

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin civil
Ch. Mixte	Chambre mixte
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'Homme
Civ. 1 ^e	Première chambre civile
Civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile
Civ. 3 ^e	Troisième chambre civile
Com.	Chambre commerciale
Crim.	Chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
éd.	Edition
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
in	Dans tel ouvrage
<i>JCP E</i>	La semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition générale
Obs.	Observation
L.G.D.J	Librairie générale de Droit et de Jurisprudence
<i>op.cit.</i>	Opus cité
p.	Page
RDC	Revue des contrats (Lextenso)
RTD Civ.	Revue trimestrielle de Droit civil (Dalloz)
spéc.	Spécialement
t.	Tome
V.	Voir

SOMMAIRE

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES	4
SOMMAIRE	5
Introduction	7
TITRE1er : De la théorie juridique des mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile.....	12
SECTION 1: De la fonction punitive	13
I. La notion de peine privée.....	13
II. L'immixtion de la responsabilité civile dans le droit pénal	16
SECTION 2: De la fonction confiscatoire	21
I. La notion de faute lucrative	21
II. Les difficultés pour apprécier le profit illicite	24
TITRE2e : De la technique juridique des mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile.....	27
SECTION 1: Les mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile <i>de lege lata</i>	27
I. L'application officieuse de mécanismes répressifs par le juge	27
II. Les techniques contractuelles punitives	31
SECTION 2: Vers la reconnaissance officielle de mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile.....	34
I. Une évolution prudente vers l'admission de mécanismes extra-compensatoires.....	34
II. Les mécanismes extra-compensatoires envisagés par la réforme du droit de la responsabilité civile.....	37
Conclusion.....	44

BIBLIOGRAPHIE	46
I. Ouvrages généraux, monographies, thèses et actes	46
II. Articles, rapports, chroniques, notes, commentaires, observations	48
INDEX THEMATIQUE	53
TABLE DES MATIERES	55

Introduction

Dans une lettre¹ à *Alphonse de Lamartine* en 1845, *Frédéric Bastiat* écrit que toute sa philosophie tient dans un seul et unique principe : " la liberté est la meilleure des organisations sociales à la condition que la loi ne vienne pas supprimer les conséquences positives ou négatives, des actions de chacun, c'est le principe corollaire de la responsabilité ". Liberté et responsabilité ne peuvent donc être séparées, elles sont indissociables.

Les concepteurs du Code civil de 1804 étaient fortement inspirés du libéralisme des Lumières: l'Homme, doté de raison, est libre de choisir ses actes, et doit ainsi répondre de ses fautes. Cette liberté implique qu'il est l'unique responsable de ses actes. Il doit donc en répondre et, le cas échéant, réparer les dommages dont il est à l'origine.

L'approche conceptuelle du droit de la responsabilité moderne est marquée par la morale et l'idée de faute. Selon *Tarrible*, le dommage, pour qu'il soit réparable, " *doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence* " ². La lettre de l'ancien article 1342 du Code civil fait ressortir, sous l'influence du droit canon et de la morale chrétienne (où l'idée de faute tient une place centrale), deux axes majeures de la théorie générale de la responsabilité civile : la faute et la réparation. Ainsi, " *tout fait quelconque de l'Homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ".

Ce qui était sans doute certain en 1804, ne l'est pas au début du XXI^e siècle.

Les révolutions industrielles au XIX^e siècle, avec l'avènement du machinisme, ainsi que l'essor du solidarisme³ juridique, ont eu pour conséquence une modification importante des mécanismes de responsabilité : la volonté d'étendre le droit des victimes à obtenir réparation

¹ BASTIAT Frédéric, *Œuvres complètes*, 7 vol., Paris, Guillaumin et Cie, 1862-1864.

² *Discours au Corps législatif sur les engagements qui se forment sans convention. prononcé lors de la séance du 19 pluviôse an XII*, Locré, t.XIII, p. 57.

³ BOURGEOIS L., *Solidarité*, A. Colin, Paris, 1896; MEKKI M., " Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise ", *RDC* 2010. 383.; JAMIN C., "Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique ", in *Le solidarisme contractuel* (sous la dir. de L. Grynbaum et M. Nicod), Économica, Paris, 2004.

de leur préjudice, a conduit à admettre dans des cas de plus en plus nombreux un régime de responsabilité sans faute.

Aussi, pour fonder ces cas de responsabilité sans faute, sont apparues la théorie du risque proposée par *Saleilles* et *Josserand* et la théorie de la garantie conceptualisée par *Starck*⁴.

L'idée directrice est donc de permettre une indemnisation la plus large possible, d'où le développement de l'assurance et de l'idée de la prise en charge de certains risques par la collectivité⁵.

Mais comme l'a souligné Madame le professeur *Carval* dans sa thèse intitulée *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*⁶, cette fonction indemnitaire n'est qu'une facette de la responsabilité civile, la fonction punitive ayant été négligée par certains auteurs, il n'en demeure pas moins que cette dimension punitive n'a jamais été absente en pratique, bien qu'occultée par une partie de la doctrine.

L'idée majoritaire en France consiste donc en une stricte séparation entre, d'un côté la responsabilité civile, dont le but est d'indemniser la victime, et de l'autre la responsabilité pénale, qui va punir l'auteur d'une faute pénale dont la gravité nécessite une réponse de la Société, cette faute ayant créée un si grand trouble social qu'elle ne peut rester impunie.

Cette dichotomie, bien qu'en partie pertinente, n'est pas totalement satisfaisante puisqu'elle occulte la fonction répressive de la responsabilité civile.

D'ailleurs, cette répartition entre responsabilité civile et responsabilité pénale n'a pas eu la même vigueur en d'autres temps⁷ et ne l'a toujours pas dans d'autres systèmes juridiques tels que les pays de *Common law*⁸.

⁴ STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.

⁵ Tel que les organismes de Sécurité sociale.

⁶ CARVAL Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J, collection " Thèses ", préface de G. Viney, Paris, 1995.

⁷ CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3e éd., P.U.F.

⁸ JAUFFRET-SPINOSI C., " Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers ", *LPA* 2002, n°232, p. 8.

Les contempteurs des mécanismes répressifs en droit de la responsabilité indiquent que seul le droit pénal, avec les garanties pour les libertés publiques et les droits fondamentaux qui s'y attachent, est habilité à punir. Ils ajoutent que l'unique fonction de la responsabilité civile est indemnitaire, en vertu du principe de réparation intégrale qui veut que tout le préjudice et seul le préjudice soit réparé⁹. Ainsi, la Cour de cassation indiqua de manière récurrente que " *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* " ¹⁰.

La fonction punitive est donc occultée par la doctrine et officiellement rejetée par la jurisprudence¹¹.

Cette aversion pour les peines dites privées s'appuie également sur une dénonciation de prétendus excès que connaissent les pays anglo-saxons ayant adoptés dans leurs législations de tels mécanismes (tels que les *punitives damages*)¹². Ainsi Madame le professeur *Lambert-Faivre* fustigeait " *l'usage délirant des punitives damages attribués à la victime pour punir le méchant responsable et qui peuvent atteindre un multiple des dommages-intérêts compensatoires (10 fois, 100 fois, 1000 fois...)* " et qui, selon elle, sont " *une cause de la dérive procédurale américaine en matière de responsabilité civile* " ¹³. En réalité, les sommes extravagantes allouées aux titres des dommages-intérêts punitifs aux Etats-Unis d'Amérique sont moins le résultat d'une législation laxiste que des spécificités du système judiciaire, où ce sont des jurys populaires qui fixent le montant des condamnations, ce qui conduit à une inflation des dommages-intérêts, les jurés étant plus sensibles au sort qu'a pu subir un particulier ou un consommateur face à une grande entreprise multinationale.

Ainsi, tous les arguments réprouvant les mécanismes répressifs de nature civile, bien que pour certains pertinents, ne sont pas dirimants et les laudateurs des mécanismes répressifs en

⁹ SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. I et II, LGDJ, 2^e éd., Paris, 1951.

¹⁰ Civ.2^e, 28 oct. 1954, *Bull. civ.*1954, II, n°328.

¹¹ Crim., 24 nov. 1959, *D.*1960, p. 41.

¹² Contr. FIORENTINO A., " Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? L'exemple des discriminations ", *JCP S* 2015.1426.

¹³ LAMBERT-FAIVRE Y., " L'éthique de la responsabilité ", *RTD civ.* 1998. 1.

droit de la responsabilité puisent leurs arguments non seulement dans ce qui est admis dans de nombreux systèmes juridiques étrangers, mais également dans la pratique judiciaire française qui conçoit ces mécanismes de manières clandestines.

Il est donc permis de se demander s'il est pertinent d'introduire de manière officielle des mécanismes extra-compensatoires dans le droit de la responsabilité civile, d'autant plus qu'ils ont été envisagés dans les différents projets de réforme du droit de la responsabilité¹⁴ et notamment dans le très récent projet présenté par le Garde des sceaux le 13 Mars 2017¹⁵.

Ainsi, la Chancellerie a inséré dans ce projet des mécanismes de nature extra-compensatoire: l'amende civile¹⁶ et l'obligation pour la victime de prendre toutes les mesures nécessaires pour minimiser son dommage, connue dans les pays anglo-saxons comme la *mitigation*¹⁷.

Avant d'étudier les mécanismes extra-compensatoires, tels qu'ils sont mis en œuvre de *lege lata* par les juridictions françaises, ainsi que la teneur des dispositions de cette nature dans le projet de loi présenté par le Garde des sceaux le 13 Mai 2017 (Titre 2^e), il convient de réfléchir aux raisons qui plaident pour leur mise en application et les difficultés théoriques qu'ils peuvent engendrer (Titre 1^{er}).

¹⁴ Avant-projet Catala-Viney, CATALA (dir.), remis au Garde des sceaux en 2005 et consultable sur le site du Ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatalaseptembre2005.pdf; Avant-projet TERRE F. (dir), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, collection " Thèmes et commentaire ", Paris, 2011.

¹⁵ Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 Mars 2017 par le Garde des sceaux, suite à la consultation publique menée d'Avril à Juillet 2016, consultable sur le site du Ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

¹⁶ Art. 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 Mars 2017.

¹⁷ Art. 1263 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 Mars 2017.

" La fonction punitive de la responsabilité civile n'est pas une simple vue de l'esprit, la réminiscence des temps lointains où responsabilité civile et responsabilité pénale ne faisaient encore qu'un. Elle est, au contraire, un aspect très actuel de notre droit et un outil répressif qui, lorsqu'il bénéficie d'une reconnaissance officielle, peut rivaliser avec une discipline aussi prestigieuse que le droit pénal "¹⁸.

