

LIMITES DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE

« Risques, assurances, responsabilités »

« gaspillage d'intelligence et de temps ». Tel était, au terme de la formule, le jugement que le doyen Carbonnier craignait pour la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile. Le *xx^e* siècle reste objectivement celui au cours duquel le silence de la loi, la jurisprudence a œuvré sur le fait général de la responsabilité dans le sens d'une évolution conforme aux vœux de la femme. Le *xx^e* siècle s'annonce comme celui qui verra transformée l'autre grande condition de la responsabilité, la réparation. Dans la recherche des voies d'une indemnisation un temps maîtrisée, le préalable de la réparabilité de certains dommages apparaît comme une nouvelle frontière qu'il est tentant d'essayer de franchir. Qu'ils appartiennent à cette sorte de dommages difficiles à évaluer ou qu'ils soient seulement difficilement évaluable, ils se heurtent à l'irréparable font ici l'objet d'une analyse

Le ouvrage rassemble de manière construite différents aspects de la réparation du préjudice – préjudices de l'histoire, préjudice écologique, préjudices extrapatrimoniaux – en six chapitres correspondant aux groupes de travail du thème « Risques, assurances, responsabilités », constitués de magistrats, universitaires et de professionnels.

Préparé par :
le Conseil d'État et à la Cour de cassation
l'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ)
l'École nationale supérieure de sécurité sociale (ENSSS)
le Centre des hautes études de l'assurance (CHEA)

ISBN 978-2-247-07892-9
6776702



9 782247 078929

45 €

Thèmes & commentaires

Thèmes
& commentaires
Actes

La réparation
du préjudice
extrapatrimonial

LES LIMITES DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE

Sous l'égide de
la Cour de cassation
l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation
l'Institut des hautes études pour la justice
l'École nationale supérieure de sécurité sociale
et le Centre des hautes études de l'assurance

LES LIMITES DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE

DA|LOZ

Séminaire « risques, assurances, responsabilités »
Coorganisé par :

La Cour de cassation
L'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation
L'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ)
L'École nationale supérieure de sécurité sociale (EN3S)
Le Centre des hautes études de l'assurance (CHEA)

Le séminaire « Risques, assurances, responsabilités » a été, dans l'esprit de ses coorganisateur, l'occasion de comparer d'un point de vue à la fois théorique et pratique, le droit de la responsabilité et de la gestion des risques dans le monde de la common law et du droit français.

Depuis 2004, il accompagne la recomposition de la Cour de cassation, qui groupe désormais au sein de sa deuxième chambre civile les affaires de responsabilité, d'assurance et de sécurité sociale.

Des groupes de travail, animés par un universitaire, travaillent pendant plusieurs mois, par déclinaison d'un thème général, de manière pluri-disciplinaire, à une restitution publique de leurs travaux à la Cour de cassation.

Le séminaire s'adresse aux praticiens du droit (magistrats, avocats et juristes d'entreprises), aux professionnels (du monde de l'assurance et de la sécurité sociale en particulier), aux parlementaires, aux universitaires et aux étudiants de troisième cycle soucieux de contribuer à l'élaboration d'un regard partagé sur les grandes évolutions du droit de la responsabilité et ses conséquences sociétales. Il s'agit d'inviter à une réflexion commune, à base d'échanges d'expériences, des personnes provenant d'horizons professionnels et culturels différents.

Les limites de la réparation du préjudice

Travaux menés sous la direction de :

François Ewald Patrick Matet
Antoine Garapon Nicolas Molfessis
Gilles J. Martin Maurice Nussembaum
Horatia Muir Watt

DA|LOZ

2009

Sommaire

(Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage)

- 1 **Avant-propos**
par Vincent Lamanda, *Premier président de la Cour de cassation*
- 3 **Préface**
par François Ewald, *professeur au Conservatoire national des Arts et Métiers*
- 5 **Chapitre I. L'équité dans la réparation du préjudice**
- 149 **Chapitre II. Le temps dans la réparation du préjudice**
- 209 **Chapitre III. La réparation des préjudices de l'Histoire**
- 279 **Chapitre IV. La réparation du préjudice économique**
- 359 **Chapitre V. La réparation des atteintes à l'environnement**
- 395 **Chapitre VI. La réparation du préjudice extrapatrimonial**

Avant-propos

Vincent Lamanda

Premier président de la Cour de cassation

Poursuivant ses travaux qui accompagnent la réflexion sur le traitement du contentieux de la responsabilité, des assurances et de la sécurité sociale par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le séminaire « Risques, assurances, responsabilités » a retenu pour thème général en 2006-2007 « Les limites de la réparation du préjudice ».

