exigence de la mauvaise foi. En principe, la simple négligence ou imprudence ne suffit pas à caractériser le délit de tromperie. La mauvaise foi doit être établie. L'intention coupable doit être démontrée positivement. Dans cette perspective, il faudrait, pour que soit retenu le délit de tromperie, que, non seulement soit établie l'erreur ou l'omission d'information, mais également une volonté de tromper le destinataire de l'offre.

De ce point de vue, l'obligation légale mise à la charge du cyber-commerçant ne paraît devoir conduire nécessairement le juge pénal à une application plus rigoureuse que dans le cadre du commerce « de droit commun » où il sanctionne le commerçant pour avoir méconnu une obligation d'information exigée non par la loi, mais par les circonstances.

Concrètement, donc, s'il n'existe aucune présomption légale de mauvaise foi, il est admis que *« l'élément intentionnel du délit résulte toutefois suffisamment, conformément au droit commun, de la simple dissimulation de circonstances dont l'acheteur ne pouvait se convaincre lui-même et dont la connaissance l'aurait dissuadé d'acquiescer ou l'aurait tout au moins conduit à ne contracter que moyennant un prix moindre »*⁷⁷¹.

598. - Le parallèle entre le délit de tromperie et le dol. Le délit de tromperie se rapproche du dol vice du consentement prévu par l'article 1116 du Code Civil. Il s'en distingue toutefois par le moment où il peut se produire. En effet, le dol n'entraîne la nullité du contrat que s'il a été commis au plus tard au moment de la conclusion de celui-

⁷⁷¹ Cf. GHESTIN et DESCHE, Traité des contrats, la vente, précité, n° 347, p. 393.

ci, tandis que la tromperie est pénalement sanctionnée qu'elle ait été commise au moment de la formation du contrat ou au cours de son exécution⁷⁷².

En l'espèce, si tromperie il y a du fait de l'absence d'une mention obligatoire dans une offre de contrat de commerce électronique ou du fait de la présence d'une mention fautive, il ne peut s'agir cependant que d'une tromperie commise au moment de la formation du contrat, visant à obtenir le consentement de l'internaute sur une base inexacte. Il convient donc de vérifier si les éléments constitutifs du délit peuvent être établis dans une telle hypothèse (A). Dans l'affirmative, les peines applicables sont en grande partie communes à celles réprimant le délit de publicité mensongère (B).

A - Éléments constitutifs de la tromperie

Le délit de tromperie se rapproche par son élément matériel (1) de la publicité mensongère. Il s'en démarque toutefois par son élément moral plus exigeant (2).

1 - Élément matériel

Le délit de tromperie n'est matériellement constitué que si l'existence d'un contrat, en l'occurrence, un contrat de commerce électronique (a) et celle d'une tromperie (b) sont établies.

a) Un contrat de commerce électronique

599. - L'exigence d'un contrat. Le délit de tromperie est lié à l'existence d'un contrat : l'article L. 213-1 du Code de la Consommation indique en effet que ce délit consiste en le

⁷⁷² J. CI. Concurrence Consommation, Fraudes : tromperies et falsifications, par p. GARREAU, Fasc. 1010, 1996, n° 47.

fait de tromper un contractant. Il doit s'agir de plus d'un contrat synallagmatique, à titre onéreux, portant sur un bien ou sur un service⁷⁷³.

600. - La tentative de tromperie applicable avant conclusion du contrat. Cependant, si le délit de tromperie ne peut en aucun cas être constitué dans l'hypothèse où l'offre de contrat de commerce électronique émise par le commerçant électronique n'a pas rencontré d'acceptation concordante, cela ne signifie pas pour autant que le commerçant électronique échappe à toute répression. En effet, l'article L. 213-1 du Code de la Consommation, à l'inverse des dispositions applicables à la publicité mensongère, incrimine également la tentative de tromperie. Il faut alors se demander si l'émission d'une offre de contrat de commerce électronique est susceptible de constituer une tentative de tromperie. Dans l'affirmative, et sous réserve que les autres éléments constitutifs de l'infraction soient réunis, le commerçant électronique qui a tenté de commettre le délit de tromperie est tenu pour auteur de l'infraction⁷⁷⁴. Il encourt en conséquence la même peine que si l'infraction avait été consommée.

601. - Le commencement d'exécution caractéristique de la tentative punissable. L'article 121-5 du nouveau Code Pénal prévoit qu'il y a tentative punissable dès l'instant où il y a un commencement d'exécution qui n'a été interrompu ou n'a pas abouti à la consommation de l'infraction qu'en raison de circonstances indépendantes à la volonté de son auteur⁷⁷⁵. La jurisprudence a défini la notion de commencement d'exécution ainsi : *«Le commencement d'exécution [est] caractérisé par des actes qui tendent directement au délit et accomplis avec l'intention de le commettre.»*⁷⁷⁶. L'émission d'une offre de contrat caractérise-t-elle un commencement d'exécution du délit de tromperie ? La Cour de

⁷⁷³ Les biens immobiliers et les biens incorporels tels les droit d'auteur sont exclus du champ d'application de l'article L. 213-1 du Code de la Consommation.

⁷⁷⁴ Article 121-4 du nouveau Code Pénal : « Est auteur de l'infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ».

⁷⁷⁵ Article 121-5 du nouveau Code Pénal : « La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. » Sur la tentative punissable, voir SOYER, Droit pénal et procédure pénale, préc. n° 142 à 153.

⁷⁷⁶ Cass. Crim., 05/07/1951, Bull. crim. n° 198. Diverses formules sont utilisées par les juges. Elles s'inspirent néanmoins toutes de celle précitée.

cassation estime que oui⁷⁷⁷. Elle considère que le fait qu'une offre n'a pas été acceptée (et donc le délit consommé) constitue une circonstance indépendante de la volonté du pollicitant et conclut donc que l'émission d'une offre de contrat est susceptible de constituer une tentative de tromperie.