¹⁸ CARVAL S., *op. préc.*

TITRE1er : De la théorie juridique des mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile

Au début du XX^e siècle un certain nombre d'auteurs ont mis en avant le fait que la responsabilité civile ne pouvait se cantonner à la réparation du préjudice subi par la victime. Ainsi Starck indiqua que " *si une faute est constatée parmi les causes du dommage, l'indemnité civile tend non seulement à réparer mais aussi à punir, les dommages-intérêts retrouvent alors le caractère de peine privée* " ¹⁹.

Il n'en demeure pas moins que la nature même des mécanismes extra-compensatoires varient en fonction du but recherché : dans un cas, il s'agit de sanctionner l'auteur du dommage pour un acte ou une omission d'une certaine gravité; dans un autre cas, il s'agit simplement de remettre, non pas la victime, mais l'auteur dans l'état où il se trouvait s'il n'avait pas commis de faute.

Ainsi, les mécanismes extra-compensatoires dans le cadre de la responsabilité civile ont tantôt une fonction punitive (section 1), tantôt une fonction restitutive (section 2).

¹⁹ STARCK B., *op. préc.*

SECTION 1: De la fonction punitive

Dès lors qu'il est admis que le droit civil puisse punir l'auteur d'une faute purement civile (I), se pose la question de savoir comment articuler la responsabilité civile et la responsabilité pénale (II).

I. La notion de peine privée

Après avoir défini le principe de peine privée (A), il apparaît que l'admission de mécanismes purement répressifs, bien que présentant des avantages, ne semble pas opportune (B) au regard des principes du droit de la responsabilité.

A. Le principe de la peine privée

La peine privée est " *une sanction infligée en matière civile à titre de punition et non de réparation* " et peut se définir comme " *une perte infligée à titre de sanction punitive (...) à l'auteur d'agissement frauduleux dont le profit va (d'où le qualificatif privé) à la victime de ces agissements, laquelle reçoit un avantage finalement supérieur au préjudice qu'elle avait subi* "²⁰. La peine privée n'a donc pas de caractère indemnitaire. Elle est purement répressive.

En réalité admettre une peine privée revient à déconnecter les dommages-intérêts de la peine. Il faudrait dissocier totalement la réparation du préjudice *via* des dommages-intérêts et la peine privée. Celle-ci ne viendrait sanctionner que les cas où le juge estime que la faute est d'une gravité telle qu'il est nécessaire de punir le fautif.

Bien nommer les choses permet de commencer à mieux les comprendre.

A la lumière de cette explication, il semble que le terme de " dommages-intérêts punitifs " soit antinomique et relève d'avantage de l'oxymore.

Les dommages-intérêts ne pouvant être que compensatoires, puisque venant compenser le préjudice subi à la suite du dommage, le terme le plus adéquat pour qualifier la somme d'argent obtenue au titre d'une peine privée serait celui de *composition pécuniaire*.

²⁰ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., P.U.F.

En effet, la peine privée venant punir l'auteur du dommage, elle diffère également des dommages-intérêts dit " reconstitutifs ", qui viennent priver l'auteur du dommage de tout profit potentiel.

Il faut aussi distinguer la peine privée et l'amende civile, la première étant versée à la victime, tandis que la seconde sera affectée à l'Etat.

Après avoir défini la peine privée et levé quelques ambiguïtés terminologiques, il convient d'exposer les raisons pour lesquelles l'admission dans le droit de la responsabilité de la composition pécuniaire en tant que peine privée n'est pas opportune.

B. Le rejet de la peine privée

La possibilité d'insérer dans le Corpus législatif français des mécanismes répressifs de nature civile a donné lieu à une abondante littérature. Partisans et adversaires ont usé de nombreux arguments pour essayer, soit de promouvoir ces mécanismes, soit de les condamner vigoureusement.

Le recours à une peine privée a bien des vertus. Assurément, elle est plus souple dans sa mise en œuvre, puisque pouvant être invoquée sans que le législateur ait eu besoin de prévoir de manière expresse tous les cas de figures possibles et imaginables, contrairement à la peine pénale qui doit être suffisamment claire et précise selon le principe de légalité des délits et des peines²¹ et son corollaire le principe de stricte interprétation de la loi pénale²².

Le second argument persuasif est le fait que la peine privée remet la faute au cœur du système de responsabilité; en effet la multiplication des cas de responsabilités sans faute et le recours massif à l'assurance²³ ont pu conduire à une déresponsabilisation²⁴. En sanctionnant les fautes

²¹ Art. 111-3 du CP : " Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ".

²² Art. 111-4 du CP : " La loi pénale est d'interprétation stricte ".

²³ GRANGER R., " L'influence de la Sécurité sociale sur la responsabilité civile ", *Droit social*, 1955, p. 503.

²⁴ Bien que la faute intentionnelle ne soit pas couverte par l'assurance.

suivant leur gravité, le législateur pourrait redonner à la responsabilité civile une fonction préventive et conduire à une plus grande moralisation des comportements individuels²⁵.

Mais cette approche qui insère la gravité de la faute dans les mécanismes de responsabilité extracontractuelle est en totale rupture avec celle voulue par les rédacteurs du Code civil de 1804, laquelle oblige à engager la responsabilité de l'auteur du dommage de la même manière, quelque soit la gravité de la faute²⁶ : le système de responsabilité français est basé sur un principe universaliste.

Cette nécessité d'apprécier la gravité de la faute ou son caractère intentionnel pose également des difficultés d'ordre pratique : le juge devra apprécier souverainement la gravité de la faute²⁷ et allouer une somme qu'il estimera, par lui-même, en adéquation avec cette gravité. De toute évidence, le risque d'arbitraire est réel.

Une grande partie de la doctrine est hostile à l'idée de sanctionner l'auteur du dommage en fonction de la gravité de sa faute, en faisant abstraction du préjudice de la victime, alors que la responsabilité civile tend vers une conception objective faisant place à la théorie du risque et la théorie de la garantie. La responsabilité civile ayant alors pour unique finalité la réparation intégrale du dommage.

D'autant plus que dans un tel cas de figure, il serait tout à fait envisageable qu'une victime engage une action en justice alors que le dommage ne lui aurait causé aucun préjudice; ou même qu'il n'y ait aucun dommage²⁸, à partir du moment où le défendeur a commis une faute grave. Il y a donc une évidente incohérence à assigner à la responsabilité civile une fonction purement punitive.

²⁵ VINEY G, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, L.G.D.J, Paris, 1965.

²⁶ Civ. 3^e, 3 jan. 1979, *Bull. civ.*, III, n°1.

²⁷ Avec le risque de voir le juge modifier ses critères d'appréciation au gré d'une jurisprudence parfois erratique, comme ce fut le cas pour l'appréciation de la faute lourde en matière contractuelle.

²⁸ Pour le professeur Jourdain, prononcer des dommages-intérêts punitifs " *en l'absence totale de dommage représenterait une ouverture vers une responsabilité préventive ou de précaution, c'est-à-dire une responsabilité engagée en cas de risque seulement potentiel de dommage* " (V. JOURDAIN P., Rapport introductif, " Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? ", *LPA* 2002, n° 232, p. 4).

Enfin, la critique récurrente à l'encontre de la peine privée provient du fait que la victime se voit octroyer une somme supérieure aux dommages-intérêts compensatoires, ce qui constitue sans aucun doute un enrichissement sans cause.

L'admission d'une peine privée venant sanctionner les fautes les plus graves amène aussi à se questionner quant à la délimitation entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale.

II. L'immixtion de la responsabilité civile dans le droit pénal

Admettre une peine purement privée pose le problème de l'articulation entre responsabilité pénale et responsabilité civile, avec le risque d'une confusion fonctionnelle de ces deux mécanismes de responsabilité (A).

D'autant plus, que le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'Homme ne restreignent pas à la matière strictement pénale leur contrôle quant au respect des libertés publiques et des droits fondamentaux (B).

A. Le risque de confusion quant à la nature de responsabilité civile et de la responsabilité pénale

Selon *Pothier*²⁹, le délit pénal se définit comme " *toute action injuste qui tend à troubler l'ordre et la tranquillité publique* ". Ainsi, en principe, la recherche de la responsabilité pénale exclut la victime, et ne concerne que la Société, représentée par le ministère public et l'auteur de l'infraction, dans un but exclusivement répressif³⁰.

A contrario, la responsabilité civile met en opposition le responsable d'un dommage ayant entraîné un préjudice et la victime du dommage, dans le but de compenser le préjudice subi.

Il y a donc une différence quant à la nature, à la fonction et au but recherché par ces deux mécanismes. Cette séparation entre ces deux types de responsabilité est d'ailleurs un principe

²⁹ POTHIER R.-J., *Traité de la procédure criminelle*, DeBure aîné, Paris, 1786.

³⁰ Bien que le Droit pénal a aussi un rôle prophylactique et permet également de favoriser l'amendement du délinquant, ainsi que sa réadaptation et sa resocialisation.

fondamental dans un Etat de droit. Seul l'Etat est habilité à réprimer les actes les plus nocifs pour la Société et le respect de l'ordre public pénal. L'idée de permettre à chacun de se rendre justice par lui-même conduirait au chaos et au retour à la vengeance privée, synonyme de barbarie, ce qui est la négation d'une vie en Société.

D'ailleurs, l'idée d'une peine privée est souvent combattue au nom de la séparation entre responsabilité civile et responsabilité pénale. Selon Madame le professeur *Lambert-Faivre*, "*il existe en France un courant doctrinal favorable à la peine privée et auquel (elle) n'adhère pas : c'est confondre le rôle indemnitaire des dommages-intérêts civils et le rôle punitifs des amendes pénales*"³¹.

La notion de peine privée renvoie à la notion de vengeance privée où la victime exerce la répression à la place de l'Etat. Si cette séparation est un marqueur fort de notre droit, tel n'a pas toujours été le cas. En effet, le droit romain ne connaissait pas cette distinction. A la loi du talion auquel s'attache le principe " œil pour œil, dent pour dent ", le droit romain, qui est un droit très élaboré, a préféré régler les conflits, non par la violence, mais par le paiement d'une composition pécuniaire, dite *poena* dont dérive le mot "pénal", pour les cas les moins graves³².

Admettre un mécanisme répressif de nature civile, en rompant tout lien avec l'étendue du préjudice, dans le but de punir l'auteur du dommage et de satisfaire la victime par le paiement d'une somme d'argent, revient à faire un bond en arrière de plusieurs milliers d'années.

Or, toute l'évolution du droit pénal et du droit civil est de séparer la responsabilité pénale et la responsabilité civile, dans un souci de cohérence et de respect de l'Etat de droit. Les démocraties libérales ne doivent interdire et punir certains comportements qu'avec parcimonie, dans les cas les plus graves pour l'ordre social, au risque de contrevenir à la liberté de chacun. De plus, chaque citoyen est en droit de savoir avec précision ce qui est pénalement répréhensible et ce qui ne l'est pas, au risque de tomber dans un système tyrannique. Ainsi, tout comme le droit pénal, si des mécanismes de nature purement répressive sont admis, ils ne pourront se soustraire au respect des libertés publiques et des droits fondamentaux.

