

Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français

Aurélie Ballot-Léna *

Citer cet article : Aurélie BALLOT-LÉNA, « Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français », *Pratique des affaires et règles juridiques : Influences, limites*, 2016. En ligne sur www.revuegeneraledudroit.eu.

* Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense-CEDCACE.

1. Le droit civil est incontestablement, en droit français, une source du droit des affaires : si la pratique des affaires a pu être à l'origine d'instruments juridiques originaux¹, les opérateurs, le législateur et la jurisprudence ont puisé dans le droit civil les ressources nécessaires à la conception et à l'encadrement des opérations commerciales. Les règles générales du droit des obligations – droit des contrats comme droit de la responsabilité civile – sont notamment utilisées pour encadrer, c'est-à-dire fixer un cadre, et contrôler les activités économiques. Cela était vrai hier ; cela l'est également aujourd'hui.

Il est possible d'expliquer cet important rôle du droit civil à partir de deux considérations. D'une part si historiquement le droit civil se trouvait en concours avec le droit pénal pour fixer des limites à l'exercice, par les entreprises, de la liberté du commerce et de l'industrie, le droit économique français a connu un certain mouvement de dépenalisation qui a entraîné un développement des sanctions civiles². D'autre part la généralité de certaines notions civilistes permet au droit commun, dans le silence des textes, de jouer une fonction normative.

2. On l'a vu, le droit commun est multiple. Sera uniquement traité ce qu'on désigne traditionnellement par le terme de droit commun de la responsabilité civile, à savoir les règles générales énoncées par les articles 1382 et 1383 du code civil.

La généralité de ces termes est une spécificité du système français, lequel a une « *vocation universelle* »³ à s'appliquer. Rompant avec le droit antérieur,

¹ Un seul exemple, particulièrement emblématique : la lettre de change ; plus généralement, sur le sujet, v., not. « Le rôle de la pratique dans la formation du droit », Association Capitant, 1983, Tome XXXIV et Actes du colloque « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires », Les Petites Affiches, numéro spécial 27 novembre 2003.

² M. COULON, Rapport au garde des Sceaux « La dépenalisation de la vie des affaires », La documentation française – janvier 2008 ; Où en est la dépenalisation de la vie des affaires ?, RJ com. 2001, numéro spécial, p. 11 et s. et Dépenalisation du droit des affaires, Droit pénal 2008, dossier n° 3.

³ Ph. Le Tourneau, « Des mérites et vertus de la responsabilité civile », Gaz. Pal. 18 mai 1985, p. 283 et s.

les rédacteurs du Code civil de 1804 ont fait le choix d'un principe général de responsabilité civile. A la différence, notamment, des systèmes germaniques et anglo-saxons, le système français repose, dit-on aujourd'hui, sur une « clause générale » qui ne distingue ni les types de fautes, ni les intérêts protégés, ni les dommages subis⁴. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux termes mêmes de l'article 1382 du code civil qui énonce de manière très générale : « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par lequel il est arrivé à le réparer* », étant précisé que l'article 1383 ajoute qu'on est responsable du dommage causé « *non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ». La généralité des termes peut faire penser à un abîme. Il est néanmoins un choix assumé par le législateur.

3. Les entreprises sont soumises à des règles d'origines de plus en plus diverses. On le voit avec le développement des normes techniques, avec la multiplication des codes de déontologie et autres codes de bonne conduite d'origine privée, avec plus généralement le formidable essor de la *soft law* en droit des affaires – notion traduite en droit français par «droit mou» ou «droit souple» –, qui tend à devenir un instrument de prédilection des pouvoirs publics pour encadrer en souplesse – mais encadrer quand même – l'activité des entreprises⁵.

⁴ Cf., not., Ph. Remy, « Réflexions préliminaires sur le chapitre Des délits », in Pour une réforme de la responsabilité civile, dir^o F. Terré, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 15 et s. et A. Anziani et L. Béteille, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires » ; Rapport d'information n° 558 (2008-2009) fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 15 juillet 2009, disponible sur le site Internet du Sénat.

⁵ Cf., not., C. Thibierge, « Le droit souple. Reflexion sur les textures du droit », RTD Civ. 2003, p. 599 ; E. Claudel et B. Thullier, « Sur le droit mou », RJ Com. 2006, p. 4 ; P. Deumier, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 337 ; Association Henri Capitant, Le droit souple, Dalloz, collection Thèmes et commentaires, 2009 et Le droit souple, Rapport d'étude annuelle 2013 du Conseil d'État, La documentation Française.

En outre, la spécificité des professions commerciales non réglementées – seules traitées ici – par rapport aux professions réglementées tient précisément à cette absence de réglementation professionnelle.

Dans ces circonstances le recours au mécanisme de la responsabilité civile est particulièrement intéressant. Comme nous allons le voir, celle-ci est amenée à jouer un rôle normatif particulier, permettant la consécration de devoirs devant être respectés par les entreprises dans l'exercice de leurs activités⁶. En outre, lorsqu'existent des règles déontologiques d'origine privée, la responsabilité civile peut être une sorte de vecteur permettant l'intégration dans l'ordre juridique de ces règles de natures diverses⁷.

4. Le droit civil français est depuis plusieurs années en profonde mutation. La réforme du droit des contrats est sur le point d'aboutir et il est fortement question, à sa suite, de réformer la responsabilité civile⁸. Une telle actualité est l'occasion de redécouvrir trois projets de réforme présentés il y a quelques années, entre lesquels la Chancellerie n'avait pas tranché : l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription présenté en 2005 par un groupe d'universitaires présidé par le Professeur Catala⁹ ; le rapport du groupe de travail de l'Académie des

⁶ F. Pollaud-Dulian, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », RTD com. 1997, p. 349.

⁷ C. Coupet, « Les normes d'origine privée. Reflexion à partir des recommandations de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité et du code AFEP-MEDEF », RTD Com. 2015, p. 437. Le code de gouvernement d'entreprise établi par l'AFEP et le MEDEF peut en effet être assimilé, à l'égard de dirigeant, aux règles déontologiques auxquels sont soumises les professions réglementées et dont l'objet est de fixer les devoirs de leurs membres. Il envisage d'ailleurs expressément la « déontologie » des administrateurs – article 20 –, en énonçant un certain nombre de devoirs (compétence, diligence, assiduité...) qui ne sont pas sans rappeler les règles auxquelles sont soumises les professions réglementées.

⁸ Un nouveau projet de réforme du droit de la responsabilité civile serait actuellement en préparation et devrait passer par la voie législative.