En conséquence, tromperie ou tentative de tromperie, la qualification retenue dépendra du fait de savoir si un contrat de commerce électronique a été conclu ou non sur la base de l'offre de contrat. Il faut encore toutefois que l'émission de cette offre puisse être analysée comme un procédé utilisé en vue de tromper l'internaute contractant.

b) Une tromperie

602. - La notion de tromperie. La notion de tromperie, sur laquelle repose l'incrimination prévue à l'article 1. 213-1 du Code de la Consommation, n'a pas été définie par la loi. On peut néanmoins s'inspirer de la notion de dol en matière civile pour la définir. Par ailleurs, l'examen de la jurisprudence, très abondante sur l'application de l'article L. 213-1 du Code de la Consommation, révèle que ce comportement peut prendre des formes diverses. La tromperie doit cependant porter sur certains éléments à défaut de quoi, elle ne peut être punie.

Il y a tromperie lorsqu'une personne, par un certain comportement, induit en erreur un (futur) contractant et l'amène à conclure un contrat sur une base inexacte⁷⁷⁸. En l'espèce, il faut déterminer si le fait pour un commerçant électronique d'émettre une offre

⁷⁷⁷ ; Cass. Crim. 03/05/1974, Bull. crim. n° 157. À rapprocher de Cass. Crim., 20/05/1985, D. 1986. IR. 401, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE. En l'espèce, les juges ont considéré que l'exposition de marchandises en vue de la vente caractérise la tentative de tromperie.

⁷⁷⁸ Le fait que l'internaute ait subi un préjudice ou non du fait du comportement du commerçant électronique est donc indifférent à la constitution du délit. Voir Cass. Crim., 26/05/1983, Bull. crim. n° 159. Le vendeur d'une voiture d'occasion, déclaré coupable du délit de tromperie sur les qualités substantielles pour avoir présenté celle-ci comme neuve à des acheteurs qui souhaitaient un tel véhicule, invoquait pour sa défense le fait que la voiture était techniquement neuve puisqu'il avait été établi qu'elle n'avait jamais été utilisée. Cependant, les juges du fond ont rejeté son argumentation, de même que la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a estimé que le comportement du vendeur avait révélé sa mauvaise foi.

de contrat de commerce électronique incomplète ou comportant une mention fautive peut être considéré comme un comportement de nature à induire un futur contractant en erreur.

603. - L'auteur de la tromperie. Quant à l'auteur de la tromperie, depuis la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 précitée, il ne doit plus nécessairement être l'une des parties au contrat⁷⁷⁹, à l'inverse de ce qui est exigé par l'article 1116 du Code Civil concernant l'auteur du dol. Pour l'espèce qui nous concerne, l'auteur de la tromperie sera partie au contrat de commerce électronique puisqu'il est question de l'éventuelle responsabilité pénale du commerçant électronique qui a émis l'offre litigieuse.

604. - La victime de la tromperie. Au sujet de la victime de la tromperie, elle doit nécessairement être une partie au contrat conclu comme le précise l'article L. 213-1 du Code de la Consommation. Il n'est pas exigé par contre qu'elle justifie de la qualité de consommateur. Il a été admis que le délit de tromperie peut être constitué même dans le cas où la victime est un professionnel⁷⁸⁰. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, les juges apprécient plus strictement s'il y a eu effectivement tromperie ou non. Ceci nous amène à nous demander la manière dont la tromperie est appréciée par rapport à la victime, car l'infraction n'est constituée que s'il a véritablement existé un risque de confusion pour cette dernière, du fait du comportement de l'auteur de la tromperie. Les juges procèdent-ils à une appréciation in abstracto ou in concreto ? La question est discutée⁷⁸¹. Il semble que l'appréciation in abstracto soit privilégiée lorsque la tromperie prend appui sur la violation d'un texte légal ou réglementaire ou encore sur la violation d'un usage du commerce⁷⁸², tandis qu'elle paraît donner lieu à une appréciation in concreto lorsque ce n'est pas le cas.

⁷⁷⁹ Il faut signaler que des non professionnels ont été reconnus coupables du délit de tromperie. Les professionnels ne sont donc pas les seuls susceptibles de tomber sous le coup de cette incrimination.

⁷⁸⁰ Pour un exemple, voir Cass. Crim., 12/05/1992, pourvoi n° 90-86530. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>. La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré en l'espèce qu'il ne pouvait y avoir tromperie, non pas parce que l'article L. 213-1 du Code de la Consommation ne joue que lorsque la victime est un consommateur, mais parce qu'elle était « parfaitement au courant des faits dont [elle] se plaignait et qu'[elle] ne pouvait, dès lors, valablement prétendre avoir été trompé sur les qualités substantielles de la marchandise vendue ».

⁷⁸¹ À ce sujet, voir J. Cl. « Concurrence Consommation, Fraudes : tromperies et falsifications », par D. GARREAU, Fasc. 1010, 1996, n° 33 à 37.

⁷⁸² Voir par exemple Cass. Crim., 28/01/1911, S. 1911,I,118.

605. - Les différentes formes de la tromperie. La tromperie peut revêtir différentes formes. Si la constatation de son existence relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation contrôle que ces derniers aient suffisamment caractérisé le procédé utilisé par le prévenu pour tromper ou tenter de tromper le contractant⁷⁸³. Il ressort ainsi de la jurisprudence que ce procédé peut consister en un mensonge, en des manœuvres ou encore en une réticence.