³¹ LAMBERT-FAIVRE Y., *op. cit.*

³² CARBASSE Jean-Marie, *op. cit.*

B. La nécessaire application des principes fondamentaux du droit pénal au droit civil punitif

Le droit pénal, de par sa nature répressive, pouvant conduire à une restriction ou une privation de liberté ou de droits, doit respecter un certain nombre de garantie fondamentale pour le justiciable. A ce titre, le juge civil, qui aurait à prononcer une peine privée, ne pourrait se soustraire aux exigences du juge constitutionnel ou au contrôle du juge conventionnelle quant à la conformité de sa décision avec l'ordre public pénal national ou européen.

En effet, tant la Cour européenne des droits de l'Homme (C.E.D.H) que le Conseil constitutionnel entendent imposer l'application des garanties attachées au droit pénal (procès équitable, égalité des armes, etc.) dès lors qu'une peine encourue, même qualifiée de civile, présente une coloration pénale.

1. La position de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel

La Cour de Strasbourg a jugé d'une part que des autorités autre que le juge pénal, telles que des autorités administratives indépendantes, et donc *a fortiori* le juge civile, pouvaient prononcer des sanctions punitives³³. Mais La C.E.D.H ajoute d'autre part que l'autorité qui serait amenée à prononcer une telle décision, doit se conformer aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 Novembre 1950. Ainsi, la C.E.D.H développe une conception autonome de la " matière pénale " et de " la peine "³⁴ en se soustrayant à la qualification, qu'elle soit civile ou pénale, opérée par les Etats parties à la Convention. Ceci, dans un but de faire profiter les justiciables de la garantie d'un procès équitable³⁵ conformément à l'article 6 de la Convention européenne, ainsi que du respect du principe de légalité et du principe de non-rétroactivité de la loi pénale

³³ CEDH, *Ozturk c. RFA*, 21 fev. 1984, req. 8544/79.

³⁴ CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, req. 15917/89.

³⁵ Article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 Novembre 1950.

plus sévère prévus à l'article 7³⁶. L'un des critères dégagé par la C.E.D.H pour qualifier une sanction de peine est la sévérité de la sanction, ainsi que le but répressif ou indemnitaire de la décision.

Le Conseil constitutionnel adopte une position similaire à celle de la Cour de Strasbourg en préférant à une conception formelle ou organique de la notion de peine, une conception matérielle. Ainsi toute sanction ayant le caractère d'une punition devra être conforme aux garanties en matière de droits fondamentaux protégées par le bloc de constitutionnalité³⁷. A ce titre, plusieurs décisions du Conseil constitutionnel³⁸ ont indiqué que toute sanction de nature répressive qui serait prononcée par un juge ou une autorité administrative devra être conforme aux principes à valeur constitutionnelle : légalité, nécessité, non-rétroactivité de la loi plus sévère, respect des droits de la défense et respect du procès équitable. Dans une décision récente, le Conseil constitutionnel rappelle que "*le principe de légalité des délits et des peines s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition*"³⁹.

2. Le risque d'inconstitutionnalité des mesures répressives en matière de responsabilité civile

A la lumière de la jurisprudence du juge conventionnel et du juge constitutionnel, semble certain le risque de voir censurer un texte législatif qui autoriserait un juge civil à prononcer une peine privée, alors que la faute de l'auteur n'est pas clairement définie en vertu du principe de légalité et de prévisibilité⁴⁰ de la loi pénale, qui veut que *nullum crimen, nulla poena sine*

³⁶ Art. 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme : "*Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*".

³⁷ Notamment les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 Août 1789

³⁸ Cons. const. 17 janv. 1989, n° 88-260 DC; Cons. const. 28 juil. 1989, n° 89-260 DC.

³⁹ Cons. const. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

⁴⁰ BECCARIA C., *Des délits et des peines*, Gallimard, Paris, 2015

lege, c'est-à-dire, qu'il n'y ait aucun crime, aucune peine, sans loi. Un texte trop vague, qui ne disposerait seulement que soit sanctionnée une faute qualifiée sans la définir, serait inconstitutionnel. C'est l'une des critiques qui a été faite à l'avant-projet *Catala* qui proposait à l'article 1371⁴¹ l'instauration de dommages-intérêts punitifs en cas de faute manifestement délibérée, lesquels diffèrent des dommages-intérêts compensatoires. Cette disposition, exclusivement répressive, aurait sans aucun doute été jugée comme non-conforme à l'ordre public pénal, d'où certaines critiques ayant fustigées l'absence de pénalistes dans le groupe Catala-Viney⁴².

En revanche, lorsque la mesure n'a pour effet que de priver l'auteur du dommage du profit qu'il a pu tirer en cas de faute lucrative, elle perd son caractère répressif. Il est donc peu probable que les juges conventionnels et constitutionnels y voient une coloration pénale, ce qui permettrait de la soustraire aux exigences de l'ordre public pénal.

Tout comme l'article 54 de l'avant-projet Terré⁴³, le projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 Mars 2017⁴⁴ par le garde des Sceaux, entend sanctionner la faute lucrative. Mais contrairement au premier, qui ne préconisait pas de mesures répressives, puisqu'il ne s'agissait que de priver l'auteur des bénéfices procurés par sa faute lucrative, le projet de la Chancellerie va plus loin puisque l'amende prévue pourra être équivalente au décuple du profit réalisé.

⁴¹ Art. 1371 de l'avant-projet Catala : " L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables "

⁴² SAINT-PAU J.-C., "La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ?", RCA 2013, n° 5, p. 23.

⁴³ Art. 54 de l'avant-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-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité ".

⁴⁴ L'article 1166-1 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité présenté par le garde des Sceaux du 13 Mars 2017 sanctionne certes, la faute lucrative, mais prévoit une sanction pouvant aller au décuple du profit réalisé toute en indiquant que le juge devra prendre en compte en compte la gravité de la faute, ce qui ne permet pas d'exclure une censure du Conseil constitutionnel.

Ceci nous amène à apporter des éclaircissements concernant la notion de faute lucrative et la fonction confiscatoire ou restitutoire de la responsabilité civile.

SECTION 2: De la fonction confiscatoire

La législation en vigueur en matière de responsabilité civile n'est pas satisfaisante, non pas parce qu'elle ne serait pas assez sévère envers l'auteur d'un dommage, mais parce qu'elle apparaît comme étant lacunaire, car ne permettant pas de lutter contre le phénomène des fautes lucratives (I). Cependant, en pratique, confisquer les profits indument engrangés est délicat, dans la mesure où le juge aura à effectuer une appréciation économique et même purement comptable difficile à réaliser (II).

I. La notion de faute lucrative

" Le profit que vous retirez d'une mauvaise action est une arrhe de malheur " selon Ménandre⁴⁵.

Après avoir défini la notion de faute lucrative et exposé les difficultés à l'appréhender en l'état actuel du droit français de la responsabilité (A), il convient d'exposer les solutions adéquates afin d'y remédier (B).

A. La problématique de la faute lucrative

Contrairement à la fonction punitive en contradiction avec la tradition juridique française, la mise en place d'un mécanisme renvoyant à la fonction restitutoire de la responsabilité serait opportune⁴⁶.

⁴⁵ Ménandre, *Les Sicyoniens, Fragments - IVe s. av. J.-C.*, Les Belles Lettres, Paris, 2009.

⁴⁶ MESA R., " La restitution des profits illicites comme sanction des atteintes illégales au patrimoine d'autrui ", *Dr. et patri.* juin 2015, n° 248, p. 28; MESA R., " La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile ", *LPA* 2012, n°41, p. 5.

En effet, il a été constaté qu'en cas de faute lucrative, lorsque les gains de l'auteur du dommage sont supérieurs au montant des dommages-intérêts compensatoires, celui-ci n'a aucun intérêt à éviter le dommage, puisqu'au final, l'opération reste rentable, du moins financièrement, car l'atteinte à l'image de marque peut être dévastatrice, notamment pour de grands groupes industriels. Cependant, d'un point de vue purement comptable, après avoir effectué un calcul entre le coût de l'opération (dommages-intérêts éventuels compris) et les profits prévisibles, l'agent décide malgré tout de ne pas éviter le dommage.

La simple condamnation à des dommages-intérêts compensatoires en vertu du principe de réparation intégrale ne permet pas de priver l'auteur du dommage du bénéfice de l'opération illicite.

Cette situation a pu être constatée en droit de la propriété intellectuelle avec les problèmes liés à la contrefaçon, en droit de la concurrence ou bien encore en cas de diffamation ou d'atteinte à la vie privée et au droit à l'image par voie de presse.

Un exemple éloquent concerne une affaire jugée en 1999 en Californie : un jury populaire décida de condamner le constructeur automobile General Motors à payer des dommages-intérêts punitifs d'un montant record de 4,9 Milliards de dollars américains⁴⁷ à une femme, ses quatre enfants et un ami de la famille ayant brûlés vifs à la suite d'un choc avec un autre véhicule. Il est apparu au cours du procès que le constructeur était au courant du défaut de fabrication du véhicule et avait délibérément choisi de ne pas entreprendre les modifications adéquates. Le constructeur avait calculé que le coût du dédommagement des potentielles victimes lui reviendrait à 2,4 dollars américain par véhicule. Le constructeur s'aperçut qu'il serait moins coûteux de payer des dommages-intérêts que de modifier le véhicule au mépris de la sécurité des passagers.

En France, la doctrine est unanime pour permettre de priver l'auteur du dommage du profit tiré d'une faute lucrative.

⁴⁷ FIORENTINO A., " Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? L'exemple des discriminations ", *op.cit.*



B. Les solutions en cas de faute lucrative

Contrairement à ce qui est souvent avancé, il ne s'agit pas de condamner à des dommages-intérêts punitifs équivalent au profit illicite d'une faute lucrative. Sans doute est-ce un abus de langage⁴⁸ car il n'est pas question de punir l'auteur du dommage en fonction de la gravité de la faute commise. Là où la peine privée, pour des raisons morales, venait punir l'auteur du dommage, l'amende confiscatoire vient soustraire les profits mal acquis pour des raisons économiques. Certes, la morale et l'équité commandent également de ne pas laisser au défendeur peu scrupuleux le lucre, fruit de sa faute, mais l'aspect économique l'emporte sur les considérations de pures morales. Aussi, le terme amende confiscatoire est-il plus pertinent que le terme " dommages-intérêts restitutoires " car cette somme n'a objectivement aucun lien avec l'étendue du préjudice subi par la victime. En effet, la victime peut parfois souffrir d'un préjudice peu élevé alors que les bénéfices pour l'auteur du dommage sont très importants, et l'inverse peut être vrai également. De même, une faute très légère peut générer un bénéfice substantiel, tandis qu'une faute particulièrement grave peut n'engendrer aucun bénéfice pour son auteur.