⁹ P. Catala (dir.), Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française, 2005.

sciences morales et politique sur le droit de la responsabilité civile, dont les travaux présidés par le Professeur Terré ont été publiés en 2011¹⁰ et la proposition de loi présentée par les sénateurs Anziani et Béteille à la suite de leur rapport sur la responsabilité civile déposé en 2009 au nom de la Commission des lois du Sénat¹¹.

A leur lecture, il apparaît qu'aucun de ces projets n'entendait remettre en cause ce principe général si caractéristique du droit français des obligations¹². La flexibilité du système français de responsabilité civile y était même revendiquée¹³.

5. Dans un tel contexte, la façon dont la responsabilité civile est appliquée en droit des affaires offre un angle d'étude original¹⁴. La « *plasticité* »¹⁵ des éléments de la responsabilité civile que constituent la faute, le lien de causalité et le préjudice, rendent possible son adaptation aux spécificités de la matière économique. Cependant cette plasticité n'est pas sans limites, et le législateur et la jurisprudence ont parfois dû aménager le régime de l'action par des règles spéciales. Allant plus loin,

¹⁰ F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, coll. "Thèmes et commentaires", 2011.

¹¹ A. Anziani et L. Béteille, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires » ; Rapport précité.

¹² Le projet Terré prévoit un art. 1352 du code civil rédigé ainsi : « Toute faute oblige son auteur à réparer le dommage qu'il a causé. / Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence » ; Aux termes de l'art. 1^{er} du rapport Catala, « Constitue un délit civil tout dommage illicitement causé à autrui. / Tout fait qui cause à autrui un tel dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » ; quant à la proposition de loi Béteille, elle propose comme nouvelle rédaction de l'art. 1382 du code civil : « Tout fait quelconque de l'homme ou toute contravention à une obligation contractuelle, qui cause à autrui un dommage, oblige son auteur à le réparer ».

¹³ Ph. Remy, article précité, p. 36 et les auteurs cités.

¹⁴ A. Ballot-Léna, La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 493, 2008.

¹⁵ M.-L. Izorche, « Droit du marché et droit commun des obligations », RTD Com. 1998, p. 17 et s., n°83.

les différents projets de réformes de la responsabilité civile présentés ces dernières années ont envisagé la consécration, en droit commun de la responsabilité civile, de règles répondant aux préoccupations du monde des affaires.

L'analyse des relations entre les pratiques des affaires et le droit commun de la responsabilité civile peut donc se faire, comme une valse, en trois temps. Dans un premier temps, il s'agira de constater à quel point le droit commun de la responsabilité civile imprègne le droit des affaires (I). Dans un deuxième temps, nous verrons que ce recours à la responsabilité civile nécessite toutefois un aménagement de ses règles (II). Enfin, et pour compléter le propos, sera envisagée l'influence que pourrait avoir, en conséquence, la vie des affaires sur le droit commun de la responsabilité civile (III).

I. Le droit des affaires imprégné par le droit commun de la responsabilité civile

6. Comme l'a énoncé le Professeur Le Tourneau dans un article vantant les mérites et vertus de la responsabilité civile, cette dernière constitue « *un remède général aux lacunes du droit, aux défaillances du législateur et aux modifications des données* »¹⁶. Trente ans plus tard, le propos se confirme : Le mécanisme de la responsabilité civile a été exporté hors champs du droit civil par le législateur comme par la jurisprudence, notamment pour réguler les relations d'affaires, et s'applique désormais dans tous les domaines du droit.

En droit des affaires, ce recours à la responsabilité civile a permis au juge de dégager des devoirs particuliers à la charge des opérateurs. La jurisprudence se fonde en effet sur les articles 1382 et 1383 du code civil pour dégager des solutions qui constitueront autant de normes de comportement devant être respectées par les opérateurs. La responsabilité civile poursuit, ainsi, une fonction normative très importante, source de régulation des activités économiques. Deux

¹⁶ Ph. Le Tourneau, « Des mérites et vertus de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 18 mai 1985, p. 283 et s.

exemples en seront donnés. En outre, depuis quelques décennies, cette fonction est poursuivie de manière plus indirecte, la responsabilité assurant l'intégration dans l'ordre juridique de règles d'origines variées. Nous verrons également ce point.

7. L'action en concurrence déloyale, d'abord, est sans doute la manifestation la plus représentative de cette fonction normative de la responsabilité civile. Par cette action sont sanctionnés les usages déloyaux de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour rappel, la doctrine a dégagé quatre comportements constitutifs de concurrence déloyale : le dénigrement, le risque de confusion, la désorganisation et le parasitisme.

Si certains pays européens, dont l'Allemagne et le Luxembourg, connaissent des dispositions spécifiques à l'action en concurrence déloyale, le droit français s'est toujours refusé à consacrer cette action par un texte spécial.

Pourtant, à plusieurs reprises, le législateur a envisagé une telle consécration. Tel a été le cas de la loi du 2 juillet 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière¹⁷. Plus récemment, le rapport rendu par la mission d'experts dirigée par monsieur le Premier Président Canivet avait envisagé l'instauration, dans le code de commerce, d'un article L. 440-2 consacrant l'action en concurrence déloyale¹⁸. La loi du 2

¹⁷ L'article 2 de cette loi mettait en place une procédure d'urgence devant permettre à la victime d'actes de concurrence déloyale le prononcé de mesures conservatoires. Cependant, faute d'adoption du décret – pourtant annoncé par la loi – organisant cette procédure ce texte est resté lettre morte. Il n'a pas même été intégré, en 2000, dans le Code de commerce.

¹⁸ Ce texte entendait consacrer la vocation subsidiaire de cette action en énonçant qu'elle était applicable « soit en l'absence de pratiques prohibées par la loi, soit à titre de substitution à ces dernières lorsque les parties ont choisi de se placer sur le terrain de la responsabilité civile ». Aux termes du rapport, l'objectif de cette réforme était principalement de permettre l'harmonisation du droit national avec les principaux pays européens qui avaient choisi de légiférer en matière de concurrence déloyale ; en outre, ce texte devait permettre de consacrer un devoir général de loyauté dans les pratiques commerciales (G. Canivet – dir^o -, Restaurer la concurrence par les prix, Les

août 2005 n'a cependant pas entériné la proposition, de sorte que la théorie de la concurrence déloyale, dans son principe même, continue d'échapper à l'emprise des textes¹⁹ et aujourd'hui comme au 19^e siècle, ce sont les articles 1382 et 1383 du code civil qui servent de fondement à l'action²⁰.