606. - La tromperie dans le commerce électronique. En l'espèce, l'offre de contrat de commerce électronique litigieuse est soit une offre incomplète au regard des exigences posées par les articles 1369-1 du Code Civil et L. 121-18 Code de la Consommation, soit une offre comportant une mention obligatoire erronée. L'omission d'une mention obligatoire dans la sollicitation peut être le résultat d'un silence gardé volontairement par le commerçant électronique. La jurisprudence admet que le délit de tromperie puisse être constitué lorsque l'une des parties à un contrat « omet » de transmettre à l'autre une information pouvant avoir une incidence sur son consentement⁷⁸⁴. Il en est de même de la présence dans l'offre de contrat d'une mention fautive, car elle peut être analysée en un mensonge de la part du commerçant électronique.

607. - La tromperie exige que l'omission ou l'erreur porte sur l'un des éléments énumérés par l'article L 213-1. Toutefois, il n'y a tromperie pénalement répréhensible que si l'omission ou le mensonge porte sur l'un des éléments énumérés par l'article L. 213-1 du Code de la Consommation. Il s'agit d'éléments se rapportant exclusivement au bien ou au service, objet du contrat, tels sa nature, son espèce, son origine ou encore ses qualités substantielles. Cette liste d'objets de la tromperie rappelle celle de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation. Comme cette dernière, elle présente un caractère exhaustif.

⁷⁸³ Voir notamment Cass. Crim., 17/12/1997, Bull. crim. n° 433.

⁷⁸⁴ Voir notamment Cass. Crim., 27/01/1987, Bull. crim. n° 42 : le fait de ne pas informer l'acheteur d'une voiture d'occasion que celle-ci avait été acquise à l'état d'épave a été jugé comme constitutif de l'élément matériel du délit de tromperie.

608. - Un exemple dans le domaine de la fourniture de matériel électronique. À titre d'exemple, on peut citer un jugement du tribunal de grande instance de Nanterre, rendu le 24 juin 2003⁷⁸⁵, condamnant une société d'édition et de distribution de phonogrammes pour tromperie sur l'aptitude à l'emploi de certains de ses compacts disques musicaux. En l'espèce, plusieurs acheteurs d'un compact disque musical s'étaient plaints auprès d'une association agréée de défense des consommateurs de ce qu'ils ne pouvaient l'écouter sur certains lecteurs. L'association avait attiré ladite société en justice, en demandant au tribunal de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser cet agissement illicite et de condamner le défendeur à lui payer des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs. Le tribunal de grande instance, constatant que le consommateur ne peut écouter ce compact disque sur certains lecteurs, a jugé que le défendeur, en gardant le silence sur cette restriction à l'utilisation du compact disque, a induit le consommateur en erreur et s'est donc rendu coupable du délit de tromperie sur l'aptitude à l'emploi de certains de ses produits. Il a en conséquence fait injonction, sous astreinte, au défendeur de faire figurer sur le verso de l'emballage du compact disque la mention suivante : « Attention, il ne peut être lu sur tout lecteur ou autoradio. » Il l'a également condamnée à verser 10 000 euros de dommages et intérêts au demandeur en réparation du préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs du fait de la tromperie.

609. - La tromperie est une question de fait. Un autre jugement, rendu par le tribunal de grande instance de Paris, le 2 octobre 2003⁷⁸⁶, montre toute l'importance, et aussi toute la difficulté, qu'il peut y avoir à prouver l'existence de l'élément matériel du délit de tromperie. Les faits de l'espèce étaient tout à fait similaires à ceux jugés le 24 juin 2003 par le tribunal de grande instance de Nanterre. Pourtant, le tribunal de grande instance de Paris a rejeté l'action de l'association agréée de défense des consommateurs au motif qu'elle n'avait pas apporté la preuve de l'élément matériel de la tromperie. En effet, la société défenderesse avait, de même que la demanderesse, fait procéder à des constats

⁷⁸⁵ TGI Nanterre, 24/06/2003, Communication Commerce électronique 2003, comm. 86, p. 32, obs. PH. TOFFEL-MUNCK.

⁷⁸⁶ TGI Paris, 2/10/2003, Communication Commerce électronique 2003, comm. 20, p. 32, note L. GRYNBAUM.

d'huissier afin de faire établir que le compact disque litigieux pouvait être lu sur des autoradios contrairement à ce qui était prétendu. Or, les tests réalisés avaient été positifs et venaient donc contredire ceux effectués à la demande de l'association de défense des consommateurs. Les juges ne se sont pas estimés convaincus par les preuves présentées par cette dernière à l'appui de ses prétentions.

2 - Élément moral

610. - Le caractère intentionnel du délit de tromperie. Le délit de tromperie, à la différence de la publicité mensongère, est un délit intentionnel au sens de l'article 121-3, alinéa 1, du nouveau Code Pénal⁷⁸⁷. Il est nécessaire que le prévenu ait eu la volonté de commettre l'infraction tout en ayant eu conscience, ce faisant, de violer la loi. En d'autres termes, l'élément moral du délit de tromperie consiste en un dol général. Un dol spécial (c'est-à-dire la volonté d'atteindre un certain résultat interdit par la loi) n'est pas requis.

La chambre criminelle de la Cour de cassation prend soin de vérifier que les juges du fond ont véritablement caractérisé chez le prévenu une intention coupable et ne se sont pas contentés d'une présomption de fraude ou de mauvaise foi⁷⁸⁸. Il leur appartient donc de relever les circonstances de fait à partir desquels l'existence de cette intention peut se déduire. Toutefois, lorsque le prévenu a la qualité de professionnel, la chambre criminelle de la Cour de cassation admet que l'élément moral du délit puisse être déduit du fait qu'il n'a pas procédé à toutes les vérifications auxquelles il était tenu. Ainsi, dans l'espèce précitée jugée par le tribunal de grande instance de Nanterre le 24 juin 2003, les juges ont considéré qu'« en tant que professionnel averti, elle [la société] ne pouvait ignorer la *possible inaptitude à l'emploi de certains CD [...] et devait effectuer les vérifications nécessaires* ».

