

UNIVERSITÉ PANTHÉON – ASSAS PARIS II

Magistère Juriste d'Affaires – DJCE, Master II Droit des affaires

2011 – 2012

**Quelle place en droit français pour les dommages
et intérêts à titre punitif ?**

**Analyse des perspectives et problèmes à travers
une étude des droits anglais et américain**

Sous la direction de Madame et Monsieur les Professeurs

Patricia Kinder-Gest et Denis Mazeaud¹

¹ « Au lieu de recueillir et de publier les perles des cancre, qui réjouissent tant de salles de professeurs, on devrait écrire une anthologie des bons maîtres. La littérature ne manque pas de ces témoignages : Voltaire rendant hommages aux jésuites Tournemine et Porée, Rimbaud soumettant ses poèmes au professeur Izambard, Camus écrivant des lettres filiales à monsieur Germain, son instituteur bien-aimé, Simone Weil chantant les louanges de son maître Alain, lequel n'oubliera jamais Jules Lagneau qui l'ouvrit à la philosophie, J.B Pontalis célébrant Sartre, qui tranchait tellement sur tous ses autres professeurs... Si, outre celui des maîtres célèbres, cette anthologie proposait le portrait de l'inoubliable professeur que nous avons presque tous rencontré au moins une fois dans notre scolarité, nous en tirerions peut-être quelque lumière sur les qualités nécessaires à la pratique de cet étrange métier », Daniel Pennac, *Chagrin d'école*

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit – Économie – Sciences Sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Sommaire

INTRODUCTION	5
PARTIE I : Que sont les dommages et intérêts punitifs ? La reconnaissance des dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger	11
I- Définition	11
A- La distinction entre <i>aggravated</i> et <i>exemplary damages</i>	11
B- Les raisons d'être du recours aux dommages et intérêts punitifs	13
C- Les dommages et intérêts punitifs : facteur de moralisation de la réparation du dommage ?.....	15
II- La Common Law, « terreau favorable » à l'implantation des dommages et intérêts punitifs	17
A- Les caractéristiques de la Common Law en Angleterre	17
B- Le contexte du droit des États-Unis	20
C- Le particularisme juridique du Québec	21
III- Limites et contrôles des dommages et intérêts punitifs	23
A- La limitation du domaine des <i>exemplary damages</i> en Angleterre	24
B- Le contrôle des <i>punitive damages</i> aux États-Unis	26
C- Les conditions d'existence des dommages et intérêts punitifs en droit québécois	28
PARTIE II : Peut-on introduire les dommages et intérêts punitifs en droit français ? La greffe est-elle possible ?	31
I- L'apparente difficulté d'articulation des dommages et intérêts punitifs avec le droit français de la responsabilité civile	31
A- Le principe de la réparation intégrale du préjudice	32
B- La prohibition d'un enrichissement injustifié pour la victime	34
C- La distinction des fonctions du droit civil et du droit pénal	35
II- La consécration des dommages et intérêts punitifs : une solution au problème des fautes lucratives ?	38
A- La définition de la faute lucrative en droit français	38
B- L'opportunité du recours aux dommages et intérêts punitifs	40
C- Les dommages et intérêts <i>restitutoires</i> destinés à confisquer un profit illicite	43
III- Les dommages et intérêts punitifs face à l'institution concurrente de l'amende civile	45
A- Illustrations	46
B- L'amende civile : un substitut aux dommages et intérêts punitifs ?	47

C- Les effets pervers de l'amende civile	49
PARTIE III : La reconnaissance encadrée des dommages et intérêts punitifs en droit français.....	52
I- Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international	52
A- La compétence de l'arbitre pour accorder des dommages et intérêts punitifs	53
1- La mission de l'arbitre	53
2- La question de l'arbitrabilité de l'octroi des dommages et intérêts punitifs	53
B- La compatibilité à l'ordre juridique français d'une sentence condamnant au paiement de dommages et intérêts punitifs	55
1- Le domaine de la peine	55
2- Le choix et la mesure de la peine	55
II- L'accueil des dommages et intérêts punitifs par la Cour de Cassation : la reconnaissance d'une punition sans disproportion	57
A- L'absence de contrariété des dommages et intérêts punitifs à l'ordre public international français.....	58
B- Le contrôle de proportionnalité	60
III- Le spectre d'une évolution législative	62
A- Les conditions de l'octroi des dommages et intérêts punitifs	63
1- Le fait générateur	63
2- Le pouvoir d'appréciation du juge	65
3- Le responsable	65
4- La question de l'assurance	66
B- Les effets de la mise en jeu d'une responsabilité punitive	68
1- Le quantum des dommages et intérêts punitifs	68
2- Le bénéficiaire des dommages et intérêts punitifs	69
CONCLUSION	72
BIBLIOGRAPHIE	74

Le dramaturge américain Thomas Stearns Eliot a écrit « *Entre l'idée et la réalité, entre l'esquisse du geste et l'acte, se glisse l'ombre* ». Parce que la doctrine l'encourage, parce que la jurisprudence la reconnaît et parce que le législateur français y réfléchit, l'ombre des dommages et intérêts punitifs plane sur le droit français de la responsabilité civile. Du fait de l'accroissement des échanges économiques, les points de contact entre les systèmes se multiplient. Les dommages et intérêts punitifs constituent, dans les pays de Common Law, une réalité historique et culturelle profondément enracinée dans le système juridique. Et cette réalité ne demande parfois qu'à franchir les frontières...

Dans sa thèse sur « *la responsabilité civile dans sa fonction de peine privée* », Suzanne Carval rompt avec l'idée traditionnelle d'une responsabilité civile envisagée seulement comme un instrument de réparation des dommages. Elle soutient que dans la conception populaire, l'homme responsable est un homme redevable d'une somme d'argent - la créance de réparation - mais il est surtout désigné comme l'auteur d'un dommage inacceptable et, à ce titre, il doit être sanctionné. La responsabilité civile est donc originale en ce qu'elle est apte non seulement à compenser la victime du préjudice qu'elle a subi, mais aussi parce qu'elle permet de sanctionner la violation des règles de comportement et de prévenir, par la dissuasion, la répétition d'actes préjudiciables. Est alors mise en avant la capacité normative de la responsabilité civile : cette dernière a une fonction de peine privée ; elle inflige des sanctions civiles punitives à l'auteur d'une faute qui lui est moralement imputable et au profit exclusif de la victime qui peut seule en demander application.

L'âge d'or de cette responsabilité « sanctionnatrice » était le XIX^e siècle : l'objectif de l'indemnisation était la sanction et le droit de la responsabilité civile avait pour but d'édicter des normes de comportement, orientées sur le devoir de ne pas nuire à autrui. La condamnation à une réparation contenait en elle-même une part de punition du coupable du fait de l'absence d'assurance de responsabilité civile. La condamnation à réparer un dommage pouvait donc constituer une lourde charge financière qui justifiait alors que l'obligation de réparer ne puisse être imposée qu'à celui qui l'avait méritée, c'est-à-dire l'auteur fautif d'un fait dommageable « conscient à l'égard des actes qu'il a réellement voulu »². Dans cette perspective sanctionnatrice, le droit de la responsabilité civile assure le règne de la faute en créant un lien irréductible entre l'idée de responsabilité et celle de culpabilité. Ce droit est alors tout entier orienté vers l'auteur du dommage ; son comportement est passé au crible. Du latin *fallere* qui signifie *tomber*, la faute est « la défaillance de l'homme qui n'accomplit pas son devoir »³ ; la faute suppose donc l'intention de commettre un péché. Certes, l'article 1382 du Code Civil ne permet pas de dire si la faute est nécessairement voulue mais cette

2 Définition du dictionnaire Lalande

3 J. MEADEL, « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *Petites Affiches*, 17 avril 2007 n°77, p. 6

imprécision ne posait pas de difficultés : lorsqu'un dommage survenait, il convenait de se demander par la faute de qui il était arrivé, et la charge de la réparation lui était alors attribuée. « La faute et le dommage formaient alors un couple uni »⁴. Dans ce contexte, les dommages et intérêts attribués à la victime étaient indéniablement « une arme à double tranchant : instrument de réparation certes, mais aussi moyen de sanction »⁵.

Cette conception traditionnelle de la responsabilité civile a aujourd'hui perdu de son intensité : l'enjeu est devenu celui de l'indemnisation des victimes et le rôle de la faute a sensiblement décliné en raison des mutations profondes qu'a connu la société française à la fin du XIX^e siècle. Tout d'abord, une mutation structurelle, les avancées techniques, avec la révolution industrielle et l'avènement du machinisme : cette modernisation de la société s'accompagne d'un surcroît de dangerosité avec des dommages de plus en plus complexes et qui se multiplient. À cela s'est ajoutée une mutation idéologique : l'évolution des mentalités face à la montée en puissance des accidents. Un sentiment de solidarité, d'impératif de sécurité pour les victimes a fait de l'indemnisation de celles-ci un impératif prioritaire dans le corps social. Or, cela est contrecarré par le fondement retenu pour être indemnisé, à savoir la preuve de la faute souvent difficile à apporter. S'opère donc un divorce entre la responsabilité et la culpabilité : on passe d'une responsabilité subjective fondée sur l'idée de faute et tournée vers l'auteur du dommage, à une responsabilité objective, sans faute et fondée sur le risque, où l'acteur principal devient la victime d'où le respect fondamental par les juges du principe de la réparation intégrale du préjudice. La responsabilité est à la mesure du dommage et non de la faute. Il n'y a plus de fonction moralisatrice de la responsabilité, il n'y a plus de signification morale de la notion de faute. Enfin, cette mutation profonde du droit de la responsabilité civile s'explique aussi par l'apparition d'un système d'indemnisation collective avec la prise en charge, par l'assurance, de la réparation des dommages. Le développement de l'assurance annihile l'impact dissuasif de la condamnation civile. Le déclin de la faute se prolonge donc par le déclin de la responsabilité individuelle au profit d'une collectivisation de l'indemnisation. On fait disparaître la faute en recherchant davantage la personne assurée qui répondra réellement du préjudice. Ce n'est donc plus l'auteur du dommage mais la collectivité des assurés qui supporte le poids de l'indemnisation, sur le fondement d'une mutualisation des risques. Dès lors, « la responsabilité civile a évolué d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation »⁶.

Ainsi, pendant près de cinquante ans, c'est incontestablement le développement de la

4 B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*

5 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Tome 250

6 Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.*, 1987

fonction de réparation de la responsabilité civile qui a tenu la vedette avec l'enjeu de l'indemnisation des victimes. La fonction de peine privée de la responsabilité civile paraissait donc destinée à s'effacer ; la responsabilité civile devenant étrangère à la punition qui ne relèverait plus désormais que du droit pénal. On devrait alors, dans ce cas, constater la disparition, au sein de notre droit, de toute manifestation de la dimension punitive de la responsabilité. Pourtant, en se penchant sur le droit positif, on peut constater que notre droit de la responsabilité civile persiste à ménager une certaine place à l'objectif de punition et comporte encore des aspects punitifs. Un exemple du recours à la technique de la peine privée pour réprimer certaines fautes civiles se trouve dans la faculté offerte aux créanciers d'obligations contractuelles d'insérer, à leur profit, dans le contrat qui les lie à leur débiteur, des clauses pénales. Le contrat de clause pénale n'est conclu que dans le but d'assurer l'exécution d'une obligation antérieurement créée. Elle confère ainsi une « sécurité au créancier de l'obligation préalable qui se traduit par le caractère comminatoire de la clause »⁷. En effet, pour inciter le débiteur à s'exécuter, les contractants conviennent que, celui-ci, s'il fait défaut et manque à la parole donnée, devra exécuter une peine qui, en cas de préjudice, se substituera aux dommages et intérêts de droit commun. Par la peine qu'elle contient, la clause pénale constitue une menace pour le débiteur destinée à agir psychologiquement sur lui : « la perspective d'avoir à payer un forfait exorbitant ne peut qu'inciter le débiteur solvable à respecter scrupuleusement ses engagements »⁸. Certes, on peut y voir une appréciation forfaitaire du préjudice contractuel respectueuse alors du principe d'équivalence entre le préjudice subi et sa réparation, mais le droit positif ne frappe pas d'interdit la clause pénale lorsque son objectif est bien de dissuader le débiteur d'une inexécution. Bien entendu, la vertu comminatoire de la clause pénale ne pourra jouer qu'à la condition de ne pas dépasser les bornes du raisonnable. À ce titre, le pouvoir donné au juge de réviser le montant des clauses pénales manifestement excessif ou dérisoire ne constitue pas, dans la pratique des tribunaux, un obstacle à l'épanouissement de cette peine privée puisqu'il apparaît que les juges apprécient assez strictement l'exigence du caractère manifestement excessif de la clause pénale et refusent fréquemment de modérer des montants pourtant nettement plus élevés que celui du préjudice subi.

Sur ce plan, la clause pénale joue un rôle identique à celui de l'astreinte qui permet aux magistrats de garantir la correcte exécution de leurs décisions : on retrouve en effet ce caractère comminatoire, intimidant et contraignant, dans l'astreinte judiciaire qui consiste à « faire peser sur le débiteur une condamnation plus lourde que la condamnation à l'exécution directe de son obligation, afin d'exercer une pression sur sa volonté rebelle, et de lui faire accepter comme un

7 D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Tome 223

8 P. GERBAY, *Moyens de pression privés et exécution du contrat*, th. Dijon, 1976

moindre mal l'exécution de cette obligation »⁹. L'astreinte est donc une sanction particulièrement redoutable puisqu'elle voit sa force comminatoire croître avec l'écoulement du temps. Elle a acquis sa force dissuasive lorsque la Cour de Cassation a officiellement reconnu sa fonction punitive en la qualifiant de « mesure de contrainte entièrement distincte des dommages et intérêts, et liquidée en fonction de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés »¹⁰.

Toutes ces manifestations de la fonction punitive de la responsabilité montrent que le droit de la responsabilité civile est capable, pour servir la mise en œuvre effective de son objectif de dissuasion et définir des règles de comportement, de rompre les liens qui unissent traditionnellement la sanction civile à la mesure du dommage. Ainsi, François-Xavier Licari¹¹ soutient que le droit français de la responsabilité civile ne repose pas sur un principe – la réparation intégrale du préjudice – assorti d'une exception – la punition – mais sur deux principes de force égale et complémentaire et présente de ce fait une nature hybride. Or, le strict respect du principe de la réparation intégrale du préjudice n'est pas suffisant pour assurer de manière adéquate la fonction préventive de la responsabilité civile. Pour restaurer la fonction de la responsabilité au profit d'un sentiment de justice et d'équité, l'un des outils à la disposition du juge serait l'allocation de dommages et intérêts punitifs, institution développée par les régimes juridiques de Common Law et inconnue de notre droit français. Ces dommages et intérêts punitifs, ayant à l'origine pour vocation de châtier les individus dont il apparaissait qu'ils avaient violé la loi civile avec une intention méchante ou malicieuse, sont aujourd'hui attribués, dans la mesure où ils excèdent manifestement l'indemnisation du dommage, pour infliger une punition au responsable et dissuader, par la prévention et l'éducation, la réapparition dans l'avenir de l'acte dommageable : « *exemplary damages are intended not merely to compensate the plaintiff but also to punish the defendant and act as a deterrent to others* »¹². Ils sont une catégorie particulière de dommages et intérêts extra-compensatoires qui présentent une connotation répressive marquée.

Sous la forme qu'ils revêtent en Common Law, les dommages et intérêts punitifs n'existent pas dans les systèmes juridiques de tradition romano-germanique et sont formellement prohibés par le droit français. L'allocation de dommages et intérêts punitifs serait en effet contraire au principe de l'équivalence du dommage et de la réparation, dont la Cour de Cassation contrôle le respect, si bien que l'octroi de tels dommages et intérêts ne pourrait être avouée par les juges du fond sous peine de censure de leur décision. Ainsi, l'introduction en France du principe des dommages et intérêts

9 P. KAYSER, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1953, n°28

10 Cass. 1re Civ., 20 octobre 1959

11 F.X. LICARI, JDI 2010 p. 1230

12 Lord DEVLIN, *Rookes v. Barnard*, House of Lords, 1964

punitifs paraît ébranler, *prima facie*, les règles de notre droit de la responsabilité civile, au premier rang desquelles l'exclusivité de sa vocation compensatoire, la répression étant traditionnellement confiée à la loi pénale. Chacun sait pourtant que les sanctions punitives se cachent fréquemment derrière les condamnations indemnitaires ; l'observateur attentif a tôt fait de lever ce voile formaliste. En laissant prospérer l'appréciation souveraine des juges du fond, la Haute juridiction autorise en pratique des niveaux de compensation qui confinent à la répression puisqu'ils s'affranchissent de toute considération liée à la situation effective de la victime. Certains auteurs n'hésitent donc pas à affirmer que « les magistrats rappellent parfois le principe de la réparation intégrale du préjudice pour mieux le violer, sous couvert de la souveraineté d'appréciation dont ils jouissent dans la mesure de l'étendue du préjudice »¹³. Le plus souvent, c'est à travers la réparation du dommage moral que le juge cherche la punition d'un coupable ou dans des situations où le responsable adopte un comportement immoral en voulant tirer un bénéfice financier de la violation de la règle et de l'éthique. Ainsi, en cas de préjudice moral ou de faute lucrative (notion sur laquelle il conviendra de revenir dans le corps du mémoire), où l'évaluation des dommages et intérêts est manifestement déconnectée de la valeur objective du préjudice, notamment en ce qui concerne l'atteinte aux droits de la personnalité par voie de presse ou encore la concurrence déloyale, les juges accordent souvent une indemnisation supérieure au dommage réellement subi par la victime. Dans toutes ces hypothèses, l'insuffisance du principe de réparation intégrale étant avérée, les tribunaux doivent ruser avec lui et le font généralement en se contentant de l'affirmation purement formelle de la correspondance effective de l'indemnité ordonnée à l'ampleur des dommages constatés. Or, derrière cette affirmation, se cache une pratique largement comparable à celle des dommages et intérêts punitifs. Dès lors, si l'on ne s'arrête pas aux noms donnés aux figures juridiques, mais que l'on s'intéresse à la substance, force est de constater que la frontière entre la compensation et la punition est relative et qu'en droit français, la fonction normative de la responsabilité est assurée par des dommages et intérêts punitifs même s'ils n'en portent pas le nom. Cette attitude des juges du fond révèle alors un non-droit et crée une insécurité juridique généralisée : il s'agit d'une pratique occulte et par conséquent non contrôlée, ce qui la fragilise et favorise toutes les dérives. Toute sanction doit en effet être contrôlée et encadrée juridiquement sous peine de dériver vers l'arbitraire¹⁴.

Il apparaît donc aujourd'hui opportun et même nécessaire de créer et de développer l'usage d'une sanction intermédiaire entre les dommages et intérêts soumis au principe indemnitaire qui

13 M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, n° 532

14 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Tome 250 : l'auteur dénonce les dangers d'une pénalisation rampante et inavouée

n'est pas assez dissuasif, et la sanction pénale qui n'est pas assez souple car assortie de contraintes trop excessives. L'ignorance, au moins officielle, par notre droit, d'un tel instrument est en effet souvent dénoncée comme une lacune. C'est pourquoi, la question à laquelle nous tenterons de répondre par ce mémoire est celle de l'opportunité d'aménager en droit français, sur le modèle des systèmes juridiques de Common Law, une véritable fonction punitive de la responsabilité civile en officialisant les dommages et intérêts punitifs : quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitif ? Le comparatiste n'est pas hostile à la circulation des modèles juridiques, mais il connaît les difficultés d'adaptation. Nous analyserons donc les perspectives et les problèmes à travers une étude des droits anglais et américain pour apprécier dans quelle mesure il serait possible de construire un cadre juridique qui permette aux dommages et intérêts punitifs de se développer, sans porter atteinte à la cohérence de notre droit de la responsabilité civile et aux acquis du droit existant. La mise en œuvre pratique des dommages et intérêts punitifs s'avère en effet délicate, de sorte que sa généralisation ne serait envisageable qu'à la condition qu'elle fasse l'objet d'un aménagement législatif suffisamment précis. À défaut, elle pourrait rendre notre droit de la réparation plus flou et plus aléatoire qu'il ne l'est actuellement. Nous choisirons, à cette fin, d'inscrire la problématique des dommages et intérêts punitifs dans une perspective générale qui transcende les deux ordres de responsabilité civile, le délictuel et le contractuel.

Nous verrons dans un premier temps ce que recouvre, de manière précise, la notion de dommages et intérêts punitifs en voyageant dans les principaux pays de la Common Law qui ont vu naître cette institution (partie I). Cette entreprise de recherche et de description étant accomplie, il nous faudra en exploiter les fruits. Pour ce faire, nous aurons à prendre définitivement parti sur la question de la possibilité d'une introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français (partie II). À supposer que nous puissions répondre par l'affirmative, il nous restera à examiner la question des voies que cette officialisation pourrait emprunter (partie III).

PARTIE I : QUE SONT LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS ? **LA RECONNAISSANCE DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS DANS LES** **SYSTÈMES DE DROIT ÉTRANGER**

Pour comprendre une institution étrangère, il faut l'intégrer dans le système de droit étranger : les pays de Common Law, *alma mater* des dommages et intérêts punitifs, affirment que le rôle de ces derniers est de compenser le préjudice subi par la victime mais qu'au-delà de ce rôle indemnitaire, ils peuvent punir l'auteur du dommage et être un moyen de décourager pour l'avenir des comportements gravement répréhensibles. C'est sur cette définition qu'il conviendra de revenir (I), avant de tenter d'expliquer la raison pour laquelle les systèmes de Common Law, contrairement aux systèmes de droit romaniste, se prêtent plus facilement à la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs (II). Si le principe de l'existence des dommages et intérêts punitifs est bien reconnu, ils apparaissent néanmoins comme une « *anomaly* »¹⁵ dans le droit de la réparation du préjudice et forment une institution à part entre le droit civil et le droit pénal. Ainsi, en raison de leur caractère anormal, ils subissent des limitations ou des contrôles (III).

I. Définition

De même que le droit de la Common Law classe avec précision les différents torts qui justifient le prononcé d'une sanction civile, il distingue, avec la même précision, diverses catégories de dommages et intérêts en leur assignant à chacune une fonction bien définie. Il est donc nécessaire que lors d'un procès, le juge explique aux jurés la distinction délicate entre les *aggravated* et les *exemplary damages* (A), pour bien comprendre les raisons d'être du recours aux dommages et intérêts punitifs (B). La question de la moralisation de la réparation du dommage, qui figure parmi les fonctions assignées aux dommages et intérêts punitifs, retiendra particulièrement notre attention (C).

A. La distinction entre *aggravated* et *exemplary damages*

Dans un article du Oxford Journal of Legal Studies du printemps 2003, Allan Beever se penche sur la structure respective des *aggravated damages* et des *exemplary damages* en soutenant que les situations qui justifient leur octroi doivent bien être distinguées et répondent à des objectifs distincts. Les dommages et intérêts punitifs expriment la réprobation qu'inspire la conduite du défendeur alors que les *aggravated damages* sont un surcroît de réparation, accordé chaque fois que le préjudice de la victime est accentué par des circonstances particulières, principalement le motif auquel a obéi l'auteur du dommage ou la manière avec laquelle il a accompli l'acte dommageable.

Si la distinction paraît simple dans son principe, sa mise en œuvre exige des jurés une

¹⁵ *Rookes v. Barnard*, House of Lords, 1964

analyse minutieuse de la situation de fait. Pour éviter toute confusion, Lord Devlin, dans l'arrêt *Rookes v. Barnard*, définissait les *aggravated damages* comme une catégorie particulière de dommages et intérêts compensatoires utilisés pour réparer un préjudice causé à la victime et atteignant sa dignité et son honneur. Il convient donc d'accorder des *aggravated damages* en apportant la preuve du même type de comportement blâmable justifiant la condamnation à des dommages et intérêts punitifs, mais les *aggravated damages* sont accordés lorsque l'affaire échappe aux catégories restrictives posées par l'arrêt *Rookes v. Barnard*, sur lesquelles il conviendra de revenir. Pour mieux comprendre la distinction, Allan Beever propose d'analyser la situation suivante : une personne frappe une autre personne par accident ou de façon intentionnelle ; le deuxième scénario présente un caractère aggravé car un intérêt particulier s'y trouve affecté et qui ne paraît pas atteint dans le premier cas. Allan Beever qualifie cette seconde situation de « coercion » qu'il distingue du « ordinary wrongdoing¹⁶ » et de la « deception¹⁷ ». Dans notre hypothèse, l'auteur du dommage nie totalement que la victime ait un quelconque droit : en frappant intentionnellement la victime, il fait naître la croyance implicite que cette dernière n'a pas droit au respect de son intégrité corporelle. Il s'agit de l'attaque la plus violente faite à sa dignité. Le demandeur est victime non seulement d'un dommage corporel, moral ou matériel mais il est surtout traité par l'auteur du dommage comme n'ayant aucun droit. C'est ce type de comportement qui permet l'application des *aggravated damages*.