Ce rattachement aux dispositions du code civil offre au juge une grande liberté de manœuvre, lui permettant de saisir sous le prisme de cette action de nouveaux comportements économiques. Le développement du commerce électronique, comme les nouveaux modèles économiques à l'instar de l'économie collaborative, peuvent ainsi être saisis par le juge qui en fixe les premières limites en se prononçant sur ce qui relève, ou non, d'une concurrence (dé)loyale²¹.

8. Un autre exemple, ensuite, peut être donné par le droit des sociétés. La responsabilité civile y joue une fonction normative importante en ce qu'elle est utilisée pour réguler les rapports sociaux, qu'il s'agisse des

produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce, La documentation française, coll. des rapports officiels, 2005, également disponible sur le site Internet www.lexinter.net).

¹⁹ Tout au plus pouvons-nous trouver la consécration ponctuelle, dans certains domaines précis, d'actes constitutifs de concurrence déloyale. Tel est le cas de certaines dispositions du droit de la consommation, et notamment de l'article L. 120-1 du code de commerce relatif aux pratiques commerciales déloyales. Si ces dispositions ne sont pas sans rappeler certains actes constitutifs de concurrence déloyale, dont elles organisent une sanction spécifique, elles n'offrent pas la généralité du droit commun.

²⁰ Pour un exemple récent, v. Com. 27 mai 2015, pourvoi n° 14-50.042 : « l'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil et non sur une présomption de responsabilité ».

²¹ Ces dernières années, la Cour de cassation a ainsi eu à se prononcer sur la concurrence déloyale par Internet, venant utilement compléter les règles du droit de la consommation (ex. : Com. 14 mai 2013, pourvoi n° 12-15.534 et 20 mai 2014, pourvoi n° 13-17.200) et sur le covoiturage (cf. Com. 12 mars 2013, Bull. civ. IV, n° 36, D. 2013. Chron. 1180, obs. J. Lecaroz; JCP E 2015, n° 1264, obs. A. Ballot-Léna). Sur ce dernier point, le législateur est, depuis, intervenu pour encadrer davantage cette activité (cf. nouvel article L. 3132-1 du code des transports issu de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte).

rapports entre les associés, entre les associés et la société, mais également entre le dirigeant et les associés et entre le dirigeant et la société.

Ainsi, lorsqu'il s'est agi d'encadrer l'exercice, par les associés, de leur liberté de vote, c'est les dispositions de droit commun relatives à la responsabilité civile qui ont été techniquement utilisées pour sanctionner les abus de majorité et de minorité, imposant ainsi aux associés un devoir d'exercer leur droit de vote dans le respect de l'intérêt social²².

De même, si la jurisprudence se refuse à imposer à l'associé un devoir de loyauté similaire à celui du dirigeant, dont découlerait une obligation de non concurrence de plein droit, la Cour de cassation prend soin de rappeler que les associés doivent néanmoins « *s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux* », lesquels sont sanctionnés sur le fondement du droit commun²³.

C'est également la responsabilité civile qui a été utilisée comme vecteur pour consacrer, en droit français, un devoir de loyauté à la charge du dirigeant. Ce devoir de loyauté – voire de fidélité – qui est mis à la charge du dirigeant tant à l'égard de la société que des associés, « *en raison de sa qualité* »²⁴, ne figurait pas dans les textes légaux. Ce sont donc les

²² Cf., not., visant les dispositions du code civil : Com. 15 juill. 1992: Bull. civ. IV, n° 279; Bull. Joly 1992. 1083, note P. Le Cannu; Rev. sociétés 1993. 400, note Ph. Merle; JCP 1992. II. 21944, note J.-F. Barbiéri; JCP E 1992. II. 375, note Y. Guyon et RTD com. 1993. 112, obs. Y. Reinhard.

²³ Cf. Com. 15 nov. 2011, n° 10-15.049, D. 2012. 134, obs. A. Lienhard, note T. Favario ; *ibid.* 2760, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Rev. sociétés 2012. 292, note L. Godon ; RTD com. 2012. 134, obs. A. Constantin ; *ibid.* 137, obs. A. Constantin ; Bull. Joly 2012. 112, § 116, note H. Le Nabasque ; dans le même sens, 19 mars 2013, n° 12-14.407, D. 2013. 1172, chron. M. Pietton, H. Guillou, F. Arbellot et J. Lecaroz ; *ibid.* 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Rev. sociétés 2013. 358, obs. S. Prévost et, en dernier, lieu, Com. 3 mars 2015, n° 13-25.237.

²⁴ Cf., récemment, Com. 15 novembre 2011, pourvoi n°10-15.049, conf. a contrario, par Com. 17 mars 2015, n°14-11463 ; sur ce devoir de loyauté, v., not., J.-J. Caussain, « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », in Mélanges Mercadal, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 303 ; J.-J. Daigre, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », in Mélanges P. Bézard, Montchrestien, 2002, p. 79 et H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com. 1999, p. 273.

dispositions régissant la responsabilité civile du dirigeant qui ont permis sa proclamation en droit français, venant ainsi au soutien des règles de *corporate governance* édictées par les codes d'origine privée. Par ailleurs, ces derniers permettent au droit commun de la responsabilité civile d'exercer sa fonction normative d'une autre manière, plus indirecte.

9. Enfin, depuis quelques décennies, la fonction normative de la responsabilité civile s'exerce de manière plus indirecte. On l'a dit, les entreprises sont aujourd'hui soumises à des règles de nature de plus en plus variables qui viennent encadrer leur activité, comme l'illustre le développement de la *soft law* et des codes de bonne conduite d'origine privée. Dans un tel contexte, la responsabilité civile reste très utile en ce qu'elle va garantir l'effectivité des règles ainsi édictées en sanctionnant, sur le terrain juridique, les conséquences de leur non respect. Elle constitue ainsi une sorte de vecteur qui permet d'intégrer au corpus juridique des devoirs, des règles de comportement issues de sources variées²⁵.

Tel est le cas, en droit des sociétés, s'agissant de la *soft law*. Pour rappel, sont ainsi définis des instruments qui se distinguent des règles juridiques de droit « dur » par leur caractère non contraignant²⁶. S'il on se réfère au Rapport du Conseil d'Etat pour l'année 2013, le droit souple cherche à « modifier » ou à « orienter » les comportements sans, pour autant, être créateur de droits et d'obligations. Les destinataires de la règle doivent donc, en principe, y adhérer de manière volontaire²⁷.