De plus, le terme " confiscatoire " est plus adéquat que le terme " restitutoire " car, il ne s'agit nullement de restituer quoi que ce soit. Ni l'Etat, si la somme est versée à l'Etat, ni la victime si elle est versée à la victime⁴⁹, n'en était en possession auparavant.

Aussi, les différents projets de réforme de la responsabilité civile ont-ils inséré des dispositifs tendant à priver l'auteur du dommage de tout profit. Il fut tantôt envisagé de reverser la somme en question à la victime⁵⁰, tantôt de la partager entre la victime et l'Etat⁵¹, ou bien de la reverser entièrement à l'Etat⁵².

Ainsi, l'article 1166-1 du projet de réforme de la responsabilité civile du 17 Mars 2017 dispose " *qu'en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément*

⁴⁸ MESA R., " La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ", *Gaz. Pal.* 21 nov. 2009, n° 325, p. 15.

⁴⁹ Certains auteurs préconisent d'allouer le profit illicite à la victime, alors que rien ne le justifie (V. VINEY G., " L'appréciation du préjudice ", *LPA* 2005, n° 99, p. 89), la victime n'ayant vocation qu'à demander le paiement de dommages-intérêts compensatoire.

⁵⁰ Art 54 de l'avant-projet Terré.

⁵¹ Art. 1371 de l'avant-projet Catala.

⁵² Art. 1166 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité présenté par le garde des Sceaux le 29 Avril 2016.

commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, au paiement d'une amende civile (...) affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public ".

Il s'agit donc d'appliquer à l'auteur du dommage le principe selon lequel la responsabilité civile a pour but " *de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* "⁵³. En privant l'auteur du dommage des bénéfices de sa faute lucrative, il est replacer dans la situation de départ, encore devra-t-il s'acquitter du montant des dommages-intérêts compensatoires éventuellement prononcés. Cependant, en permettant au juge de fixer l'amende jusqu'à dix fois le montant du profit réalisé, l'amende civile retrouve sa fonction répressive.

Si en théorie, il n'y a pas de difficulté, la situation pour le juge chargé d'évaluer l'amende confiscatoire sera plus délicate.

II. Les difficultés pour apprécier le profit illicite

L'analyse économique du droit est un outil extrêmement performant pour évaluer la performance économique d'une législation dans un domaine particulier. L'école de Chicago fut pionnière en ce domaine, notamment concernant le droit de la responsabilité⁵⁴; elle a démontré l'utilité pour le législateur de connaître les conséquences économiques de ses choix, ce qui permet d'orienter la loi en fonction des objectifs à atteindre⁵⁵.

Dans le cas d'une faute lucrative, le juge aura également une analyse économique, ou plutôt comptable à effectuer pour évaluer le montant de l'amende confiscatoire, qui sera égal au profit illicite de l'agent.

Cette évaluation n'est pas aisée à effectuer : prenons l'exemple d'un titre de presse qui aurait sciemment décidé de publier à la une des photos volées montrant une célébrité avec ses enfants. La victime pourra demander le paiement de dommages-intérêts au titre d'une atteinte à sa vie privée. Le journal, ayant fait d'importante vente de ce numéro, restera bénéficiaire, déduction faite du montant des dommages-intérêts.

⁵³ Encore que l'amende-civile prévue par le projet de réforme du 13 Mars 2017 va plus loin puisque celle-ci pourra atteindre le décuple du profit illicite.

⁵⁴ CALEBRESI G., *The Coast of Accident : a legal and economic analysis*, Yale, UP, 1970.

⁵⁵ NUSSENBAUM M., " L'appréciation du préjudice ", *LPA* 2005, n° 99, p. 78.

Il faudrait pour l'en priver évaluer la part de bénéfice directement lié à la publication des photos. Sachant que le journal publie également d'autres scoops ou d'autres photos concernant d'autres personnalités. Que représente dans le bénéfice total, la valeur ajoutée des photos de la victime?⁵⁶ Combien de lecteurs ont-ils acheté le journal uniquement pour les photos ? Faut-il calculer le surplus des ventes de ce numéro en particulier par rapport à la moyenne des ventes annuelles ou mensuelles pour apprécier la valeur des photos volées ? Ou bien faut-il confisquer le bénéfice lié à la vente de tous les exemplaires de ce numéro en particulier ? Faut-il aussi calculer les ventes des futurs numéros puisque le journal va bénéficier d'une réputation de journal à sensation, ce qui va doper ses futures ventes, avec la problématique des bénéfices de la faute lucratives autres que financiers ?

Il est donc délicat d'apprécier en pratique la part exacte de profit lié à une faute lucrative.

Cela laisse une grande part à l'arbitraire du juge et d'insécurité juridique, la Cour de cassation s'abritant souvent derrière l'appréciation souveraine des juges du fond pour limiter son contrôle⁵⁷. Encore que l'article 1166-1 du projet de réforme de la responsabilité du 17 Mars 2017 civile indique que le juge devra spécialement motiver sa décision.

⁵⁶ Le juge pourra peut-être utiliser la méthode du " tout commercial indivisible " proposée par la Cour d'appel de Douai le 26 Juillet 1897 (*Ann. propre. ind.* 1897. 319) et approuvée par la Cour de cassation le 16 Décembre 1897 (*Ann. propre. ind.* 1897. 319 et 322) consistant, en matière de brevet, afin d'évaluer le préjudice subie, à comptabiliser le bénéfice réalisé sur l'entière valeur du produit contrefaisant alors même que seule une partie est brevetée.

⁵⁷ Ass. plé., 26 mars 1999, *Bull. civ.*, Ass. plé. n°3.

" Les dommages et intérêts punitifs sont pratiqués dans certains domaines par les juges français, mais ils le sont officieusement et de manière inavouée.

*Est-ce une situation satisfaisante ?
On peut difficilement le soutenir.*

En effet le rejet d'une pratique courante dans le domaine du non-droit ne permet ni d'élaborer un régime approprié, notamment en précisant que ces dommages-intérêts ne doivent pas être pris en charge par l'assurance (ce qui serait nécessaire pour les rendre efficaces) ni de les cantonner dans les cas où ils présentent une réelle utilité. Autrement dit, il expose les justiciables à une réelle insécurité et autorise toutes les dérives "⁵⁸.

⁵⁸ Viney G., " L'appréciation du préjudice ", *op. cit.*

TITRE2e : De la technique juridique des mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile

Le droit français de la responsabilité applique de *lege lata* des mécanismes extra-compensatoires de manières officieuses, tandis qu'une réforme allant vers l'admission officielle de ces mécanismes tend à être adoptée à plus ou moins long terme. Il convient donc d'étudier les aspects répressifs en l'état de notre droit (section 1) et ceux envisagés de *lege ferenda*, par le réforme du 17 Mars 2017 (Section 2).

SECTION 1: Les mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile de *lege lata*

Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté par le garde des Sceaux a suscité de nombreux commentaires louant des innovations importantes en son sein, telles que la mise en place de mécanismes extra-compensatoires, voire répressifs.

C'était oublier que le droit de la responsabilité de *lega lata* comporte, en l'état actuel du droit positif, un volet répressif, soit à l'initiative des juges, de manières clandestines⁵⁹ (I), soit à l'initiative des parties dans le cadre contractuel (II).

I. L'application officieuse de mécanismes répressifs par le juge

L'une des principales critiques du système de responsabilité français est son extrême opacité que ce soit dans l'évaluation du préjudice par le juge ou dans son appréciation de la faute contractuelle.

L'évaluation du préjudice (A) et l'appréciation de la faute (B) sont l'occasion pour le juge de moduler les condamnations prononcées.

⁵⁹ Viney G., " L'appréciation du préjudice ", *op. cit.*

A. L'appréciation du préjudice dans le but de punir

La réparation du préjudice est le but ultime de la responsabilité, il s'agirait " *de faire en sorte que le dommage n'ait été qu'un rêve* ", selon le doyen Carbonnier⁶⁰. Le droit de la responsabilité est donc entièrement tourné vers l'indemnisation des victimes. Cependant, le principe cardinal de la réparation intégrale du préjudice⁶¹ a pour conséquence que le montant de la réparation octroyée doit être strictement équivalent au préjudice subi.

Bien que la Cour de cassation affirme officiellement que la responsabilité civile n'a qu'une fonction indemnitaire⁶², elle laisse une large marge de manœuvre au juge du fond pour apprécier le préjudice *via* son pouvoir souverain d'appréciation des faits.

Dans le but inavoué de punir certains comportements, et constatant parfois un préjudice réelle faible, les juges n'ont pas hésité à élargir l'étendue du préjudice afin de corrélativement permettre une plus forte indemnisation de la victime, et donc de majorer le montant des dommages-intérêts à la charge de l'auteur du dommage⁶³.

Aussi pour certains auteurs⁶⁴, la réparation du préjudice moral n'a d'autre but que de punir l'auteur du dommage en ajoutant aux dommages-intérêts réparant le préjudice matériel ou corporel, les dommages-intérêts résultant du préjudice moral.

Cette réalité judiciaire fut saluée pour son efficacité répressive⁶⁵, mais critiquée pour son aspect occulte, conduisant à l'arbitraire et à l'insécurité juridique pour le justiciable; cette

⁶⁰ Cité par Brun Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4^e éd, Paris, 2016.

⁶¹ Inséré en tant que principe dans le projet de réforme de la responsabilité civile du 17 Mars 2017, à l'article 1258 qui dispose que " *la réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit* ".

⁶² Crim., 8 fév. 1977, *Bull. crim.*, n°52.

⁶³ CHAINAIS Cécile, FEUNOUILLET Dominique, *Les sanctions en droit contemporain*, vol.1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, collection "L'esprit du droit", Paris, 2012, plus particulièrement MAZEAUD Denis, " Les sanctions en droit des contrats - Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... ", n° 18, p. 253.

⁶⁴ DUPICHOT J., *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, L.G.D.J, 1969, AUBERT J.-L., FLOUR J., SAVAUX E., *Droit Civil : les obligations*, Tome 2, Sirey, 14^e éd., Paris.

⁶⁵ CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*

nature clandestine interdit tout contrôle de la Cour de cassation, les juges du fond se retranchant derrière leur pouvoir souverain d'appréciation.

Enfin, cette pénalisation occulte est au contraire peu efficace car " *la condamnation à la réparation du dommage moral pèse presque toujours, non pas sur l'auteur du fait qui l'a provoqué, mais sur son assureur* " ⁶⁶.