⁷⁸⁷ En ce sens, voir par exemple Cass. Crim., 23/04/1992, Contrats, conc., consom. 1993, comm. N° 20, note G. RAYMOND.

⁷⁸⁸ Cass. Crim., 04/01/1977, Bull. crim. n° 4 ; D. 1977. Jurisp. 336, note D. FOURGOUX. La chambre criminelle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui s'était contenté d'une présomption de mauvaise foi alors qu'elle aurait dû rechercher les circonstances propres à établir l'intention frauduleuse du prévenu.

611. - La méconnaissance du formalisme informatif peut justifier le constat de la mauvaise foi. Par ailleurs, dans le cas particulier où le prévenu a méconnu une prescription légale ou réglementaire en connaissance de cause, la chambre criminelle de la Cour de cassation paraît également admettre que les juges du fond puissent déduire de cette seule constatation l'intention coupable requise par l'article 121-3, alinéa 1, du nouveau Code Pénal. On peut se demander dans quelle mesure cette jurisprudence sera appliquée au commerçant électronique qui a méconnu les prescriptions légales encadrant le contenu d'une offre de contrat de commerce électronique. Elle serait en tous les cas certainement d'une grande utilité à la partie poursuivante.

Ainsi, sous réserve de la preuve de l'intention coupable du commerçant électronique, on peut conclure que le délit de tromperie est susceptible d'être constitué dans le cas où le commerçant électronique a omis une mention dans son offre de contrat de commerce électronique, en a indiqué une erronée, à condition toutefois que le contrat ait été effectivement conclu. Sinon, il y aura tout au plus une tentative punissable de tromperie. Quoi qu'il en soit, la peine encourue par le commerçant électronique est identique dans les deux cas, conformément à l'article 121-4 du nouveau Code Pénal.

B - Peines applicables

Depuis la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 précitée, les personnes morales peuvent être déclarées responsables du délit de tromperie, dans les conditions de l'article 121-2 du nouveau Code Pénal. Aussi, il faut distinguer selon que le commerçant électronique est une personne physique ou une personne morale, étant précisé qu'à la différence de la publicité mensongère (article L. 121-5 du Code de la Consommation), le législateur n'a pas procédé à une imputation expresse du délit de tromperie.

612. - L'auteur de l'infraction personne physique. Lorsque le commerçant électronique est une personne physique, l'article L. 213-1 du Code de la Consommation prévoit qu'il

encourt une peine d'emprisonnement de deux ans maximum et/ou une peine d'amende d'un montant maximal de 37 500 €⁷⁸⁹.

613. - L'auteur personne morale. Lorsqu'il est une personne morale par contre, l'article L. 213-6 du Code de la Consommation, dispose qu'il encourt d'une part une peine d'amende égale au quintuple du montant de celle prévue pour les personnes physiques, c'est-à-dire 187.500 euros, et d'autre part les peines privatives et restrictives de droits mentionnées à l'article 131-39, 2° à 9° du nouveau Code Pénal.

614. - Les peines complémentaires facultatives. Le juge peut en outre prononcer différentes peines complémentaires facultatives, telle la confiscation des marchandises ayant fait l'objet de la tromperie en vue de leur destruction si elles ne sont plus utilisables ou si elles sont nuisibles, ou de leur attribution à des établissements d'intérêt général. Il peut également ordonner la publication de la décision de condamnation aux frais du condamné.

615. - La moindre efficacité de ce mode de répression dans le cadre du commerce électronique. Pour conclure sur l'applicabilité de l'incrimination de tromperie prévue par l'article L. 213-1 du Code de la Consommation pour sanctionner un commerçant électronique qui ne se serait pas conformé aux obligations d'information légales lui incombant relativement au contenu de ses offres de contrat, on peut à nouveau dire qu'elle est réduite aux seuls cas où la mention obligatoire, qui fait défaut ou qui est fautive, a trait au bien ou au service proposé. Par ailleurs, la charge de la preuve, s'agissant de l'élément matériel de l'infraction, se révèle plus délicate et donc la répression plus aléatoire, que dans le cadre d'une poursuite du commerçant électronique sur le fondement de la publicité

⁷⁸⁹ L'article L. 213-2 du Code de la Consommation prévoit deux circonstances aggravantes ayant pour conséquence de doubler les peines encourues : « *Les peines prévues à l'article L. 213-1 sont portées au double : 1° Si les délits prévus audit article ont eu pour conséquence de rendre l'utilisation de la marchandise dangereuse pour la santé de l'homme ou de l'animal ; 2° Si le délit ou la tentative de délit prévus à l'article L. 213-1 ont été commis : a) Soit à l'aide de poids, mesures et autres instruments faux et inexacts ; b) Soit à l'aide de manœuvres ou procédés tendant à fausser les opérations de l'analyse ou du dosage, du pesage ou du mesurage, ou tendant à modifier frauduleusement la composition, le poids ou le volume de marchandises, même avant ces opérations ; c) Soit enfin à l'aide d'indications frauduleuses tendant à faire croire à une opération antérieure et exacte* ».

mensongère. Le fait que l'élément intentionnel de l'infraction soit également plus contraignant conforte cette analyse. Aussi, on peut certainement affirmer que la condamnation du commerçant électronique pour tromperie sur le fondement de l'article L. 213-1 du Code de la Consommation, à raison de l'émission une offre de contrat violant le formalisme informatif légal, ne sera sans doute pas la sanction pénale la plus fréquemment prononcée.