Ainsi, une détention injustifiée, subie dans des conditions pénibles, peut justifier l'octroi de *aggravated damages*. Il conviendra également d'analyser la conduite de la personne responsable de la détention pour déterminer si une condamnation punitive est également appropriée, sur le fondement des critères retenus par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Rookes v. Barnard*. Le jury doit donc se demander par exemple, s'il y a eu simple négligence, auquel cas une sanction punitive n'est pas opportune, ou si le défendeur a agi avec une volonté de nuire. À l'inverse, une faute peut revêtir un caractère d'extrême gravité et mériter une sanction punitive, alors même que la victime n'a pas particulièrement souffert, par exemple dans le cas d'une arrestation effectuée pour des motifs politiques mais avec beaucoup d'égards pour la victime.

L'exposé de cette distinction fondamentale entre *aggravated* et *exemplary damages*, ainsi que la compréhension des situations à l'origine de l'octroi des *aggravated damages*, sont un préalable nécessaire à l'analyse des raisons d'être du recours aux dommages et intérêts punitifs et

16 « méfait ordinaire » : l'auteur du dommage accepte de considérer que la victime est titulaire de droits et doit être respectée en tant que telle mais il nie, dans cette situation, un tel droit

17 « tromperie » : la partie lésée reçoit ce qu'elle croit faussement être son dû lorsqu'en réalité, sa croyance est provoquée par la tromperie du défendeur qui ignore ses droits

donc de leur fonction en droit de la responsabilité civile.

B. Les raisons d'être du recours aux dommages et intérêts punitifs

Les dommages et intérêts punitifs apparaissent, nous l'avons vu, comme une anomalie dans le droit de la réparation du préjudice car même dans les pays de Common Law, les dommages et intérêts sont essentiellement indemnitaires. Leur existence est donc contestable mais les avantages qu'ils présentent justifient leur reconnaissance et leur maintien dans les droits qui les ont adoptés.

Les dommages et intérêts punitifs sont nées en Angleterre, à la fin du XVIII^e siècle, et avaient pour but de punir l'auteur du dommage et de dissuader pour l'avenir la réalisation d'un acte fautif : ils jouent un rôle de prévention et sont, à ce titre, un moyen d'assurer le respect de la loi. En effet, le supplément de condamnation qui pèse sur le responsable est un moyen d'accroître la sévérité et donc le caractère dissuasif des dommages et intérêts compensatoires. Les dommages et intérêts punitifs assurent ainsi plusieurs fonctions que les tribunaux prennent souvent soin de rappeler de façon détaillée : dans un arrêt *Cooper Industry v. Leatherman Tool*¹⁸ rendu par la Cour Suprême des États-Unis, le juge John Paul Stevens rappelle que « *Although compensatory damages and punitive damages are typically awarded at the same time by the same decisionmaker, they serve distinct purposes. The former are intended to redress the concrete loss that the plaintiff has suffered by reason of the defendant's wrongful conduct. The latter, which has been described as quasi-criminal, operate as private fines intended to punish the defendant and to deter future wrongdoing. A jury's assessment of the extent of a plaintiff's injury is essentially a factual determination, whereas its imposition of punitive damages is an expression of its moral condemnation* ».

Les dommages et intérêts punitifs expriment d'abord la réprobation et l'indignation sociales. Ils canalisent le désir naturel et légitime de vengeance de la personne lésée et sont, à ce titre, parfois qualifiés de *vindictive damages*. Les dommages et intérêts punitifs donnent à la victime une satisfaction morale en la restaurant dans ses droits bafoués. Ils apporteraient donc un bienfait psychologique aux victimes : l'action au civil a en effet des vertus thérapeutiques plus importantes que le droit pénal dans la mesure où les parties sont placées sur un strict pied d'égalité et la victime a ainsi une emprise plus forte sur l'instance. Une action au civil est initiée et contrôlée par la victime tandis qu'en droit pénal, l'acteur essentiel est le Ministère Public. Ainsi, une action en dommages et intérêts punitifs permet à la victime de défendre publiquement sa version des faits et d'infliger une punition qui lui revient directement et qui n'est pas octroyée au Trésor sous la forme d'une peine d'amende par exemple. Le but est donc de donner une coloration quasi-pénale à des actes qui, bien que qualifiés de torts au sens du droit civil, gardent un caractère éminemment répréhensible. « Une

¹⁸ *Cooper Industry v. Leatherman Tool*, 532 US, 2001

communauté admet que des personnes diligentes, des bons pères de famille, puissent parfois commettre une faute dont il résulte un dommage non intentionnel pour lequel une compensation adéquate est requise. Mais la société admet de moins en moins qu'un de ses membres inflige à un autre un dommage de manière délibérée ou par légèreté »¹⁹. Ainsi, un système judiciaire qui accorde des dommages et intérêts punitifs entend punir le fauteur de trouble par une peine privée. Cela participe à la fois de la satisfaction, de la punition et de la vengeance.

Les dommages et intérêts permettent ensuite, sans lui faire de concurrence, de compléter le droit pénal²⁰. En effet, le droit pénal n'assure pas toujours sa fonction répressive de manière satisfaisante. La justice pénale est saturée et la majorité des affaires sont classées sans suite si bien que de nombreux délits restent impunis puisque l'État n'a pas les ressources suffisantes pour appréhender tous les délinquants. Les dommages et intérêts punitifs peuvent donc avoir pour fonction de soulager le système pénal, de pallier ainsi les lacunes ou l'inefficacité de la répression pénale, en assurant le châtement du coupable. D'une part, certains méfaits ne sont pas suffisamment importants pour requérir les formes les plus sévères de punitions que l'on trouve dans le droit pénal. Ainsi, les dommages et intérêts punitifs sont une façon appropriée de donner une réponse judiciaire complète à l'acte dommageable qui a été commis. Il faut voir alors, dans les dommages et intérêts punitifs, une forme civilisée de vengeance publique qui offre, aux personnes atteintes par un délit d'importance moyenne, un remède que la justice pénale ne peut leur offrir. Les dommages et intérêts punitifs évitent le recours à la vengeance privée et ont de ce fait une fonction pacificatrice. D'autre part, les dommages et intérêts punitifs permettent de sauver les deniers publics en donnant aux victimes une incitation à supporter le coût de la mise en œuvre de leur droit. En effet, dans bien des cas, la victime d'un dommage renonce à agir car les frais et les inconvénients qui en résulteront ne seront pas réellement contrebalancés par l'indemnisation qu'elle peut espérer de son action. Cette fonction est particulièrement importante pour les petits litiges, en droit de la consommation notamment, où le professionnel, souvent, compte sur l'inaction du consommateur déçu et continue ainsi ses pratiques répréhensibles. L'enrichissement de la victime devient alors l'un des moyens privilégiés pour l'encourager à agir contre l'auteur de la faute ; elle assume ainsi un rôle de procureur privé.

Les dommages et intérêts punitifs sont enfin nécessaires pour s'assurer que la répétition d'un acte répréhensible soit suffisamment dissuadée. Ce sera le cas lorsque la faute est grave mais la réparation légère car le dommage subi est minime et qu'ainsi les dommages et intérêts strictement compensatoires ne seraient pas adéquats. Cela illustre la fonction normative de la responsabilité

19 Opinion du juge Richard Posner, *Kemezy v. Peters*, 1996

20 A. BEEVER, *Oxford Journal of Legal Studies* 87, Spring 2003

civile. Sachant qu'il devra une compensation pour le dommage qu'il inflige, l'auteur potentiel d'un acte illicite sera dissuadé de causer un dommage, à moins que le bénéfice qu'il peut espérer en retirer ne soit plus important pour lui. Si la société veut éviter que les individus puissent ainsi mettre en balance les coûts et les bénéfices, les dommages et intérêts punitifs sont un moyen de rendre le coût de l'acte antisocial trop élevé. C'est cette problématique que l'on qualifie souvent sous le terme de « faute lucrative » et sur lequel il conviendra de revenir de façon plus détaillée dans la suite du mémoire.

C. Les dommages et intérêts punitifs : facteur de moralisation de la réparation du dommage ?

S'il faut s'interroger à propos des dommages et intérêts punitifs, c'est peut-être qu'une telle institution, en renforçant la fonction punitive de la responsabilité civile, contribuerait à « moraliser »²¹ notre droit. Pourtant, si l'on observe le droit français et que l'on considère la réparation comme un effet de la responsabilité civile, on ne peut que constater que le droit qui la régit obéit à des principes et des règles qui semblent en parfaite conformité avec les préceptes de la morale. La réparation du dommage est en effet dominée par le principe majeur de la réparation intégrale du préjudice qui consiste à « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ». Or, l'examen du sens et de la portée de ce principe considéré comme l'essentiel du droit de la réparation du dommage, ne contredit pourtant aucun des impératifs éthiques poursuivis par la responsabilité civile et paraît en parfait accord avec les règles de la morale. Il impose en effet de réparer « tout le dommage mais rien que le dommage ». A cette exigence de réparation intégrale, s'ajoute la volonté, tout aussi morale, d'éviter qu'à l'occasion de l'indemnisation, la victime ne s'enrichisse au détriment du responsable. C'est pourquoi la jurisprudence veille à ce qu'elle ne perçoive pas plus que le dommage. On recherche la plus totale équité en commandant que la victime soit totalement indemnisée du préjudice causé par le responsable, sans pour autant que l'accident soit pour elle une source d'enrichissement.

Au VIII^e siècle av. J.C, dans un certain nombre d'ouvrages grecs, sont soulignées les deux premières vocations du droit qui sont d'assurer l'ordre et la justice. C'est en se comportant de façon juste que les hommes pourront vivre en société et cette idée majeure se retrouve chez les grands philosophes grecs, en particulier Aristote, qui attribuait au droit la réalisation d'un idéal de justice et d'équité. Dans son ouvrage *Ethique à Nicomaque*, Aristote pose que la justice est ce qui consiste à

21 P. JOURDAIN, « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? Rapport introductif », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 3

attribuer à chacun son droit. Celui qui dit le droit, le législateur, et celui qui rend le droit, le juge, l'un comme l'autre ont pour mission d'attribuer à chacun ce qui lui revient, ce qui lui est dû, ce à quoi il peut prétendre. La conception d'Aristote s'explique à travers la notion de « justice commutative » qui est celle qui est appelée à réaliser l'égalité entre tous les membres du corps social. Cette justice obéit au précepte d'équivalence, de valeur égale, qui vaut autant en quantité qu'en qualité. Aristote disait donc qu'« il y a respect de la justice commutative quand on obtient autant que ce que l'on avait et que l'égalité est sauvegardée ; entre les deux parties, chacun a ce qui lui revient et par conséquent, il n'y a ni perte ni profit » . Ainsi, le principe de la réparation intégrale du préjudice semble bien être une expression de la justice commutative ou corrective chère à Aristote, si bien qu'il paraît difficile de contester sa rectitude morale. Cependant, si l'on élargit le champ de l'investigation en s'attachant non plus seulement à la seule réparation mais à l'institution de la responsabilité civile, on devine ce qu'elle pourrait gagner à l'adjonction de règles intégrant les dommages et intérêts punitifs en son sein.

En effet, à défaut de moraliser la réparation, les dommages et intérêts punitifs seraient-ils un facteur de moralisation de la responsabilité civile ? En réalité, lorsque le juge octroie des dommages et intérêts punitifs, son objectif n'est pas tant la punition que la prévention et la dissuasion donc, ce qu'il s'agit d'obtenir, par la menace d'une telle condamnation, c'est le respect de la règle de droit. Un tel constat est possible si l'on s'intéresse aux affaires les plus célèbres concernant les dommages et intérêts punitifs aux États-Unis : l'aspect comminatoire des dommages et intérêts punitifs est frappant. Dans l'*affaire Ford Pinto*²² par exemple, les défendeurs avaient été avertis de l'existence d'un défaut sur le modèle de voiture Ford Pinto, défaut qui pouvait provoquer le feu dans le véhicule s'il était heurté par l'arrière. Aucune modification ne fut cependant décidée, après que fût calculé que le prix des modifications à effectuer sur les véhicules serait supérieur aux dommages et intérêts compensatoires qui pourraient être versés en cas de procès. Le mépris de l'intérêt d'autrui est alors apparu aussi répréhensible que l'intention de nuire si bien que le droit américain a accordé des dommages et intérêts punitifs en raison de la mise en danger délibérée d'autrui. L'octroi de ces dommages et intérêts punitifs était donc, de toute évidence, destiné à obliger la firme automobile à réviser la conception de ses modèles. Les dommages et intérêts punitifs ont donc essentiellement un rôle comminatoire en obligeant le sujet, par une contrainte financière irrésistible, à respecter la règle de droit. Les dommages et intérêts punitifs servent alors un intérêt public, le bien-être de la société tout entière, que l'on retrouve aussi dans les célèbres affaires relatives aux médicaments. Il s'agit alors d'assurer l'efficacité de la règle de droit, beaucoup plus que de moraliser les comportements.

Si l'on a, à présent, compris ce que sont les dommages et intérêts punitifs, il convient de se

22 *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 1981, 117 Reprtr 348

demander pourquoi ils ont réussi à se développer dans les systèmes juridiques de Common Law et demeurent encore inconnus de nos systèmes juridiques de tradition romano-germaniques.

II. La Common Law, « terreau favorable » à l'implantation des dommages et intérêts punitifs

« Il n'y a pas de génération spontanée dans le droit ; les institutions, comme les plantes et les arbres, naissent et se développent sur des terreaux propices »²³. La tradition de la Common Law, telle qu'elle se perpétue en Angleterre (A) et aux États-Unis (B), se prête facilement, contrairement aux systèmes de droit romaniste, à la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs. Quant au Québec, ce pays de droit civil profondément imprégné des conceptions françaises quant au rôle de la responsabilité civile, il a choisi d'emprunter à la Common Law le concept de peine privée, afin d'en faire l'un des piliers de sa Charte des droits et libertés (C).

A. Les caractéristiques de la Common Law en Angleterre

Les dommages et intérêts punitifs sont apparus en Angleterre fin XVIII^e siècle, et sont une spécificité des pays de Common Law. En effet, la Common Law est un système de droit jurisprudentiel : le droit naît des faits d'une espèce, « *the decisions of courts of justice are the evidence of what is Common Law* »²⁴. Aucun texte ne définit donc les dommages et intérêts ni n'en limite leur rôle, contrairement à notre droit français de la responsabilité civile qui repose sur un principe légal d'équivalence entre le dommage subi et l'indemnisation accordée à la victime. C'est la raison pour laquelle on trouve, en Common Law, une grande variété de dommages et intérêts, la mesure des dommages et intérêts n'étant pas exclusivement la perte subie ou l'espoir déçu. Se sont donc développés des *nominal damages*, *substantial damages*, ou encore des *contemptuous damages* qui sont tous des dommages et intérêts compensatoires dont le montant ne peut pas, en principe, excéder le dommage réellement subi. Cependant, du fait de l'absence de texte législatif imposant la mesure des dommages et intérêts qu'il est possible d'accorder à la victime d'un dommage, le juge dispose d'une plus grande liberté et son pouvoir créateur lui a permis d'introduire en Common Law des dommages et intérêts dont le montant excède la stricte compensation du préjudice, les dommages et intérêts punitifs. De plus, la Common Law est née d'une procédure accusatoire avec jury. Ainsi, le prononcé d'une peine privée sous la forme de dommages et intérêts punitifs peut être décidé au terme d'une réflexion conjointe d'un magistrat professionnel et d'un jury populaire dans

23 C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 8

24 Judge Blackstone

les cas de fraude, de diffamation et d'emprisonnement ou de poursuite judiciaire injustifiés. Cette particularité des procès civils en Common Law pourrait également être à l'origine de l'octroi de dommages et intérêts punitifs : le juge énonce la règle de droit applicable, les jurés se prononcent sur les faits si bien que l'évaluation du montant des dommages et intérêts est laissée à l'appréciation des jurés qui, sensibles aux préjudices subis, ont une certaine tendance à favoriser les victimes. « *La doctrine des dommages et intérêts exemplaires a pris naissance dans la survivance, dans quelques cas limités, du vieux pouvoir arbitraire du jury* »²⁵.

À ces premiers traits de la Common Law, s'ajoute une autre source majeure du droit qui a pu aussi être indirectement un élément favorable à la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs. En effet, les règles de l'*equity* sont essentiellement fondées sur la morale : le rôle du *Chancellor* était d'apporter des sanctions nouvelles pour remédier aux lacunes et injustices que les règles strictes et formalistes de la Common Law pouvaient entraîner. L'accent était mis moins sur la forme ou la procédure que sur les idéaux de justice et d'équité. L'idée d'une sanction moralisatrice, infligée dans un procès civil et non pénal à l'encontre de celui qui peut avoir un comportement répréhensible, correspond à l'idée de l'*equity* même si les dommages et intérêts punitifs relèvent essentiellement du droit des torts en Common Law. Ce sont les règles du droit des torts qui ont, en effet, facilité l'octroi de dommages et intérêts punitifs. Il n'y a pas en Common Law de principe général de responsabilité civile, il n'y a que des cas de responsabilités spéciales couvrant les différents *torts* : *trespass, battery, assault, negligence, nuisance* ... Cette diversité a pu permettre aux juges, en raison de la spécificité et du rôle de chaque tort, d'adapter la fonction et le montant des dommages et intérêts. La détention arbitraire par exemple peut justifier la punition de l'auteur tandis qu'il semble plus difficile d'infliger une sanction punitive à l'auteur d'une simple négligence. Les dommages et intérêts varient donc en fonction de la spécificité de chaque « *tort* » car la réalité suppose une certaine gradation des « *torts* » en fonction de leur gravité : certains reposent sur une simple négligence, d'autres sur une faute manifestement délibérée ; l'impératif recherché par la responsabilité varie selon la catégorie du « *tort* » invoqué. Ainsi, si les dommages-intérêts compensatoires semblent parfaitement suffire lorsqu'il s'agit d'une simple négligence, il en va autrement dans le cas d'un « *tort* » délibéré où l'impératif de répression et de dissuasion refont surface. Il existe également en Common Law des torts qui ne requièrent pas la preuve de l'existence d'un préjudice : c'est le cas du *trespass* où la simple violation des intérêts qu'il protège suffit pour qu'il soit réalisé, justifiant ainsi une punition. On est donc proche de l'infraction pénale, punissable en l'absence de tout dommage.

Enfin, et c'est peut-être là le facteur déterminant, la procédure pénale en Common Law

25 *La mesure du dommage*, 1891

ignore l'existence de l'action civile, les juridictions pénales ne pouvant prononcer que des sanctions pénales. Le centre de gravité des systèmes juridiques de Common Law est l'individu dont la liberté ne s'arrête que lorsqu'elle provoque une plainte ; au contraire, les systèmes juridiques de tradition romano-germanique imposent aux individus de se développer dans un cadre légal obligatoire, la liberté s'exerçant alors par le biais des conditions particulières prévues par la loi. Ainsi, la justice pénale dans les systèmes de droit romaniste appuie sa légitimité sur l'idée que la justice répressive ne se limite pas à arbitrer un litige entre des plaideurs mais qu'elle intéresse la société même. L'infraction perturbe en premier lieu l'ordre public et lèse les intérêts de la société mais elle est également susceptible de causer un dommage à une ou plusieurs victimes. On voit alors se dessiner deux actions de nature différente : l'action publique est destinée à sanctionner l'atteinte à l'intérêt général et est laissée, à ce titre, au Procureur de la République tandis que l'action civile est ouverte à la victime de l'infraction devant une juridiction pénale pour obtenir la réparation du dommage personnel que lui a causé l'infraction. La présence de la partie civile devant la juridiction répressive est une exception aux règles de compétences du juge civil : la victime, en poursuivant son intérêt privé, participe à la défense de l'intérêt général qui sous-tend l'action publique. L'action civile est donc à la fois une action indemnitaire et vindicative. Au contraire, en Common Law, il est nécessaire d'intenter un procès devant une juridiction civile pour obtenir une réparation en cas de tort. La difficulté de la victime de poursuivre l'auteur du préjudice devant une juridiction pénale a pu inciter les juges saisis d'une demande en réparation d'un tort, d'allouer, en plus d'une indemnité compensatrice, des dommages et intérêts destinés à punir celui qui a eu un comportement méprisant et qui aurait pu être sanctionné par une juridiction pénale. Certains auteurs considèrent en conséquence que l'octroi de dommages et intérêts punitifs répondant à un souci de punition et/ou de vengeance devrait en réalité s'effacer en faveur d'une plus grande participation de la victime au cours de l'instance pénale²⁶ sur le modèle de la procédure pénale des systèmes juridiques romano-germaniques.

Nés en Angleterre sur un « terreau propice », les dommages et intérêts punitifs ont traversé l'Atlantique et se sont enracinés dans le droit des États-Unis où la même idée de punition du comportement répréhensible de l'auteur d'un dommage et la prévention d'une réitération de l'acte a justifié leur importation.

26 A.BEEVER, « The structure of aggravated and exemplary damages », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003 : « *in tort, the victim inflicts punishment and/or revenge ; an appropriate trial is required in order to determine whether the defendant is deserving punishment. In our legal system, criminal trials are the appropriate vehicle for the fulfillment of this purpose. Hence, punishment and revenge seems to argue for more victim participation in the criminal process rather than for exemplary damages in private law* »

B. Le contexte du droit des États-Unis

Le droit des États-Unis, sur le modèle de la Common Law anglaise, repose sur un système de droit jurisprudentiel où aucun texte ne vient limiter le rôle et le montant des dommages et intérêts qui peuvent être octroyés à la victime d'un préjudice. De plus, le régime fédéral des États-Unis n'est sans doute pas étranger au développement intense des dommages et intérêts punitifs en son sein²⁷. La Constitution fédérale reconnaît le principe de la souveraineté des États fédérés qui ont chacun leur propre système de droit. Chaque État est donc libre d'organiser son droit des torts, sa procédure et le rôle des dommages et intérêts. En fonction de sa propre conception de la réparation du dommage, chaque État est libre de régir l'existence de dommages et intérêts punitifs ou d'en refuser l'application. Enfin, c'est peut-être la façon de raisonner des juges américains qui a pu faciliter l'implantation des dommages et intérêts punitifs en droit américain : en effet, le juge américain ne recherche pas exclusivement l'application stricte d'une règle de droit lorsqu'il rend sa décision ; le droit a aussi une fonction d'éducation pour permettre le progrès et préserver l'intérêt de l'économie. Cette analyse économique du droit qui a pour fonction principale de favoriser les échanges et de servir l'économie, influence donc la décision des juges. Et les dommages et intérêts punitifs, par leur rôle de dissuasion, ont un aspect à la fois éducatif et économique.

À l'origine, le droit américain réservait par principe les dommages et intérêts punitifs au domaine délictuel dans les différentes hypothèses de *torts*, notamment pour permettre la sanction de fautes dites lucratives que leur auteur a intérêt à commettre parce qu'il tire de l'activité dommageable un profit supérieur aux condamnations encourus. Les cas les plus fréquents d'octroi de dommages et intérêts punitifs étaient notamment les procès intentés par les victimes de dommages causés par des produits dangereux. L'affaire célèbre *Grimshaw v. Ford motor Co.* précédemment étudiée en constitue une illustration : la société Ford a été condamnée à payer trois millions de dollars de dommages et intérêts punitifs dès lors que la preuve d'un comportement gravement insouciant des droits d'autrui a été rapportée. Le droit américain est donc passé de l'exigence d'une faute intentionnelle à celle de mise en danger délibérée d'autrui, ce qui démontre la faveur que le droit américain porte à ces dommages et intérêts punitifs. L'autre domaine d'application étendue des dommages et intérêts punitifs aux États-Unis est l'action en responsabilité civile engagée contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, le demandeur sollicitant des *treble damages*, sur le fondement du Clayton Antitrust Act (1914)²⁸. Ces *treble damages* permettent

27 Sur le contexte économique, moral et politique qui explique le rôle des *punitive damages* dans le droit des États-Unis, voir Symeon C. Symeonides, *Private International law at the End of the 20th Century: Progress or Regress ?*, Kluwer Law International 1998

28 Clayton Antitrust Act (1914) §4 : « Any attorney general of a State may bring a civil action in the name of such State, on behalf of natural persons residing in such State. The court shall award the State as monetary relief threefold the total damage sustained. »

à la victime d'obtenir , à titre de dommages et intérêts, trois fois le montant du préjudice subi. S'ils sont certes fondés par hypothèse sur le dommage et non sur le gain illicite, les *treble damages* peuvent néanmoins, par leur montant supérieur au dommage réellement subi, être aptes à appréhender tout ou partie du gain illicite et à sanctionner de ce fait les fautes lucratives qui fondent les pratiques anticoncurrentielles. En acceptant d'indemniser la victime de la totalité du préjudice subi avec un multiple de trois, le droit fédéral américain donne un caractère punitif évident à cette indemnisation. En propriété intellectuelle, des *treble damages* sont également prévus par la loi fédérale sur les brevets et les marques²⁹.

