

PÉNALISATION,
COMMERCIALISATION ET...
DROIT CIVIL

54 « ROME N'EST PLUS DANS ROME, elle est toute où je suis » : le droit civil a pareillement brisé le carcan de « son » code pour innover les autres et se faire *imperator* partout où le portent ses pas, même dans des « marches » récentes telles que le Code de la consommation, le droit de la concurrence ou le Code monétaire et financier.

Le phénomène est connu et certaines voix n'ont-elles pas, dans des instants d'agacement, évoqué l'impérialisme, voire la tyrannie des civilistes contemporains ?

Mais portes et frontières ne sont pas à sens unique : il faut supporter qu'en réciproque les autres disciplines s'invitent dans des domaines jusqu'alors purement « civilistes ».

C'est ce mouvement d'intrusion en retour que les « architectes découpeurs » de cet ouvrage ont envisagé, sous un titre que le contributeur a simplement souhaité rendre plus neutre : le libellé initial se demandait si pénalisation et commercialisation ne seraient pas « adversaires » du Code civil.

Le culte « tendance » voué à la codification dût-il en souffrir, il n'a peut-être en effet pas été négatif de rompre quelque peu un ordonnancement napoléonien cloisonnant le droit et la société comme des unités militaires aux uniformes bien distincts : Code civil et tribunaux civils pour les *cives* ; Code de commerce et juridictions consulaires pour les commerçants ; Code pénal et tribunaux répressifs pour les délinquants.

Goût atavique pour les jardins à la française (ennobli de « cartésianisme » dans le domaine de la pensée...)? Ou plus prosaïquement résultat mécanique des spécialisations disciplinaires dans les universités, avec leurs risques d'esprit de clocher? Toujours est-il qu'avouée ou souterraine est assez répandue l'idée que des croisements entre ces droits ne seraient que des « facilités », prémices d'une confusion générale et qu'il y aurait en quelque sorte un risque de dégénérescence du droit civil dans son hybridation avec le droit pénal ou le droit commercial.

L'hypothèse n'est pourtant pas sans intérêt qu'il pourrait y avoir aussi un peu à gagner dans ce brassage.

PÉNALISATION

55

Il est parfois de bon ton de décrier la multiplication des sanctions pénales, cavaliers de beaucoup de lois civiles modernes : ce serait le signe d'un « mélange des genres » et d'une incapacité du droit civil à organiser ses propres sanctions.

Voire!

Quant au « mélange des genres », le droit pénal n'a-t-il pas toujours eu pour vocation de venir étayer des règles normatives relevant d'autres disciplines dont ce renfort vient souligner qu'elles relèvent d'un ordre public particulièrement impérieux? Et que ces règles soient civiles n'est pas une nouveauté : le vol a-t-il été jamais autre chose qu'une sanction du droit de propriété, l'abus de confiance une sanction de violations contractuelles spécialement graves et l'escroquerie une fréquente doublure du dol?

Que des lois modernes, notamment en droit économique ou en droit de la consommation, aient recours au même renfort ne fait que refléter le déplacement de l'ordre public vers ces secteurs.

Et le grief de mélange des genres ne trahit-il pas, chez ceux qui l'agitent, plutôt une idée de « mélange des délinquants », et une conception selon laquelle seules les violences physiques, les voies de fait matérielles, relèveraient du droit pénal, tandis que les violences juridiques ou les voies de fait économiques devraient y échapper pour rester réglées par le droit civil lui-même?

Quant à la capacité du droit civil d'organiser ses propres sanctions, elle a montré depuis longtemps ses limites. Les peines privées et autres déchéances par lesquelles se concrétisent ces sanctions présentent bien des faiblesses, au premier rang desquelles une rigidité excessive.

À l'exception du recel successoral ou de communauté (qui mesure la sanction à l'étendue même de l'atteinte que le divertissement voulait porter au principe d'égalité), ces déchéances ont pour tare de priver le juge de toute possibilité d'en mesurer l'étendue : cette incommodité a été tellement ressentie qu'en certaines occasions loi ou jurisprudence tentent de réintroduire le « pouvoir modérateur » du juge (astreintes, clauses pénales, clauses résolutoires).