Le phénomène grandissant d'autorégulation que connaît le droit des sociétés français, et plus précisément le droit des sociétés par actions

²⁵ Rapp. P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique » in *Le droit souple*, Travaux de l'Association Henri Capitant précités, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 113, spéc. p. 120 : le droit souple, en raison de sa nature même, ne peut produire directement des effets et doit « prendre appui sur un élément de l'ordre juridique qui le véhiculera comme norme ».

²⁶ V. les références données en note 5 de la présente étude.

²⁷ *Le droit souple*, Rapport d'étude annuelle 2013 du Conseil d'État, La documentation Française, précité, p. 9.

encouragé par la théorie de la *Corporate Governance*, en est une illustration. Des questions importantes, comme la rémunération des dirigeants sociaux²⁸ et l'étendue des pouvoirs de ces derniers en cas d'opération portant sur un actif significatif²⁹, tendent à échapper à une réglementation légale stricte et contraignante au profit d'un recours au droit souple. Ces nouveaux instruments sont plébiscités par les opérateurs eux-mêmes, et on le comprend aisément. Comme l'a énoncé le Professeur Farjat, « *les professionnels préfèrent mettre de l'ordre dans leur maison plutôt que de voir l'Etat le faire plus lourdement* »³⁰.

²⁸ Le véritable feuilleton qu'a été la question de l'encadrement de la rémunération des dirigeants des sociétés cotées en droit français est une parfaite illustration du phénomène : auparavant sujet tabou en France qui, par l'effet de plusieurs scandales est devenu un sujet d'actualité brûlant provoquant plusieurs menaces d'intervention législative. Les professionnels ont réussi à empêcher une intervention frontale du législateur, cette question relevant en principe des codes de gouvernement d'entreprise. Toutefois, ils n'ont pas réussi à empêcher totalement l'intervention du législateur (cf., en dernier lieu art. 229 de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques – dite loi Macron – qui vient encadrer le mécanisme dit des « retraites chapeaux »), ni celle du « gendarme » de la Bourse française, l'Autorité des marchés financiers (cf., not., Rapport 2015 de l'Amf sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants de sociétés cotées).

²⁹ A l'occasion d'affaires médiatisées s'est posée la question d'un renforcement du contrôle de telles cessions qui, si elles n'emportent pas modification de l'objet social, peuvent être réalisées par le dirigeant sans consultation de l'assemblée générale (cf. la solution de principe rendue dans l'affaire « Journal de Doullens », Com. 12 janvier 1988, Bull. civ. IV, n°24, not. JCP éd. E 1988.15240, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rev. sociétés 1988.263, note Y. Chapat). S'agissant des sociétés cotées, l'Amf a rendu une « position-recommandation » le 15 juin 2015 qui a conduit à une réforme du Code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDF – principal code de gouvernement d'entreprise appliqué par les sociétés cotées françaises – en novembre 2015. Sur le sujet, v. not. N. Rontchevsky, RTD com. 2015, p. 558 et B. Dondero, Bull. Joly sociétés 2015, p. 424.

³⁰ G. Farjat « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à B. Goldman, 1982, p. 47 et s., p. 51. Comp. C. Coupet, « Les normes d'origine privée. Reflexion à partir des recommandations de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité et du code AFEP-MEDEF », RTD Com. 2015, p. 437, précité.

Cependant, et c'est là qu'on touche aux limites d'un tel instrument, l'absence de caractère contraignant peut précisément être un frein à l'efficacité du droit souple : si, en effet, les destinataires ne se soumettent pas volontairement à la règle, celle-ci peut sembler inutile³¹.

10. Le recours au droit souple ne signifie pas, toutefois, qu'on soit dans le « non droit ». Il est en effet acquis que le juge peut être amené à prendre en compte le droit souple dans son raisonnement juridique. Cela est particulièrement vrai sur le terrain de la responsabilité civile, en ce que le juge peut prendre en compte une telle source pour définir la norme de comportement dont le non-respect sera constitutif d'une faute³². Le droit de la responsabilité civile peut alors apparaître comme un relai utile au droit souple, garant de son efficacité.

Le droit des sociétés cotées en offre une parfaite illustration. Depuis la transposition de la directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006, l'article L. 225-37 du code de commerce prévoit que les dirigeants de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché financier doivent, lors de leur rapport annuel, préciser si la société se réfère à un code de gouvernement d'entreprise et, si tel n'est pas le cas, expliquer pourquoi la société n'a pas adopté un code, ou n'a

³¹ Il est cependant souvent affirmé que l'efficacité de ces règles se mesure sur un terrain non juridique : réaction des pairs et du marché, désapprobation publique à travers le recours à la technique du name and shame. Ainsi en vertu de l'art. L. 621-18-3 du code monétaire et financier, l'Amf établit chaque année un rapport portant sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants, dans lequel elle n'hésite pas à distribuer des bons et mauvais points en désignant nommément les entreprises qui ne respecteraient pas suffisamment les stipulations du code de Gouvernement d'entreprise Afep-Medef (cf. <http://www.amf-france.org>). De même, plus récemment, elle n'a pas hésité à rendre publique, *via* son site Internet, une correspondance entretenue avec la société Alcatel-Lucent au sujet de la rémunération du dirigeant de cette société, qu'elle considérait comme contraire aux stipulations du code Afep-Medef.

³² Sur le sujet, v., not., P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, spéc. p. 121 et 122 et L. Maurin, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015, p. 517, spéc. nos 6 et 7 et les références citées.

adopté que partiellement un code, et comment la direction entend compléter les exigences légales en la matière (selon la méthode *Comply or explain*). Or, s'agissant de règles de droit souple, aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de ces dispositions ou de non-respect, par le dirigeant, des stipulations du code de gouvernement d'entreprise que la société prétend avoir adopté. Plus précisément, il n'existe aucune sanction juridique directe. Pourtant si l'on se réfère au code de gouvernement d'entreprise le plus couramment adopté par les sociétés cotées françaises, élaboré par l'Association Française des Entreprises Privées (Afeep) et le Mouvement des Entreprises de France (Medef), il comporte un certain nombre de recommandations plus contraignantes que la loi³³.

Si aucune sanction juridique directe n'est légalement prévue en cas de non-respect de ces stipulations, il existe en revanche incontestablement une sanction juridique indirecte en ce que le non-respect de ces règles constitue sans aucun doute une faute de gestion, source de responsabilité civile des dirigeants et cause de révocation, dès lors en tout cas que la société dont s'agit a annoncé se référer à ce code³⁴.