Ce n'est qu'à la suite d'une longue évolution que les juridictions américaines ont multiplié les exceptions au principe bien établi de l'octroi de dommages et intérêts punitifs en matière délictuelle seulement, dans le but clairement exprimé de favoriser la loyauté contractuelle. L'une des exceptions majeures était donc la violation, par le débiteur de l'obligation contractuelle, de l'obligation implicite de bonne foi inhérente à tout contrat. Ainsi, certaines juridictions d'États fédérés ont d'abord accordé des dommages et intérêts punitifs en cas de rupture du contrat lorsque la rupture s'accompagne d'une conduite frauduleuse ou de la commission d'un tort indépendant, sur le fondement du Restatement (2nd) of Contracts §355 (1981) « *punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable* ». La Cour Suprême des États-Unis a, par la suite, créé un nouveau tort de *bad faith breach*, rupture de mauvaise foi, lorsqu'une partie à un contrat, en plus de rompre le contrat, cherche à éviter toute responsabilité en déniait, de mauvaise foi et sans cause valable, l'existence du contrat.

Les dommages et intérêts punitifs sont donc bien vivaces dans les pays de Common Law. Mais d'Angleterre, ils ont essaimé également dans les pays du Commonwealth, en particulier au Canada, dans la province du Québec, contrée de droit civil qui s'inspire aussi des principes de la Common Law. Il ne peut être qu'enrichissant d'examiner l'usage que font les tribunaux québécois, depuis l'entrée en vigueur de la Charte québécoise des droits et libertés, des dommages et intérêts punitifs.

C. Le particularisme juridique du Québec

Comme le système de droit civil, le système de Common Law est vécu de façon culturellement diverse dans le monde. Le Québec est à ce titre une entité politique et juridique tout à fait particulière dans la mesure où, rattaché à la tradition britannique et accordant par conséquent

29 Pour les brevets §284, 35 USC ; pour les marques §1117(a), 15 USC

une place primordiale à la jurisprudence comme moyen d'expression ordinaire du droit commun, il possède également abondance de lois et instruments normatifs non jurisprudentiels. Ce particularisme juridique trouve ses racines dans l'histoire du Canada marquée par des conquêtes françaises et britanniques et qui ont permis la contamination du droit civil par la Common Law. La rencontre intellectuelle avec le Code Civil s'est faite en 1866 lorsque le Québec décide, non pas d'adopter servilement les règles du Code Napoléonien, mais de s'inspirer de sa structure, de son esprit. Si les juristes s'inspirent encore des solutions de Common Law sur quelques points précis, c'est le droit français qu'ils utilisent pour interpréter les dispositions du Code Civil. Cette influence est particulièrement nette dans le droit de la responsabilité civile : la Cour Suprême a maintes fois affirmé que l'article 1053 du Code Civil³⁰, qui définit l'action en responsabilité civile, a pour objectif essentiel de permettre à la victime d'obtenir une juste compensation pour le préjudice subi. La première caractéristique de la réparation du préjudice est donc, au même titre que la réparation en droit français, d'être compensatoire. Elle est accordée uniquement à ce titre et non comme sanction, aussi malintentionné soit-il, de l'auteur de la faute. Ainsi, la réparation doit être intégrale, c'est-à-dire permettre de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas été commis. Seule peut donc être accordée une indemnité égale au préjudice réellement subi.

C'est donc à l'encontre d'une tradition juridique fermement établie, qui laisse au seul droit pénal le soin de punir une conduite jugée répréhensible, que le législateur de 1975 a introduit les dommages et intérêts punitifs en droit québécois. La question qui se pose est donc celle de savoir comment les magistrats, qui ont du droit de la responsabilité civile une conception identique à la nôtre, mettent-ils en œuvre la peine privée à laquelle le législateur a choisi de faire appel ? Cette « révolution » ne s'est pas effectuée de façon directe, par une modification du Code Civil ; cette peine privée a acquis droit de cité dans toute une série de dispositions particulières, pour des motifs variés. Dans certains cas, il s'agit de protéger une catégorie spéciale de biens³¹, dans d'autres, les dommages et intérêts punitifs constituent une mesure de prévention de la récurrence de certaines conduites³², dans d'autres enfin, ils expriment la réprobation sociale en soulignant le caractère malveillant et intentionnel de l'acte. La Charte québécoise des droits et libertés permet aussi une condamnation à des dommages et intérêts punitifs en cas d'atteinte illicite et intentionnelle aux

30 Équivalent de nos articles 1382 et 1383 du Code Civil français

31 Loi sur la protection des arbres : « toute personne qui détruit ou endommage un arbre, arbuste ou arbrisseau, ou un taillis sans avoir obtenu l'autorisation du ministre de l'Environnement, à moins que le consentement n'ait été préalablement donné par le propriétaire, est tenue de verser à ce dernier, en sus des dommages réels, des dommages et intérêts punitifs d'un montant n'excédant pas 200\$ pour chaque arbre, arbuste, arbrisseau ou taillis ainsi détruit ou endommagé »

32 Loi sur la protection du consommateur : « Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, le consommateur peut demander (...) des dommages et intérêts punitifs »

droits fondamentaux protégés par elle : « *en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit ou une liberté reconnu par la présente Charte, le tribunal peut condamner son auteur à des dommages et intérêts punitifs*³³ ». Le champ ainsi ouvert par la Charte, et qui touche tant les atteintes à la personne physique ou morale que les atteintes aux biens, est tellement vaste que l'on peut affirmer, comme le font certains auteurs³⁴, que la théorie et la pratique des dommages punitifs sont entrés dans le droit commun de la responsabilité civile : d'exception, la peine privée est devenue presque une règle. Les tribunaux en font donc application notamment en cas de discrimination, d'atteinte à l'intégrité physique ou psychologique, de diffamation, de refus de porter secours, de harcèlement... L'introduction des dommages et intérêts punitifs par la Charte des droits et libertés a donc eu, sur le droit de la réparation du dommage, un effet très positif et a joué un rôle moteur décisif. La décision du législateur de recourir à la sanction civile, plutôt qu'aux sanctions pénale ou administrative, pour garantir l'efficacité du texte était « un pari sur l'avenir et il est vite apparu que ce pari était gagné »³⁵. Une jurisprudence abondante s'est aujourd'hui formée autour de l'utilisation des dommages et intérêts punitifs, « jurisprudence qui témoigne, par son abondance, de la vitalité de l'article 49 alinéa 2 »³⁶.

Le principe des dommages et intérêts punitifs paraît donc bien ancré dans les pays qui les ont adoptés, ce qui ne signifie pas qu'ils sont acceptés sans critique. En raison de leur caractère anormal, ils subissent des limitations ou des contrôles.

III. Limites et contrôles des dommages et intérêts punitifs

Si le droit anglais fut bien un précurseur en matière de dommages et intérêts punitifs, l'institution n'y connaît pas aujourd'hui le même succès qu'aux États-Unis. La décision rendue en 1964 par la Chambre des Lords dans l'affaire *Rookes v. Barnard* a considérablement restreint le domaine d'application des dommages et intérêts punitifs, reléguant à l'arrière plan la fonction punitive de la responsabilité civile (A). Si le champ d'application des dommages et intérêts semble donc beaucoup plus large aux États-Unis, il est cependant apparu nécessaire d'en discipliner l'octroi en les soumettant à un contrôle strict (B). Le Code Civil québécois, quant à lui, a décidé d'encadrer les dommages et intérêts punitifs en refusant de généraliser leur attribution, qu'il restreint à certaines hypothèses qui doivent être prévues par la loi (C).

33 Article 49 alinéa 2 de la Charte des droits et libertés

34 L. PERRET, *De l'impact de la Charte des droits et libertés sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec*, 1981, 12 RGD 121

35 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Tome 250

36 J. L. JOURDAIN, P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Volume I Principes généraux, 7^e édition

A. La limitation du domaine des *exemplary damages* en Angleterre

Avant 1964 en Angleterre, les dommages et intérêts punitifs pouvaient être octroyés pour la plupart des torts, mais leur champ d'application a été largement restreint par la décision *Rookes v. Barnard*, rendue par la Chambre des Lords. La répression des comportements antisociaux est donc officiellement exercée, comme dans les systèmes de droit continentaux, par le biais du droit pénal, administratif ou disciplinaire. Lord Devlin, reflétant l'opinion majoritaire, a considéré en effet que les dommages et intérêts punitifs étaient une anomalie dans le droit de la réparation du préjudice, entraînant une confusion dans les fonctions respectives qu'ont en charge le droit civil et le droit pénal : « *the object of damages in the usual sense of the term is to compensate ; the object of exemplary damages is to punish and deter. It may well be thought that this confuses the civil and criminal functions of the law ; and indeed, the idea of exemplary damages is peculiar to English law* ».

Par cette décision rendue en 1964, la Chambre des Lords choisit donc de favoriser la fonction compensatrice de la responsabilité civile au détriment de sa fonction punitive, éloignant le droit anglais, sur ce point, des systèmes juridiques qui en sont dérivés pour le rapprocher de la philosophie qui sous-tend notre propre droit civil. Elle ne pouvait, cependant, ni paraître empiéter sur la suprématie du pouvoir législatif, ni mettre fin de façon trop radicale à la règle de droit forgée par d'illustres précédents. Lord Devlin rappelle, en effet, que les dommages et intérêts punitifs sont profondément enracinés dans le droit anglais et qu'il n'appartient pas, dès lors, à une décision de justice de les remettre en cause ; leur domaine d'application est simplement limité. Tout en déclarant son hostilité de principe aux dommages et intérêts punitifs, Lord Devlin réserva la possibilité d'y recourir dans l'hypothèse où une loi en disposerait ainsi et dans celle où serait en jeu la conduite oppressive, arbitraire ou inconstitutionnelle d'un fonctionnaire du gouvernement³⁷. Lord Devlin précise que cette deuxième catégorie de fautes englobe les cas d'excès de pouvoir de l'exécutif et ne peut être étendue à la conduite oppressive des personnes physiques non fonctionnaires et des sociétés privées. En effet, lorsqu'une personne est plus puissante qu'une autre, la première, inévitablement, essaiera d'utiliser son pouvoir pour parvenir à ses fins et elle peut être tentée de le faire de façon oppressive ou arbitraire. Si un tel pouvoir est donc utilisé de façon illégale, la personne devra répondre de sa faute en faisant une application classique de la responsabilité civile mais elle ne pourra pas être punie simplement parce qu'elle est plus puissante qu'une autre. Dans le cas des fonctionnaires, la situation est différente car ils sont avant tout des *servants of people* et l'utilisation de leur pouvoir doit toujours être subordonnée à leur devoir. Les cours anglaises ont ainsi octroyé des dommages et intérêts punitifs dans des cas d'arrestation et de détention arbitraires

37 « *Oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servants of the government* »

ainsi que de poursuites malveillantes. Enfin, les hauts magistrats découvrirent une autre vertu des dommages et intérêts punitifs et une autre exception fut alors adjointe aux deux premières : il s'agit des cas dans lesquels le défendeur a calculé que le profit retiré de sa conduite serait supérieur à la réparation qu'il pourrait être condamné à payer³⁸. En pratique, cette catégorie a le plus souvent été utilisée à l'encontre d'auteurs de propos diffamatoires et de propriétaires ayant harcelé et/ou expulsé illégalement leurs locataires³⁹.

Deux interprétations de l'arrêt *Rookes v. Barnard* étaient possibles au lendemain de son prononcé : on pouvait, d'une part, penser que dorénavant les dommages et intérêts punitifs pourraient être accordés pour tous les torts, s'ils correspondaient à l'une des trois catégories retenues. D'autre part, une interprétation plus restrictive pouvait être envisagée au terme de laquelle l'allocation de dommages et intérêts punitifs ne serait possible que si de tels dommages et intérêts avaient déjà été octroyés, avant 1964, pour le tort poursuivi et si ce tort entrait bien dans l'une des trois catégories retenues. En 1993, par l'arrêt de la *Court of Appeal AB v. South West Water Services*, l'approche la plus restrictive fut adoptée. Le fondement de l'action est donc déterminant pour l'allocation des dommages et intérêts punitifs : il existe donc une liste de torts pour lesquels il est possible d'obtenir des dommages et intérêts punitifs (*assault, defamation, trespass to land, false imprisonment, private nuisance, breach of copyright*) et d'autres torts qui en sont exclus (*negligence, discrimination, deceit*), sans qu'aucune logique ne vienne justifier la distinction. C'est pourquoi, dans une décision de 2001 *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, la Chambre des Lords a remis en cause la « cause of action rule ». Les juges ont ouvert la possibilité de prononcer des dommages et intérêts punitifs, sans les limiter aux torts pour lesquels ils avaient été octroyés avant 1964.

Lord Devlin adresse aux juges trois règles à suivre lors de l'allocation de dommages et intérêts punitifs : premièrement, le demandeur ne peut obtenir des dommages et intérêts punitifs que s'il a été la victime directe du comportement répréhensible ; l'anomalie à laquelle conduisent les dommages et intérêts punitifs deviendrait en effet une véritable absurdité si un demandeur, totalement étranger à l'acte dommageable pouvait obtenir ainsi une possibilité de s'enrichir. Deuxièmement, la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts punitifs peut se retourner contre son but initial et être utilisée au mépris de la liberté : certaines allocations de dommages et intérêts punitifs faites dans le passé ont atteint des seuils excédant la répression de l'acte et sans les garanties entourant le procès pénal. Dès lors, les juges doivent définir un certain nombre de limites à l'octroi, par les jurés, des dommages et intérêts punitifs. Les tribunaux doivent alors prendre en compte le

38 Notion de « faute lucrative » : « *exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay* »

39 *Ramzan v Brookwide Ltd*, 2011, EWCA, 985

montant des dommages et intérêts compensatoires dans le calcul de la peine : si la faute présentant l'un des caractères énoncés dans l'arrêt paraît justifier le prononcé d'une peine, les jurés doivent alors se demander si la condamnation à réparation n'est pas, à elle seule, une punition suffisante. Dans la négative, un complément peut être prononcé au titre de dommages et intérêts punitifs pour obtenir une peine proportionnée à la gravité de la faute⁴⁰. Enfin, les motivations des parties, non prises en compte lors de la détermination des dommages et intérêts compensatoires, sont à examiner précisément lors de la détermination des dommages et intérêts punitifs. Tous les éléments qui viendraient aggraver ou au contraire atténuer la conduite du défendeur sont pertinents.

Ainsi, si en droit anglais les dommages et intérêts punitifs sont limités, leur existence n'a pas été remise en cause. Et ce, parce que les avantages qu'ils présentent (punition et prévention adéquate des comportements déloyaux) semblent justifier leur maintien. Le système paraît avoir trouvé son équilibre. C'est à cet équilibre que tente aujourd'hui de parvenir le droit américain à la suite des excès constatés dans la mise en œuvre de l'institution.

B. Le contrôle des punitive damages aux États-Unis

Les dommages et intérêts punitifs du droit américain ne sont pas inconnus des juristes français. Rares sont ceux, cependant, qui ont d'eux une image autre que celle, résolument négative, de paradigme des excès de la responsabilité civile aux États-Unis. Les dommages et intérêts punitifs ont connu, ces dernières années, des débordements si spectaculaires qu'il apparaît aujourd'hui indispensable, tant à la doctrine qu'aux magistrats, de remettre un peu d'ordre dans sa pratique. En effet, le « grotesque de l'affaire Mc Donalds »⁴¹ où 480 000 dollars de dommages et intérêts punitifs ont été octroyés à la plaignante, a conduit à l'émergence d'un courant politique américain qui, à la faveur d'affaires médiatiques touchant au droit de la responsabilité civile, a martelé l'idée de la nécessité d'une réforme de ce droit pour réduire des excès présentés comme systématiques et nuisibles à la bonne santé de l'économie américaine. La critique porte également sur le système américain des *contingency fees* qui sont souvent présentés comme un facteur entraînant une baisse de la qualité de la justice et favorisant la *surlitigation*⁴². Les *contingency fees* sont les honoraires accordés à l'avocat, dans une action en recouvrement de dommages et intérêts, dans l'hypothèse seulement où le client gagne son procès. Le plus souvent, les *contingency fees* représentent un pourcentage des dommages et intérêts obtenus. On comprend alors aisément qu'un tel système, non

40 Arrêt *Riches v. Group Newspapers*, 1986

41 F.X. LICARI, JDI 2010 p. 1230

42 E. HELLAND, A. TABAROK, *Contingency Fees, Settlement Delay and Low-Quality Litigation*, 2002 : "contingency fees promote excessive, speculative or frivolous litigation "

seulement puisse encourager les avocats à convaincre leurs clients d'exercer des actions en justice, mais surtout crée une situation de conflit d'intérêts entre l'avocat et son client qui préférerait la voie de la transaction. Le « délire de la procédure »⁴³ est souvent présenté comme un trait spécifique des États-Unis. Les dommages et intérêts punitifs conduiraient à une véritable justice spéculative et une inflation du nombre de procédures menées par ceux qui, attirés par l'appât du gain, n'hésiteraient pas à demander des sommes faramineuses à des jurés qui sont souvent présentés comme n'ayant aucune perception réaliste des conséquences à octroyer de tels montants. En effet, nombreux sont les auteurs qui s'accordent pour mettre en garde également contre le danger qu'il y a à laisser des jurys populaires décider, seuls, du montant des condamnations. Enclins à croire que le défendeur a des « poches profondes » (*deep pockets*), les jurés ont tendance à accorder toujours plus aux victimes et peuvent être à l'origine de condamnations déraisonnables qui discréditent les dommages et intérêts punitifs et pourraient, si l'on n'y prend garde, occasionner leur perte.

Dans sa thèse⁴⁴, Suzanne Carval montre que l'institution des dommages et intérêts punitifs aux États-Unis est donc indéniablement tourmentée, « honnie par ceux dont elle fustige les imprudences, plébiscitée par les tribunaux, encouragée dans son principe par une doctrine qui en dénonce néanmoins sans complaisance les défauts ». Ceux qui contestent les dommages et intérêts punitifs ont recherché l'appui des dispositions constitutionnelles : les dommages et intérêts punitifs seraient contraires à trois amendements de la Constitution américaine. Les dommages et intérêts punitifs violeraient d'abord le troisième amendement⁴⁵ dans l'hypothèse où l'acte dommageable constitue à la fois un délit civil et une infraction pénale, l'auteur de la faute étant exposé à être puni deux fois pour les mêmes faits. Les dommages et intérêts punitifs seraient également contraires au huitième amendement⁴⁶ car assimilés à des amendes excessives. Enfin, les dommages et intérêts punitifs violeraient le quatorzième amendement qui interdit aux États fédérés de priver un individu de sa vie, de sa liberté ou de ses biens « *without a due process of law* » ; les garanties procédurales entourant le procès pénal n'étant pas accordées lors de l'allocation de dommages et intérêts punitifs. L'argument tiré de la violation du huitième amendement a toujours été refusé, les dommages et intérêts punitifs constituant une peine de nature civile. Mais, dans une célèbre affaire *BMW of North America v. Gore* en 1996, la Cour Suprême a, pour la première fois, déclaré inconstitutionnels des dommages et intérêts punitifs dont le montant était excessif. La Cour a déclaré qu'il y a violation du *due process of law* lorsqu'il y a une disproportion entre le montant excessif des dommages et intérêts punitifs accordés et la fonction punitive et de dissuasion de ces dommages et intérêts : « *the*

43 M. CROZIER, *Le mal américain*, éd. Fayard, Paris 1981, p. 227 et s. ; V. TURCEY, *L'horreur juridique*, éd. Plon, Paris 2002

44 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Tome 250

45 « nul ne pourra pour le même délit, être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps »

46 « des amendes excessives ne pourront être exposées, ni des châtiments cruels et exceptionnels infligés »

due process Clause prohibits the imposition of grossly excessive or arbitrary punishments on a tortfeasor. Punitive damages awards serve the same purpose as criminal penalties. However, because civil defendants are not accorded the protections afforded criminal defendants, punitive damages pose an acute danger of arbitrary deprivation of property ». La Cour a alors donné quelques lignes directrices pour déterminer le caractère excessif des dommages et intérêts punitifs : trois critères ont été retenus par la majorité. Le premier requiert de considérer le degré du caractère blâmable de la conduite illicite (le préjudice est-il physique ou économique ? ; le dommage a-t-il été causé par un acte isolé ou a-t-il résulté d'une répétition d'actes ? ; le préjudice résulte-t-il d'une conduite malveillante, imprudente ou d'une simple négligence ?). Le second impose de retenir une proportion par rapport à l'ensemble de tous les dommages et intérêts accordés : une corrélation est nécessaire entre les dommages et intérêts punitifs et les dommages et intérêts compensatoires. Il faut alors présumer que les seuls dommages et intérêts compensatoires sont suffisants et que des dommages et intérêts punitifs ne peuvent être alloués que si le comportement du défendeur a été tel qu'il impose une sanction supplémentaire dans un objectif de punition et de prévention. Enfin, le troisième critère demande que soit établie une comparaison entre les différentes peines prévues ou infligées dans des cas semblables.

On ne peut donc nier aujourd'hui une tendance restrictive de la Cour Suprême quant aux dommages et intérêts punitifs. Cependant, ce n'est pas le principe de leur existence qui est remis en cause mais leur caractère excessif. C'est cette tendance que l'on retrouve en droit québécois.

C. Les conditions d'existence des dommages et intérêts punitifs en droit québécois

Nous l'avons vu, si la responsabilité civile a, en principe, pour fonction unique de réparer le préjudice causé à la victime et laisse ainsi à la responsabilité pénale le soin de punir une conduite jugée répréhensible, le législateur québécois a fait le choix d'introduire les dommages et intérêts punitifs au sein du système juridique. Le Code Civil n'a cependant pas posé un principe général mais a pris soin d'encadrer cette institution, en énumérant, à l'article 1621, les critères d'évaluation dont le juge doit tenir compte lorsqu'il les accorde. Le Code Civil ne généralise donc pas, en soi, le fondement de l'octroi des dommages et intérêts punitifs, il n'en règle que les modalités d'évaluation en insistant sur le principe que cet octroi doit s'inscrire dans la seule perspective d'une fonction préventive⁴⁷. C'est en quelque sorte vers l'avenir que le juge doit se tourner pour chiffrer un montant

⁴⁷ Article 1621 alinéa 1 du Code Civil québécois : « Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages et intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive »

qui aura pour effet d'empêcher la récidive, plutôt que vers le passé en imposant une amende basée sur la seule gravité de la conduite reprochée. Ainsi, le montant des dommages et intérêts punitifs s'apprécie en tenant compte de la gravité de la faute du débiteur, de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier ou de sa situation patrimoniale. À l'égard de ce dernier aspect, les tribunaux demandent une preuve leur permettant de connaître la réalité financière du défendeur pour éviter qu'une condamnation trop sévère pour un débiteur moins fortuné ne soit une occasion de gêne ou de contrainte trop forte, donc en contradiction avec la vocation préventive, ou, au contraire, pour un débiteur très fortuné, une sorte de permis de mal agir.