Cette volonté d'élargir l'étendue du préjudice ne se cantonne pas au préjudice moral ⁶⁷, puisque le juge français, contrairement à certains juges étrangers, admet la réparation du préjudice économique pure ⁶⁸, de la perte de chance, ainsi que de l'intérêt positif lorsque la faute du tiers est la cause de la résolution du contrat ⁶⁹, toujours dans un but d'élargir l'indemnisation; le tout sous le couvert du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, la Cour de cassation ne contrôlant de manière légère que le respect du principe d'équivalence entre dommage et réparation.

Bien que la gravité ou la particularité de la faute n'ait pas officiellement d'importance en droit de la responsabilité extracontractuelle ⁷⁰, il en est autrement en droit des contrats.

B. L'appréciation de la faute dans le but de punir

Le droit des contrats admet une hiérarchisation des fautes, ce qui permet une plus ou moins grande sévérité selon sa nature.

Ainsi, la faute intentionnelle est celle que l'auteur commet délibérément avec l'intention de nuire, tandis que la faute est qualifiée de dolosive lorsque " *le débiteur, de manière délibérée, se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire* " ⁷¹. Enfin la faute lourde est " *une négligence d'une extrême gravité,*

⁶⁶ JOURDAIN Patrice, VINEY Geneviève, *Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., 3e éd., Paris, 2011.

⁶⁷ Tel que le préjudice moral pur, mais aussi le préjudice d'affection, critiquée par la doctrine mais admis par la jurisprudence (V. Brun Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4^e éd, Paris, 2016).

⁶⁸ R. Lorentz, " Dommage purement patrimonial, Rapport français ", *RID comp.* 2006, p. 393; en droit allemand et en droit anglais, le préjudice économique pure (*pure economic loss*) n'est pas indemnisé.

⁶⁹ Civ. 3^e, 7 mai 2008, 5 arrêts, *RDC* 2008. 1181, note O. Deshayes.

⁷⁰ Hormis la faute intentionnelle exclus de l'assurance (art. L.113-1 du C. assur. qui dispose que " l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ").

⁷¹ Com. 4 mars 2008, *Bull. civ.*, IV, n°53.

confinant au dol et dénotant l'inaptitude du contractant, maître de son action, à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée ⁷², c'est donc une faute tellement grossière qu'elle ne peut s'expliquer que par une extrême sottise, une incurie manifeste ou un manque flagrant de compétence.

De la qualification de la faute par le juge, il en résultera un certain nombre de conséquences : la faute intentionnelle ou dolosive exclut la prise en charge du dommage par l'assurance ⁷³; l'article 1231-3 du Code civil dispose que " *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ", tandis que le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 Mars 2017 indique que " *sauf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat* ". Ainsi, la faute lourde ou dolosive permet l'extension de la réparation aux dommages imprévisibles. De plus, elle permet d'écarter l'application de certaines clauses telles que les clauses de non-responsabilité ou les clauses limitatives de responsabilité.

A cet égard, la Cour de cassation, qui opère un contrôle de qualification de la faute, avait modifié ces critères d'appréciation à dessein, dans le seul but de permettre la neutralisation des clauses limitatives de responsabilité, ce qui s'était analysé comme la volonté de favoriser le créancier. La Cour de cassation apprécie traditionnellement la faute lourde de manière subjective, en fonction du comportement du débiteur. Mais, elle avait étendu la faute lourde à tout manquement à une obligation essentielle ⁷⁴, de telle sorte que la faute lourde était appréciée de manière objective.

La Cour de cassation est revenue à une appréciation subjective de la faute lourde ⁷⁵ suite à une évolution jurisprudentielle qui affirme que la clause limitative de responsabilité doit être écartée non pas lorsque le débiteur manque à une obligation essentielle, mais lorsque la clause vide de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ⁷⁶.

⁷² Civ. 1^{er} 29 oct. 2014, n°13-21980, Bull. civ., I, n°180, JCP E 2015, n° 4, 1038 note N. Dupont-Lebail.

⁷³ art. L.113-1 du C. assur. dispose que " l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ".

⁷⁴ Civ. 1^{er}, 30 nov. 2004, Bull. civ., I, 295.

⁷⁵ Ch. mixte, 22 avr. 2005, deux arrêts, RTD civ. 2005.604, obs. Jourdain.

⁷⁶ Com., 29 juin 2010, D.2010.1832, note D. Mazeaud.

Il est donc évident, qu'en fonction du but recherché, tel que favoriser ou réprimer certains comportements ou éviter certaines situations, le juge va modifier ses critères d'appréciation de la faute.

Le contrat peut aussi être l'occasion pour les parties d'aménager de manière consensuelle les sanctions en cas d'inexécution.

II. Les techniques contractuelles punitives

Contrairement aux clauses limitatives de responsabilité, où la détermination d'un plafond est vue comme " une convention de répartition des risques " en cas de faute simple⁷⁷, les clauses pénales (A) et les clauses résolutoires (B) peuvent être considérées comme des mécanismes répressifs.

A. La clause pénale

La clause pénale est la clause par laquelle les parties à un contrat fixent le montant des dommages-intérêts de manière consensuelle en cas d'inexécution, indépendamment du préjudice éventuel.

La nature de la clause pénale a suscité un débat doctrinal⁷⁸ dans la mesure où certains n'y voyaient qu'un aspect indemnitaire en ce qu'elle fixe de manière forfaitaire le montant des dommages-intérêts, tandis que d'autres soulignaient le caractère comminatoire de la clause.

La clause pénale a sans aucun doute une fonction répressive car, son montant pouvant être important, elle permet de pousser le débiteur à s'exécuter.

D'ailleurs le terme " pénal " n'est pas neutre, puisque toute inexécution, qu'elle ait ou non causé un dommage sera pareillement sanctionnée, ce qui souligne la déconnection entre préjudice et sanction, propre à tout mécanisme répressif.

A ce titre, le nouvel article 1231-5 du Code civil emploie le terme "pénalité", ce qui n'est pas anodin. Ainsi, " *lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une*

⁷⁷ BENABENT A., *Droit des obligations*, 15e éd., LGDJ, Paris, 2016.

⁷⁸ JOURDAIN Patrice, VINEY Geneviève, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 229, p. 549.

somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent ". Le juge ne peut donc moduler le montant de la pénalité en fonction du préjudice subi. Il ne pourra le faire que si le montant stipulé est manifestement excessif ou dérisoire.

Le caractère coercitif et comminatoire de la clause est très important puisque c'est ce qui permet au juge de qualifier la clause pénale⁷⁹ et donc d'en modifier le montant lorsque celui-ci est manifestement excessif ou dérisoire. Ainsi dans un arrêt du 24 Juin 1987, la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait refusé de modifier le montant de l'indemnité d'immobilisation car il ne s'agissait pas d'une clause pénale puisque le bénéficiaire d'une promesse de vente ne manque pas à une obligation contractuelle en ne levant pas l'option⁸⁰.

Tout comme la clause pénale, la clause résolutoire peut être considérée comme ayant un caractère punitif.

B. La clause résolutoire

Les parties ont la possibilité d'insérer une clause qui entraînera une résolution de plein droit du contrat en cas d'inexécution, sans que la gravité de la faute ne soit prise en compte, contrairement à la résolution unilatérale ou à la résolution judiciaire où une faute grave doit être constatée. Cela permet aux parties de faire l'économie d'une demande en justice et d'éviter les aléas qui en découlent, tels que l'appréciation des juges quant à la gravité de la faute.

A ce titre, l'article 1224 du Code civil dispose que " *la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ".

⁷⁹ La jurisprudence est assez erratique puisque l'aspect comminatoire de la clause n'a pas toujours été le critère unique de qualification de la clause (V. Civ. 1^{er}, 10 oct 1995, D. 1996.116, note Ph. Delebecque; contr. Civ. 3^e, 29 juin 1994, JCP G 1994.I.809, obs. G. Viney, Civ. 3^e, 12 janv. 2010, n°09-11.856).

⁸⁰ Civ. 3^e, 24 juin 1987, n° 86-11.102.

La clause résolutoire est éminemment de nature répressive car, de manière radicale, elle va résoudre le contrat dès lors que les manquements prévus sont constatés, combien même seraient-ils légers.

Contrairement à la clause pénale, la clause résolutoire ne peut être modérée par le juge, sauf en matière de baux immobiliers⁸¹ ou de baux commerciaux⁸².

Toutefois, l'article 1225 du Code civil dispose que la clause doit " *préciser les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ", que " *la résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution* " et que " *la mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire* ".

La clause résolutoire, souvent perçue comme " dangereuse ", est étroitement contrôlée par une jurisprudence méfiante et exigeante⁸³. La Haute juridiction impose que la clause soit sans équivoque⁸⁴ et qu'elle indique avec précision quel manquement sanctionne-elle.

Au-delà de ces mécanismes répressifs non avoués, le droit de la responsabilité semble aller vers la voie de la reconnaissance officielle de mécanismes extra-compensatoires.

⁸¹ Art. 24 de la loi du 6 Juillet 1989.

⁸² Art. L.145-41 du Code de commerce.

⁸³ BENABENT A., *Droit des obligations*, op. cit.

⁸⁴ Civ. 3^{er}, 12 oct. 1994, *Bull. civ.*, III, n° 178.

SECTION 2: Vers la reconnaissance officielle de mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile

Si le juge français n'admet une fonction extra-compensatoire de la responsabilité civile que de manière clandestine, le législateur et la jurisprudence ne semble pas totalement hermétique à toute évolution (I), en attendant l'adoption éventuelle du projet de réforme présenté par le garde des Sceaux (II).

I. Une évolution prudente vers l'admission de mécanismes extra-compensatoires

Conscient des lacunes de la législation en matière de faute lucrative, le législateur a entendu légiférer dans des branches spécifiques du droit particulièrement sensibles à ce genre de faute (A), tandis que la Cour de cassation semble avoir admis dans son principe les dommages-intérêts punitifs (B).

A. L'introduction ciblée de mécanismes confiscatoires par le législateur

La contrefaçon est une activité extrêmement néfaste pour l'entreprise victime direct, pour les consommateurs avec un réel danger pour leur sécurité, et également pour l'ensemble du tissu économique national.

Sous l'impulsion du législateur européen⁸⁵ soucieux d'harmoniser et de renforcer la lutte contre la contrefaçon, le législateur français a entrepris d'améliorer l'évaluation des dommages-intérêts en prenant en compte les bénéfices accumulés par le contrefacteur, sans toutefois franchir le pas, en mettant en place un véritable mécanisme confiscatoire.

Ainsi, l'article L.615-7 du Code de la propriété intellectuelle dispose que " *pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement : 1° les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte*

⁸⁵ Directive du 29 avril 2004 CE n° 2004/48.

subis par la partie lésée ; 2° le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure 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 somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ".