Le fait que plusieurs qualifications pénales soient susceptibles de s'appliquer au comportement d'un commerçant électronique, à l'occasion de l'émission d'une même offre de contrat de commerce électronique, invite à s'interroger sur la manière dont le droit règle ces situations particulières que l'on désigne communément par l'expression de « concours de qualifications ».

C - Concours de qualifications

616. - Le cumul entre la publicité mensongère et la tromperie. Dans l'espèce précitée, jugée par le tribunal de grande instance de Nanterre le 24 juin 2003, opposant une association agréée de défense des consommateurs à une société distribuant des compacts disques qui ne pouvaient être lus sur certains lecteurs, l'association demanderesse avait demandé au tribunal de constater que le silence conservé par la société sur les restrictions d'utilisation de certains de ses produits constituait non seulement une publicité mensongère, mais aussi une tromperie sur l'aptitude à l'emploi de ceux-ci. Les juges ayant retenu la qualification de tromperie, ils ont estimé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la demande fondée sur la publicité mensongère.

617. - Le choix de la qualification impliquant les peines les plus lourdes. Cette affaire illustre la situation particulière où un même fait (en l'occurrence, l'absence d'information sur les restrictions à l'utilisation de certains compacts disques) semble susceptible de recevoir simultanément deux qualifications : celle de publicité mensongère et celle de tromperie. Lorsqu'un même comportement délictueux peut recevoir plusieurs

qualifications pénales, il y a ce que l'on appelle un concours de qualifications ou encore un concours (ou cumul) idéal d'infractions⁷⁹⁰. Une telle situation se règle ainsi par une seule qualification⁷⁹¹. En outre, seules les peines se rapportant à la qualification retenue peuvent être prononcées. Toute la question est donc de déterminer la qualification qui doit l'emporter. Dans le silence de la loi, la jurisprudence se prononce en faveur de la qualification pénale la plus haute, c'est-à-dire celle qui est réprimée le plus sévèrement⁷⁹².

618. - La condition : il doit s'agir d'un même fait. Mais, cette solution ne s'applique que si l'on est effectivement en présence d'un même fait, sinon il ne s'agit plus d'un concours idéal d'infractions, mais d'un concours réel d'infractions. La distinction n'est pas toujours aisée. En effet, il est des cas où un même comportement délictueux paraît susceptible de recevoir deux qualifications alors qu'en réalité on est bel et bien en présence de deux infractions distinctes. Dans ces cas, le concours de qualifications n'est qu'apparent et la situation est celle d'un concours réel d'infractions. Il en est ainsi tout d'abord lorsque le comportement délictueux peut être divisé en plusieurs agissements matériels distincts⁷⁹³, Il en est de même lorsque le comportement délictueux, matériellement indivisible, porte atteinte à plusieurs valeurs sociales protégées ou révèle plusieurs éléments moraux⁷⁹⁴.

Dans l'hypothèse d'une offre de contrat de commerce électronique irrégulière, plusieurs qualifications semblent susceptibles d'entrer en concours. Il en est ainsi

⁷⁹⁰ Sur le cumul idéal d'infractions, voir J.-C SOYER, Droit pénal et procédure pénale, préc. n° 124.

⁷⁹¹ Par application de la règle « non bis in idem », une faute pénale unique ne peut être sanctionnée plusieurs fois. Cette règle a été notamment rappelée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 avril 2003 dans lequel elle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu le délit d'homicide involontaire et une contravention de blessures involontaires à l'encontre d'un prévenu, alors qu'ils procédaient tous deux de la même action coupable. Voir Cass. Crim., 29/04/2003, pourvoi n° 01-88592, Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁷⁹² Cass. Crim., 13/01/1953 ; Bull. crim. n° 12 ; Cass. Crim., 03/03/1966, Bull. crim. n° 79 ; Cass. Crim., 21/04/1976, Bull. Crim. n° 122 ; Cass. Crim., 22/04/1986, Bull. Crim. n° 133.

⁷⁹³ Voir par exemple Cass. Crim., 22/04/1986, Bull. crim. n° 133. En l'espèce, plusieurs fautes consistant en le non-respect de deux procédures particulières, avaient été commises à l'occasion du licenciement d'un même salarié.

⁷⁹⁴ Voir Cass. Crim., 03/03/1960, Bull. crim. n° 138 : le fait de lancer une grenade dans un lieu habité constitue, non pas « un crime unique, dont la poursuite sous deux qualifications différentes serait contraire à la loi, mais [...] deux crimes simultanés commis par le même moyen, mais caractérisés par des intentions coupables essentiellement différentes ».

principalement dans trois situations pour lesquelles il s'agira de déterminer si l'on est en présence d'un véritable concours de qualifications ou d'un concours de qualifications qui n'est qu'apparent.

619. - Le cumul d'infractions en cas d'omission d'une mention informative. Dans la première situation, le commerçant électronique a omis d'indiquer l'une des mentions relatives au prix, exigées par les règlements pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation (a). Deux qualifications paraissent entrer en concours : Celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation en cas de violation des dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation et celle prévue par l'article R. 113-1 du Code de la Consommation en cas de violation des règlements pris pour l'application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation. En outre, une troisième pourrait s'ajouter : le délit de publicité mensongère. Dans la deuxième situation, le commerçant électronique a omis de faire figurer dans son offre une mention relative à une caractéristique essentielle du bien ou du service qu'il propose (b). En l'espèce, l'infraction prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est constituée et deux autres sont également susceptibles de l'être : le délit de publicité mensongère et celui de tromperie. Enfin, dans la troisième situation, le commerçant électronique a indiqué une information erronée à propos d'une caractéristique essentielle du bien ou du service qu'il propose (c). Il peut y avoir ici à la fois publicité mensongère et tromperie.