En outre, l'article 1621 du Code Civil impose aux tribunaux l'obligation de fonder la condamnation à des dommages et intérêts punitifs sur un texte législatif précis. En l'absence d'un texte habilitant, les dommages et intérêts punitifs doivent être refusés. Il importe donc que les juges identifient rigoureusement la loi les autorisant à accorder des dommages et intérêts punitifs et, dans le cas de la Charte des droits et des libertés, le droit auquel il a été porté atteinte. Prolixe lorsqu'elle donne la liste des droits et libertés des citoyens, la Charte fait en revanche preuve, en ce qui concerne les dommages et intérêts punitifs, d'un grand laconisme. Mise à part l'indication de ce que les dommages et intérêts punitifs ne peuvent sanctionner que l'auteur d'une atteinte illicite et intentionnelle aux droits et libertés qu'il reconnaît, le texte reste silencieux sur le régime de cette sanction. Ainsi, la définition de la faute intentionnelle et le mode de calcul des dommages et intérêts punitifs font aujourd'hui l'objet de réponses purement jurisprudentielles. Une atteinte aux droits protégés par la Charte n'est illicite que si elle s'accompagne d'un manquement à une obligation de prudence ou de diligence ou si, accomplie dans l'exercice d'un droit, elle en constitue un abus. Les tribunaux doivent donc relever l'existence d'une faute qui doit être intentionnelle. La faute intentionnelle peut d'abord être considérée comme celle commise avec la volonté de causer le dommage, mais la majorité des auteurs s'accordent à considérer la faute intentionnelle comme celle accomplie avec la conscience qu'un dommage en résulterait. Le défendeur, qui n'a pas voulu causer le dommage a cependant fait preuve d'une insouciance quant à la sécurité d'autrui en agissant avec la conscience des conséquences immédiates de son acte qui ne manqueraient pas de se réaliser. Quant au mode de calcul des dommages et intérêts punitifs, celui-ci diffère selon que la faute a été ou non commise dans un but lucratif. Lorsque la faute est lucrative, les tribunaux mettent l'accent, s'inspirant des solutions de Common Law, sur la nécessité de rechercher l'ampleur exacte des profits retirés par le défendeur de sa conduite fautive. En cas de faute non lucrative, la référence aux profits réalisés fait défaut : l'avantage de commettre la faute pour son auteur n'est pas pécuniaire. Dans ces circonstances, la sanction est particulièrement difficile à évaluer : le magistrat doit éviter de s'en tenir à une condamnation purement symbolique, sans pour autant prononcer une peine qui soit

exagérément lourde. Pour éviter le reproche de l'arbitraire, les juges recherchent des paramètres suffisamment précis pour les guider dans leur évaluation : ils s'inspirent par exemple des dispositions pénales prévoyant le montant de l'amende pour la faute qu'il leur revient de sanctionner. Par ailleurs, la Cour Suprême laisse la possibilité, lorsque le défendeur a été condamné au pénal, d'accorder des dommages et intérêts punitifs ; le criminel ne tient pas le civil en l'état. Cette solution préserve la liberté d'action du juge civil et lui permet de pallier la faiblesse éventuelle de la sanction pénale, faiblesse souvent déplorée dans les domaines de la discrimination ou de la consommation. Cependant, une telle solution est difficile à mettre en œuvre au regard de l'autorité qui s'attache en principe à une décision judiciaire antérieure ainsi qu'à l'idée (largement partagée en droit français) que la sanction pénale est hiérarchiquement plus élevée que la sanction civile.

Quelle que soit la mesure exacte de la prise en considération de sanctions préexistantes, on peut constater que le législateur québécois est parvenu à encadrer l'application en droit civil des dommages et intérêts punitifs, probablement pour éviter les excès de la jurisprudence américaine. Dans l'ensemble, la jurisprudence a réussi à développer ses propres points de repère et sa propre structure, sans copier de façon servile les règles de la Common Law.

La greffe des dommages et intérêts punitifs a donc pris au Québec⁴⁸, province dont le système juridique emprunte fortement au droit civil français. Néanmoins, l'idée même d'une possible « greffe » des dommages et intérêts punitifs en droit français demeure très critiquée du fait des conséquences de l'institution : introduction d'une fonction de peine privée dans la responsabilité civile, prise en compte du degré de la faute de l'auteur du comportement déloyal dans le calcul des dommages et intérêts, enrichissement sans cause de la victime... La greffe est-elle alors possible ?

48 J.L BAUDOUIN, *Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la Common Law*, Études Philippe Malinvaud, 2007, p. 1

PARTIE II : PEUT-ON INTRODUIRE LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS EN DROIT FRANÇAIS ? LA GREFFE EST-ELLE POSSIBLE ?

La greffe des dommages et intérêts punitifs, telle qu'elle pourrait être envisagée en droit français, doit être comprise au sens d'un *legal transplant*, terme utilisé par Watson en 1973⁴⁹ pour désigner la transplantation de règles juridiques étrangères, l'emprunt de mécanismes à des systèmes juridiques étrangers pour faire évoluer son propre système juridique. Plus souples que la sanction pénale et sans doute aussi efficaces qu'elle, les dommages et intérêts punitifs mériteraient peut-être que notre droit leur accorde une place plus grande que celle qu'il ne lui reconnaît officiellement. Dans le domaine, notamment, des fautes génératrices de dommages corporels ou matériels, la responsabilité civile s'est cependant, nous l'avons vu, peu à peu départie de sa vertu dissuasive, s'attachant exclusivement, à travers le principe de la réparation intégrale du préjudice, à parfaire sa fonction réparatrice. Il ne semble pourtant pas qu'une loi qui en ferait la sanction de certaines violations des droits des individus rencontrerait auprès de juristes français une opposition résolue : il est vraisemblable en effet qu'en essayant de dépasser l'apparente difficulté d'articulation des dommages et intérêts punitifs avec le droit français de la responsabilité civile (I), la sanction civile puisse jouer une fonction moralisatrice très proche de celle du droit pénal. Par ailleurs, le besoin d'une sanction qui ne soit pas enfermée dans le cadre rigide du droit pénal et qui ne prenne pas seulement en compte le besoin d'indemnisation de la victime, mais aussi le profit tiré par l'auteur de son acte se fait sentir de plus en plus fortement aujourd'hui dans le cas de fautes dites lucratives (II). Cependant, l'acclimatation de notre droit de la responsabilité civile à une finalité répressive risque d'être contrariée par la rivalité d'autres dispositifs reconnus, tels l'amende civile, dont la distinction avec les dommages et intérêts punitifs semble artificielle (III).

I. L'apparente difficulté d'articulation des dommages et intérêts punitifs avec le droit français de la responsabilité civile

Selon la doctrine classique, le droit de la responsabilité civile a pour fonction de réparer le dommage causé, et la réparation s'entend d'une remise en état, d'un retour au statu quo ante. La *restitutio in integrum* suppose que le lésé reçoive exactement ce qui est nécessaire à l'obtention de cet effet, ni plus, ni moins. C'est à ce principe de la réparation intégrale du préjudice que le droit français reste en apparence très fidèle (A). À cette exigence de réparation intégrale, s'ajoute la volonté d'éviter qu'à l'occasion de l'indemnisation, la victime ne s'enrichisse au détriment du responsable, grâce à l'allocation de dommages et intérêts punitifs (B). Enfin, il est souvent soutenu que l'introduction de tels dommages et intérêts punitifs en droit français, dans l'objectif avoué de

49 A. WATSON, *Legal Transplants : an approach to comparative law*, 1973

transformer la réparation en un instrument de prévention et de répression, bouleverserait notre système juridique en aboutissant à un mélange des genres entre le droit civil et le droit pénal (C).

A. Le principe de la réparation intégrale du préjudice

Les finalités pénales des dommages et intérêts intéressent moins la réparation que la punition à travers la sanction d'un coupable. L'application des dommages et intérêts punitifs conduit donc inévitablement à une certaine déformation des concepts du droit de la responsabilité civile, au premier rang desquels, le principe de la réparation intégrale du préjudice. Celui-ci consiste, selon une formule souvent reprise par les tribunaux, à « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ». Ce principe, qui représente à lui seul l'essentiel du droit de la réparation du dommage, est communément considéré comme un principe général, de très large portée, de notre droit de la responsabilité civile. La référence au dommage et à sa réparation figure à l'article 1382 du Code Civil, de même que les dommages et intérêts sont expressément visés, en matière contractuelle, par l'article 1149 du Code Civil qui précise qu'ils sont dus « en général, de la perte que le créancier a faite et du gain dont il a été privé ». Dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle en particulier, le principe de la réparation intégrale se présente comme un triptyque : la victime doit obtenir *tout le dommage*, mais *rien que le dommage* et *seule compte la situation de la victime* qui est la seule à pouvoir agir. Il ne doit donc y avoir aucun égard ni pour la nature ou la gravité de la faute, ni pour le comportement délibéré ou non de son auteur. Il existe ainsi dans notre système juridique une contradiction apparente entre les termes « dommages et intérêts » et « punitifs ». Par nature, les dommages et intérêts punitifs tendraient, en raison d'un objectif répressif, à voir accorder à la victime une somme bien supérieure à ce à quoi elle aurait droit au titre de la réparation de son seul préjudice. L'on mesure, par conséquent, le caractère fondamentalement étranger à notre droit d'une telle institution : « le dogme indemnitaire, avec son triptyque, est anéanti »⁵⁰.

Néanmoins, comme nous l'avons vu en introduction, l'affirmation du principe de la réparation intégrale par la Haute juridiction raisonne souvent comme une prétérition. La Cour de Cassation, en laissant prospérer l'appréciation souveraine des juges du fond, autorise en effet, dans certaines situations, des niveaux de compensation qui confinent à la répression. La fin punitive entre alors en concours avec la fin compensatoire de la responsabilité civile : la frontière entre « peine » et « réparation » n'est pas si nette qu'il y paraît ; le principe de la réparation intégrale étant d'une

50 R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *Petites Affiches*, 20 janvier 2005, n°14 p. 53

validité relative. Le principe de la réparation intégrale est en effet atteint de deux manières. Il se heurte à des obstacles pratiques et à des obstacles engendrés par l'utilité sociale⁵¹. Les obstacles pratiques sont la difficulté de restaurer le statu quo ante dans de nombreuses situations comme celles des dommages corporels ou de perte d'une chance : le principe de la réparation intégrale fait ici figure de « mythe »⁵², le juge est condamné à l'approximation. Mais le principe de la réparation intégrale est aussi attaqué pour des raisons d'utilité sociale : dans certains cas, la victime reçoit une indemnité supérieure au tort réellement subi. Ces situations peuvent être illustrées à travers le traitement jurisprudentiel de la question du dommage moral. En effet, un tel dommage ne peut être ni réparé, ni compensé par une indemnité pécuniaire. « L'indemnisation du dommage moral n'est pas réparatrice, elle est satisfaisante ; l'argent pansé bien les plaies, physiques et morales »⁵³. C'est pourquoi, l'indemnisation du préjudice moral est souvent présentée comme l'un des points clés en ce qui concerne l'insuffisance de la fonction de réparation de la responsabilité civile. Benjamin Starck soulignait que « l'indemnité accordée pour le prix de la douleur n'est qu'une satisfaction approximative ; parler en ces matières de réparation intégrale, c'est proposer une formule vide de toute substance »⁵⁴. Le glissement peut alors s'opérer facilement entre l'indemnité qui ne vise que la réparation, et celle visant la punition de l'auteur du préjudice. En droit français, comme dans de nombreux pays de tradition juridique continentale, le besoin d'apaiser la réprobation sociale est satisfait par l'allocation de dommages et intérêts en cas de préjudice moral. De nombreux auteurs soutiennent alors que le but d'une telle indemnisation n'est pas tant de compenser la perte subie par la victime, que de punir l'auteur pour son acte non seulement dommageable, mais moralement répréhensible : les dommages et intérêts ne se mesurent donc plus à l'aune de la perte patrimoniale subie par le lésé, mais au vu de la gravité de la faute commise par l'auteur du tort. En effet, la lésion d'un intérêt de nature purement morale, tel que l'humiliation, la souffrance ou le déshonneur, est absolument insusceptible d'évaluation pécuniaire, ce qui prive les dommages et intérêts de leur aptitude à exercer la fonction compensatrice que revêt, quant à elle, l'allocation de dommages et intérêts en cas d'atteinte à un intérêt patrimonial. Le caractère compensatoire de l'indemnisation du dommage moral n'est qu'une façade cachant le caractère exemplaire ou punitif de celle-ci. On retrouve donc les deux éléments essentiels des dommages et intérêts punitifs : une sanction en rapport avec la gravité de la faute et une indemnisation supérieure au dommage réellement subi. Le

51 F.X LICARI, JDI 2010 p. 1230

52 P. BRUN, 5è États généraux du dommage corporel, « La réparation intégrale, mythe ou réalité ? », *Gaz. Pal.* 10 avril 2010, n° 100, p. 31

53 G. VINEY, *Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 2^e éd. LGDJ, § 147

54 B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, p. 404

droit de la réparation a, dans cette hypothèse, un effet conservateur : en fournissant un substitut monétaire aux dommages moraux qui sont subis, il préserve la sécurité économique de la victime qui voit ainsi préservée l'intégralité de son patrimoine, et une sécurité générale, celle de la société, qui est assurée en décourageant des comportements néfastes.

Le principe de la réparation intégrale du préjudice n'est pas un principe d'ordre public⁵⁵, il est même largement contesté. Bénabent n'hésite pas à affirmer qu'un tel principe ne serait pas adapté à certains préjudices, en particulier aux préjudices extrapatrimoniaux : «la nature des choses rend le plus souvent illusoire cette remise en état à la fois parce que certains dommages sont irréversibles (dommage corporel ou dommage moral), et en même temps parce qu'il est souvent conjectural de savoir avec précision quelle serait la situation de la victime si l'acte dommageable ne s'était pas produit»⁵⁶. Les très nombreuses dérogations législatives qu'il connaît à travers notamment les indemnités légales forfaitaires, les indemnités légales plafonnées, la clause pénale, les clauses limitatives de réparation, autorisent la doctrine à considérer qu'elles en diminuent considérablement l'intérêt. La tendance générale du droit privé est à la mise en cause du principe de réparation intégrale.

Par l'introduction des dommages et intérêts punitifs, les principes fondamentaux de la responsabilité civile n'en seraient donc pas gravement affectés. Cependant, accorder à la victime une indemnité supérieure au préjudice réellement subi, remettrait en cause le dogme indemnitaire en institutionnalisant un véritable enrichissement sans cause de la victime.

B. La prohibition d'un enrichissement injustifié pour la victime

Innombrables sont les arrêts par lesquels la Cour de Cassation affirme que l'indemnisation ne doit pas excéder la valeur du préjudice et qu'elle ne saurait, de ce fait, procurer un enrichissement à la victime. Dès lors, les dommages et intérêts alloués à la victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte, ni profit. La Cour de Cassation censure donc régulièrement, en application de ce principe, les décisions qui affirment avoir tenu compte, pour fixer l'indemnité, de considérations autres que l'ampleur du dommage comme la gravité ou la légèreté de la faute, les ressources respectives du responsable et de la victime, ou qui avouent simplement avoir statué en équité.

C'est à cette prohibition de l'enrichissement injustifié pour la victime que se heurte le principe de l'allocation de dommages et intérêts punitifs : ils constitueraient en effet un

55 C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Thèse, p. 126, § 128

56 A. BENABENT, *Droit civil, les obligations*, Paris, Montchrestien, 1999, n° 695

enrichissement illégitime de la personne lésée, « une aubaine »⁵⁷ en ce qu'ils profitent directement à la victime. L'enrichissement deviendrait alors sans cause ; il y a enrichissement de la victime en relation directe avec l'appauvrissement d'une autre, alors que le déséquilibre des patrimoines n'est pas justifié par une raison juridique⁵⁸. C'est la raison pour laquelle selon certains auteurs, mieux vaudrait que la somme revienne, au moins partiellement, au Trésor Public ou à un fonds de garantie⁵⁹. Une telle proposition aboutirait cependant à une transformation radicale de la nature des dommages et intérêts punitifs : ils ne seraient plus une peine privée, mais une peine publique, plus précisément une amende civile. Certes, l'allocation de dommages et intérêts punitifs à l'État conduirait le juge à une appréhension plus objective de la conduite du défendeur déconnectée de toute empathie, mais les fonctions compensatoires et vindicatives que remplissent les dommages et intérêts punitifs justifient pleinement leur attribution à la victime. De plus, si les dommages et intérêts punitifs étaient versés au Trésor, les victimes seraient faiblement incitées à exposer des frais et à dépenser du temps pour intenter une action qui ne leur apporterait que des dommages et intérêts compensatoires, souvent insuffisants. Le supplément de dommages et intérêts rémunère en quelque sorte leur participation à l'efficacité du droit et à l'administration de la justice.

Cependant, à cet argument fondé sur l'absence de cause à l'enrichissement de la victime, il est possible de répondre en affirmant qu'en réalité, la responsabilité retenue de l'auteur du dommage est une responsabilité élargie et qu'elle justifie, par ce fait, une créance élargie. En effet, si le responsable a commis une faute volontaire, l'enrichissement trouve sa cause dans cette faute et dans la fonction punitive et dissuasive de la peine privée.

Ni le principe de la réparation intégrale, ni celui de l'interdiction de l'enrichissement sans cause ne semblent constituer des obstacles insolubles à l'entrée des dommages et intérêts punitifs en droit français. Mais c'est aussi parce qu'ils risquent de conduire à une confusion entre le rôle du droit de la responsabilité civile et celui du droit pénal que l'introduction des dommages et intérêts punitifs semble contestée.

C. La distinction des fonctions du droit civil et du droit pénal

L'introduction en droit français des dommages et intérêts punitifs, dans le but de transformer la répression en un instrument de prévention et de répression des comportements les plus répréhensibles, bouleverserait notre système juridique en conduisant à un mélange des genres dangereux pour le système de la responsabilité civile aussi bien que pour la répression des atteintes

57 F.X LICARI, JDI 2010 p. 1230

58 Définition Lexique des termes juridiques, Dalloz, 16^e édition

59 P. LE TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz Action 2008/09, n° 45

à l'ordre public. En effet, les dommages et intérêts punitifs instaureraient une confusion entre intérêt privé et intérêt public, distinction qui est un élément essentiel de notre système juridique. Pour que soit sauvegardée la cohérence de chaque corps de règles, la prévention et la répression devraient relever des autorités en charge de la protection de l'intérêt public tandis que la réparation devrait rester entre les mains du droit civil. Il appartient donc au droit pénal d'infliger des peines et de prévenir la commission d'infractions, et les actions en dommages et intérêts ne pourraient ni ne devraient se substituer à l'action des autorités publiques.

Au soutien de cette argumentation, il est souvent avancé que le juge civil ne peut assumer un rôle répressif qui n'appartiendrait qu'au juge pénal. Les dommages et intérêts punitifs constituent par nature une institution hétérogène, mi-civile, mi-pénale, s'intégrant mal dans les systèmes comme le nôtre où les règles pénales et civiles veulent être bien distinctes. L'orientation punitive de la responsabilité civile serait de nature à transformer cette dernière en une responsabilité *parapénale*⁶⁰ et à rendre plus floues les limites de la répression. En effet, contrairement à la réparation, la répression n'a pas pour finalité de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant la réalisation d'un fait illicite. Elle consiste au contraire à infliger à l'agent un certain mal en rétribution de son acte, l'ampleur de ce mal devant être proportionnée à la gravité du comportement poursuivi. Cette finalité se retrouve en ce qui concerne les dommages et intérêts punitifs, qui risquent alors de faire doublon, au cas où le comportement serait incriminé, avec la sanction pénale prononcée par les juridictions répressives. Cette confusion entre les responsabilités civile et pénale serait à l'origine de difficultés inhérentes à la question du cumul des peines. De plus, un tel système de responsabilité civile punitive conduirait nécessairement à l'application en matière civile des différents impératifs protecteurs des libertés individuelles qui sont issus du droit pénal. Le principe de légalité criminelle s'oppose en effet au prononcé de peines privées par une juridiction civile, sans que soient respectées les garanties du procès pénal : le Conseil Constitutionnel considère que l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁶¹ est pleinement applicable à toute sanction qui a le caractère d'une punition. Les cas où les dommages et intérêts punitifs auraient vocation à s'appliquer devront donc être précisément définis par la loi. De plus, le montant des dommages et intérêts punitifs devrait être fortement encadré par la loi et pleinement soumis au principe de proportionnalité. Ils devraient par conséquent être déterminés en considération de la gravité de la faute, ce qui rend difficilement concevable le prononcé d'une condamnation élevée contre l'auteur d'une faute légère qui se révélerait particulièrement lucrative.

60 R. MÉSA, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.* 21 novembre 2009, n° 325, p. 15

61 « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »

Même en Angleterre, les dommages et intérêts punitifs sont souvent contestés car ils forment une institution à part, intermédiaire entre le droit civil et le droit pénal. Allan Beever⁶² soutient en effet que les dommages et intérêts punitifs devraient être supprimés. Le rôle du droit pénal est de punir, si bien que les dommages et intérêts punitifs devraient relever du droit pénal et non du droit civil. Le droit civil est étranger à la punition, les dommages et intérêts portent alors atteinte à la cohérence du droit civil. En effet, pour engager la responsabilité de l'auteur d'un dommage, la victime doit démontrer que ce dernier a manqué aux obligations qui lui incombent à son égard : « *tort law operates in personam* ». Au contraire, la condamnation au paiement de dommages et intérêts punitifs est justifiée par la violation, par l'auteur du dommage, des obligations qui lui incombent à l'égard de la société tout entière. La responsabilité au titre des dommages et intérêts punitifs n'intéresse donc pas la relation personnelle entre les deux parties mais résulte d'une offense faite aux valeurs communes de moralité et de bonne conduite : « *exemplary damages do not operate in personam* ».

Pour autant, aucune de ces critiques n'est sans parades. La distinction théorique entre le rôle de la réparation civile et celui de la répression pénale est souvent illusoire dans la mesure où leurs sphères se chevauchent. De plus, les garanties du procès civil ne sont pas si éloignées des garanties accordées devant les juridictions pénales. Les dangers d'une telle confusion peuvent être dénoncés dans un système juridique admettant une séparation complète du civil et du pénal et qui ignore l'action civile portée devant la juridiction répressive. Tel n'est pas le cas du droit français qui permet à la victime de porter son action civile, à son choix, devant le juge civil ou le juge pénal. Certes, quel que soit le tribunal élu par la victime, l'action civile a toujours pour objet la seule réparation du dommage subi, mais en réalité, la Cour de Cassation admet aujourd'hui que la constitution de partie civile ne s'accompagne pas nécessairement d'une demande d'indemnisation et qu'elle est même possible pour une victime qui se trouve privée, par une loi spéciale, de la possibilité de se faire indemniser par le juge répressif⁶³. Geneviève Viney affirme alors que « la jurisprudence a créé une nouvelle voie de droit au profit des victimes, l'action civile à fin répressive ou vindicative »⁶⁴. Dès lors, si l'action civile peut n'avoir qu'une fin répressive, rien ne fait obstacle à ce qu'elle ait une fin à la fois compensatoire et répressive : « l'action civile se publicise, de même que l'action publique se privatise »⁶⁵.

Finalement, il apparaît que les dommages et intérêts punitifs ne heurtent pas les fondements

62 A. BEEVER, *Oxford Journal of Legal Studies* 87, Spring 2003

63 Cass. crim. 22 janvier 1953, D. 1953, jurispr. p. 109

64 G. VINEY, *Les différentes voies de droit proposées aux victimes*, Archives de politique criminelle 2002, n°24, p. 24

65 F. X. LICARI, JDI 2010 p. 1230

de la responsabilité civile, car les fonctions punitive et préventive lui sont inhérentes. Cette compatibilité entre les dommages et intérêts punitifs et l'ordre juridique français serait opportune dans le domaine particulier des fautes lucratives où ils serviraient à annihiler l'enrichissement injuste du défendeur.

II. La consécration des dommages et intérêts punitifs : une solution au problème des fautes lucratives ?

« Il est des directeurs de publications spécialisées dans la révélation des secrets d'alcôve qui, avant de publier une indiscretion ou une photographie dont ils savent qu'elle leur vaudra un procès ou une condamnation, consultent leur avocat sur le montant probable de cette dernière, et qui, après avoir comparé cette évaluation à leur chiffre d'affaires, prennent allègrement la responsabilité d'encourir les foudres quelque peu mouillées de la justice »⁶⁶. C'est en ces termes qu'en 1971, le premier avocat général R. Lindon dénonce pour la première fois la faute lucrative, sur la définition de laquelle il conviendra de revenir (A). La nécessité de sanctionner efficacement les fautes lucratives a déjà conduit le législateur et la jurisprudence à l'aménagement de certaines règles spécifiques ; néanmoins, l'inefficacité de ces solutions impose la nécessité d'une appréhension globale de ces comportements, qui pourrait se faire, au plan civil, par l'introduction des dommages et intérêts punitifs (B). L'examen de cette proposition révèle cependant qu'une telle sanction présente des limites dans le cas de la faute lucrative, pour laquelle l'instauration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites paraît plus opportune (C).