II. La responsabilité civile aménagée par le droit des affaires

11. Si la responsabilité civile est utilisée en droit des affaires pour encadrer l'activité des entreprises, cela s'est souvent fait au prix d'un

³³ Cf. les stipulations relatives aux questions déjà évoquées de la rémunération des dirigeants sociaux (article 23 du code) et de la cession du principal actif (article 5). Dans les deux cas le code impose une consultation de l'assemblée générale qui n'est pas exigée par le code de commerce. D'autres stipulations, relatives par exemple au cumul des mandats, à la gestion des conflits d'intérêts etc., se révèlent également plus contraignantes que le code de commerce.

³⁴ Les stipulations du Code Afeep-Medef pourraient-elles servir de standard pour l'appréciation de la responsabilité d'un dirigeant d'une société qui ne l'a pas adopté ? C'est certainement le souhait de ses auteurs, qui en préambule estiment qu'il est « souhaitable et recommandé que les autres sociétés appliquent ces recommandation en tout ou partie en les adaptant à leur spécificité » (Code Afeep-Medef, p. 4). Reste à voir comment se prononcera le juge (cf. Paris 19 décembre 2013, JCP E 2014, 1193, à propos d'une question écrite).

aménagement de ses règles. Il existe ainsi de nombreuses règles particulières, d'ordre procédural³⁵ ou s'agissant des effets de l'action³⁶.

Bien souvent, cet aménagement est rendu nécessaire par la fonction poursuivie par la responsabilité civile en droit des affaires. Au-delà d'une fonction réparatrice, consacrée par le Conseil constitutionnel³⁷, la responsabilité civile y poursuit également une fonction préventive et une fonction disciplinaire – pour ne pas dire punitive – importante. C'est cette diversité des fonctions poursuivies par la responsabilité civile de droit commun en droit des affaires qu'il convient de souligner ici, ainsi que leur incidence sur le régime de l'action.

12. La responsabilité civile joue, d'abord, une fonction normative déjà évoquée. Celle-ci est caractérisée par l'importance de la faute dans les régimes de responsabilité civile du droit des affaires. Alors qu'en droit civil, la primauté de la fonction réparatrice a conduit à un recul de la faute, en droit des affaires cet élément est en effet la pièce maîtresse du système de responsabilité civile³⁸. Elle est souvent définie avec précision

³⁵ Ainsi plusieurs actions connaissent une définition particulière des personnes ayant qualité pour agir, pour tenir compte de la pluralité d'intérêts en cause (ex. : l'action *ut singuli* en droit des sociétés – art. 1843-5 c.civ., la définition restrictive des titulaires des actions en responsabilité en droit des entreprises en difficulté – ex. : L.651-3 c. com. – ou encore la pluralité des titulaires de l'action relative aux pratiques restrictives – art. L.442-6 c. com.).

³⁶ V. *infra*, n°14 et 15.

³⁷ Ainsi, par sa décision n° 99-419 DC rendue le 9 novembre 1999 (Loi relative au pacte civil de solidarité), le Conseil constitutionnel a jugé, pour rejeter le grief tiré de l'atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, que l'« affirmation » par l'article 515-7 du code civil « de la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

³⁸ Comme l'a relevé M. Le Tourneau « la responsabilité pour faute demeure vivace, singulièrement dans le monde des affaires – là où les hommes restent relativement libres et responsables – particulièrement pour moraliser les rapports entre les diverses catégories intéressées et bridées les menées des "affairistes" » (*ibid.*, p. 285).

par les textes spéciaux³⁹. De même, en concurrence déloyale, la jurisprudence a fait de l'existence d'une faute la condition essentielle, le lien de causalité et le préjudice étant présumés⁴⁰.

13. Par ailleurs, au-delà de la fonction réparatrice, la responsabilité civile joue également, en droit des affaires, une fonction dissuasive.

Cette fonction se manifeste, d'une part, en ce que sont mises en avant les mesures préventives devant permettre d'obtenir, en urgence, la cessation de l'illicite. En pratique, de telles actions sont très importantes, la priorité étant notamment de faire cesser le trouble manifestement illicite causé par l'opération litigieuse⁴¹.

14. D'autre part, et surtout, ce qui frappe c'est la fonction punitive poursuivie par la responsabilité civile en droit des affaires⁴². Certains

³⁹ Ainsi, en droit des sociétés, l'article L. 225-251 du code de commerce énonce les fautes pouvant engager la responsabilité des administrateurs et des directeurs généraux (ils sont responsables « *soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ») et en droit de la concurrence les textes énumèrent les actes constitutifs de pratiques restrictives source de responsabilité civile (art. L. 442-6 du code de commerce).

⁴⁰ Parmi les nombreux exemples, v. Com. 9 oct. 2001, pourvoi n° 99-16.512, RTD civ. 2002, p. 304, obs. P. Jourdain et CCC 2002, comm. n° 6, obs. M. Malaurie-Vignal : cassation, au visa de l'article 1382 du code civil, d'un arrêt ayant retenu l'absence de preuve de l'existence d'un préjudice aux motifs qu'« *un trouble commercial s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale* ».

⁴¹ Techniquement, d'abord, le mécanisme de la responsabilité civile permet d'éviter la réalisation d'un dommage imminent (cf. 808 code de procédure civile) et permet d'obtenir la cessation de l'illicite (soit en référé soit à titre de mesure de réparation en nature). L'importance du référé concurrence (art. L. 442-6, III, du code de commerce) doit également être soulignée.

⁴² Précisons que si cette fonction punitive est moins évidente en droit civil, dans la mesure où le principal objectif est la réparation du dommage subi, elle n'en est pas pour autant absente : B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Éd. Rostein, 1947 ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction*

régimes spéciaux de responsabilité civile propres au droit des affaires en sont autant d'illustrations. Tel est le cas avec la sanction civile de la contrefaçon, depuis la transposition de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, par la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon. S'agissant par exemple du droit des marques, l'article L.716-1 du code de la propriété intellectuelle énonce que « *L'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur* ». Il s'agit donc bien d'une action en responsabilité civile. Cependant ses effets sont très particuliers : si en droit commun il existe un sacro saint principe de réparation intégrale en vertu duquel les dommages-intérêts doivent strictement correspondre au préjudice subi, sans qu'il ne puisse en résulter pour la victime « *ni perte ni profit* »⁴³, le législateur a ici consacré un régime particulièrement dérogatoire. L'article L. 716-14, 3° du code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction doit prendre en considération, outre les préjudices subis, « *les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de la contrefaçon* ». Il prévoit également qu'à titre d'alternative, le juge peut allouer à titre de dommages et intérêts « *une somme forfaitaire* » qui doit être « *supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit* » contrefait. Une telle évaluation forfaitaire des dommages-intérêts et la prise en compte des bénéfices et économies réalisées par le contrefacteur sont impossibles à obtenir en droit commun de la responsabilité civile, du moins en droit positif.