56 Mais ces remèdes sont limités et il faut bien admettre que le droit civil, lorsqu'il veut se servir de ses propres armes pour « rester maître chez lui », ne parvient pas à des résultats satisfaisants.

Prenons un exemple : la loi de 1975 sur la sous-traitance a voulu se passer de sanctions pénales et a eu recours à la nullité du sous-traité pour sanctionner l'entrepreneur qui ne fournit pas à son sous-traitant la caution imposée par la loi. Mais cette nullité n'est d'aucun secours au sous-traitant qui en aurait besoin, c'est-à-dire qui se heurte à un entrepreneur ne réglant pas les travaux effectués (qui est tout aussi insolvable pour fournir les restitutions consécutives à cette nullité...). À qui sert-elle ? Aux seuls sous-traitants qui ont un débiteur solvable, ne pâtissent en rien de l'absence de cautionnement, mais qui la demandent quand même pour... remettre en cause le prix contractuel et tenter d'obtenir un meilleur paiement d'après le coût réel des travaux !

En réalité, en droit comme ailleurs, à chacun son rôle d'après ce qu'il sait faire. La « sanction », au sens de peine infligée à celui qui transgresse une norme impérative et socialement importante, c'est bien l'affaire du droit pénal, qui peut précisément mesurer cette sanction à la gravité de la faute. Le droit civil, qui a des fins d'équilibre commutatif, n'est pas armé à cet effet. Qu'il requière l'assistance du droit pénal n'est donc peut-être pas si contestable. Et cela présente en outre l'avantage de permettre d'indiquer la hiérarchie des valeurs qu'il instaure : le « sur-lignage » pénal d'une règle civile est souvent riche d'enseignements.

COMMERCIALISATION

En est-il autrement du phénomène de commercialisation, entendu au sens large où tout devient professionnel et donc objet à recherche de

profit ? Le droit civil classique, qui faisait principe de la gratuité de certains actes (mandat, prêt à usage, cautionnement), s'effilocherait-il par une « mercantilisation » rampante ?

Il est bien vrai que ce phénomène l'a modifié : les baux commerciaux sont bien éloignés du modèle rural du Code ; les « agents » de toutes sortes (immobiliers, de voyages, artistiques, d'affaires, de publicité, etc.) ont souvent perdu de vue le « contrat de mandat » du Code civil (au point que leurs formulaires inversent parfois les termes de « mandant » et « mandataire »...).

Que des règles commerciales ou « consuméristes » (dans une version moderne du même phénomène) viennent compliquer et troubler des schémas qui étaient plus simples, ce n'est pas contestable.

Mais est-ce regrettable ?

57

Ici encore, il faut peut-être se garder d'un réflexe de « protectionnisme » disciplinaire. Car il arrive que la rencontre de ces droits enrichisse ou aide le droit civil classique.

Prenons encore deux exemples, deux seulement pour ne pas lasser.

D'abord celui des cuves des pompistes. Là où le droit du prêt à usage butait, ne parvenant pas à éviter la restitution en nature, c'est du droit de la concurrence qu'est venue la solution, consistant à imposer une clause de restitution en équivalent.

Ensuite celui du cautionnement « omnibus » : c'est la loi bancaire de 1984 qui est parvenue à imposer ce que l'article 1134 alinéa 3 aurait dû permettre de dégager, à savoir l'obligation d'informer régulièrement la caution de sa situation.

Inutile de multiplier les exemples : tout civiliste contemporain sait bien que le droit des obligations « vit » et évolue sous l'aiguillon du droit des affaires.

« Rome n'est plus dans Rome... » et il faut au fond s'en féliciter : un droit civil s'étierait confiné dans son propre code, bien à l'abri des autres et, loin d'être cause de dégénérescence, son hybridation avec le droit pénal, le droit commercial ou d'autres (droit du travail) lui ont assuré le maintien de sa vitalité.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

Droit civil (obligations), 8^e édition 2001.

Droit civil (contrats spéciaux), 5^e édition 2001.

Droit civil (la famille), 11^e édition 2003.

RÉSUMÉ

Introduire le droit pénal ou le droit commercial au cœur même de ce qui constituait la matière du droit civil classique traduit-il un affaiblissement de ce droit civil ? L'hypothèse est qu'au contraire un tel mâtinage pourrait être source de coopération et d'enrichissement.