1 - Résolution du concours de qualifications dans la première situation

620. - Le cumul entre les infractions aux articles L 113-3 et L 121-18. S'agissant de la première situation décrite, qui est celle où l'une des informations requises par les règlements pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation n'a pas été communiquée par le commerçant électronique, elle est largement dépendante de la portée que l'on donne à la citation de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation par l'article L. 121-18.

Si l'on estime, comme cela paraît nécessaire, que la référence par l'article L 121-18 à l'article L 113-1 a pour conséquence de faire des informations sur le prix imposé par les règlements des mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique, alors l'infraction de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est également constituée. Dans ce cas, il faudra résoudre le concours de qualifications entre celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation et celle de l'article R. 113-1 du Code de la Consommation, auxquelles s'ajoutera éventuellement le délit de publicité mensongère.

De même, on peut se demander ce qu'il en est de l'hypothèse où l'une ou l'autre des informations requises par les règlements pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation a été communiquée par le commerçant électronique à l'internaute, mais pas dans l'offre de contrat de commerce électronique elle-même. Il est certain que l'infraction de l'article R. 113-1 du Code de la Consommation n'est pas constituée. Mais celle de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation pourrait-elle l'être ? La réponse à cette question paraît positive si l'on retient que l'information sur le prix est intégrée dans l'information obligatoire dans le commerce électronique.

621. - Le cas des frais de livraison : cumul légal et idéal d'infractions. Enfin, il y a une information particulière pour laquelle ces discussions n'ont pas lieu d'être. Il s'agit de l'information relative aux éventuels frais de livraison. En effet, l'article L. 121-18, 2°, du Code de la Consommation prévoit expressément que cette information doit figurer dans l'offre de contrat. Cette disposition fait double emploi avec l'article 2 de l'arrêté du 3 décembre 1987 qui prévoit lui aussi qu'une telle information doit être communiquée lorsque le bien est délivré par correspondance. Aussi l'absence d'information sur les frais de livraison, si frais il y a effectivement, constitue, dans tous les cas, à la fois une violation de l'arrêté du 3 décembre 1987 pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation et une violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation

622. - Le choix de la qualification retenue en répression : le critère de la gravité ou de la spécialité du texte. Lorsque les infractions des articles R. 121-1 et R. 113-1 du Code de la Consommation sont en concours, il ne peut s'agir que d'un concours idéal d'infractions,

car leurs éléments constitutifs, tant matériel que moral, sont identiques. Le juge ne peut retenir qu'une seule qualification et donc ne prononcer que les peines afférentes à celle-ci. Si les deux infractions sont d'égale gravité (comme en l'espèce) et si l'on est en présence d'une qualification générale et d'une qualification spéciale, alors la qualification spéciale devra l'emporter sur la qualification générale.

Il faut considérer, en l'espèce, que le comportement délictueux incriminé par l'article R. 113-1 du Code de la Consommation devrait être considéré comme la qualification spéciale par rapport à celui incriminé par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation car l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ne fait qu'intégrer dans son champ l'article L. 113-3 du Code de la Consommation. Certains estimeront toutefois, peut-être, qu'il s'agit au contraire de celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation car l'article L. 113-3 du Code de la Consommation a une portée générale et s'applique à tout contrat de vente de biens ou de prestation de service conclu entre un professionnel et un consommateur, quel que soit son mode de conclusion, tandis que l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ne s'applique qu'à ceux qui sont conclus à distance.

Quoi qu'il en soit du choix qui peut être fait, il faut faire remarquer que la Cour de cassation ne censure pas les décisions de juges du fond qui ont fait une erreur sur la qualification à retenir, dans le cas particulier où la peine prononcée aurait de toute façon été la même⁷⁹⁵. Or, dans notre hypothèse, ces deux infractions sont sanctionnées de la même peine. Aussi, l'enjeu de ce débat est en réalité essentiellement théorique.

623. - Le concours d'infraction entre les contraventions et le délit de publicité mensongère. Il convient à présent de résoudre l'éventuel concours d'infractions entre le délit de publicité mensongère et l'infraction de l'article R. 113-1 du Code de la Consommation.

⁷⁹⁵ Il s'agit de la théorie de la « peine justifiée » : voir Cass. Crim. 03/03/1966, Bull. crim. n° 79.

624. - L'hypothèse d'un concours idéal d'infractions. Dans le cas où la violation par le commerçant électronique des dispositions d'un règlement pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation constitue également l'élément matériel du délit de publicité mensongère, on pourrait dire que la situation est celle d'un concours idéal d'infractions et donc que la qualification pénale la plus haute doit l'emporter (à savoir le délit de publicité mensongère). Cependant, il ne faut pas oublier qu'il n'y a effectivement un concours idéal d'infractions que pour autant que l'élément matériel unique ait porté atteinte à une même valeur sociale protégée et qu'il y ait, en outre, unité d'élément moral.

625. - La condition d'identité de la valeur sociale protégée. Il est certain, tout d'abord, que les infractions réprimées sur la base des articles R. 113-1 et L. 121-1 du Code de la Consommation visent à protéger la même valeur sociale, à savoir, l'intérêt collectif des consommateurs.