Sans prévoir la confiscation des bénéfices illicites, la loi impose au juge de prendre en compte les bénéfices réalisés par le contrefacteur dans le calcul des dommages-intérêts, afin d'en augmenter le montant. Il faut noter que le Code de la propriété intellectuelle prévoit également des sanctions pénales⁸⁶ extrêmement lourdes pouvant aller jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende en cas d'atteinte aux droits du propriétaire d'un brevet, peine augmentée à 7 ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsque " *le délit a été commis en bande organisée ou sur un réseau de communication au public en ligne ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal*"⁸⁷.

Ceci n'est pas satisfaisant d'un point de vue financier pour la victime car, certes elle pourra avoir la satisfaction de voir le contrefacteur incarcéré mais, d'une part le montant de l'amende pénal, bien que conséquent, pourra paraître dérisoire comparé aux bénéfices colossaux réalisés par le contrefacteur, et d'autre part le montant de l'amende pénale n'est pas destiné à être affecté à la victime. Contrairement au législateur allemand qui admet l'affectation du bénéfice illicite à la victime, le législateur français était donc réticent en 2014 à admettre un mécanisme extra-compensatoire en droit de la responsabilité⁸⁸.

En revanche, une décision remarquée de la Cour de cassation a laissé penser que la Haute cour pourrait faire évoluer sa position en matière de dommages-intérêts punitifs.

⁸⁶ Art. L.615-12 à L.615-16 du CPI.

⁸⁷ Art. L.615-14 du CPI.

⁸⁸ TESTU F.X " les dommages-intérêts dans l'action en contrefaçon ", in *La notion de dommages-intérêts*, CAYROL N., Dalloz, collection " Thèmes & Commentaires ", Paris, 2016.

B. La reconnaissance par le juge de la conformité à l'ordre public international du principe des dommages-intérêts punitifs

Dans une décision du 1^{er} Décembre 2010⁸⁹, la première chambre civile de la Cour de cassation a indiqué que si " *le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur* ". Elle rejette cependant le pourvoi au motif que la cour d'appel a eu raison de " *déduire que le montant des dommages-intérêts était manifestement disproportionné au regard du préjudice subi et du manquement aux obligations contractuelles de sorte que le jugement étranger ne pouvait être reconnu en France* ".

La Cour de cassation délivre un message important, puisque pour la première fois, elle admet que la décision d'une juridiction étrangère prononçant des dommages-intérêts punitifs peut faire l'objet d'un *exequatur* dans la mesure où, selon la Haute cour, le principe des dommages-intérêts punitifs n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français.

Cette décision peut sembler innovante et marquer une évolution jurisprudentielle tendant à une acceptation future du principe de peine privée par les juridictions françaises.

Mais comme l'ont souligné certains d'auteurs⁹⁰, cette décision de la Cour de cassation n'admet pas le principe de la peine privée de nature civile, dont l'objet est de punir l'auteur d'une faute grave, indépendamment de l'étendue du préjudice. En effet, la Cour de cassation précise que les dommages-intérêts punitifs sont contraires à l'ordre public lorsque " *le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur* ". Or le principe même de la peine privée est de déconnecter son montant du préjudice subi, de telle sorte que seule la gravité de la faute soit le critère qui en fixera le montant. La Cour de cassation, en maintenant le lien entre le montant des dommages-intérêts et le préjudice subi, refuse de reconnaître l'aspect purement répressif des dommages-intérêts punitifs.

⁸⁹ Civ. 1^{er}, 1^{er} déc 2010, *Bull.civ.* 2010, I, n° 248.

⁹⁰ DUBOIS Charlotte, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, L.G.D.J, collection " Thèses ", Paris, 2016; LICARI F.-X., " La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? ", *D.* 2011. 423.

Puisque la jurisprudence semble résolue à n'admettre officiellement qu'un caractère indemnitaire à la responsabilité civile, seul le législateur pourrait la faire évoluer en y incorporant un volet extra-compensatoire.

II. Les mécanismes extra-compensatoires envisagés par la réforme du droit de la responsabilité civile

Le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 Mars 2017 fut remarqué, notamment en ce qu'il innoverait en introduisant officiellement des mécanismes de nature répressive⁹¹.

Il apparaît, après réflexion, que les principaux dispositifs dont il est question, ne sont pas punitifs *stricto sensu*⁹². En revanche, l'amende-civile (A) et la *mitigation* (B) vont permettre de compléter les lacunes du droit de la responsabilité et de formaliser des mécanismes qui étaient appliqués par le juge de manière clandestine, ce qui sera un gage de clarté et de sécurité juridique.

A. L'amende-civile dans le projet de réforme du 13 Mai 2017

L'article 1166-1 du projet de réforme du 13 Mars 2017 dispose " *qu'en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la*

⁹¹ D'ALES T., TERDJMANN L., " L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile : le Rubicon sera-t-il franchi ? ", *AJCA* 2017, p. 69.

⁹² Bien que l'amende civile prévue par le projet de réforme du 13 Mars 2017 ait bien un volet répressif, la *mitigation* n'est qu'un outil en vue d'évaluer le préjudice.

faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle n'est pas assurable".

Contrairement à l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité du 29 Avril 2016⁹³, l'article 1166-1 du projet de réforme du 13 Mars 2017 limite son champ d'application à la sphère extracontractuelle. Ceci peut s'expliquer par le fait que le droit contractuel comporte un certain nombre d'outils qui permettent aux parties de se prémunir en cas de faute lucrative⁹⁴: clause pénale ou résolutoire, clause de non-responsabilité, recours à la faute dolosive ou lourde pour déplaçonner les dommages-intérêts, nullité du contrat en cas de vice du consentement ou obligation de bonne foi durant les différentes phases contractuelles. De plus, admettre la faute lucrative avec des plafonds d'amendes élevés serait peut-être de nature à dissuader les opérateurs économiques à choisir le droit français dans les contrats internationaux, ce qui serait contraire à la volonté de renforcer l'attractivité du droit français dans le cadre international.

Le projet ne retient désormais que la faute lucrative, en supprimant toute référence à la faute lourde, qu'il définit comme celle commise dans le but d'obtenir un gain ou une économie. Le juge devra donc prendre en compte le mobile de l'auteur de la faute. Mais *quid* de la faute qui n'a pas été commise dans le but d'obtenir un gain ou une économie, mais qui a eu pour conséquence d'arriver à ce résultat, sans que l'auteur du dommage l'ait recherché ? En d'autres termes, en cas de profit fortuit, le juge considérera-t-il qu'il s'agit d'une faute lucrative ou faut-il, comme semble l'indiquer l'article 1166-1, que le profit ait été le mobile de l'acte fautif ?

⁹³ Art. 1166 : " Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public ".

⁹⁴ Qui d'ailleurs s'envisage mal dans le cadre d'un Contrat, puisque les parties prévoient, avant de s'engager quelle seront les profits et les pertes éventuelles.

Ensuite, l'article 1166-1 indique que le juge *peut* prononcer une amende civile, ce qui signifie que c'est une faculté pour lui et non une obligation, lorsque les éléments pour la prononcer sont réunis. De plus, le juge ne pourra le faire d'office puisque la demande devra être introduite soit par la victime, soit par le ministère public, sans doute pour éviter l'inertie de la victime qui n'y verrait aucun intérêt patrimonial, puisque les sommes seront reversées à l'Etat, ou éviter les accords extrajudiciaires entre les parties⁹⁵.

Le juge devra spécialement motiver sa demande, ce qui est une bonne chose pour éviter l'arbitraire du juge et pour l'aspect pédagogique d'une bonne justice. Ceci d'autant plus que le point essentiel de l'article 1166-1 réside dans le fait qu'il n'est pas seulement confiscatoire, il est aussi répressif. Le juge ne se contentera pas de confisquer les profits illicites, mais il devra moduler le montant de l'amende en fonction de la gravité de la faute⁹⁶, ce qui souligne l'aspect moraliste et prophylactique de la peine privée, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retiré. Il faut souligner également la mauvaise rédaction de l'article 1166-1 ou plutôt l'ambiguïté des termes employés. Le texte indique qu'il s'agit de sanctionner les fautes accomplies " *en vue d'obtenir un gain ou une économie* ", ce qui signifie que la condition est remplie dès lors que l'auteur a eu pour objectif d'obtenir un gain ou une économie, peu importe qu'il y soit parvenu ou non. Ce qui signifie que le juge pourra prononcer une amende en l'absence de tout profit, et donc de toute faute lucrative, l'amende civile devenant un outil purement répressif. Mais, l'article 1166-1 indique également que le juge doit proportionner l'amende suivant le montant des profits que " *l'auteur aura retiré de l'opération* ". Ce qui semble impliquer que l'auteur doit forcément avoir fait des profits. Dans l'hypothèse où aucun profit n'est réalisé, faut-il que la modulation de l'amende conduise le juge à ne pas la prononcer ? Ou bien l'auteur du dommage sera-t-il condamné en raison de la particulière gravité de la faute, même en l'absence de tout profit ?

Concernant le montant de l'amende, il faut également souligner une différence avec l'article 1166 de l'avant-projet de réforme du 29 Avril 2016 où le plafond était fixé à deux millions

⁹⁵ Il serait imaginable que l'auteur se mette d'accord avec la victime sur une somme moins importante et qu'en échange, celle-ci ne demande pas le prononcé de l'amende civile, ce qui constituerait un manque à gagner pour l'Etat.

⁹⁶ Il y a donc la volonté de punir les fautes les plus graves.

d'euros. Le projet de réforme du 13 Mars 2017 supprime ce plafond tout en conservant la limitation à dix fois le montant du profit illicite.

Les personnes morales pourront être condamnées à une amende équivalente à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise, alors que l'avant-projet du 29 Avril 2016 prévoyait une amende allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaire mondiale. Cette modification a sans doute pour but de rassurer les opérateurs économiques nationaux et prévenir tout risque d'excès.

L'amende civile devra être affectée à un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public, et non à la victime, ce qui semble pertinent : rien ne justifie que la victime s'enrichisse, il ne doit résulter pour elle ni perte, ni profit selon la Cour de cassation⁹⁷.

Enfin, contrairement à l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité du 29 Avril 2016, le projet de réforme du droit de la responsabilité du 13 Mars 2017 précise que l'amende civile n'est pas assurable. Cela permet de souligner l'aspect répressif et préventif de l'amende civile, puisque celle-ci pèsera uniquement sur l'auteur du dommage.

La coloration pénale marquée de l'amende civile telle qu'envisagée par le projet de réforme du 17 Mars 2017, induit un véritable risque de censure du Conseil constitutionnel pour atteinte au principe de légalité des délits et des peines.

Contrairement à l'amende civile, l'obligation de minimiser le dommage n'a pas de fonction punitive, elle ne vient pas sanctionner la victime ou le créancier. Il s'agit simplement de permettre au juge d'apprécier avec précision le montant des dommages-intérêts.

⁹⁷ Civ. 2^e, 5 juil. 2001, *Bull. civ.*, II, n°135.