A. La définition de la faute lucrative en droit français

La faute lucrative présente une originalité sémantique évidente : la faute, synonyme de manquement à la règle, à la prudence ou à la bonne foi ne doit pas permettre le lucre, le profit. La notion de faute lucrative désigne alors le comportement immoral de celui qui tire un bénéfice financier de la violation de la règle et de l'éthique. Le droit civil ne reconnaît pas aujourd'hui, formellement, la faute lucrative. Les index des ouvrages et des encyclopédies juridiques ignorent la notion. Seul l'ouvrage de Starck, Roland et Boyer⁶⁷ contient une définition : on appelle faute lucrative « la faute qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime – laisse à son auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas la commettre ».

66 D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, p.27

67 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., 1996, Litec, spéc. n° 1335

La faute lucrative, telle qu'on l'envisage habituellement, est une faute délictuelle : elle est le plus souvent le fait d'entreprises, personnes physiques ou morales, qui agissent principalement dans trois buts. La première motivation consiste à vouloir tirer profit de l'effort d'un autre (notoriété d'une vedette, d'une marque...). La faute lucrative délictuelle peut également naître de la volonté de prendre l'avantage sur un concurrent ou de conquérir une position plus forte sur le marché en se comportant de façon déloyale, en violant délibérément les règles du droit de la concurrence ou, dans l'hypothèse d'une contrefaçon, celles de la propriété intellectuelle. Enfin, la faute délictuelle lucrative peut également ne viser personne en particulier, son auteur poursuivant simplement un but égoïste sans se soucier des conséquences, comme dans l'hypothèse, par exemple, de la pollution. Ainsi, initialement cantonné à certaines branches du droit, notamment celles des atteintes à la vie privée par voie de presse, des actes de concurrence déloyale et de la violation des droits de propriété intellectuelle, le problème des fautes lucratives ne cesse de prendre de l'importance en raison de l'extension considérable du nombre d'activités et de domaines dans lesquels de tels comportements se rencontrent. Ce phénomène peut s'expliquer en premier lieu par l'évolution des techniques qui conduit au renforcement des moyens d'investigation et de diffusion de la presse, à l'émergence de nouveaux droits intellectuels et qui provoque des risques nouveaux de pollution en raison du développement de l'activité industrielle. En second lieu, l'évolution du monde économique conduit à l'exercice d'une pression forte du marché et de la concurrence sur les entreprises qui sont conduites à privilégier la rentabilité et le gain sur d'éventuelles considérations juridiques ou morales. La faute lucrative peut également exister en matière contractuelle, dans l'hypothèse où l'une des parties au contrat provoque un événement afin de faire jouer une clause qui lui permet d'échapper à tout ou partie de ses engagements. Le plus souvent, la faute lucrative contractuelle consiste à tirer profit d'un rapport de force déséquilibré, d'une situation d'infériorité économique, notamment entre professionnels et consommateurs.

La faute lucrative impose la nécessité d'un gain au profit de l'auteur de la faute : le gain n'est pas nécessairement un gain monétaire, comme un bénéfice ou une économie, mais peut consister en un avantage en nature comme une image renforcée par exemple. Pour parvenir à ce gain, la faute lucrative suppose un calcul de la part de son auteur : ce dernier aura calculé que le gain sera supérieur au montant de la réparation intégrale qu'il aura à verser, ou bien le gain pourra découler du comportement des victimes, anticipé par l'auteur de la faute, notamment dans le cas de l'inaction du consommateur que l'auteur de la faute aura espérée. Ce calcul est donc significatif de la volonté et de l'intention de commettre la faute : l'élément intentionnel est donc fort. C'est pourquoi, la faute lucrative se rapproche davantage de la faute intentionnelle ou dolosive, ce qui appelle des sanctions particulières. Face à de telles fautes lucratives, les tribunaux n'hésitent pas, en vertu de leur pouvoir

souverain d'appréciation, à alourdir les dommages et intérêts auxquels le responsable est condamné, dépassant ainsi le cadre de la stricte réparation intégrale qui, en épousant les contours du préjudice, ne permet de réprimer qu'imparfaitement ces comportements. L'idée de sanction apparaît donc étroitement liée à la notion de faute lucrative. À l'image de ce que suggère le professeur Viney⁶⁸, l'augmentation des dommages et intérêts au-delà de la valeur du préjudice, par l'introduction des dommages et intérêts punitifs, doit-elle être la sanction attachée à la qualification de faute lucrative ?

B. L'opportunité du recours aux dommages et intérêts punitifs

L'historique des dommages et intérêts punitifs, notamment en Angleterre, semble montrer que la question s'est posée au départ dans les domaines où la réparation civile était la seule « punition » de l'auteur du dommage. On pourrait alors comprendre que, dans notre système juridique, la question des dommages et intérêts intégrant exceptionnellement une fonction de peine dans un but dissuasif et répressif, puisse être évoquée surtout dans des domaines où la responsabilité civile n'est pas doublée de sanctions pénales ou administratives. Dans ces hypothèses en effet, la stricte réparation du préjudice, aussi étroitement que les règles classiques de l'indemnisation l'exigent, n'est pas toujours satisfaisante pour les victimes. C'est le cas pour un certain nombre de fautes lucratives qui, à défaut d'avoir un statut propre, sont apparentées aux fautes délictuelles et appréhendées par l'article 1382 du Code Civil. Or, comme le souligne Clothilde Grare⁶⁹, « le paradoxe du système actuel est que là où la faute revêt une certaine gravité et où donc la fonction normative de la responsabilité devrait être mise en avant pour être efficace, elle est complètement paralysée par la règle d'évaluation de l'article 1382 ». Le principe de la réparation intégrale du préjudice rend nécessaire une proportion entre les dommages et intérêts dus par l'auteur de la faute lucrative et le préjudice subi par la victime ; il ne permet pas, de ce fait, la prise en compte des profits illicites obtenus. L'auteur de la faute n'hésitera donc pas à la répéter, le bilan coût/avantages étant positif. Or, dans ces fautes, ce qu'il y a de véritablement répréhensible ne se limite pas à la simple perte de la victime, mais surtout au fait que le débiteur, malhonnête, manque sciemment à ses obligations en causant un préjudice à autrui pour son seul profit. Dans le cas, par exemple, des atteintes aux droits de la personnalité par voie de presse, l'organe de presse désireux de gagner des lecteurs par la publication non autorisée de photographies de personnalités en vogue, sait qu'il a normalement peu à craindre d'une condamnation judiciaire qui se contentera, sans prendre en compte les profits réalisés par le journal, de réparer le préjudice moral subi par la victime, préjudice

68 G. VINEY, *Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 2^e éd. LGDJ, § 147

69 C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, thèse, Dalloz, 2005, p. 89

dont on connaît la difficulté, pour le juge, de parvenir à une bonne évaluation. La même critique peut être formulée dans les cas les plus nombreux de concurrence déloyale, qui ne sont sanctionnés que par application des règles de la responsabilité civile. La réparation du préjudice subi par la victime d'une concurrence déloyale est souvent difficile car il s'agit là d'un préjudice de nature économique qui suppose, le plus souvent, plus ou moins longtemps après les faits, la prise en compte d'une situation complexe et hypothétique, celle de la victime dans le cadre du jeu normal de la concurrence. De plus, la preuve d'un préjudice direct et certain, en matière économique et commerciale, suppose des calculs et estimations économiques délicats. En droit de la consommation également, la responsabilité civile, dans son application traditionnelle, présente des difficultés à réguler les comportements économiques et à définir des normes de conduite efficaces. L'exemple de la compagnie aérienne qui pratique, avec le *surbooking*, une inexécution contractuelle délibérée est, sur ce point, éclairant : la victime ne peut obtenir une réparation satisfaisante si elle s'appuie uniquement sur l'existence de son préjudice ; la clause exonératoire de responsabilité, figurant le plus souvent dans le contrat, protège la compagnie aérienne. La faute lucrative, sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts punitifs, pourrait alors offrir un système juridique efficace pour le traitement de ces comportements. La responsabilité civile, cantonnée à sa traditionnelle fonction indemnitaire, est donc impuissante pour lutter efficacement contre les fautes lucratives, dont elle a elle-même permis le développement.

On l'a compris, les dommages et intérêts punitifs peuvent s'avérer être une arme d'une redoutable efficacité pour sanctionner des fautes lucratives qui ne sont appréhendées qu'à travers l'article 1382 du Code Civil. En revanche, il peut paraître plus étrange a priori, que la question des dommages et intérêts punitifs soit posée également dans des domaines où les comportements visés donnent lieu à des mesures spécifiques de répression, notamment des sanctions pécuniaires administratives ou pénales. En réalité, si la question se pose, c'est que ces sanctions sont elles même jugées parfois insuffisantes pour répondre à un souci de prévention et de répression. La longueur des procédures devant les autorités administratives et les juridictions répressives peut, en pratique, constituer un facteur d'atténuation de la peine. De plus, le droit pénal ne permet pas de sanctionner toutes les fautes lucratives. On constate que le principe de « légalité des délits et des peines » fait obstacle, dans certains domaines, à son efficacité, soit parce que certaines des fautes commises ne sont pas incriminées pénalement, soit parce que les peines prévues par la loi se révèlent insuffisantes pour dissuader les auteurs des activités les plus lucratives. Outre l'imperfection des textes qui ignorent certaines situations fautives génératrices de gain, le manque de moyens matériels et humains fait que de nombreuses dispositions restent inappliquées. En matière de contrefaçon par

exemple, l'article L335-6 du Code la propriété intellectuelle⁷⁰ prévoit la possibilité de confiscation et de remise des recettes confisquées. Il est cependant remarquable de constater la quasi-absence de jurisprudence publiée faisant état de l'application de cette disposition⁷¹, la difficulté à rapporter la preuve des bénéfices réalisés expliquant peut-être cette désaffection.

Ainsi, dans l'hypothèse de fautes lucratives, l'alternative entre une condamnation civile purement indemnitaire et une condamnation pénale étroitement bridée par le principe de légalité des délits et des peines n'est pas satisfaisante, car l'une comme l'autre laissent à l'auteur du dommage un très large avantage à continuer son activité nuisible et illicite. Pour apporter une solution satisfaisante à ce problème, il faut donc imaginer une sanction spécifique, plus souple que la sanction pénale et plus dissuasive que l'indemnisation pure et simple. La tentation est donc grande de préconiser le prononcé de dommages et intérêts punitifs. Cependant, dans son article « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? »⁷², Rodolphe Mésa soutient qu'en réalité, les dommages et intérêts punitifs seraient d'une efficacité limitée en raison d'éléments propres à leur régime. D'une part, le premier élément dans le sens de l'inefficacité de cette sanction tient au caractère limitatif des cas dans lesquels il pourra y être recouru, ce caractère étant la conséquence du principe de légalité criminelle. Seules les fautes expressément visées par le législateur pourront voir leurs effets profitables neutralisés en tout ou partie. Pour les autres, le caractère lucratif subsistera en raison de la seule applicabilité du principe de la réparation intégrale du préjudice. Cette lacune des dommages et intérêts punitifs est d'autant plus forte qu'il semble impossible, du fait de l'évolution des techniques, de dresser un inventaire précis des différentes fautes lucratives. D'autre part, pour appréhender efficacement une faute lucrative, il est nécessaire que la sanction pécuniaire mise à la charge du fautif soit de nature à paralyser les profits qu'il a pu réaliser et qu'elle corresponde donc à un multiple de ces profits illicites. Or, cette solution ne se retrouve pas nécessairement à la lecture des projets de réforme du droit de la responsabilité, sur lesquels nous reviendrons⁷³, et qui préconisent que le montant des dommages et intérêts soit déterminé par référence à celui des dommages et intérêts compensatoires. La sanction, calculée ainsi, laissera subsister tous les profits qui seront supérieurs au montant du préjudice, ce qui est aisément concevable en matière d'atteintes à l'image ou en matière de

70 Article L335-6 du CPI : « en cas de condamnation pour l'un des délits prévus et réprimés au présent chapitre, le tribunal peut prononcer la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction ainsi que celles de tous les phonogrammes, vidéo-grammes, objets et exemplaires contrefaisants ou reproduits illicitement et du matériel spécialement installé en vue de la réalisation du délit »

71 P. KAMINA, « Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon », *Cah. Dr. Entr.* n°4, juillet 2007, dossier 26

72 R. MÉSA, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.* 21 novembre 2009, n° 325, p. 15

73 Voir partie III, III

concurrence. Cette méthode de calcul conserve donc intactes la prévisibilité de la sanction. De plus, les dommages et intérêts punitifs, en étant attribués à la victime, risquent de rendre la faute qui était initialement lucrative pour son auteur, également lucrative pour la victime en étant à l'origine d'un enrichissement sans cause pour celle-ci. Cet enrichissement injustifié de la victime présente l'inconvénient supplémentaire, en matière de concurrence, de lui donner un avantage sur ses concurrents. Enfin, dans la mesure où ils seraient envisagés en tant que substitut à une procédure administrative ou pénale, les dommages et intérêts punitifs souffriraient de la faiblesse consubstantielle à leur nature privée : face à la difficulté d'établir l'existence d'un préjudice direct et certain en droit de la concurrence notamment, sans les pouvoirs d'enquête de la puissance publique, le plaideur se trouvera fréquemment désarmé.

Les dommages et intérêts punitifs ne sont donc peut-être pas la solution la plus appropriée pour l'appréhension des fautes lucratives. La sanction la plus efficace doit tendre à neutraliser directement leurs conséquences profitables. Elle peut ainsi résider dans la consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites, principe complémentaire à celui de la réparation intégrale.

C. Les dommages et intérêts *restitutoires* destinés à confisquer un profit illicite

Les lacunes du droit de la responsabilité civile, largement dénoncées dans les hypothèses de fautes lucratives, tiennent au fait que la condamnation prononcée à l'encontre du fautif est inférieure au montant des profits réalisés grâce au comportement sanctionné. La consécration d'un principe de restitution intégrale, par l'allocation de dommages et intérêts restitutoires se distinguant pleinement des dommages et intérêts punitifs, apparaît, à cet égard, d'une plus grande efficacité dans l'appréhension des fautes lucratives. Un tel principe permettrait de contourner la fonction punitive en ce que la responsabilité civile resterait dans son élément naturel de réparation. En effet, il ne s'agit pas, comme c'est le cas à propos des dommages et intérêts punitifs, de réprimer le fautif par le prononcé, à son encontre, d'une pénalité s'ajoutant à l'indemnité réparatrice due à la victime. Il s'agit au contraire de le priver des conséquences profitables de son comportement, donc de lui ôter tous les gains et économies qu'il a pu réaliser consécutivement à la commission de la faute, ni plus, ni moins. La responsabilité civile pourrait alors rétablir chacune des parties dans la situation qui était la sienne avant la réalisation de la faute : cela passe par l'application du principe de la réparation intégrale pour la victime, qui permet d'effacer les effets du préjudice, et par l'application du principe de la restitution intégrale pour le responsable, qui permettrait d'effacer les conséquences profitables

de sa faute. Ne poursuivant pas de finalité punitive, le principe de la restitution intégrale des profits illicites n'entrerait pas dans le cadre de la matière pénale. Il ne serait pas, par conséquent, astreint aux exigences qui découlent du principe de la légalité criminelle. De plus, lorsque la victime cherche à infliger une véritable « peine privée » à l'auteur du dommage, il paraît naturel d'imposer le respect des garanties que les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoient en matière pénale, car la « peine privée » relève de cette matière au sens de la Convention. En revanche, tel n'est pas le cas pour la restitution d'un profit illicite qui n'a aucun caractère punitif et s'apparente davantage à la restitution d'un paiement indu ou d'un enrichissement sans cause. De plus, la gravité de la faute ne devrait avoir aucune incidence sur la condamnation à restituer, si bien que l'auteur du comportement illicite devrait être condamné à restituer les seuls profits qu'il a pu réaliser, que la faute soit intentionnelle ou d'imprudence. Dès lors, le principe de restitution intégrale est susceptible d'avoir une portée générale, identique à celle du principe de la réparation intégrale, et pourrait donc appréhender toutes les fautes lucratives, qu'elles soient connues et identifiées, ou bien le fruit d'une pratique à venir.

L'allocation de dommages et intérêts restitutoires semble s'être d'ores et déjà dévoilée en droit positif, sous l'égide de quelques dispositions spéciales, dans certaines hypothèses particulières de fautes lucratives. En matière de contrefaçon, la loi du 29 octobre 2007⁷⁴ transposant la directive européenne du 29 avril 2004 a édicté plusieurs dispositions qui, pour l'évaluation des dommages et intérêts, ouvrent une alternative dont les deux termes font place officiellement au profit illicite réalisé par le contrefacteur, et permettent au demandeur d'inclure la restitution de ce profit, intégralement ou forfaitairement, dans la somme que celui-ci devra verser. La loi impose en effet au juge de prendre en considération non seulement les conséquences négatives subies par la partie lésée ainsi que le préjudice moral causé, mais également les bénéfices réalisés par le contrefacteur. Le juge peut toutefois, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette innovation, qui s'est imposée pour des raisons d'efficacité dans le domaine de la contrefaçon, pourrait être appelée à retentir sur le droit commun de la responsabilité civile. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile élaboré sous la direction du professeur François Terré généralise en effet cette solution à toutes les fautes lucratives commises intentionnellement⁷⁵. La mise en œuvre du principe de restitution intégrale pose inévitablement la

74 Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon

75 Article 54 Projet Terré : « Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages et intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité ».

question du cumul entre l'indemnité réparatrice et l'indemnité restitutive. Un tel cumul est envisageable mais il est toutefois nécessaire que le montant cumulé de la sanction n'excède pas celui du profit réalisé ; à défaut, l'indemnité restitutive pourrait s'analyser comme constitutive de dommages et intérêts punitifs, ce qui entraînerait la mise en œuvre des impératifs pénaux, essentiellement du principe de proportionnalité et de la règle *non bis in idem*. C'est pourquoi, plutôt que d'inclure le profit dans un calcul global des dommages et intérêts, le texte accorde au demandeur une option entre les dommages et intérêts compensatoires et des dommages et intérêts restitutoires. Enfin, pour que le principe de restitution intégrale jouisse de sa pleine efficacité, il est nécessaire que les dommages et intérêts restitutoires soient pris en charge par le fautif qui a profité des conséquences lucratives. À défaut, le fautif pourrait conserver les fruits de son comportement illicite et la sanction serait inutile. C'est la raison pour laquelle le Projet Terré prévoit que les conséquences de la commission d'une faute lucrative ne peuvent être assurables. Il semblerait en effet bien immoral de permettre une telle assurance, le but du texte étant précisément de ne pas permettre de calcul de risque.

En définitive, il semble que si la reconnaissance officielle par le droit français des dommages et intérêts restitutoires soit surtout utile pour garantir la restitution des profits illicites provoqués par les fautes lucratives, il est nécessaire de dissiper l'ambiguïté qui existe autour du concept des dommages et intérêts punitifs en les distinguant nettement des dommages et intérêts destinés à restituer ou à confisquer le profit illicite. Il est néanmoins possible de soutenir que les dommages et intérêts restitutoires ne permettent pas de remplir efficacement la fonction de dissuasion à l'égard des auteurs de fautes lucratives. En imposant une condamnation qui ne dépasse pas les profits réalisés par le responsable, bien des contrevenants perdureront dans des comportements répréhensibles, ayant conscience qu'au mieux, ils en retireront les profits escomptés, au pire ne leur seront retirés que les profits réalisés, ni plus ni moins. L'existence des dommages et intérêts restitutoires ne retire donc pas son intérêt à l'introduction de dommages et intérêts punitifs. Cependant, cette possibilité ne serait pas sans entraîner un certain nombre de difficultés qui ne méritent sans doute pas d'être encourues au vu des moyens d'ores et déjà à la disposition des victimes, des juges et des autorités.

III. Les dommages et intérêts punitifs face à l'institution concurrente de l'amende civile

Une des objections à l'introduction des dommages et intérêts punitifs tient à l'existence

d'autres remèdes, étrangers à la responsabilité civile, et qui seraient aptes à remplir les fonctions que l'on attache à ce type de condamnation. On pense d'abord évidemment au droit pénal qui, dans de nombreux cas, suffit à dissuader de commettre des fautes délibérées. Toutefois, on constate que le principe de légalité des délits et des peines fait obstacle, dans certains domaines, à son efficacité, soit parce que certaines des fautes commises ne sont pas incriminées pénalement, soit parce que les peines prévues par la loi se révèlent insuffisantes pour dissuader les auteurs des activités les plus lucratives. Dans ce cas là, pourquoi ne pas donner au droit civil un rôle complémentaire à celui habituellement confié au droit pénal ? La loi prévoit en effet des « amendes civiles » qui peuvent être prononcées dans certaines hypothèses particulières (A). Parce qu'elles présentent l'avantage d'être soumises à un régime propre distinct de la responsabilité civile, la question se pose de savoir si la condamnation à des amendes civiles ne serait pas préférable à l'allocation de dommages et intérêts punitifs (B). Mais ces amendes civiles présentent des effets pervers qu'il est nécessaire d'examiner avant de laisser ces sanctions punitives extra-pénales se développer (C).

A. Illustrations

C'est peut-être du côté des amendes civiles qu'il faut rechercher le véritable équivalent fonctionnel des dommages et intérêts punitifs. Une amende est dite civile lorsqu'elle est prévue par un texte et prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire pour des faits qui ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale. L'amende civile se distingue de l'amende pénale qui est prononcée par un juge pénal pour sanctionner une infraction pénale, ou encore de l'amende administrative, comme celle prononcée par un juge administratif ou une autorité administrative indépendante. Le droit français nous offre un certain nombre d'illustrations du recours à de telles amendes civiles. On en trouve tout d'abord pour sanctionner l'inobservation d'une charge publique ou civile : à ce titre, certaines amendes civiles sont prononcées, par exemple, pour sanctionner la violation par l'officier d'état civil de ses obligations professionnelles⁷⁶ ; d'autres amendes civiles viennent sanctionner l'irrespect des charges de la tutelle⁷⁷, ou encore l'irrespect des obligations des témoins⁷⁸. On trouve ensuite toutes les amendes de procédure qui viennent sanctionner, en plus des dommages et intérêts, ceux qui ont abusé de leur droit d'ester en justice. Dans toutes ces différentes situations, les amendes civiles ne viennent pas sanctionner des fautes lucratives et sont plutôt justifiées par la volonté d'inciter les personnes à exécuter leurs obligations, à ne pas abuser de leurs droits, sans pour autant que ce soit assez grave pour ériger le comportement en infraction pénale.

76 Article 50 du Code Civil : « Toute contravention aux articles précédents, de la part des fonctionnaires y dénommés, sera poursuivie devant le tribunal de grande instance et punie d'une amende comprise entre 3 euros et 30 euros »

77 Voir articles 395 et suivants du Code Civil qui renvoient à l'article 1230 du Code de Procédure Civile

78 Voir article 207 du Code de Procédure Civile

Jusqu'à récemment, les hypothèses d'amendes civiles restaient donc limitées principalement à des amendes de procédure, et leur montant était faible.

En revanche, c'est bien pour sanctionner un cas de faute lucrative qui porte préjudice à des particuliers que la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE, a introduit un cas supplémentaire d'amende civile pour condamner certaines pratiques restrictives de concurrence. Désormais, en application de l'article L442-6 III du Code de Commerce, le ministre chargé de l'Économie et le Ministère Public, ainsi que toute personne justifiant d'un intérêt à agir peuvent demander à la juridiction saisie le prononcé d'une amende civile, dont le montant ne peut excéder deux millions d'euros, amende qui viendra s'ajouter à la réparation du préjudice subi dans le cadre d'une action en cessation de pratiques restrictives illicites. Cette amende civile permet donc de sanctionner une action abusive, par exemple le fait de soumettre ou de tenter de soumettre son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, ou encore le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. L'aspiration est toujours la même : faire baisser les prix tout en évitant l'exploitation abusive de la puissance de négociation des centrales d'achat ou des grands distributeurs à l'égard des petits fournisseurs. Cette amende civile participe bien de la volonté législative d'éviter que la faute soit lucrative : les travaux préparatoires de la loi NRE, dont le texte est issu, indiquent expressément qu'il s'agit « d'éviter qu'une entreprise considère que mettre en œuvre une pratique restrictive de concurrence lui donnera toujours un avantage dans la concurrence, même si elle doit réparer le dommage causé aux concurrents »⁷⁹. Ainsi, puisqu'un particulier subit un dommage, cette amende civile, qui s'ajoute à la réparation de ce dommage, se présente bien comme un substitut aux dommages et intérêts punitifs que notre système juridique ignore.