15. Un autre exemple est offert par le droit des pratiques restrictives de concurrence sanctionnées par l'art. L.442-6 du code de commerce. Pour

de peine privée, LGDJ, 1995 et A. Jault, La notion de peine privée, LGDJ, 2005.

⁴³ Pour des exemples récents, v. Cass. 2ème civ. 22 novembre 2012, pourvoi n°11-25.599 ; 28 mars 2013, pourvoi n°12.14-465 et 26 mars 2015, pourvoi n°13-26.346, arrêt rendu au visa du « principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime ».

rappel, ce texte vient sanctionner des comportements qui, sans porter nécessairement atteinte au marché – en cela le texte se distingue du droit des pratiques anticoncurrentielles –, sont jugés en eux-mêmes comme contraires à la morale des affaires ou à la loyauté du commerce. C'est incontestablement un texte de responsabilité civile, comme le montrent les premiers termes du texte qui rappellent fortement les dispositions de l'article 1382 du code civil (« *I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait...* »). La jurisprudence l'a au demeurant confirmé, affirmant qu'il s'agissait plus précisément d'une action en responsabilité délictuelle⁴⁴. Cependant, si le texte repose sur le même mécanisme que l'article 1382 du code civil, il connaît sur le plan procédural et quant à ses effets des règles largement dérogatoires au droit commun. L'action prévue par l'article L. 442-6, du code de commerce est une action attitrée puisque d'autres personnes que la victime peuvent agir: le ministère public, le ministre chargé de l'économie, ainsi que le président de l'Autorité de la concurrence. Plus encore, les sanctions pouvant être prononcées dépassent largement la seule réparation des dommages subis. Aux termes du texte en effet, outre la cessation des pratiques et la nullité des éventuelles clauses ou contrats illicites, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander deux sanctions inapplicables en droit commun de la responsabilité civile : « *la répétition de l'indu* » et « *le prononcé d'une amende civile* ». Cette amende ne peut dépasser la somme de 2 millions d'euros, sauf si elle est fixée au regard du manquement commis. Dans une telle hypothèse, elle peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou – nouveauté adoptée par la loi « Macron » du 10 juillet 2015 – être fixée, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques. Ce n'est qu'après l'énonciation de ces mesures qu'il est rappelé, presque

⁴⁴ Cf., not., l'arrêt de principe : Cass. com. 6 févr. 2007, Bull. civ. IV, n°21 ; D. 2007.1317, note A. Cathiard ; *ibid.*, Pan. 1694, obs. A. Ballot-Léna et AJ 653, obs. E. Chevrier; RTD com. 2008. 210, obs. Ph. Delebecque; RTD civ. 2007. 343, obs. J. Mestre et B. Fages; JCP 2007. II. 10108, note J. Marmoz; CCC 2007, n° 91, obs. M. Malaurie-Vignal; RLC oct.-déc. 2007. 85, obs. M. Chagny; RDC 2007. 731, note J. Borghetti

incidemment, que « *la réparation des préjudices subis peut également être demandée* ».

Dans cette action, comme en contrefaçon, le législateur a clairement souhaité se détacher du droit commun de la réparation pour affecter un montant dissuasif à la sanction prononcée⁴⁵.

16. Même en matière de concurrence déloyale, pourtant fondée on l'a vu sur les dispositions du droit commun, il est souvent dit que la sanction prononcée a un caractère punitif. Le caractère souverain de l'appréciation du préjudice associé à une quasi-absence de contrôle de la Cour de cassation⁴⁶ offrent une grande liberté aux juges du fond, liberté dont ils n'hésitent pas à user pour « gonfler » le montant de la condamnation⁴⁷. En outre, différentes mesures issues du droit commun permettent aux magistrats d'alourdir (très) sensiblement le montant de la condamnation. Il en va ainsi avec le mécanisme de l'astreinte (art. R. 131-1 et s. du code des procédures civiles d'exécution) et la condamnation aux frais et dépens prévue par l'article 700 du code de procédure civile, pour lesquels les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire⁴⁸. De même,

⁴⁵ La commission spéciale devant le Sénat, déposé le 25 mars 2015, va jusqu'à qualifier les sanctions de « réponses répressives possibles contre ces pratiques commerciales » (Rapport déposé le 25 mars 2015 par Mme C. Deroche, D. Estrosi-Sassone et M. F. Pillet, n° 370).

⁴⁶ La Cour de cassation française se refuse à contrôler l'appréciation du préjudice faite par les juges du fond, estimant le plus souvent qu'ils en justifient suffisamment l'existence par l'évaluation qu'ils en font (ex. : Cass. ch. mixte 6 septembre 2002. Bull. mixte n°4).

⁴⁷ En ce sens, v., not., Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorrandeau, Rep. Commercial, V° Concurrence déloyale, n° 255 et s. et Ph. Le Tourneau (dir°), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action 2014/2015, n°7027 et les références citées. Le préjudice moral et la notion imprécise de « trouble commercial » facilitent, notamment, ce « gonflement » du montant de la condamnation.

⁴⁸ Ex. s'agissant de l'astreinte : Cass. 1ère civ. 4 avril 2012, pourvoi n°10-23.527 et F. Guercoun, Rep. Procédure civile, v° Astreinte, n°76 les références citées ; s'agissant de l'article 700 : Cass. 1ère civ. 11 septembre 2013, Bull. civ. I, n° 73; D. 2013, p.2382, note G. Querzola; JCP 2013. 1071, note N. Binctin et CCE 2013, n° 100, note Ch. Caron : « c'est dans l'exercice du pouvoir

dans un autre genre, le prononcé d'une mesure de publicité illustre avec évidence la volonté du législateur de conférer à la sanction une portée dissuasive voire punitive, une telle publication pouvant s'ajouter aux dommages-intérêts⁴⁹.

Malgré l'intérêt qu'elles présentent ces solutions ont nécessairement, en raison de leur caractère spécial, une portée limitée. Elles présentent, en outre, des inconvénients en ce qu'elles conduisent inévitablement à une déformation des notions classiques de la responsabilité civile, à commencer par celle de préjudice. C'est donc sans surprise que plusieurs projets ont proposé une réforme de la responsabilité civile, inspirée pour partie du droit des affaires. C'est ce que nous allons voir dans un troisième et dernier temps.