B. L'introduction de la mitigation en droit français

1. Le principe de la mitigation

Le mécanisme connu en Droit anglo-saxon sous le vocable de " *duty to mitigate* ", soit le devoir de minimiser, consiste à imposer à la victime ou au créancier de minimiser les conséquences du dommage ou de l'inexécution contractuelle, sous peine de voir réduire les dommages-intérêts potentiellement prononcés.

Admis dans les pays de *Common law*, dans une majorité de pays d'Europe occidentale de droit romaniste et également par l'article 77 de la Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur la vente internationales de marchandises⁹⁸, le devoir de minimiser son dommage n'est pas officiellement reconnu en France : ni le Code civil, ni la jurisprudence ne le mentionne.

Perçu à tort comme une sanction envers la victime ou le créancier négligent ou fautif, il s'analyse, notamment à l'Etranger, comme un principe guidant le juge dans l'évaluation précise du préjudice.

Dire que le juge français est insensible aux éventuelles négligences fautives de la victime serait en revanche inexacte. En effet, le juge français dispose de plusieurs moyens pour affiner l'évaluation du préjudice de manière adéquate⁹⁹.

En premier lieu, l'ancien article 1151 du Code civil dispose que " *dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ", tandis que le nouvel article 1231-4 du Code civil indique que " *dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution* "; ceci permet ainsi, d'écarter le préjudice causé par un événement autre que l'inexécution¹⁰⁰. De plus, le juge prend en compte la faute de la victime ou du créancier pour effectuer un partage de responsabilité, sans

⁹⁸ WITZ C., " L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale ", *LPA* 2002, n° 232, p. 50.

⁹⁹ LAUDE A., " L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? ", *LPA* 2002, n° 232, p. 55.

¹⁰⁰ JOURDAIN Patrice, VINEY Geneviève, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 59-1, p. 166.

toutefois aller jusqu'à supprimer totalement le droit à réparation de la victime. Ensuite, le juge peut aussi sanctionner le débiteur au motif que les conventions doivent être exécutées de bonne foi¹⁰¹ tel qu'en disposait l'ancien article 1134 du Code civil¹⁰².

Enfin Madame le professeur Viney indique que le juge français évalue le préjudice au jour de la décision de justice, contrairement au juge américain et anglais qui l'évaluent au jour de l'inexécution ou du fait dommageable, ce qui permet de mieux prendre en compte le comportement de la victime et ses répercussions sur le préjudice¹⁰³.

Bien que cette capacité du juge français à affiner au mieux l'évaluation du préjudice soit certaine, et que la doctrine française ait toujours admis qu'il fallait que la victime modérât son dommage¹⁰⁴, la Cour de cassation a constamment censuré les décisions du juge du fond qui limitaient le montant des dommages-intérêts en indiquant notamment dans deux arrêts abondamment commentés que " *l'auteur d'un accident doit réparer toutes les conséquences dommageables* " et que " *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice* " ¹⁰⁵. L'attendu semble donc extrêmement fort et dénué d'ambiguïté. Il faut tout même indiquer que la vigueur avec laquelle la Cour de cassation avait rejeté toute diminution des dommages-intérêts dans ces deux arrêts, provient du fait qu'ils concernaient des préjudices corporels, et que sans doute, il aurait été inopportun de priver les victimes d'une part des dommages-intérêts alors que les assurances s'en seraient sûrement acquittées. Dans un récent arrêt¹⁰⁶, la Cour de cassation a confirmé sa position en indiquant que " *le refus d'une personne, victime du préjudice résultant d'un accident dont un conducteur a été reconnu responsable, de se soumettre à des traitements médicaux, qui ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infraction* ".

La doctrine, dans sa majorité, à appeler le législateur à légiférer, afin de donner plus de lisibilité et une meilleure compréhension quant au devoir de modération de la victime.

¹⁰¹ DESHAYES O., " Existe-t-il un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle ? Une question mal posée ", *RDC* 2014, n° 1, p. 27.

¹⁰² Repris au nouvel article 1104 du Code civil : " Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ".

¹⁰³ Viney G., " L'appréciation du préjudice ", *op. cit.*

¹⁰⁴ LAUDE A., " L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? ", *op.cit.*

¹⁰⁵ Civ. 2°, 19 juin 2003, 2 arrêts, Bull. civ., II, n° 2003, *RTD civ.* 2003.707 obs. P. Jourdain.

¹⁰⁶ Crim., 27 sept. 2016, n° 15-83.309, *LPA* 2017, n°3, p. 10, note S. Yamthieu.



2. La mitigation selon le projet de réforme du 13 Mai 2017

Tant l'avant-projet Catala¹⁰⁷ que l'avant-projet Terré¹⁰⁸ avaient prévu des dispositions tendant à imposer à la victime de minimiser son dommage.

Le projet de réforme du droit de la responsabilité présenté par le garde des Sceaux le 13 Mars 2017 dispose à l'article 1263 que " *sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice* ". Cela amène à une série de commentaires.

Contrairement à l'avant-projet de réforme de la Chancellerie¹⁰⁹ du 29 Avril 2016 et aux droits anglo-saxons, le champ d'application du devoir de minimiser son dommage n'est pas réduit à la seule matière contractuelle. En revanche, le dommage corporel est " sanctuarisé " puisque le juge ne pourra réduire le montant des dommages-intérêts lorsque le préjudice sera la conséquence d'un dommage corporel.

Ensuite, se pose la question des moyens dont la victime devra user pour minimiser son dommage. Le texte indique que la victime doit prendre " *des mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives* ". Le juge devra donc apprécier le comportement de la victime *in abstracto*, en tenant compte de ses facultés financières, mais sans doute aussi, de son statut de professionnel ou de profane, ou encore de ses capacités physiques au vue de son âge ou de sa santé. Ceci laisse donc au juge une grande marge d'appréciation.

De plus, le projet de réforme du 13 Mars 2017 est plus favorable à la victime que les avant-projets Catala et Terré puisque les mesures qui devront être prises ne doivent qu'empêcher

¹⁰⁷ Art. 1373 : " Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ".

¹⁰⁸ Art. 53 : " Sauf en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne, le juge pourra réduire les dommages et intérêts lorsque le demandeur n'aura pas pris les mesures sûres et raisonnables propres à limiter son préjudice ".

¹⁰⁹ Art. 1263 : " En matière contractuelle, le juge peut réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ".

l'aggravation du dommage, tandis que l'avant-projet Catala exigeait également que la victime réduisât l'étendue de son préjudice, alors que l'avant-projet Terré parlait simplement de limiter le préjudice.

Concernant l'office du juge, il semble que l'article 1263 du projet de réforme de la responsabilité civile dans sa version du 13 Mars 2017 ne contraigne le juge à réduire le montant des dommages-intérêts dès lors qu'il constate que la victime n'a point minimisé le dommage. En effet, l'article 1263 indique dorénavant que les dommages-intérêts devront être réduits dès lors que la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, tandis que le texte du 29 Avril 2016 précisait que le juge " *peut réduire les dommages-intérêts* ", sans pour autant qu'il en soit obligé.

Enfin, il est à noter que le texte du 17 Mars 2017 comporte quelques lacunes : il n'envisage que les conséquences du manquement du débiteur sur les dommages-intérêts, sans les envisager sur les autres remèdes à l'inexécution contractuelle tels que l'exécution forcée en nature ou la résolution du contrat. De plus, le texte reste muet sur les frais que devra engager la victime afin de minimiser son dommage et le fait de savoir s'ils seront à la charge de la victime ou s'ils seront inclus dans le calcul de son préjudice¹¹⁰.

Conclusion

Le droit de la responsabilité civile semble sur le point de connaître une grande réforme, telle qu'il n'en avait pas connu depuis plus de deux cents ans. C'est d'ailleurs à cette époque que la fonction indemnitaire pris l'ascendant sur les autres fonctions de la responsabilité civile. Pour faire évoluer le droit, et permettre la résurrection de la fonction punitive et de la fonction confiscatoire, la route semble semée d'embûches : principe de réparation intégrale, hostilité de la jurisprudence, respect des principes du droit pénal au risque d'encourir la censure du Conseil constitutionnel ou de se faire sanctionner par la Cour européenne de droits de l'Homme.

S'il semble évident que le droit de la responsabilité est lacunaire, notamment en ce qu'il n'apporte pas de solution au problème de la faute lucrative, il est également marquant qu'il est

¹¹⁰ JOURDAIN Patrice, VINEY Geneviève, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 59-1, p. 173.

corseté par sa fonction indemnitaire, érigée en principe immuable et par l'hégémonie du droit pénal, seul admis à punir.

Sans doute le salut ne pourra venir que du législateur. En effet, la Chancellerie a décidé de s'affranchir du *statu quo* et de franchir le pas. Certes, le dernier projet en date qu'elle propose, est en recul : il n'est plus question de sanctionner une faute lourde puisque seule est visée la faute lucrative. Mais en admettant la gravité de la faute comme l'un des critères permettant de fixer le montant de l'amende civile, lequel pourra atteindre jusqu'à dix fois celui du profit illicite, le législateur sauvegarde *in extremis* le seul aspect répressif du projet.

Etait-ce voulu ou est-ce dû à la volonté de contenter à la fois les partisans d'une responsabilité civile exclusivement indemnitaire et ceux résolument en faveur de l'élargissement à une fonction autre que compensatoire ?

Cependant, le temps politique est tel qu'il n'est pas dit que le projet de réforme du droit de la responsabilité soit adopté en l'état, ou qu'il soit adopté tout simplement.

Quoi qu'il en soit, si l'amende civile est adoptée en l'état, il n'est pas sûr qu'elle ne soit pas censurée par le Conseil constitutionnel.

De plus, si le juge applique l'amende civile, il faudra qu'il affine particulièrement son appréciation de la gravité de la faute, des facultés contributives de l'auteur et du profit réalisé, tout en étant vigilant sur la manière dont il évalue le montant des dommages-intérêts compensatoires, en modifiant sans doute son appréciation de certains aspects du dommage tels que le préjudice moral, au risque de voir alourdir de manière excessive la facture du défendeur.

Le droit de la responsabilité civile est le fruit d'un équilibre façonné par la jurisprudence depuis deux cents ans. Quelque soit les réformes qui seront adoptées, cela impliquera un bouleversement complet de l'ensemble des règles régissant la matière.

Telle l'horlogerie fine, si une seule pièce est déplacée, c'est tout le mécanisme qui est déréglé.

BIBLIOGRAPHIE

La bibliographie n'entend pas être exhaustive de tout ce qui a été cité ou lu dans le cadre du présent mémoire.

I. Ouvrages généraux, monographies, thèses et actes

AYNES Laurent, MALAURIE Philippe, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, Paris, 2016, 912 p.

BENABENT Alain, *Droit des obligations*, 15^e éd., LGDJ, Paris, 2016, 728 p.