Dès lors, se pose nécessairement la question de savoir si, avant de tendre la main à des institutions nouvelles, inconnues de notre système juridique et dont on ne mesure peut-être pas encore les conséquences réelles, il ne serait pas plus sage d'utiliser les instruments existants, en étendant leur champ d'application. Ainsi, faudrait-il prévoir une amende civile en cas d'atteinte à la vie privée, en cas de concurrence déloyale, en cas de contrefaçon ?

B. L'amende civile : un substitut aux dommages et intérêts punitifs ?

Si l'amende civile est susceptible de constituer un substitut idéal aux dommages et intérêts punitifs, elle doit d'abord se présenter comme une sanction préférable à l'amende pénale. Nous l'avons vu, il apparaît aujourd'hui opportun de développer l'usage d'une sanction civile permettant

79 Documentation AN n° 2319, p. 35

d'échapper, notamment en cas de faute lucrative, à l'alternative entre les dommages et intérêts soumis au principe indemnitaire et la sanction pénale. Il est aujourd'hui affirmé en doctrine⁸⁰ que l'amende civile présente une certaine supériorité dans la mesure où elle a pour but de punir moins fortement, mais surtout avec plus de souplesse, des comportements qui ne sont pas assez graves pour entraîner les foudres de la loi pénale. D'une part, l'amende civile est prononcée par un juge civil ; il en résulte incontestablement une souplesse puisque ce sont alors les règles de la procédure civile qui sont appliquées et non celles de la procédure pénale qui connaît, on le sait, plus de nullités de procédure. D'autre part, la supériorité de l'amende civile par rapport à l'amende pénale tient au fait que, sur le fond, on va lui appliquer les principes du droit civil, moins contraignants que les principes de droit pénal, tout au moins quand le montant de l'amende est faible. Dans ce cas, l'amende civile échapperait au principe de la légalité des délits et des peines et pourrait être édictée par décret. Cependant, si on veut utiliser l'amende civile comme un substitut aux dommages et intérêts punitifs dans un système juridique qui est réticent à leur égard, il faut que l'amende civile soit d'un montant dissuasif, donc supérieur à celui de la plupart des amendes civiles connues de notre droit. Or, même dans le cas de l'article L 442-6 III du Code de Commerce, qui prévoit une amende civile pouvant aller jusqu'à deux millions d'euros, l'efficacité d'une telle mesure risque d'être limitée puisque le gain peut être supérieur au montant de l'amende à laquelle on a fixé un plafond. Ainsi, parce que ces amendes civiles sont plafonnées, comme pour la sanction pénale, leur efficacité s'en trouve atténuée lorsque l'activité préjudiciable est très lucrative.

Si l'amende civile semble présenter un certain nombre d'avantages par rapport à l'amende pénale, c'est surtout son apparente supériorité par rapport aux dommages et intérêts punitifs qui encourage son développement. En effet, l'amende civile a, en premier lieu, des effets favorables comparables à ceux des dommages et intérêts punitifs. Elle présente, comme ces derniers, une double vertu punitive et préventive : l'article L442-6 du Code de Commerce peut avoir un tel effet dissuasif puisque les entreprises savent désormais qu'en commettant une pratique restrictive, elles risquent de devoir indemniser le préjudice subi et payer une amende pouvant aller jusqu'à deux millions d'euros. Cela permettra de prévenir la commission d'infractions civiles. L'amende civile pourrait également échapper à l'assurance, comme les dommages et intérêts punitifs. La question de « l'assurabilité » des dommages et intérêts punitifs est une question importante que nous développerons dans la suite du mémoire⁸¹. Mais, la question est plus simple pour l'amende civile dans la mesure où l'assurance de responsabilité vient garantir des dettes de réparation si bien qu'elle ne pourrait garantir des amendes, qu'il s'agisse d'amendes pénales, fiscales, ou même civiles. En

80 M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 36

81 Voir partie III, III

second lieu, l'amende civile semble supérieur aux dommages et intérêts punitifs en ce qu'elle ne conduit pas aux effets défavorables de ces derniers : sur le plan théorique, l'amende civile ne touche pas au dogme de la réparation intégrale du préjudice. Elle est donc plus facile à introduire et à développer dans notre système juridique dont elle ne heurte pas les fondements. Au plan pratique, l'un des reproches que l'on pourrait notamment adresser aux dommages et intérêts punitifs ne se retrouve pas dans l'hypothèse de l'amende civile. En effet, la différence principale entre l'amende civile et les dommages et intérêts punitifs tient au fait que l'amende civile n'est pas versée à la victime mais au Trésor Public, si bien qu'elle ne contribue pas à donner à la victime un avantage concurrentiel indu sur le marché. Au contraire, en introduisant, dans le domaine de la concurrence déloyale, des dommages et intérêts punitifs qui tomberont dans le patrimoine de la victime, on avantage sur le marché la victime de ladite concurrence si bien que ce seront alors les autres concurrents qui subiront un désavantage dans la concurrence, qui pourrait leur nuire. Cependant, cela est vrai dans des domaines comme celui de la concurrence déloyale ou des pratiques restrictives de concurrence, donc dans les domaines du droit économique, mais c'est un peu moins vrai quand la pénalité vient sanctionner par exemple une atteinte à la vie privée par voie de presse. Le choix à faire entre amende civile et dommages et intérêts punitifs ne doit alors peut-être pas être fait de la même façon dans toutes les hypothèses.

Parce qu'il faut « se méfier de la perversité de la vertu »⁸², il est nécessaire de ne pas s'arrêter à l'examen des seules vertus de l'amende civile, mais de mettre également en exergue ses effets pervers, qui ont pu être dénoncés.

C. Les effets pervers de l'amende civile

Le problème avec l'amende civile, c'est que l'on veut quelque chose de paradoxal, à savoir « du droit pénal sans le droit pénal »⁸³, plus précisément l'efficacité du droit pénal sans la protection offerte à l'auteur de l'infraction en droit pénal. C'est ce que soutiennent certains auteurs qui se demandent si le choix d'une amende civile plutôt que d'une amende pénale n'a pas pour but et pour effet de priver la victime mais surtout l'auteur de l'infraction de certains mécanismes de protection du droit pénal. À l'égard des victimes d'abord, la création d'une amende civile et non pénale revient à les écarter de sa mise en jeu. En matière pénale, les victimes ont en effet la possibilité de déclencher les poursuites en se constituant partie civile, pour pallier l'inertie des autorités publiques. Or, ce droit n'existe pas pour les amendes civiles : la victime n'est pas recevable à demander que le

82 C. CHAMPAUD, Colloque de Rennes sur la mondialisation, 27-28 septembre 2001

83 M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 36

coupable soit condamné à payer une amende civile au Trésor, ce qui peut, dans le cas de la concurrence déloyale notamment, la priver d'un moyen efficace de défense de ses intérêts. À l'égard de l'auteur des faits ensuite, l'amende civile entraîne un risque d'exclusion de certains mécanismes protecteurs du droit pénal. En principe, en matière pénale, le principe de la légalité des délits et des peines implique que le texte légal d'incrimination doive être suffisamment précis. Or, dans le cas de l'article L442-6 du Code de Commerce sur les pratiques restrictives de concurrence, le texte d'incrimination, d'origine légal, semble flou à bien des égards. Par exemple, l'alinéa 5 du texte sanctionne le fait de rompre brutalement une relation commerciale établie sans respecter un préavis d'une durée minimale, déterminée en référence aux usages du commerce. Une telle exigence peut conduire à des hésitations par exemple sur la question de savoir si un délai de préavis d'un an est ou non suffisant pour rompre une relation commerciale de longue durée. Or, si un tel flou peut se concevoir quand on condamne un officier d'état civil à payer une somme dérisoire pour ne pas avoir respecté l'une de ses obligations professionnelles, cela devient plus gênant si l'on condamne une entreprise, qui a commis des pratiques restrictives, à payer au Trésor Public une amende civile de deux millions d'euros.

Un garde-fou à ces effets pervers est cependant concevable dans l'hypothèse d'une amende civile d'un montant élevé. En effet, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen prévoit des garanties particulières pour les personnes qui encourent une peine au sens pénal du terme. Elles peuvent alors prétendre au respect du principe de légalité des délits et des peines qui suppose un texte légal précis d'incrimination et qui sera interprété strictement. Or, entrent dans la matière pénale au sens de ce texte, des peines qui ne sont pas qualifiées comme telles par l'État, comme par exemple les peines fiscales, les amendes administratives ou encore les amendes civiles, dans la mesure où elles sont susceptibles de frapper tous les citoyens et d'avoir une fonction de dissuasion et non de réparation pécuniaire d'un préjudice. Il n'est donc pas exclu que l'amende civile prévue par l'article L442-6 du Code de Commerce réponde à ces critères, compte tenu du montant qu'elle peut atteindre. Ainsi, la notion de *déséquilibre significatif* figurant à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de Commerce a été mise en cause dans la décision rendue le 13 janvier 2011 par le Conseil Constitutionnel, saisi sur renvoi de la Cour de cassation dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette notion répond-elle aux critères de clarté et de précision au regard du principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la DDHC ? Le Conseil considère que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun droit que la constitution garantit. Il se fonde d'abord sur les dispositions de l'article 34 de la Constitution, en rappelant les compétences du législateur en la matière. Cet article reconnaît à ce dernier la possibilité d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile pour assurer l'ordre public dans l'équilibre des

rapports entre partenaires commerciaux, et dans le respect des principes de la DDHC, définis aux articles 8 et 9, parmi lesquels figure le principe de légalité. Le pouvoir du ministre ou du Ministère Public de requérir une amende civile est donc implicitement assimilé à une disposition répressive malgré le caractère civil des sanctions encourues. Le Conseil se demande ensuite si l'exigence d'un déséquilibre significatif est suffisamment claire et précise au regard du principe de légalité. Or, la notion juridique de *déséquilibre significatif* n'est pas inconnue puisqu'elle est calquée sur l'article L 132-1 du Code de la Consommation qui concerne les clauses abusives. Même si le dispositif en droit de la consommation n'a aucune connotation répressive – la seule sanction étant l'inefficacité de la clause abusive – le Conseil Constitutionnel considère que cette notion ne renvoie pas à un contenu déroutant ou purement approximatif. En réalité, il s'agit d'un standard juridique ou d'une notion cadre qui en appelle à la conscience du juge plus qu'elle ne définit ou décrit un comportement concret. Il est en effet impossible pour le législateur d'inventorier tous les comportements abusifs sans s'en remettre à l'appréciation concrète du juge, d'autant que l'imagination des commerçants est fertile et qu'elle nécessite une réactivité permanente. C'est en ce sens que la décision retient « *qu'au regard de la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits* ». Le Conseil apprécie l'exigence de clarté et de précision à l'aune de la difficulté qu'il y a à trouver des instruments adaptés de régulation de l'activité économique. L'amende civile requise apparaît alors comme un substitut satisfaisant aux dommages-intérêts punitifs prévus par d'autres systèmes juridiques, et présente le même effet dissuasif.

L'application des instruments juridiques connus par notre droit, notamment l'amende civile, semble donc suffire pour répondre aux préoccupations essentielles de répression et de dissuasion que poursuit notre droit civil. Une telle solution, prévue en droit positif par des dispositions spécifiques destinées à régir des situations très ponctuelles, ne saurait toutefois masquer la nécessité d'une appréhension globale des comportements justifiant le recours à une peine privée, et qui ne peut se faire, au plan civil, qu'au prix d'une modification du droit de la responsabilité. Le thème des dommages et intérêts punitifs a suscité d'importantes recherches doctrinales, tendant à dévoiler la « face cachée de notre droit de la responsabilité civile abordée dans sa fonction de peine privée »⁸⁴. C'est pourquoi, la création, en droit français, d'un véritable statut juridique des dommages et intérêts punitifs, qui définisse leur domaine d'application, leurs conditions et leur portée alimente aujourd'hui les débats ; et c'est vers la reconnaissance encadrée d'une telle institution que semble pencher le législateur français.

84 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Tome 250

PARTIE III : LA RECONNAISSANCE ENCADRÉE DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS EN DROIT FRANÇAIS

Si le droit français reste encore hostile à l'introduction des dommages et intérêts punitifs, il ne peut continuer à ignorer cette institution. Nous l'avons vu, du fait de l'accroissement constant des échanges économiques, les points de contact entre les différents systèmes juridiques se multiplient et c'est le droit international privé qui, le premier, a mis le juge français au contact des régimes étrangers et l'oblige à prendre position. À l'évolution des pays de Common Law, et en particulier du droit américain, tendant à limiter le jeu des dommages et intérêts, semble correspondre une évolution en sens inverse des droits des pays qui, traditionnellement, ignorent les dommages et intérêts punitifs. L'arbitrage international a d'abord été l'un des vecteurs par lesquels les juristes continentaux ont été amenés désormais à se familiariser avec cette pratique des dommages et intérêts punitifs (I). Puis, sensible aux évolutions du droit positif et de la pensée juridique en la matière, la Cour de Cassation s'est prononcée en faveur de la reconnaissance en France des jugements étrangers allouant des dommages et intérêts punitifs (II). C'est donc sans surprise que dans l'évolution envisagée des règles de la responsabilité civile, des dispositions de portée générale, autorisant l'introduction en droit français des dommages et intérêts punitifs, sont prévues (III).

I. Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international⁸⁵

Si la pratique arbitrale a progressivement dégagé des normes relatives à l'indemnisation du dommage réparable indépendamment des solutions consacrées par les ordres juridiques étatiques, en revanche, le désaccord entre les grandes familles de systèmes de droit sur la possibilité de punir l'auteur d'un dommage en le condamnant à verser des dommages et intérêts supérieurs au préjudice causé n'a pas encore permis la formation d'une règle transnationale en ce sens. Ce constat n'enlève cependant pas tout intérêt à l'étude des dommages et intérêts punitifs dans l'arbitrage international, dans la perspective de leur éventuelle consécration en droit français. L'arbitrage international constitue en effet un vecteur d'insertion de normes étrangères dans l'ordre juridique français puisque des sentences, qui consacrent des solutions faisant application de règles inconnues du droit français, ont vocation à être reconnues en son sein. La réaction des autorités de contrôle, auxquelles il est demandé d'accueillir une sentence prononçant des dommages et intérêts punitifs, peut donc nourrir le débat dès lors qu'elle conduit à envisager les éventuelles résistances du système juridique français à leur égard. L'examen des dommages et intérêts punitifs dans l'arbitrage international passe d'abord par la question de la compétence de l'arbitre pour accorder de tels dommages et intérêts punitifs (A),

85 J. ORTSCHIEDT, « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 17

puis par celle des conditions dans lesquelles il peut les retenir (B).

A. La compétence de l'arbitre pour accorder des dommages et intérêts punitifs

L'arbitre tient son pouvoir de juger des parties et des États qui admettent ce mode de règlement des différends. Cette dualité de l'origine de son pouvoir se traduit de la même manière au stade du contrôle de la sentence. Ainsi, l'arbitre ne peut pas dépasser les limites de la mission qui lui a été confiée par les parties (1°), et il lui est interdit de se prononcer sur une question dont les États considèrent qu'elle n'est pas arbitrable (2°). C'est donc sous cette double limite que l'arbitre peut accorder des dommages et intérêts punitifs.

1° La mission de l'arbitre

L'arbitre ne peut pas sortir des limites du litige fixées par les parties. L'arbitre doit donc toujours apprécier la portée *ratione materiae* de la convention d'arbitrage pour vérifier que les parties lui ont bien soumis la question litigieuse pouvant justifier l'allocation de dommages et intérêts punitifs. Il s'agit dès lors d'apprécier la volonté des parties et l'on constate que la jurisprudence arbitrale, en ce domaine, tend à interpréter la convention d'arbitrage dans un sens favorable à la compétence de l'arbitre, qui devient en pratique le juge de droit commun des différends commerciaux internationaux⁸⁶. Dès lors, les ordres juridiques susceptibles d'accueillir une sentence, par laquelle l'arbitre s'est déclaré compétent pour statuer sur une demande de dommages et intérêts punitifs, ne devraient pas considérer qu'il a dépassé les termes de sa mission.

2° La question de l'arbitrabilité de l'octroi de dommages et intérêts punitifs

L'origine en partie étatique des pouvoirs de l'arbitre justifie que les États puissent interdire que soient portés à sa connaissance certains litiges : on parlerait ainsi d'inarbitrabilité objective si un ordre juridique estime qu'un arbitre ne peut prononcer une condamnation à des dommages et intérêts punitifs. Dès lors, si l'arbitre transgresse cette interdiction, sa sentence pourra être annulée ou se voir refuser l'exéquatur. Pour assurer l'efficacité de sa sentence, l'arbitre devrait donc vérifier l'arbitrabilité des demandes de dommages et intérêts punitifs dans tous les ordres juridiques susceptibles d'accueillir sa sentence. Le champ des matières arbitrables est cependant, aujourd'hui, à l'extension si bien qu'une condamnation au paiement de dommages et intérêts punitifs devrait être en principe considérée comme pouvant être prononcée par l'arbitre dans la majorité des ordres juridiques, y compris dans l'ordre juridique français. En effet, les principales causes d'inarbitrabilité

⁸⁶ Sur cette tendance, v. notamment : D. BUREAU, note sous Paris, 11 avril 1996, *Rev. arb.*, 1996, spéc. p. 474

des litiges tiennent à l'existence d'une compétence exclusive d'une autre autorité, par exemple celle de l'État pour prononcer des sanctions pénales, ainsi qu'au caractère indisponible du droit litigieux, c'est-à-dire le fait que la matière relève de l'ordre public ou met en cause des lois de police, ce qui ferait obstacle à sa mise en œuvre et à sa sanction par l'arbitre.

Dans le cas de l'allocation de dommages et intérêts punitifs, ces causes d'inarbitrabilité ne semblent pas incontournables. En effet, les dommages et intérêts punitifs ne peuvent pas, tout d'abord, être assimilés à des sanctions pénales dans la mesure où l'État n'est pas à l'origine de l'action et n'en recueille pas les fruits, à l'inverse de la peine publique. Certes, les dommages et intérêts punitifs ont un but répressif et comminatoire, mais ce qui les distingue fondamentalement d'une sanction pénale, c'est l'enrichissement procuré à la victime et non à l'État. Les dommages et intérêts punitifs constituent donc une peine privée que l'arbitre peut appliquer, de la même manière qu'il est autorisé à prononcer des condamnations au paiement d'astreintes⁸⁷ ou qu'il peut mettre en œuvre une clause pénale⁸⁸. L'inarbitrabilité des dommages et intérêts punitifs ne peut donc pas être fondée sur l'existence d'une compétence exclusive d'une autorité autre que l'arbitre pour punir des comportements. Ensuite, l'opinion selon laquelle l'ordre public ferait obstacle à l'investiture de l'arbitre a progressivement perdu de son intensité. En France notamment, l'arbitrabilité n'est pas exclue pour la seule raison que sont en cause des dispositions d'ordre public : l'arbitre peut donc les appliquer et en sanctionner les manquements⁸⁹.

Pour assurer l'efficacité de sa sentence, une fois sa compétence reconnue, l'arbitre qui envisage de condamner l'une des parties au paiement de dommages et intérêts punitifs doit nécessairement prendre en considération les causes éventuelles d'annulation et de refus d'exéquatur de sa décision qui sont directement liées à l'application de cette peine privée. Les autorités de contrôle peuvent en effet parfaitement reconnaître sa compétence mais considérer, au cas par cas, que la solution rendue heurte leur ordre public international, formé par l'ensemble des valeurs protégées dans des situations internationales. Le constat que cette peine privée est encore ignorée de beaucoup d'ordres juridiques dans lesquels la sentence peut avoir vocation à être exécutée, invite à se montrer prudent.

87 Paris, 10 mars 1995, *Rev. arb.*, 1996, p. 143, obs. Y. DERAIS

88 D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, L.G.D.J. 1992, spéc. n° 555 et s., p. 319 et s

89 V. notamment : Paris, 1^{er} mars 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 584, note J.-B. RACINE

B. La compatibilité à l'ordre juridique français d'une sentence condamnant au paiement de dommages et intérêts punitifs

Même si l'arbitre n'est le gardien d'aucun ordre juridique étatique, puisqu'il leur est extérieur, il doit avoir pour souci de rendre sa sentence efficace, susceptible d'être ensuite reconnue et exécutée, y compris au sein des systèmes juridiques qui ignorent les dommages et intérêts punitifs. Or, une sentence peut être annulée ou se voir refuser l'exéquatur lorsque son exécution heurte l'ordre public international de l'État de contrôle. Pour assurer un minimum d'effectivité à sa sentence, l'arbitre doit alors fixer le domaine de la peine (1°) et bien peser le choix et la mesure de cette sanction (2°).

1° Le domaine de la peine

Pour prévenir une éventuelle réaction de rejet des autorités de contrôle, qui pourraient notamment considérer que les manquements réprimés ne sont pas suffisamment graves pour justifier des dommages et intérêts punitifs, l'arbitre doit toujours s'interroger sur la légitimité de l'objectif poursuivi par la sanction. Il doit alors s'assurer que le but poursuivi par la peine apparaît légitime dans le plus grand nombre d'ordres juridiques. Pour ce faire, le but poursuivi par la condamnation aux dommages et intérêts punitifs doit apparaître légitime au regard des valeurs fondamentales exprimées par les principes et règles transnationaux, donc communes à la majorité des systèmes juridiques.

Toutes les fautes ne peuvent ainsi être punies par l'allocation de dommages et intérêts punitifs : le domaine de cette peine privée doit être cantonné aux plus graves, qui portent atteinte à des valeurs morales fondamentales partagées par la communauté des États⁹⁰ ; on parle alors d'ordre public transnational. Au rang de celles-ci figurent notamment la protection de la personne humaine et la moralité des affaires. D'ailleurs, les normes étatiques qui prévoient l'allocation de dommages et intérêts punitifs combattent essentiellement les atteintes à l'intégrité de la personne humaine, les atteintes à la concurrence ou encore les fautes lucratives. De plus, une répression systématique de toutes les fautes serait nuisible à la permanence de l'institution arbitrale dans la mesure où les acteurs du commerce international préféreraient certainement voir leurs différends résolus par un juge, et selon une loi qui ignore les dommages et intérêts punitifs. Si les dommages et intérêts veulent conserver une valeur dissuasive, il est nécessaire de les cantonner aux faits les plus graves.

2° Le choix et la mesure de la peine

Il n'est pas certain que les États susceptibles de recevoir la sentence acceptent facilement que

⁹⁰ P. MAYER, *La règle morale dans l'arbitrage international*, Études offertes à Pierre Bellet, Litec 1991, p. 379, s.

la punition de comportements qu'ils réprouvent profite à la victime et non aux pouvoirs publics. Les dommages et intérêts apparaissent cependant comme une sanction appropriée et légitime pour réprimer les atteintes aux valeurs fondamentales partagées par la communauté internationale des États. En effet, nous l'avons vu, même s'ils sont ignorés par la majorité des systèmes juridiques de droit écrit, les dommages et intérêts punitifs sont des peines privées reconnues par de nombreux systèmes de Common Law. De plus, il est possible de soutenir que les dommages et intérêts punitifs constituent une peine légitime dans l'arbitrage international dans la mesure où la jurisprudence arbitrale, comme de nombreux systèmes de droit, a déjà consacré l'obligation pour la victime de minimiser son dommage. Ainsi, le comportement de la partie lésée étant pris en compte au stade de l'indemnisation, il devient difficile de justifier que la faute de l'auteur du dommage ne le soit pas au moment de l'appréciation de sa responsabilité. Toutes ces considérations devraient conduire les ordres juridiques intéressés par l'arbitrage à ne pas systématiquement refuser l'exéquatur à une sentence prononçant une condamnation au paiement de dommages et intérêts punitifs. Concernant le juge français, il est probable qu'il ne se montre pas hostile à de telles sentences, le principe de la réparation intégrale du préjudice ne constituant pas une valeur fondamentale protégée par son ordre public international⁹¹.