III. L'influence du droit des affaires sur le droit commun de la responsabilité civile

17. Le recours au droit commun de la responsabilité civile, pour encadrer les activités économiques, présente incontestablement des limites en l'état du droit positif. Pour l'essentiel celles-ci résultent de la mise en œuvre du principe de réparation intégrale, qui interdit par exemple de prendre en compte la gravité de la faute⁵⁰, les bénéfices ou économies

discrétionnaire qu'elle tient des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, exclusif de l'exigence de motivation, que la cour d'appel a fixé le montant des sommes allouées au titre des frais exposés, de sorte que l'allocation de ces sommes n'est de nature ni à créer un doute sur l'impartialité du juge ni à constituer un obstacle à l'accès à celui-ci ».

⁴⁹ Cf. Com. 21 octobre 2014, pourvoi n°13-14.210.

⁵⁰ Cf. 2ème civ. 8 mai 1964, Bull. civ. II, n° 358; JCP G 1965, II, 14140, note P. Esmein ; RTD civ. 1965, p. 137, n° 20, obs. R. Rodière.

éventuellement réalisés par l'auteur du dommage⁵¹ ou encore d'imposer à la victime une obligation de minimiser son dommage⁵².

Sensibles à ces considérations les auteurs des projets de réformes de la responsabilité civile présentés ces dernières années ont pris le parti de se saisir de ces difficultés en envisageant clairement de redonner à la responsabilité civile la fonction punitive qu'elle poursuivait autrefois.

18. D'abord, que l'on prenne le projet Catala, le projet Terré ou la proposition de loi déposée à la suite du rapport Bételle, tous ces projets consacrent la notion de faute « lucrative », de manière expresse ou implicite, pour retenir qu'elle peut justifier une sanction particulière⁵³.

⁵¹ Cf. Com. 21 février 2012, pourvoi n°10-27.966 : « le préjudice subi du fait d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme ne s'identifie pas à l'économie réalisée par l'auteur *de ces actes* ». Selon la jurisprudence il importe peu que l'auteur de l'acte déloyale n'ait pas, à titre personnel, tiré un bénéfice des actes : Com. 21 mars 2000, Bull. civ. IV, n°65.

⁵² Pour un rappel récent de cette solution désormais bien établie, v. 1^{ère} civ. 2 juillet 2014, pourvoi n°13-17.599 (P); D 2014. 1919, note Boismain; *ibid.* 2015. 124, obs. Ph. Brun; RTD civ. 2014. 893, obs. P. Jourdain et RDC 2015, p.24, note G. Viney et 1^{ère} civ. 15 janv. 2015, pourvoi n° 13-21.180 (P), D. 2015. 1075, note Gisclard; JCP 2015, no 436, note Houssier.

⁵³ L'art. 1371 du code civil tel que proposé par le rapport Catala énonce que « 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 » ; l'article 54 du projet Terré dispose que « 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 » et selon l'article 1386-25 du code civil de la proposition de loi Bételle « Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires ».

Sont ainsi qualifiées les fautes dont les conséquences profitables pour leur auteur ne sont pas neutralisées par la simple réparation des dommages causés. Or c'est principalement à l'occasion de contentieux nés d'activités économiques que cette notion se rencontre. Se trouverait ainsi consacrée l'idée, qui existe déjà pour certaines actions spéciales du droit des affaires⁵⁴, selon laquelle la faute doit pouvoir être prise en considération dans l'évaluation de la sanction.

19. Ensuite, ces trois projets proposent d'ajouter aux dommages-intérêts compensatoires une sanction supplémentaire. Ainsi, le rapport Bételle et le projet Catala proposent l'instauration, en droit français, de dommages-intérêts punitifs⁵⁵. Apparemment aux antipodes du droit français de la responsabilité civile, l'intégration d'une telle sanction ne semble pas pour autant impossible puisque la Cour de cassation française, par un arrêt remarqué rendu le 1^{er} décembre 2010 a admis la compatibilité, de principe, d'une telle sanction à notre ordre public – à condition toutefois qu'un principe de proportionnalité soit respecté⁵⁶. Elle nécessiterait cependant une intervention du législateur.

⁵⁴ Ainsi, en droit des sociétés, si en principe le dirigeant bénéficie d'une immunité civile à l'égard des tiers, celle-ci peut être levée en cas de faute séparable des fonctions, laquelle est notamment définie à partir d'un critère de gravité (cf. l'arrêt de principe, Com. 20 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 84; not., D. 2003. 2623, note B. Dondero; Bull. Joly 2003, p. 786, note H. Le Nabasque; Rev. sociétés 2003. 479, obs. J.-F. Barbiéri; Defrénois 2004, 898, obs. J. Honorat et v. égal. avis Viricelle, RJDA août-sept. 2003, p. 71). De même, en droit des entreprises en difficultés, l'article L. 651-2 du code de commerce relatif à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif permet au juge de prendre en compte la gravité de la faute de gestion pour fixer la condamnation (pour un exemple de refus de condamnation en raison de l'absence de faute suffisamment grave, v. Com. 12 mars 2013, pourvoi n°11-26.135, Dr. sociétés 2013, no 164, obs. Legros).

⁵⁵ Cf. les propositions de rédaction des articles 1371 et 1386-25 du code civil précitées.

⁵⁶ Com. 1^{er} décembre 2010, R., p. 471; D. 2011. Actu 423, obs. I. Gallmeister; *ibid.* note F.-X. Licari; *ibid.* Pan. 1374, obs. F. Jault-Seske; Rev. crit. DIP 2011. 93, note H. Gaudemet-Tallon; RTD civ. 2011. 122, obs. B. Fages; JCP 2011. 140, note Juvénal; 435, obs. Ph. Stoffel-Munck; *ibid.* 666, no 28, obs. E.

Le rapport Terré, quant à lui, privilégie une autre mesure correspondant à l'obligation, pour l'auteur d'une faute, de restituer à la victime le profit illicite⁵⁷. En droit français, en l'état du droit positif, cette sanction n'est possible que si elle a été expressément prévue par un texte spécial – comme c'est le cas on l'a vu en matière de contrefaçon et de pratiques restrictives. En dehors de ces cas, le principe de réparation intégrale ne permet pas le prononcé d'une telle mesure, en ce que cela revient à accorder à la victime plus que le préjudice subi. Si le droit français connaît l'action *de in rem verso* en cas d'enrichissement sans cause, la jurisprudence refuse de l'accueillir dès lors que le demandeur dispose d'une autre action à sa disposition⁵⁸. Cette action ayant une vocation subsidiaire à s'appliquer, elle ne peut être exercée pour contourner un obstacle de droit tel que le principe de réparation intégrale. Le projet d'ordonnance de réforme du code civil prévoit de consacrer l'action *de in rem verso* aux côtés de la répétition de l'indu. Cependant il envisage de consacrer leur caractère subsidiaire⁵⁹, de sorte que l'obstacle précité risque de demeurer.