626. - La condition d'identité de l'élément moral. S'agissant de l'élément moral, la question est plus difficile. En effet, il a été vu que les infractions en cause sont toutes deux des infractions non-intentionnelles. Cependant, dans le cas de la contravention, la preuve de l'élément matériel suffit à faire présumer l'élément moral et la démonstration par le prévenu de sa bonne foi, par exemple, est sans effet sur l'engagement de sa responsabilité pénale. Par contre, dans le cas du délit de publicité mensongère, l'élément moral consiste en une faute d'imprudence ou de négligence (qui est souvent déduite par la jurisprudence de la matérialité des faits ainsi que de la qualité de professionnel du prévenu) et le prévenu peut échapper à sa responsabilité pénale en démontrant au contraire l'absence de faute de sa part. Il n'est pas sûr, dans ces conditions, que l'on puisse conclure qu'il y a unité d'élément moral. La réponse à cette question est incertaine. Ainsi, dans l'espèce portée devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 11 janvier 1990⁷⁹⁶, les juges du premier degré avaient retenu à l'encontre des prévenus, auxquels il était reproché d'avoir annoncé dans des dépliants le prix d'articles en vente promotionnelle alors que certains d'entre eux n'étaient pas disponibles dans le magasin, la qualification de contravention aux dispositions relatives à la publicité des prix. La cour d'appel avait toutefois disqualifié les

⁷⁹⁶ Cass. Crim., 11/01/1990, Bull. crim. n° 21.

faits estimant qu'ils n'avaient pas été poursuivis sous leur qualification la plus haute. Elle avait alors condamné les prévenus pour publicité mensongère. La chambre criminelle de la Cour de cassation, au contrôle de laquelle l'arrêt de la cour d'appel a été soumis, a considéré que les juges d'appel avaient justifié leur décision. Dans une autre affaire, pourtant proche, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les juges d'appel ont également justifié leur décision en retenant l'existence d'un concours réel d'infractions entre des contraventions pour étiquetage non conforme et le délit de publicité mensongère⁷⁹⁷. Ceci montre combien il peut être délicat parfois de faire la distinction entre une situation de concours réel d'infractions et une situation de concours idéal.

627. - Le choix de l'infraction la plus large. En fait, il y a une troisième voie qui consiste à dire que, dans le cas particulier de la coexistence d'une infraction partielle et d'une infraction large (c'est-à-dire dans le cas où l'une des infractions constitue l'élément matériel de l'autre), le concours de qualifications n'est qu'apparent. Seule la qualification qui permet de couvrir la totalité des faits en cause doit être retenue. Il s'agit en l'espèce du délit de publicité mensongère.

628. - Le simple concours réel d'infractions. Enfin, lorsque les agissements constituant l'élément matériel de chaque infraction différent, la situation est simple à analyser : le juge se trouve face à un concours réel d'infractions⁷⁹⁸. Il retiendra donc chacune des qualifications pénales et condamnera le prévenu conformément aux règles posées par les articles 132-3 et 132-7 du nouveau Code Pénal. Le juge pourra donc prononcer la peine d'emprisonnement prévue pour le délit de publicité mensongère (si le prévenu est une personne physique) et une peine d'amende d'un montant égal au cumul de la peine d'amende encourue pour la contravention et de la peine d'amende encourue pour le délit.

⁷⁹⁷ Cass. Crim., 16/06/1980, Bull. crim. n° 191.

⁷⁹⁸ Voir Cass. Crim., 06/02/2001, pourvoi n° 00-83283, Disponible sur <http://www.legifrance.-gouv.fr>. En l'espèce, les juges ont constaté des circonstances de fait distinctes qui leur ont permis de condamner le prévenu à la fois pour contraventions aux dispositions de l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977 réglementant la publicité en matière de réduction de prix et pour délit de publicité mensongère.

2 - Résolution du concours de qualifications dans la deuxième situation

629. - Le triple cumul possible. Lorsque le commerçant électronique a omis de faire figurer dans son offre de contrat une mention relative à une caractéristique essentielle du bien ou du service qu'il propose, l'infraction prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est dans tous les cas constituée. Mais il est également possible que le délit de publicité mensongère, voire celui de tromperie, le soit aussi.

Un raisonnement identique à celui suivi dans le cadre de la première situation de concours peut être tenu. Le concours de qualifications entre celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation et le délit de publicité mensongère, s'il y a unité d'élément matériel, doit être considéré comme n'étant qu'apparent. Seule la qualification large de publicité mensongère, qui permet de couvrir l'ensemble des faits délictueux, doit être retenue. De la même manière, le concours de qualifications entre celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation et le délit de tromperie devrait se résoudre en faveur du délit de tromperie en cas d'élément matériel unique⁷⁹⁹.

Il faut rappeler que ces conclusions ne sont valables que s'il y a effectivement unité d'élément matériel, sinon il faut considérer que le prévenu est en situation de concours réel d'infractions. Ainsi, si les circonstances de fait révèlent plusieurs éléments matériels distincts, le juge doit retenir autant de déclarations de culpabilité que d'infractions constatées. Il pourra prononcer la peine d'emprisonnement prévue par l'article L. 213-1 du Code de la Consommation (si le prévenu est une personne physique) ainsi qu'une peine d'amende d'un montant égal au résultat du cumul de la peine d'amende encourue pour la contravention et de la peine d'amende encourue pour le délit.

⁷⁹⁹ Il est possible de critiquer cette conclusion dans la mesure où cette situation recèle indubitablement une pluralité d'éléments moraux, ce qui devrait conduire à conclure à l'existence d'un concours réel d'infractions. En effet, la contravention prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est une infraction non-intentionnelle tandis que le délit de tromperie est une infraction intentionnelle. Sur ces difficultés d'analyse, dans le cas de concours entre une qualification large et une qualification partielle, voir notamment J. CI. Pénal, Concours d'infractions – Concours idéal de qualifications, Art. 132-1 à 132-7 : fasc. 20, 2002, par PH. SALVAGE, n° 13.