À supposer que la légitimité du recours, par l'arbitre, aux dommages et intérêts punitifs soit admise, le risque subsiste que les États décident que la sanction est au cas d'espèce trop lourde pour refuser d'accorder l'exéquatur. Ainsi, la solution retenue heurterait leur ordre public international en raison de l'importance du quantum de la condamnation. L'arbitre doit alors s'assurer de respecter un principe de proportion entre la peine prononcée et la faute commise. C'est en effet seulement le caractère excessif de la sanction qui pourrait éventuellement porter atteinte au principe, reconnu par le système juridique français, de proportionnalité de la peine au manquement et priver la sentence de toute efficacité.

À l'image de l'arbitrage international, le contentieux de l'exéquatur, en droit international privé, est un marqueur essentiel de l'intégration, dans notre système juridique, de concepts étrangers. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 1^{er} décembre 2010 s'immisce dans le débat puisqu'il est question, pour la Haute juridiction, d'apprécier la conformité à l'ordre public international français de la condamnation d'une société française à des dommages et intérêts punitifs par la Cour Suprême de Californie. Cet arrêt illustre ainsi le formidable pouvoir d'attraction qu'exerce l'institution des dommages et intérêts punitifs sur notre système juridique,

91 J. ORTSCHIEDT, « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 17

dans un contexte globalisé où les parties n'hésitent pas à demander ailleurs ce qu'elles ne peuvent obtenir devant un for.

II. L'accueil des dommages et intérêts punitifs par la Cour de Cassation : la reconnaissance d'une punition sans disproportion

Un litige né de la vente d'un catamaran par une société française à un couple américain a permis à la Cour de Cassation de se prononcer pour la première fois sur la conformité à l'ordre public international français d'une décision américaine condamnant le vendeur au paiement de dommages et intérêts punitifs. Les acheteurs avaient en effet découvert que le vendeur avait dissimulé des dommages subis par le navire, avant sa livraison, et avaient agi ainsi en responsabilité devant la Cour Suprême de Californie. En estimant que sa conduite avait mis en péril la vie des acheteurs, la juridiction américaine a condamné la société française non seulement à réparer le dommage causé mais aussi à d'importantes sanctions financières. Les chiffres ont leur importance : la société française a ainsi été condamnée à verser aux acheteurs un montant total de 3 252 734 dollars comprenant 1 391 650 dollars pour la remise en état du bateau, 402 084 dollars pour les frais d'avocats et 1 460 000 dollars de dommages et intérêts punitifs. Les acheteurs tentèrent ensuite d'obtenir l'exéquatur de cette décision en France : ils furent successivement déboutés par le tribunal de grande instance de Rochefort et la Cour d'appel de Poitiers, motif pris de l'incompétence du juge américain. L'arrêt d'appel est cassé par la Cour de Cassation et l'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel de Poitiers autrement composée. Celle-ci refusa de nouveau l'exéquatur en se fondant, cette fois, sur la contrariété des dommages et intérêts punitifs à l'ordre public international français. Un nouveau pourvoi est formé, que la première chambre civile, le 1^{er} décembre 2010, rejette en ces termes : « *Attendu que si le principe d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public international français, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur* »⁹².

La figure des dommages et intérêts punitifs a ainsi acquis droit de cité dans l'ordre juridique français. L'apport principal de l'arrêt réside dans l'affirmation de ce que les dommages et intérêts punitifs ne sont pas, *per se*, contraires à l'ordre public au sens du droit international privé (A). En revanche, l'ordre public réagit quand ces dommages et intérêts apparaissent excessifs : la Cour de Cassation pose ainsi une limite en exigeant que les dommages et intérêts punitifs ne soient pas disproportionnés (B).

92 Civ. 1re, 1er décembre 2010, *Époux X c/ Sté Fontaine Pajot*, n° 09-13. 303, D. 2011. 24, obs. I. Gallmeister, 423, note F.X LICARI ; *Rev. Crit. DIP* 2011. 93, note H. GAUDEMET-TALLON

A. L'absence de contrariété des dommages et intérêts punitifs à l'ordre public international français

En l'absence de convention internationale, ou de règlement communautaire, l'exéquat en France d'une décision étrangère est soumis à sa conformité aux conditions tirées du droit international privé commun, qui ont été renouvelées ces dernières années par la jurisprudence française. La condition préalable tient à l'objet du litige : selon une jurisprudence traditionnelle, les condamnations pénales prononcées par les tribunaux étrangers ne peuvent être exécutées en France⁹³ ; le litige tranché par la juridiction étrangère doit donc appartenir à la matière civile ou commerciale. La qualification doit se faire selon les conceptions du for saisi de la demande de reconnaissance, donc il faut se demander si les *punitive damages*, en empruntant leurs fins à la peine publique, ne lui ont pas aussi emprunté sa nature, et en conséquence ne se trouvent pas rejetés hors du domaine de l'exéquat. Une sanction, châtement infligé au délinquant en rétribution de l'infraction qu'il a commise, revêt une nature pénale si le législateur l'a expressément qualifiée ainsi ou si le pouvoir de la requérir appartient au Ministère Public. Les dommages et intérêts punitifs sont prononcés par une juridiction civile et ne peuvent l'être que si la victime les demande. Le bénéfice de cette peine est, en principe, entièrement attribué au créancier. Ainsi, les dommages et intérêts punitifs, à l'image des autres peines privées appartiennent au droit civil et non au droit pénal ; une décision allouant des *punitive damages* est donc susceptible de se voir accorder l'exéquat en France.

Une fois passé ce test préalable, le juge doit examiner la décision étrangère afin de déterminer s'il va lui accorder l'exéquat. Les conditions de l'exéquat ont été libéralisées par l'arrêt *Cornelissen*⁹⁴ : le juge français doit s'assurer désormais que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge saisi, la conformité à l'ordre public de fond et de procédure, et l'absence de fraude à la loi. C'est la condition de conformité à l'ordre public international de fond qui a joué un rôle majeur dans le contentieux de l'exéquat en l'espèce. Cette exception d'ordre public a pour fonction d'empêcher que le jugement étranger ne produise, dans l'ordre juridique français, des effets incompatibles avec les valeurs fondamentales que cet ordre reconnaît. Le caractère inconnu en droit français d'une institution étrangère n'est pas un critère de contrariété à l'ordre public international, dans la mesure où il s'agit de reconnaître en France les effets de droits régulièrement acquis à l'étranger. L'arrêt de la Cour de Cassation prend ainsi le contrepied de la Cour d'appel de Poitiers qui avait refusé l'exéquat au motif que les dommages et intérêts punitifs heurtaient le principe de la réparation intégrale. La question est donc celle de savoir si la réparation

93 A. HUET, R. KOERING-JOULIN, JCI, Droit international, Fasc. 404-20, 2004, n° 3

94 Arrêt *Cornelissen*, Cass. 1re civ., 20 février 2007, n° 05-14. 082

intégrale du préjudice relève de l'ordre public international français. Le principe de réparation intégrale, nous l'avons vu, est régulièrement sanctionné par la Cour de Cassation dans l'ordre interne, mais cette dernière juge depuis plus de quarante ans que le domaine de l'ordre public au sens du droit international privé ne coïncide pas avec celui de l'ordre public au sens du droit interne, le premier étant plus étroit que le second⁹⁵. Dès lors, le principe de réparation intégrale ne ressortit pas de l'ordre public international français⁹⁶. Philippe Malaurie l'avait déjà affirmé en posant que « on ne devrait pas considérer d'ordre public international l'ensemble des règles qui déterminent l'étendue du dommage réparable et l'aménagement de sa réparation. De même, ne devrait pas être jugé contraire à l'ordre public international français le régime anglo-saxon des *nominal damages* ou des *contemptuous damages* qui diminue l'étendue du dommage réparable en raison de la condition de la victime, ou à l'inverse celui des *punitive* ou *exemplary damages* qui sont supérieurs au préjudice subi en raison de la gravité de la faute ». Ainsi, « l'allergie de notre système aux dommages et intérêts punitifs n'est-elle pas totale »⁹⁷ : l'ordre public, au sens du droit international privé, peut parfaitement s'accommoder de la teneur d'un jugement étranger n'appliquant pas le principe français de la réparation intégrale et aboutissant à l'octroi de dommages et intérêts supérieurs au préjudice réellement subi. Cela confirme que le principe de la réparation intégrale, aussi enraciné soit-il en droit interne, ne fait pas partie des principes et valeurs fondamentaux, intangibles et supérieurs dont les mécanismes de droit international privé se veulent les garants⁹⁸.

Bien qu'étant un arrêt de rejet, la solution retenue par la Cour de Cassation a tout du principe. La première chambre civile affirme qu'une condamnation au paiement de dommages et intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public international. Ce principe est cependant immédiatement assorti d'un tempérament puisque la Cour le soumet au test de la proportionnalité : une décision pourra se voir refuser l'exéquatur si le montant alloué au titre des dommages et intérêts punitifs est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur. La Haute juridiction adopte ainsi une position mesurée dont les termes rappellent ceux employés il y a quarante ans par Henri Batiffol pour défendre la même idée : « si le système civil étranger établit une peine privée là où nous l'ignorons, il n'est pas anormal de respecter son organisation de la matière civile en jeu, sous la seule réserve de l'intervention éventuelle de l'ordre public à l'encontre d'une disproportion trop choquante entre le dommage et la sanction »⁹⁹.

95 P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^e éd., 2004, n° 205

96 Cass. Crim. 16 juin 1993, n° 92-83. 871, JurisData n° 1993-002499

97 B. FAGES, « Peines excessives », *RTD Civ.* 2011, p. 122

98 Voir partie II, I, A

99 H. BATIFFOL, note sous Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1971, *Rev. Crit. DIP* 1972, p. 488 et s.

B. Le contrôle de proportionnalité

En ce qu'il admet la compatibilité de principe des dommages et intérêts punitifs avec l'ordre public international français, l'arrêt du 1^{er} décembre 2010 semblait être porteur de progrès. Pour autant, la Cour de Cassation referme immédiatement la porte et refuse l'exéquatur du jugement étranger. Ce dernier, affirme la Cour, heurte l'ordre public français dans la mesure où les dommages et intérêts punitifs qu'il accorde sont disproportionnés au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur. Cette disproportion peut être déduite en l'espèce de ce que la somme allouée par la juridiction américaine, au titre des dommages et intérêts punitifs, dépassait largement le remboursement du prix du bateau et le montant des réparations.

L'idée de proportionnalité apparaît comme une idée juste car elle permet l'individualisation de ce qui demeure une peine même si elle est de nature privée. La Cour de Cassation rend donc, sur le principe, une décision mesurée qui répond au souci de ne pas concevoir les dommages et intérêts punitifs comme une vengeance démesurée et sans fondement, à l'instar peut-être de certaines condamnations spectaculaires qui ont pu être prononcées aux États-Unis. Cependant, la mise en œuvre pratique de cette exigence de proportionnalité s'avère beaucoup plus délicate. Les critères retenus par la Cour de Cassation, pour apprécier la disproportion, ont été largement dénoncés¹⁰⁰. La prise en compte du préjudice subi par la victime tout d'abord surprend. Les dommages et intérêts punitifs ont en effet pour but de sanctionner un comportement répréhensible et poursuivent un objectif de dissuasion. Ainsi, ils devraient avoir pour centre de gravité le comportement du défendeur et non le préjudice subi. Un comportement gravement répréhensible peut produire un préjudice faible et vice versa. La lecture du jugement étranger en offre d'ailleurs une illustration : la société française a eu, en l'espèce, un comportement gravement négligent, en tentant de dissimuler les avaries qui affectaient le bateau, car elle mettait ainsi en péril la vie des acheteurs. Pour autant, ce comportement n'a *in fine* provoqué que des préjudices matériels. S'il faut apprécier la proportionnalité des dommages et intérêts punitifs par rapport au préjudice, on va à l'encontre de l'esprit d'une telle institution. Le deuxième critère mis en avant par la Cour de Cassation pour apprécier la disproportion est celui des manquements aux obligations contractuelles du débiteur : il est étonnant que la Cour ne se réfère ici qu'aux seuls manquements contractuels dans la mesure où, en affirmant que le principe d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français, elle semble poser une règle générale. Dès lors, rien ne justifie un traitement différent en matière délictuelle si bien que la généralité de la solution posée imposait de ne parler que de la gravité de la faute. D'autres critères, notamment la conscience du

100 F.X LICARI, JDI 2010 p. 1230 ; F. de BÉRARD, « Punitive damages et ordre public international français : de la mesure pour l'arlésienne », *Gaz. Pal.*, 24 mars 2011 n° 83, p. 13

préjudice qui pouvait être occasionné ou encore le caractère lucratif de la faute, qui sont débattus à l'occasion des projets de réforme du droit de la responsabilité proposant l'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français, auraient pu être envisagés par la Cour. En effet, l'une des vertus reconnues aux dommages et intérêts punitifs¹⁰¹ est le fait qu'ils peuvent apporter une réponse efficace au phénomène des fautes lucratives. Or, pour que les dommages et intérêts punitifs dissuadent la commission de telles fautes, il faut qu'ils soient d'un montant au moins égal à celui du bénéfice illicite. Dans cette perspective, il est indifférent que le dommage soit faible, voire inexistant. Le dommage ne peut donc constituer un paramètre essentiel de l'appréciation de la proportionnalité de la peine.

D'un point de vue purement mathématique, l'affirmation de la Cour de Cassation peut surprendre¹⁰². Celle-ci affirme en effet que « la décision étrangère a accordé à l'acquéreur, en plus du remboursement du prix du bateau et du montant des réparations, une indemnité qui dépasse très largement ces sommes ». Elle en conclut que « la Cour d'appel a pu en déduire que le montant des dommages et intérêts punitifs était manifestement disproportionné au regard du préjudice subi et du manquement aux obligations contractuelles ». Il apparaît en réalité que le montant des dommages et intérêts punitifs accordés ne dépassait pas très largement le montant du remboursement du bateau et les frais de réparation puisqu'il était de 1 460 000 dollars, pour une remise en état de 1 391 650 dollars et des frais d'avocats de 402 084 dollars. Dès lors, le jugement américain ne paraissait pas appartenir aux nombreuses décisions rendues par des jurys populaires et mettant à la charge du défendeur un montant de dommages et intérêts très (trop) important¹⁰³. La Cour américaine a en effet fixé les dommages et intérêts punitifs à peu près au même montant que les dommages et intérêts compensatoires ; sa décision respectait donc la corrélation nécessaire entre les dommages et intérêts punitifs et les dommages et intérêts compensatoires posée par la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis¹⁰⁴. On peut en effet considérer que le ratio de 1/1 retenu ici par le jugement étranger constitue un rapport raisonnable entre le volet punitif d'une condamnation et son volet indemnitaire. La faute, par ailleurs, était très grave ; les juges américains l'avaient qualifiée de « scandaleuse » en ce que les dissimulations imputables au vendeur avaient exposé les acheteurs à un risque de mort. L'octroi de dommages et intérêts punitifs que la Cour de Cassation a estimé « manifestement disproportionné », ne l'étaient donc pas vraisemblablement¹⁰⁵.

101 F. de BÉRARD, « Punitives damages et ordre public international français : de la mesure pour l'arlésienne », *Gaz. Pal.*, 24 mars 2011 n° 83, p. 13

102 F.X LICARI, *JDI* 2010 p. 1230

103 Voir partie I, III, B

104 *BMW of North America v. Gore*, 1996 : voir notamment partie I, III, B

105 S. CARVAL, « Pas d'exécutat pour un jugement étranger condamnant un vendeur à verser à l'acheteur des dommages et intérêts punitifs d'un montant excessif », note sous Cass. 1re, Civ. 1er décembre 2010, *Revue des contrats*, 1er avril 2011, n° 2, p. 459

Ainsi, plutôt que le caractère excessif du montant des dommages et intérêts punitifs, il est légitime de se demander si ce qui est susceptible de choquer notre conception de l'ordre public n'est pas plutôt le résultat concret auquel parvient ici la Haute juridiction. En effet, en refusant l'exéquatur d'un jugement étranger allouant des dommages et intérêts d'un montant excessif, la Cour de Cassation prive du même coup les plaideurs du bénéfice des dommages et intérêts compensatoires dont la légitimité ne pouvait être contestée. « Un tel résultat heurte le sentiment élémentaire d'équité et incite à rechercher une solution différente »¹⁰⁶ Un exequatur partiel eut été sans doute préférable : le jugement serait alors reconnu dans la mesure où il accorde des dommages et intérêts compensatoires. En droit français, l'exéquatur partiel ne peut être réductif car cela enfreindrait l'interdiction de la révision au fond des jugements étrangers, mais seulement sélectif. En l'espèce, on pouvait donc considérer que le refus de l'exéquatur des seuls dommages et intérêts punitifs était un exéquatur partiel sélectif et non pas réductif dans la mesure où la séparabilité d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs et de celle allouant des dommages et intérêts compensatoires est facile à réaliser.

Un jugement étranger condamnant une société française au paiement de dommages et intérêts punitifs peut donc être reconnu et exécuté en France. Clairement, les défenseurs des dommages et intérêts punitifs pourront utiliser cette décision au soutien de leurs arguments. La décision intervient, en effet, à un moment où il existe, en droit français, un débat important à propos d'une telle institution. Le phénomène des dommages et intérêts punitifs suscite un intérêt grandissant du législateur qui prend conscience de la nécessité de le prendre en considération, essentiellement au moyen de modifications plus ou moins importantes du droit de la responsabilité civile. Dans cette directive de pensée, les propositions de réforme du droit français des obligations entendent désormais faire affleurer l'institution à des degrés et selon des philosophies divers.

III. Le spectre d'une évolution législative

Un premier rapport portant avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, remis au Garde des Sceaux en 2005 au nom de la Commission présidée par le professeur Pierre Catala, préconise de sanctionner l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, grâce à des dommages et intérêts punitifs qui viendraient s'ajouter aux dommages et intérêts compensatoires¹⁰⁷. Cette idée d'appréhension des fautes lucratives au moyen de dommages et intérêts punitifs a été reprise dans les conclusions du rapport d'information

106 H. GAUDEMET-TALLON, *RTD Civ.* 2011, p. 122

107 Voir article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription dit « rapport Catala »

rédigé par MM. Anziani et Béteille, qui a été enregistré à la présidence du Sénat en 2009. Ce document défend l'idée selon laquelle le recours aux dommages et intérêts punitifs est une innovation pertinente pour certains contentieux de la responsabilité, en particulier pour les contentieux générés par la commission d'une faute lucrative. Ces textes sont le signe de ce que les mentalités évoluent de façon notable, y compris chez les parlementaires, et qu'une sanction dont l'image était hier encore très négative est aujourd'hui envisagée avec intérêt. La perspective d'une admission des dommages et intérêts punitifs en droit français impose d'en examiner ses conditions (A), puis ses effets (B).

A. Les conditions de l'octroi des dommages et intérêts punitifs

1° Le fait générateur

L'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription dispose que les dommages et intérêts punitifs peuvent être accordés en cas de « faute manifestement délibérée ». Ce concept est nouveau en droit civil français et complète la gamme des fautes civiles existant en droit positif¹⁰⁸. Le responsable doit avoir commis volontairement l'acte ou l'omission qui constitue la faute et doit avoir eu l'intention ou, du moins, avoir été conscient qu'un dommage pouvait en résulter ; le terme « manifestement » semble souligner la nécessité d'établir avec certitude les motivations du responsable. La première vertu de la peine privée est bien sa fonction de punition et de dissuasion, qui ne peut en effet s'exercer que lorsque l'acte illicite fait l'objet d'une délibération préalable, si bien qu'une simple négligence, grossière ou non, n'est pas suffisante. L'illustration donnée par le texte de cette nouvelle catégorie de faute est la « faute lucrative » définie dans l'exposé des motifs comme une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés. Deux interprétations de ce texte sont alors possibles : selon une première interprétation, le juge pourrait accorder des dommages et intérêts punitifs lorsque le responsable a eu l'intention de tirer profit de sa faute ; le champ d'application de la faute lucrative serait alors large. Selon une seconde interprétation plus étroite, tirée de l'exemple du droit anglais, le responsable devrait non seulement avoir eu l'intention de tirer profit de sa faute, mais également avoir calculé que son comportement lui procurerait un avantage pécuniaire, même après une éventuelle condamnation à réparer le préjudice de la victime. La doctrine considère depuis longtemps comme choquants¹⁰⁹ les comportements délibérés ayant pour but de tirer un profit, même en prenant en compte l'indemnisation des préjudices causés. Dès lors, il semble probable que l'intention des rédacteurs ait été de se référer à l'existence d'un tel calcul

108 Faute simple, faute lourde, faute inexcusable, faute intentionnelle

109 D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *Petites Affiches*, 20 nov. 2002, n°232, p. 27

fait par le responsable dans des domaines variés comme le droit au respect de la vie privée, le droit de la concurrence, ou le droit de l'environnement. La combinaison de l'adverbe « manifestement » avec la notion de « volonté délibérée » convie le juge à identifier les fautes mûries par leur auteur, les fautes intelligentes. Dès lors, il semble que cet article 1371 et le droit anglais soient tous deux enclins à limiter les conditions autorisant l'octroi de dommages et intérêts punitifs : les deux pays considèrent le même type de conduite comme particulièrement répréhensible puisqu'ils ne font preuve d'aucune tolérance à l'égard de ceux qui méprisent les droits de la victime en vue d'obtenir un profit. Malgré ces convergences, l'article 1371 a une portée plus large que les catégories de fautes définies par Lord Devlin : son inclusion dans le Code Civil permettrait l'octroi de dommages et intérêts punitifs à la fois en matière délictuelle et contractuelle alors que le droit anglais n'en permet pas le prononcé dans un contexte contractuel. De plus, la faute lucrative ne serait, pour le droit français, qu'un exemple de faute manifestement délibérée or la faute lucrative telle que décrite par Lord Devlin en droit anglais n'autorise pas l'octroi de dommages et intérêts punitifs si le responsable agit, non en vue d'obtenir un profit, mais avec l'intention de nuire. En droit français, qu'il soit motivé par le profit ou par l'intention de nuire, le responsable mérite d'être puni.

Bien que le but de cette disposition ait été « d'ouvrir prudemment la voie de l'octroi de dommages et intérêts punitifs en droit français », la proposition de loi portant réforme du droit de la responsabilité civile, présentée par le sénateur Béteille, juge trop large le champ ainsi assigné aux dommages et intérêts punitifs. Ceux-ci constituent certes une innovation intéressante pour améliorer les règles actuelles de la responsabilité civile, mais l'introduction de cette faculté doit rester, selon ses rédacteurs, mesurée. Une application généralisée de cette institution, avec un champ d'application portant sur l'ensemble de la responsabilité civile, conduirait à faire totalement disparaître la distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale. Dès lors, le rapport d'information rédigé par MM. Anziani et Béteille réfléchit à l'introduction des dommages et intérêts punitifs dans des contentieux de la responsabilité spécialisés et encadrés. À ce titre, le texte prévoit que « lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner à des dommages et intérêts punitifs ». Le prononcé des dommages et intérêts punitifs ne concerne donc que des hypothèses de fautes lucratives. Même en ne retenant que la faute lucrative, les rapporteurs précisent la nécessité que les dommages et intérêts punitifs ne concernent que certains contentieux dans lesquels ni le droit civil, ni le droit pénal, ne sont à même d'assurer tout à la fois une juste indemnisation du préjudice et la sanction efficace de son auteur. Ces matières concernent spécifiquement les atteintes à la vie privée commises par voie de presse, les atteintes aux droits de la propriété intellectuelle, les

pratiques restrictives de concurrence et les atteintes à l'environnement.