En l'état du droit positif, le droit commun ne permettant pas le prononcé de dommages-intérêts non compensatoires – mesure restitutoire ou dommages-intérêts punitifs –, une réforme paraît indispensable⁶⁰.

Pour ma part, dans ma thèse, j'avais également proposé que le dispositif des dommages-intérêts compensatoires – qui doit avoir pour seule

Jeuland; Gaz. Pal. 2011, nos 82 et 83, note F. de Bérard et V. Wester-Ouisse, RCA 2011, rendu à propos d'une décision d'exequatur d'une mesure de dommages-intérêts punitifs : « 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 ».

⁵⁷ Article 54, précité.

⁵⁸ Jurisprudence constante depuis Cass. 2ème civ. 2 mars 1915, DP 1920, 1, 102, GAJC, 11ème éd., n° 240.

⁵⁹ cf. Article 1303 du projet d'ordonnance et article 1303-3 qui dispose qu'«il n'y a pas lieu à indemnisation lorsqu'une autre action est ouverte à l'appauvri ».

⁶⁰ Sur le sujet, v. spéc. G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2009, p. 2944, qui envisage le régime juridique de ces dommages intérêts non compensatoires.

fonction de réparer les préjudices subis – soit complété par une mesure punitive. Toutefois, il ne me paraissait pas judicieux de prévoir un mécanisme indemnitaire qui, outre le risque d'arbitraire lié à sa délicate évaluation, risquerait de procurer à la victime, au-delà de la stricte compensation du préjudice subi, un enrichissement source d'avantage concurrentiel. Certes, il a été proposé que le montant de ces dommages-intérêts – punitifs ou restitutoires – ne soient pas versés à la victime mais au Trésor public ou à un fonds spécialisé⁶¹. Cependant il pourrait également être envisagé d'instaurer comme en matière de pratiques restrictives un système d'amende civile⁶². Une telle sanction présenterait l'avantage de reposer sur un mécanisme juridique qui existe déjà dans notre corpus de règles. En outre, elle serait sans doute plus efficace à poursuivre une fonction dissuasive à l'égard des fautes lucratives.

20. Enfin, pour compléter utilement cette réforme de la responsabilité civile, chacun des trois projets envisage la consécration d'une obligation pour la victime de minimiser son propre dommage⁶³. Sur ce point

⁶¹ Ainsi, le projet Catala proposait que les dommages-intérêts punitifs soient versés au Trésor et le Rapport Béteille suggérait quant à lui qu'ils puissent être utilisés pour financer un fonds de garantie. Dans le même sens, v., not., R. Méza, « L'opportune création d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », D. 2012, p. 2754 et G. Viney, plus réservée.

⁶² La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2008, précité, n°492. Une telle sanction doit cependant, elle aussi, être encadrée (cf. M. Behar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », PA 20 novembre 2002, p. 36 et s.) et n'est pas exempte de critiques (ibid. et G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », précité).

⁶³ Selon le projet Catala, l'article 1373 du code civil serait ainsi rédigé : « 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 ». Il est également proposé de permettre au juge de réduire l'indemnisation lorsque la victime, par une négligence caractérisée, a laissé un dommage s'aggraver sans réagir ou n'a rien fait pour le réduire, disposition qui est complétée par l'article 1344 du même code aux termes duquel « les

également une réforme des textes est nécessaire, la Cour de cassation se refusant catégoriquement de consacrer un tel devoir au nom du principe de réparation intégrale⁶⁴, et ce malgré l'isolement du droit français⁶⁵. On peut noter que dans son rapport rendu à la suite du projet Terré, la Cour de cassation a précisé qu'elle n'était pas hostile par principe à une telle solution, sa position étant uniquement justifiée par l'état de la législation en vigueur⁶⁶. En ce qui me concerne, je serai également favorable à une réforme des textes, spécialement en droit des affaires. Il me semble en effet que la fonction disciplinaire que peut jouer la responsabilité civile

dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour écarter son aggravation ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées » ; la proposition de loi du sénateur Béteille proposait que l'article 1386-26 du code civil consacre, contrairement à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, l'obligation pour la victime d'un dommage non corporel d'en réduire l'étendue ou d'en éviter l'aggravation en énonçant que le juge « prend également en compte la possibilité qu'avait la victime, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son dommage non corporel ou d'en éviter l'aggravation » ; enfin aux termes de l'article 53 du projet Terré : « 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 ».

⁶⁴ 2ème Civ., 19 juin 2003, Bull., II, n° 203, n° 01-13.289 et n° 00-22.302, deux espèces. V. toutefois pour un arrêt isolé ayant admis une telle solution : Douai, 15 mars 2001, D.2002, p. 307, note Ch. André : absence de réparation de la partie du dommage que la victime aurait pu éviter en cherchant une solution de remplacement ; la cour d'appel a réduit l'indemnisation de la victime en fonction de ce qu'elle a qualifié d'une "acceptation du risque dans l'indemnisation du préjudice".

⁶⁵ Le droit anglais et les droits américain, allemand, suisse, belge ont admis une obligation, pour la victime, de modérer son dommage. En outre, les principes Unidroit (article 7.4.8) et les Principes du droit européen du droit des contrats (Article 9 :505) préconisent l'adoption d'une telle règle. Sur la question, v. not. J.-L. Aubert « La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? », RJDA 2004, p.355.

⁶⁶ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation Sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, disponible sur le site Internet de la Cour de cassation, nos 91 et 92.

en la matière passe nécessairement par une responsabilisation – ici au sens commun du terme – des acteurs, y compris lorsqu'ils sont victimes.

21. En définitive, la plasticité du système français de la responsabilité civile a conduit le législateur et le juge à en faire un outil majeur de la régulation des activités économiques. Elle y joue une fonction normative et disciplinaire essentielle. Pour autant, l'analyse du droit positif fait apparaître de véritables lacunes, provoquées par l'effacement, en la matière, de la fonction punitive de la responsabilité civile – et ce alors même qu'historiquement elle était autant présente que la fonction réparatrice⁶⁷.

Est-ce que les règles spéciales de responsabilité civile existant en droit des affaires pourraient servir de source d'inspiration pour réformer le droit commun ? Est-ce que l'inspiration pourrait être puisée chez nos voisins ? Les propositions de réforme existant tendent à penser que tel pourrait le cas. L'avenir nous le dira.

⁶⁷ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1995.