BRUN Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^e éd., LexisNexis, Paris, 2016, 673p.

CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 13^e éd., Dalloz, Paris, 2015, 892 p.

CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., P.U.F, Paris, 2014, 542 p.

CARVAL Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J, collection " Thèses ", préface de G. Viney, Paris, 1995, 417 p.

CAYROL Nicolas, *La notion de dommages-intérêts*, Sous la direction de N. Cayrol, Dalloz, collection " Thèmes & Commentaires ", Paris, 2016, 391 p. ; plus particulièrement RANDRIANIRINA I., " Analyse économique des dommages-intérêts ", p. 199 à 206, BARDON G., " Indemniser ou punir. Des dommages-intérêts et autres condamnations pécuniaires en matière de propriété intellectuelle ", p. 261 à 273, VIGNON-BARRAULT A.,

" Dommages-intérêts compensatoires et dommages-intérêts punitifs ", p. 299 à 311, OPHELE C., " Dommages-intérêts et clause pénale ", p. 313 à 321, TESTU F.-X., " Les dommages-intérêts dans l'action en contrefaçon " p. 333 à 343.

CHAINAIS Cécile, FEUNOUILLET Dominique, *Les sanctions en droit contemporain*, vol.1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, collection "L'esprit du droit ", Paris, 2012, 672 p., plus particulièrement MAZEAUD Denis, " Les sanctions en droit des contrats - Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... " n° 18, p. 253

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., P.U.F, Paris, 2013, 1099 p.

DUBOIS Charlotte, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, L.G.D.J, collection " Thèses ", préface de Y. Lequette, Paris, 2016, 533 p.

JOURDAIN Patrice, VINEY Geneviève, *Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J, 3^e éd., Paris, 2011, 963 p.

JUEN Emmanuelle, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, L.G.D.J, collection " Thèses ", préface d'E. Loquin, Paris, 2016, 637 p.

LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, collection " Dalloz action ", 10^e éd, Paris, 2014, 2262 p.

STARCK Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947

VINEY Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, L.G.D.J, Paris, 1965, 418 p.

VINEY Geneviève, *Introduction à la responsabilité civile*, L.G.D.J, 3^e éd., Paris, 2008, 693 p.

II. Articles, rapports, chroniques, notes, commentaires, observations

Avant-projet Catala-Viney, CATALA (dir.), remis au garde des Sceaux en 2005 et consultable sur le site du Ministère de la justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatalaseptembre2005.pdf

Avant-projet TERRE F. (dir), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, collection " Thèmes et commentaire ", Paris, 2011

Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 Mars 2017 par le Garde des sceaux, suite à la consultation publique menée d'Avril à Juillet 2016, consultable sur le site du Ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

ANSAULT J.-J., " Astreinte : l'astreinte conventionnelle est bien une clause pénale ", *Gaz. Pal.* 21 nov. 2015, n° 325, p. 15

ANZIANI A., BETEILLE L. (dir), *Rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat*, 15 juil. 2009, n° 558

BRUN Ph., " Responsabilité civile ", *D.*2017.24

CARVAL S., " La faute lourde permettant d'écarter les plafonds légaux et contractuels : persistance de la définition étroite ", *RDC* 2009, n°3, p. 1044

CARVAL S., " Force majeure et clause résolutoire ", *RDC* 2010, n°3, p. 847

CARVAL S., " Pas d'exequatur pour un jugement étranger condamnant un vendeur à verser à l'acheteur des dommages-intérêts punitifs d'un montant excessif ", *RDC* 2011, n°2, p. 459

CARVAL S., " La victime doit-elle limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ", *RDC* 2012, n°2, p. 437

CARVAL S., " La victime n'est pas tenue de justifier l'emploi de dommages-intérêts qu'elle a perçus ", *RDC* 2013, n°4, p. 1345

CARVAL S., " L'amende civile ", *JCP G* 2016, NS 30, p. 42

CARVAL S., " Réparation du préjudice : prise en compte des avantages de la situation dommageable ", *D.2016.2061*

D'ALES T., TERDJMANN L., " L'introduction envisagée de mécanismes répressifs dans le droit de la responsabilité civile : le Rubicon sera-t-il franchi ? ", *AJCA* 2017, p. 69

DESHAYES O., " Existe-t-il un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle ? Une question mal posée ", *RDC* 2014, n° 1, p. 27

DISSAUX N., " Quelles réformes pour la responsabilité civile ? ", *AJCA* 2017, p.169

FIORENTINO A., " Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? L'exemple des discriminations ", *JCP S* 2015.1426

GARRAUD A., " La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile ", *LPA* 2017, n° 11, p. 5

JAKOULOFF K., " Pour l'insertion de dommages et intérêts punitifs au sein du projet de réforme du droit des contrats ", *RLDC* fév. 2015, n°134, p. 54

JAUFFRET-SPINOSI C., " Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers ", *LPA* 2002, n°232, p. 8

KAMINA P., " Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon ", *Cah. dr. entr.* n° 4, Juillet 2007, dossier 23

LAUDE A., " L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? ", *LPA* 2002, n° 232, p. 55

LICARI F.-X., " La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? ", *D.* 2011. 423

MAZEAUD D., " Les projets français de réforme du droit de la responsabilité civile ", *LPA* 2014, n° 52, p. 8

MAZEAUD D., " Quand c'est fini, ça recommence...", *JCP G* 2016.640

MAZEAUD D., " Le jeu des sept différences ", *JCP G* 2017. 462

MEADEL J., " Faut-il introduire la faute lucrative en droit français? ", *LPA* 2007, n° 77, p.6

MEKKI M., " Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte ", *Gaz. Pal.* 02 mai 2017, n° 17, p. 12

MESA R., " La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ", *Gaz. Pal.* 21 nov. 2009, n° 325, p. 15

MESA R., " La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile ", *LPA* 2012, n°41, p. 5

MESA R., " La restitution des profits illicites comme sanction des atteintes illégales au patrimoine d'autrui ", *Dr. et patri.* juin 2015, n° 248, p. 28

NUSSENBAUM M., " L'appréciation du préjudice ", *LPA* 2005, n° 99, p. 78

PICOT T., " Cupidité et droit de la concurrence ", *Gaz. Pal.* 31 dec. 2013, n° 365, p. 13

PIEDELIEVRE S., " les dommages-intérêts punitifs : une solution d'avenir ? ", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, colloque, RCA 2001, hors-série, p. 68, n°3

RIAS N., " L'amende civile : une fausse bonne idée ? ", *D.* 2016.2072

SAINT-PAU J.-C., "La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ?", *RCA* 2013, n° 5, p. 23

SCHILLER S., " Les perspectives d'application aux sanctions civiles ", in. Dossier : " Le principe non bis in idem en droit des affaires ", *JCP E* 2015.1399

THIRIEZ P.-Y., " La mitigation ou l'obligation pour la victime de limiter son dommage : une exception française ", *Gaz. Pal.* 09 déc. 2014, n° 343, p. 5

VILLEY M., " Esquisse historique sur le mot responsable ", *Arch. phil. dr.* 1977, t. XXII, p. 44 et s.

VINEY G., " L'appréciation du préjudice ", *LPA* 2005, n° 99, p. 89

VINEY G., " Faute intentionnelle et la Faute dolosive ", *RDC* 2014, n°02, p. 184

VINEY G., " La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt de la victime ", *RDC* 2015, n°1, p. 24

VIGNOLLE P.-D., " La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? ", *Gaz. Pal.* 14 jan. 2010, n° 14, p. 7

WITZ C., " L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale ", *LPA* 2002, n° 232, p. 50

YAMTHIEU S., " La Cour de cassation persiste et signe : pas d'obligation pour la victime de minimiser son dommage ! ", *LPA* 2017, n°3, p. 10

INDEX THEMATIQUE

A

Amende-civile	36
Analyse économique du Droit	23

C

Clause pénale	30
Clause résolutoire	32
Conseil constitutionnel	18
Contrefaçon	33
Cour européenne des droits de l'Homme	17

F

Faute	
Faute intentionnelle	28
Faute lourde	29
faute lucrative	20, 33
fonction confiscatoire	20
Fonction punitive	12

L

l'ordre public pénal	17
----------------------	----

M

<i>Mitigation</i>	40
-------------------	----

O

Ordre public international	35
----------------------------	----

P

Peine privée	12
Personne morale	39
<i>Poena</i>	16

Préjudice

Appréciation

27

R

Réparation intégrale du préjudice

27

Responsabilité pénale

15

TABLE DES MATIERES

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES	4
SOMMAIRE	5
Introduction	7
TITRE1er : De la théorie juridique des mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile.....	12
SECTION 1: De la fonction punitive	13
I. La notion de peine privée.....	13
A. Le principe de la peine privée	13
B. Le rejet de la peine privée.....	14
II. L'immixtion de la responsabilité civile dans le droit pénal	16
A. Le risque de confusion quant à la nature de responsabilité civile et de la responsabilité pénale	16
B. La nécessaire application des principes fondamentaux du droit pénal au droit civil punitif	18
1. La position de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel	18
2. Le risque d'inconstitutionnalité des mesures répressives en matière de responsabilité civile.....	19
SECTION 2: De la fonction confiscatoire	21
I. La notion de faute lucrative	21
A. La problématique de la faute lucrative	21
B. Les solutions en cas de faute lucrative	23
II. Les difficultés pour apprécier le profit illicite	24
TITRE2e : De la technique juridique des mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile.....	27
	55

SECTION 1: Les mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile <i>de lege lata</i>	27
I. L'application officieuse de mécanismes répressifs par le juge	27
A. L'appréciation du préjudice dans le but de punir.....	28
B. L'appréciation de la faute dans le but de punir	29
II. Les techniques contractuelles punitives	31
A. La clause pénale	31
B. La clause résolutoire	32
SECTION 2: Vers la reconnaissance officielle de mécanismes extra-compensatoires en droit de la responsabilité civile.....	34
I. Une évolution prudente vers l'admission de mécanismes extra-compensatoires.....	34
A. L'introduction ciblée de mécanismes confiscatoires par le législateur.....	34
B. La reconnaissance par le juge de la conformité à l'ordre public international du principe des dommages-intérêts punitifs.....	36
II. Les mécanismes extra-compensatoires envisagés par la réforme du droit de la responsabilité civile.....	37
A. L'amende-civile dans le projet de réforme du 13 Mai 2017	37
B. L'introduction de la mitigation en droit français	41
1. Le principe de la <i>mitigation</i>	41
2. <i>La mitigation</i> selon le projet de réforme du 13 Mai 2017.....	43
Conclusion.....	44
BIBLIOGRAPHIE	46
I. Ouvrages généraux, monographies, thèses et actes	46
II. Articles, rapports, chroniques, notes, commentaires, observations.....	48
INDEX THEMATIQUE	53
TABLE DES MATIERES	55