2° Le pouvoir d'appréciation du juge

Outre la définition encadrée du fait générateur permettant l'octroi de dommages et intérêts punitifs, les rédacteurs des projets de réforme ont prévu d'autres garde-fous. Une option est d'abord offerte au juge d'accorder ainsi des dommages et intérêts punitifs. Dès lors, le prononcé d'une telle sanction ne saurait être automatique, un pouvoir d'appréciation du juge étant nécessaire. Alors que dans le droit commun de la responsabilité civile, le juge a l'obligation d'indemniser, il n'a ici qu'une simple faculté de prononcer des dommages et intérêts punitifs : la logique se rapproche donc beaucoup plus de celle du droit pénal que du droit civil. Les critères d'appréciation prendront sans doute en compte le résultat obtenu (le profit dans le cas de la faute lucrative), si bien que le corollaire de ce pouvoir d'appréciation est l'obligation de motivation spécifique sur la nécessité de condamner l'auteur du dommage au paiement de telles sommes. En principe, la motivation a une fonction disciplinaire car elle permet un contrôle, par la Cour de Cassation, des critères d'appréciation utilisés par le juge. Ici, les textes n'imposent pas de critères d'appréciation précis aux juges ; il semble donc que la motivation ait une fonction pédagogique de conviction ; elle permettra au responsable de comprendre précisément les raisons et l'ampleur de sa punition. De plus, la motivation remplit aussi une fonction pédagogique de bonne justice en donnant une autodiscipline au juge qui va devoir penser sa décision.

La proposition de loi présentée par le sénateur Béteille pose, en outre, qu'une loi spéciale doit expressément prévoir le recours aux dommages et intérêts punitifs. Ce texte interdit donc les dommages et intérêts punitifs à l'initiative de la jurisprudence, dans le souci avoué¹¹⁰ de faire face au risque d'explosion du contentieux et pour répondre aux préoccupations des différents milieux professionnels, spécialement les représentants du monde de l'entreprise et les organisations patronales, à l'annonce d'une introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français.

3° Le responsable

Le responsable condamné à payer des dommages et intérêts punitifs est, bien évidemment, en premier lieu, l'auteur de la faute. Une incertitude, à laquelle les différents projets de réforme ne répondent pas, demeure cependant sur la question de la responsabilité du fait d'autrui. Si les dommages et intérêts punitifs permettent de punir celui qui a eu un comportement répréhensible, il peut apparaître à la fois insensé et injuste de retenir la responsabilité d'un tiers. En Angleterre

110 A. ANZIANI, L. BÉTEILLE, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Rapport d'information 2008-2009, Commission des lois Groupe de travail sur la responsabilité civile n°558

pourtant, la Law Commission soutient que la fonction même des dommages et intérêts punitifs implique de retenir la responsabilité du fait d'autrui. Il existe, en effet, certaines situations dans lesquelles la responsabilité du fait d'autrui est la seule voie pertinente par laquelle l'objectif assigné aux dommages et intérêts punitifs peut être atteint : premièrement, dans l'hypothèse par exemple où le salarié auteur du dommage n'a pas les ressources suffisantes pour exécuter une condamnation au paiement de dommages et intérêts punitifs ; deuxièmement dans le cas où la victime n'est pas en mesure de déterminer avec précision qui est le responsable parmi le personnel salarié de l'employeur.

De nombreux auteurs¹¹¹ dénoncent cependant cette solution en soutenant qu'elle entraîne une dénaturation de l'institution des dommages et intérêts punitifs. Le fait qu'un salarié, auteur de l'acte dommageable, n'ait pas les moyens de payer ou ne puisse être clairement identifié n'est pas une justification suffisante permettant de faire supporter la charge financière de la condamnation à l'employeur innocent. Il est impossible de soutenir une telle position sans reconnaître qu'en réalité, cela conduit à punir un innocent.

Il est certain que si le droit français venait à autoriser l'octroi de tels dommages et intérêts punitifs au sein de son ordre juridique, la question de son articulation avec l'institution de la responsabilité du fait d'autrui sera à débattre.

4° La question de l'assurance

L'article 1371 de l'avant-projet Catala interdit expressément l'assurance contre le risque d'une condamnation à payer des dommages et intérêts punitifs. L'assurance a profondément changé le droit de la responsabilité civile : la condamnation à une réparation contient en principe, en elle-même, une part de punition du coupable mais la prise en charge par l'assurance des réparations a fait craindre que la responsabilité civile classique ne remplisse plus ce rôle de punition du coupable. C'est pourquoi, si le paiement de dommages et intérêts punitifs était un risque assurable, les auteurs de l'avant-projet soutiennent que l'impact d'une telle condamnation sur le patrimoine du défendeur serait nul. Cela aurait alors pour conséquence de diluer le caractère punitif et dissuasif de cette sanction. Selon l'exposé des motifs de l'avant-projet, cette règle est « indispensable pour donner à cette condamnation la portée punitive qui constitue sa raison d'être ; elle est également cohérente au regard du Code français des assurances qui prévoit que l'assureur ne répond pas des pertes ou dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». C'est en ce sens que s'est prononcée Suzanne Carval dans sa thèse¹¹² tout en montrant qu'en réalité dans les droits actuels, la

111 A. BEEVER, « The structure of aggravated and exemplary damages », *Oxford Journal of Legal Studies* 87, 2003

112 S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Tome 250

question est débattue. Les législations qui admettent les dommages et intérêts punitifs sont très partagées sur la question de leur assurabilité. L'article 1371 s'éloigne par exemple du droit anglais qui admet que les dommages et intérêts punitifs soient assurables. Dans une affaire *Lancashire County Council v. Municipal Mutual Insurance Ltd*¹¹³, les juges ont estimé que les dommages et intérêts punitifs sont toujours susceptibles d'avoir une portée punitive malgré l'assurance, ceci en raison du fait que le responsable ayant recours à son assurance aurait subséquemment à payer des primes plus élevées et pourrait même rencontrer des difficultés pour renouveler sa police d'assurance. La Law Commission, qui se prononce également en faveur de l'assurabilité des dommages et intérêts punitifs, a fait valoir trois arguments allant en ce sens¹¹⁴. Premièrement, s'il existe un intérêt manifeste à punir et à dissuader les conduites répréhensibles ainsi qu'à apaiser les victimes, ceci est inefficace si le responsable ne peut pas payer : les victimes ne sont pas incitées à demander des dommages et intérêts punitifs si le défendeur est insolvable, or l'assurance peut remédier à ce problème. Deuxièmement, l'industrie des assurances est en mesure de faire pression sur les assurés. Enfin, autoriser l'assurance contre les dommages et intérêts punitifs, comme pour les dommages et intérêts compensatoires, évite le risque de conflit entre l'assureur et l'assuré car l'interdiction de l'assurance pour les dommages et intérêts punitifs pourrait inciter le responsable à maximiser le montant des dommages et intérêts compensatoires, s'il peut obtenir une diminution corrélative des dommages et intérêts punitifs ; l'assureur préférerait bien évidemment le résultat opposé.

Prenant le parti opposé de cet article 1371, la proposition de loi introduite par le sénateur Béteille n'est pas réticente à ce que les dommages et intérêts punitifs, s'ils venaient à être introduits en France, puissent être pris en charge par l'assurance. En effet, les rapporteurs du projet soutiennent qu'une interdiction d'assurance risquerait, par la charge financière qu'elle ferait peser sur les entreprises notamment, de favoriser la cessation d'activités économiques au point de paralyser l'initiative économique et, de ce fait, comporterait le risque de multiplier les délocalisations à l'étranger. De plus, reprenant ici l'argumentation de la Law Commission anglaise, les rapporteurs considèrent que l'activité d'assurance implique une prévisibilité et une quantification, donc moins la situation assurée est prévisible et plus le montant de l'assurance est élevé. Dès lors, si l'assurance des dommages et intérêts punitifs était ouverte, il est probable que les primes demandées seraient particulièrement lourdes. Le coût de ces primes constituerait donc en lui-même un moyen de prévenir la commission de fautes lucratives.

Quoiqu'il en soit, il se peut que la question de l'opportunité de rendre assurables les

113 1997, QB 897, Court of Appeal

114 A. BEEVER, *Oxford Journal of Legal Studies* 87, Spring 2003

dommages et intérêts punitifs soit en réalité plus théorique que pratique. Comme l'observait la Law Commission, il serait probablement difficile de trouver une compagnie d'assurance acceptant d'assurer un tel risque.

B. Les effets de la mise en jeu d'une responsabilité punitive

1° Le quantum des dommages et intérêts punitifs

L'avant-projet reste muet sur les critères d'évaluation des dommages et intérêts punitifs. Bien que l'appréciation de la conduite d'une personne est inévitablement empreinte de subjectivité, il serait sans doute plus aisé, pour le juge, d'être guidé dans sa tâche. Dès lors, plusieurs questions se posent : faut-il fixer le montant des dommages et intérêts punitifs en fonction des profits retirés de la faute lorsque celle-ci est une faute lucrative ? ; doit-on prendre en compte le degré de gravité de la faute, ainsi que les capacités financières du défendeur ? Si l'article 1371 était adopté, les principes appliqués par les cours anglaises lorsqu'elles octroient des dommages et intérêts punitifs, pourraient, initialement, inspirer les juges français. Parmi ces principes, figure en premier lieu celui selon lequel les dommages et intérêts punitifs, tout en reflétant la gravité de la conduite du responsable, doivent néanmoins rester modérés. Toute pénalité ne doit pas dépasser le montant minimum nécessaire à la réalisation de la double finalité de punition et de dissuasion. Deuxièmement, les cours anglaises prennent en considération les moyens financiers du responsable : un montant faible n'aurait que peu de conséquences sur un responsable très solvable, alors qu'il pourrait être très difficile à supporter si le responsable est sans ressources. Troisièmement, le montant de la réparation accordé à la victime est pris en considération : en droit anglais, les dommages et intérêts punitifs ne sont accordés que si les dommages et intérêts compensatoires sont inadéquats pour punir et dissuader. En effet, les dommages et intérêts compensatoires peuvent avoir incidemment une portée punitive. Quatrièmement, toute sanction pénale déjà infligée à l'encontre du responsable doit être prise en compte. Punir une personne deux fois pour le même acte irait à l'encontre de l'un des principes directeurs de la procédure pénale, le principe *non bis in idem*. Enfin, l'étendue des bénéfices obtenus par le responsable peut être prise en compte mais le montant des dommages et intérêts punitifs ne doit pas nécessairement être calqué sur le profit réalisé. Si les dommages et intérêts punitifs permettent effectivement de priver le responsable d'un profit illicitement obtenu, ce n'est qu'un de leurs effets secondaires puisque les objectifs prioritaires des dommages et intérêts punitifs sont la punition et la dissuasion. C'est pourquoi, les dommages et intérêts punitifs sont, en droit anglais, accordés même lorsqu'aucun profit n'a été obtenu. Ce qui importe, c'est l'intention du responsable, et non si cette intention s'est matérialisée. Il ne faudrait pas confondre les dommages et

intérêts punitifs et les dommages et intérêts restitutoires étudiés précédemment¹¹⁵.

Sensible aux risques de dérives que pourrait induire l'attribution au juge civil d'un pouvoir discrétionnaire, la proposition de loi Béteille prend soin, quant à elle, d'encadrer la fixation du montant des dommages et intérêts punitifs en précisant que leur montant ne peut dépasser le double de celui des dommages et intérêts compensatoires. L'absence d'un tel quantum pourrait en effet être sanctionnée par le Conseil Constitutionnel ou la Cour Européenne des droits de l'homme, si ces dommages étaient appréhendés comme des « sanctions ayant le caractère de punitions ». De plus, les droits anglais¹¹⁶ et américain admettent eux-mêmes des restrictions au pouvoir du juge dans la fixation du montant des dommages et intérêts punitifs : aux États-Unis par exemple, la Cour Suprême estime qu'il y a violation de la clause de *due process of law* lorsqu'il y a disproportion entre le montant excessif des dommages et intérêts punitifs accordés et la fonction punitive et de dissuasion de ces sommes¹¹⁷. En droit français, une telle régulation judiciaire pose problème dans la mesure où la Cour de Cassation se refuse à exercer son contrôle sur l'évaluation de l'indemnisation, la jugeant être une question de fait et non de droit. C'est pourquoi, la proposition de loi estime indispensable de fixer un plafond maximal en proportion des dommages et intérêts compensatoires octroyés. Si l'on convient que la fonction punitive doit, en matière civile, être nécessairement subsidiaire à l'indemnisation, il semble souhaitable que le montant maximal ne puisse dépasser le montant des dommages et intérêts compensatoires. Si, au contraire, on souhaite dépasser cette simple fonction compensatoire et affirmer plus fortement la fonction punitive de la responsabilité civile, le montant maximum des dommages et intérêts punitifs pourrait être supérieur à celui des dommages et intérêts compensatoires. C'est ce dernier choix qui a été fait par MM. Anziani et Béteille. On pourrait toutefois considérer qu'une telle solution démontre le problème d'acculturation juridique que posent les dommages et intérêts punitifs en droit français : en prenant en compte le dommage subi, notamment dans le cas des fautes lucratives, on sort de la logique économique calquée sur le profit réalisé et on reste, en réalité, viscéralement attaché à la fonction compensatoire de la responsabilité civile que l'on a du mal à bien distinguer de sa fonction punitive.

Si différents modèles d'encadrement s'offrent à l'analyse, il est certain que l'allocation incontrôlée de dommages et intérêts punitifs menacerait de compromettre à terme l'équilibre économique du droit de la responsabilité civile, et partant, sa rationalité juridique.

2° Le bénéficiaire des dommages et intérêts punitifs

Quelle que soit la manière dont les tribunaux français décident d'évaluer les dommages et

115 Voir partie II, II, C

116 Voir ce que nous venons de décrire

117 Voir affaire *BMW of North America v. Gore*, 1996

intérêts punitifs, ils devront résoudre l'importante question de savoir à qui les accorder. De prime abord, les sommes en cause ont vocation à être allouées à la victime. La peine privée s'exprime de ce fait pleinement. Dans les systèmes juridiques qui reconnaissent cette institution, les dommages et intérêts punitifs alloués par le juge reviennent à la victime. Il n'est en effet pas illégitime que celui qui, confronté à un comportement gravement répréhensible, s'est trouvé contraint d'introduire un contentieux aux seules fins de faire valoir ses droits, en recueille une satisfaction supérieure à la compensation mathématique de son dommage. C'est en ce sens que se prononce le rapport d'information sur l'évolution du droit de la responsabilité civile rédigé par MM. Anziani et Bétaille, en prévoyant que le versement des dommages et intérêts punitifs doit se faire par priorité à la victime pour l'inciter à agir, notamment dans les cas où elle n'a subi qu'un préjudice de faible montant. Cependant, il peut être soutenu que, lorsque le montant des dommages et intérêts punitifs est élevé, l'octroi à la victime de l'intégralité de ces sommes l'enrichirait exagérément, en lui conférant un avantage important et non mérité. Dans le contexte de la concurrence déloyale entre sociétés rivales par exemple, si des dommages et intérêts punitifs étaient accordés à la victime, cela aurait pour conséquence de consolider ou même de renforcer sa position financière. Ainsi, il existerait un risque de déséquilibre sur le marché qui pourrait désavantager les autres acteurs commerciaux qui n'ont pas de lien direct avec le fait dommageable et qui n'ont pas eux-mêmes commis de faute. Le risque est bien que la faute devienne lucrative pour celui qui la subit, ce qui entraînerait une inflation des litiges intéressés, toute faute commise se transformant en *casus belli*. Dès lors, il ne semble pas inopportun d'affecter à d'autres destinataires les sommes collectées à titre punitif.

La proposition de loi présentée par le sénateur Bétaille suggère donc le versement des dommages et intérêts punitifs respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation. Cette approche conduit à ne plus faire des dommages et intérêts punitifs une peine privée, puisque ceux-ci ne profiteraient plus en totalité à la victime, mais, plus largement, à la collectivité. Sur un plan pratique, elle aurait l'avantage d'abonder les fonds d'indemnisation créés par le législateur, dont le financement est parfois délicat. Dans une telle hypothèse, se pose la question du choix du fonds d'indemnisation bénéficiaire des dommages et intérêts punitifs : la proposition de loi pose que ce choix doit se faire en fonction de la nature du dommage réparé¹¹⁸ et la part des dommages et intérêts punitifs qui lui sera versée, serait définie de manière souveraine par le juge. La critique porte essentiellement ici sur le constat qu'en pratique, tous les types de dommages n'ont pas donné lieu à

118 Article 1386-25 du Code Civil issu de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée par le sénateur Bétaille et enregistrée à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010 : « Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime »

la création d'un fonds d'indemnisation des victimes si bien qu'en réalité, les dommages et intérêts punitifs vont finir, comme le préconise l'avant-projet Catala, dans les caisses du Trésor Public¹¹⁹.

L'affectation d'une part des dommages et intérêts punitifs à l'État présente certes l'avantage d'éviter un enrichissement injustifié de la victime, mais il n'est pas évident que l'État mérite davantage d'en bénéficier. De plus, cela trouble la nature même des dommages et intérêts punitifs : rien ne les distingue alors d'une sanction pécuniaire prononcée par une juridiction pénale ou administrative. Les dommages et intérêts punitifs relèveraient alors du droit pénal ; les principes directeurs du procès pénal et notamment le principe *non bis in idem*, auraient alors vocation à s'appliquer. Quid, dans ce cas, si le fait dommageable est également constitutif d'une infraction pénale ? Enfin, l'affectation des dommages et intérêts punitifs au Trésor Public crée une ambiguïté avec la notion d'amende civile puisque rien ne permet plus de les distinguer. Dès lors, l'acclimatation de notre droit de la responsabilité civile à une finalité répressive ne risque-t-elle pas d'être contrariée par la rivalité de l'amende civile si bien que sa création ne semble plus nécessaire ? En Angleterre, les juges n'ont pas compétence pour accorder à l'État une partie des dommages et intérêts punitifs en matière civile. On peut alors regretter que le droit français n'ait pas, en même temps qu'il s'inspirait de sa philosophie, choisi la simplicité de la position anglaise.

119 Article 1371 de l'avant-projet de réforme Catala : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages et intérêts punitifs, dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor Public ».

CONCLUSION

La peine privée n'est pas foncièrement étrangère à l'âme du droit français. Même si les dommages et intérêts punitifs se sont en réalité introduits clandestinement dans la pratique des tribunaux, leur introduction officielle dans le Code Civil constituerait une véritable révolution culturelle, dont l'impact symbolique serait d'une intensité bien plus importante que ne l'est aujourd'hui leur octroi caché dans le secret du prétoire. Les projets de réforme du droit de la responsabilité civile souhaitent donc faire des dommages et intérêts punitifs un instrument utile en droit français afin de punir et de dissuader les conduites répréhensibles, telles les fautes lucratives. En droit, comme en toute discipline, la patience est une vertu, l'adoption d'une telle réforme est possible mais demeure bien incertaine ; il est fort possible que le législateur français y renonce au profit d'une solution de compromis, par exemple les dommages et intérêts restitutoires, si la faute lucrative est l'objectif prioritaire des rédacteurs.

La difficulté principale tient cependant à la diversité des fautes lucratives : à côté de celles, aisément observables et réprimables, qui foisonnent dans le milieu de la presse, à côté des actes de concurrence déloyale ou de parasitisme délibéré, il est des petites violations contractuelles délibérées qui ne conduisent qu'à un dommage très limité mais dont l'impact financier procède de la répétition. Tel est le cas par exemple, en droit de la consommation, des pratiques de certains opérateurs téléphoniques : la violation de certaines obligations contractuelles peut n'engendrer, pour chaque consommateur, qu'un préjudice de quelques dizaines d'euros. En revanche, la répétition de ce type de comportement est susceptible d'apporter à l'auteur du dommage des gains qui peuvent se chiffrer à plusieurs dizaines de millions d'euros. Dans cette hypothèse, l'absence de réparation du dommage et donc de sanction de son auteur résulte avant tout de l'absence d'intérêt économique des victimes à agir en réparation pour les préjudices qu'elles ont individuellement subis, les frais occasionnés par la procédure dépassant le montant espéré des dommages et intérêts susceptibles d'être accordés. Ainsi, l'institution des dommages et intérêts punitifs ne permettrait ni de mieux indemniser la victime, ni par l'attribution de sommes importantes à titre de réparation, d'assurer une fonction réellement préventive contre de tels agissements. L'obstacle essentiel reste donc celui de la rentabilité économique de l'accès des victimes à la justice civile aux fins d'obtenir la réparation de leurs préjudices.

La question de l'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français recoupe dès lors en partie la problématique de l'introduction d'une procédure d'action collective en responsabilité, sur le modèle américain de la *class action*. Seule la mise en place d'une véritable possibilité d'agir collectivement en réparation de dommages de faible montant, subis

individuellement par une pluralité de victimes, serait de nature à assurer la prévention de fautes lucratives non sanctionnées pénalement, tout en réparant efficacement le préjudice subi par la victime. Le droit français est cependant beaucoup trop timide encore sur ce point...

Bibliographie

Ouvrages, manuels

- ANZIANI Alain, BÉTEILLE Laurent, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Rapport d'information 2008-2009, Commission des lois Groupe de travail sur la responsabilité civile n°558
- BAUDOUIN Jean-Louis, DESLAURIERS Patrice, *La responsabilité civile*, Volume I Principes généraux, Éd. Yvon Blais, 7^e édition
- CARVAL Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Tome 250
- CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, CARTWRIGHT John, VOGENAUER Stefan, WHITTAKER Simon, *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de législation comparée, Volume 9
- JAMIN Christophe, *Droit et économie des contrats*, LGDJ 2008, Droit et Économie
- MAZEAUD Denis, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Tome 223
- STARCK Benjamin, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*
- TERRÉ François, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Thèmes et commentaires
- VINEY Geneviève, *Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 2^e Éd. LGDJ

Articles

- ANCEL Marie-Elodie, « Contrefaçon internationale : le juge français face aux dommages et intérêts punitifs étranger », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°4, Juillet 2007, dossier 26
- BEEVER Allan, « The structure of aggravated and exemplary damages », *Oxford Journal of Legal Studies* 87, Spring 2003
- BEHAR-TOUCHAIS Martine, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n°232, p.36
- CARVAL Suzanne, « Vers l'introduction en droit français des dommages et intérêts punitifs ? », *Revue des contrats*, juillet 2006, n°3, p.822

- FASQUELLE Daniel, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n°232, p.27
- HUILLIER Jacques, « Propriété intellectuelle : des dommages et intérêts punitifs pas si punitifs », *Gazette du Palais*, 7 juillet 2009, n°188, p.2
- JAUFFRET-SPINOSI Camille, « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », *Petites Affiches*, n°232, p.8
- JOURDAIN Patrice, Rapport introductif colloque du 20 novembre 2002 « Faut-il moraliser le droit français de la responsabilité civile ? », *Petites Affiches*, n°232, p.3
- KAMINA Pascal, « Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°4, Juillet 2007 dossier 26 « L'évaluation du préjudice de la contrefaçon »
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.*, 1987
- LICARI François-Xavier, *JDI* 2010, p.1230
- MALAURIE Philippe, « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois Droit*, 28 février 2006, n°4, p.316
- MÉADEL Juliette, « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *Petites Affiches*, 17 avril 2007, n°77, p.6
- MÉSA Rodolphe, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gazette du Palais*, 21 novembre 2009, n°325, p.15
- ORTSCHIEDT Jérôme, « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, n°232, p.17
- PIERRE Philippe, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », *Revue des contrats*, juillet 2010, n°3, p.1117
- SAINT-ESTEBEN Robert, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *Petites Affiches*, n°14 p.53
- VIGNOLLE Pierre-David, « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive (Acte II) », *Gazette du Palais*, 14 janvier 2010, n°14, p.7
- VINEY Geneviève, Rapport de synthèse colloque du 20 novembre 2002 « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *Petites Affiches*, n°232, p. 66
- VINEY Geneviève, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *Revue de droit d'Assas*, n° 1, janvier 2010

Jurisprudence

- Cass. 1^{re} Civ., 20 octobre 1959, D. 1959, 537, note G. HOLLEAUX
- Cass. 1^{re} Civ., 1^{er} décembre 2010, *Époux X c/ Sté Fontaine Pajot*, n° 09-13. 303, D. 2011. 24, obs. I. Gallmeister, 423, note F.X LICARI ; *Rev. Crit. DIP* 2011. 93, note H. GAUDEMET-TALLON
- *Rookes v. Barnard*, House of Lords, 1964
- *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2001, UKHL 29
- *Riches v. Group Newspapers*, 1986
- Court of Appeal *AB v. South West Water Service*, 1993
- *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 1981, 117 Repr 348
- US Supreme Court, *BMW of North America v. Gore*, 1996
- *Cooper Industry v. Leatherman Tool*, 532 US, 2001