630. - Le concours idéal entre les 3 infractions conduit à retenir en répression le délit de tromperie. Dans l'hypothèse enfin où les trois qualifications (violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, publicité mensongère et tromperie) sont susceptibles de s'appliquer à la situation, il faut distinguer deux cas. Si le juge constate un concours idéal d'infractions, il retiendra la qualification pénale la plus haute, à savoir celle de tromperie, et il ne pourra prononcer que les peines afférentes à cette dernière⁸⁰⁰.

631. - Le concours réel d'infractions conduit à l'application cumulative des sanctions.

S'il apparaît, par contre, qu'il y a en fait un concours réel d'infractions, alors toutes les déclarations de culpabilité seront prononcées. Le juge, conformément aux articles 132-3 et 132-7 du nouveau Code Pénal, ne pourra alors prononcer qu'une seule peine d'emprisonnement dans la limite du maximum légal le plus élevé, à savoir deux ans (si le prévenu est une personne physique) et une seule peine d'amende dans la limite d'un montant égal au résultat du cumul de la peine d'amende prévue pour la contravention de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation avec la peine d'amende prévue pour l'une des délits.

3 - Résolution du concours de qualifications dans la troisième situation

632. - Le cumul d'infractions de publicité mensongère et de tromperie. Dans le cas où le commerçant électronique a indiqué une mention fautive relativement à une caractéristique essentielle du bien ou du service qu'il propose, la situation peut relever à la fois du délit de publicité mensongère et de celui de tromperie sur les qualités substantielles du bien ou du service.

Si on peut imaginer que les éléments matériels des deux infractions soient identiques, cela ne peut être le cas des éléments moraux. En effet, la publicité mensongère

⁸⁰⁰ Mais si des fautes distinctes peuvent être établies, alors chacune des qualifications peut être prononcées et la situation sera alors celle d'un concours réel d'infractions. Il faut rappeler ici que le cumul des infractions de publicité mensongère et de tromperie a déjà été admis en jurisprudence. Voir Cass. Crim., 30/10/1995, Bull. crim. n° 336.

est un délit non intentionnel, tandis que la tromperie est une infraction intentionnelle. Par ailleurs, on ne peut certainement pas dire que l'une des infractions est plus « large » que l'autre. En conséquence, il ne peut jamais être question d'un concours idéal d'infractions dans la troisième situation, Il ne peut s'agir que d'un concours réel d'infractions⁸⁰¹.

Cependant, il est possible de faire remarquer que les conséquences pour le prévenu, en ce qui concerne les peines prononcées par le juge, sont les mêmes que s'il avait été possible de l'analyser en un concours idéal d'infractions. En effet, les peines applicables au délit de publicité mensongère et à celui de tromperie sont identiques. Le seul enjeu véritable réside donc dans le nombre de déclarations de culpabilité qui peut être prononcé par le juge.

633. - L'absence critiquée de sanctions pénales pour violation de l'article 1369-1 du Code Civil. En conclusion sur les conséquences pénales de l'inobservation par le commerçant électronique du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique, on peut regretter l'absence d'incrimination spéciale en cas de violation des dispositions de l'article 1369-1 du Code Civil. S'il ne s'agit pas de souhaiter une pénalisation excessive de la matière, il serait bon néanmoins qu'il y ait un parallélisme au niveau de la sanction pénale de l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique d'une mention obligatoire, qu'elle ait pour origine le Code de la Consommation ou le Code Civil. En effet, il faut se souvenir que la plupart des dispositions de l'article 1369-1 du Code Civil n'ont une valeur impérative que dans les relations entre un commerçant électronique agissant à titre professionnel et un internaute consommateur. L'ensemble de la réglementation encadrant l'offre de contrat de commerce électronique gagnerait certainement en cohérence avec l'adoption, en cas de non-respect de l'article 1369-1 du Code Civil, d'une sanction pénale similaire à celle prévue pour la

⁸⁰¹ Par exemple, voir l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 30 octobre 1995, qui a estimé que les juges d'une cour d'appel qui avaient condamné un prévenu pour publicité mensongère sur la nature, la composition, la teneur en principe utiles et les garanties annoncées sur l'étiquetage quant à la teneur en azote organiques d'engrais proposés à la vente et pour tromperie sur la composition réelle des engrais vendus, avaient justifié leur décision. Voir Cass. Crim., 30/10/1995, Bull. crim. n° 336.

violation des articles L. 121-18 du Code de la Consommation et 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

634. - Le choix opposé fait par le législateur belge. À titre de comparaison, le législateur belge a fait ce choix. En effet, l'article 78 de la loi du 14 juillet 1991⁸⁰² sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, modifiée par la loi du 25 mai 1999 transposant la directive européenne concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, comporte une liste d'éléments, comparable à celle de l'article L. 121-18 de notre Code de la Consommation, dont le consommateur doit être informé lors d'une offre de vente à distance faite par un professionnel. L'article 102 de cette même loi modifiée du 14 juillet 1991 sanctionne par une peine d'amende la violation de l'article 78. Quant à l'article 8 de la loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, qui prévoit les différentes informations que le commerçant électronique doit communiquer à l'internaute avant qu'il ne passe commande et que l'on peut rapprocher de l'article 1369-1 de notre Code Civil, sa violation est également assortie d'une peine d'amende par l'article 26 de la même loi.

On aurait pu croire, à la lecture des articles 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, 1369-1 du Code Civil et L. 121-18 du Code de la Consommation, que le législateur n'a envisagé qu'avec beaucoup de modération des sanctions pénales applicables à la violation de ces dispositions. On vient de voir qu'au travers des textes de répression de droit commun, les sanctions contraventionnelles peuvent réellement se voir substituer des sanctions correctionnelles dans les cas d'abus particulièrement graves.

⁸⁰² Loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Moniteur belge du 29 août 1991.