Qu'il s'agisse des limites techniques par lesquelles les juges du fond constatent l'existence ou évaluent des préjudices difficilement caractérisables car rebelles aux méthodes classiques d'analyse, c'est au cœur de la jurisprudence sur le dommage réparable que la réflexion pluridisciplinaire s'est portée.

Souvent souveraine en la matière, l'appréciation des juges du fond ne peut être censurée par la Cour de cassation que par un contrôle, plus ou moins strict selon les contentieux, de la motivation, contrôle gêné par les obstacles, souvent de bon sens, inhérents aux catégories de préjudices en cause.

Les discussions sur la possibilité d'une réparation, non pas juridique mais de fait, en cette matière sont le plus souvent contemporaines; tel est le cas du préjudice économique ou du préjudice écologique. Mais d'autres sont plus classiques, celles de l'indemnisation du préjudice moral ou plus largement des préjudices extrapatrimoniaux.

Fort d'une réflexion préalable sur l'équité dans la réparation du préjudice et la prise en compte par le juge de la dimension temporelle dans l'indemnisation, le problème, autant de société que de droit, de la réparation des préjudices causés par l'Histoire a pu trouver naturellement sa place dans cette réflexion.

Que soient vivement remerciés les auteurs des contributions de synthèse ici rassemblées.

Chapitre VI. La réparation du préjudice extrapatrimonial*

Le préjudice extrapatrimonial est un mystère du droit de la responsabilité. La notion même de préjudice extrapatrimonial semble d'ailleurs insaisissable.

Parce qu'elle est hétérogène : atteinte aux sentiments, à l'honneur, à la réputation, préjudices résultant d'une atteinte aux droits de la personnalité, préjudices d'affection, mais aussi souffrances liées à un préjudice corporel (pretium doloris), préjudice esthétique ou encore préjudice d'agrément relèvent de la catégorie des préjudices extrapatrimoniaux.

Parce qu'elle est censée s'appliquer indifféremment aux personnes physiques comme aux personnes morales : or, ces dernières peuvent-elles réellement souffrir de la lésion d'un intérêt extrapatrimonial ?

Parce qu'elle semble réfractaire aux exigences du principe de réparation intégrale : comment évaluer le préjudice extrapatrimonial ; comment réparer ce qui semble insusceptible d'évaluation ?

Les traits si spécifiques du préjudice extrapatrimonial incitent à comprendre le traitement qui lui est réservé : comment le juge traite-t-il le préjudice extrapatrimonial ? Quel contrôle la Cour de cassation peut-elle ici exercer ? Quels liens se nouent entre la peine et la réparation, entre l'auteur et la victime ?

* Le présent chapitre est la synthèse réalisée par Nicolas Molfessis, professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), d'une part, des contributions écrites des membres du groupe de travail ayant travaillé sous sa direction sur la réparation des préjudices extrapatrimoniaux d'oct. 2006 à juill. 2007 et, d'autre part, des textes des communications présentées par les intervenants lors du colloque de restitution publique des travaux le 2 juill. 2007, dans la Grande chambre de la Cour de cassation (http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2007_2254/assurances_responsabilites_9488.html), à savoir : Philippe Bouhanna, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; Bernard Cerveau, directeur juridique assurances dommages, santé, AXA France ; Clothilde Grare-Didier, professeur à l'Université de Rouen ; Anne-Marie Guillaume, départements grands contentieux, Total SA ; Laurent Habib, P.-D.G. de Euro RSCG C&O ; Alain Lacabarrats, Conseiller à la Cour de cassation, directeur du Service de documentation et d'études ; Nicolas Molfessis, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur du Laboratoire de sociologie juridique ; Maurice Nussenbaum, professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX), expert financier agréé par la Cour de cassation, associé de SORGEM évaluation.

Introduction

1.— « Un mystère du droit de la responsabilité » : c'est en ces termes que le préjudice extrapatrimonial devait être présenté, il y a maintenant près de deux ans, devant la Cour de cassation. Un mystère nourrit des interrogations sur l'existence même de ce préjudice si particulier autant que des difficultés à en tracer les contours. « Un prétexte » affirmait P. Esmein, il y a plus d'un demi-siècle, dans une célèbre chronique sur la commercialisation du dommage moral ; c'était dire, alors, qu'il était bien souvent un « préjudice-alibi », propre à abriter des solutions et des choix sans rapport avec lui.

Mais qu'il soit mystère ou prétexte, admettons d'emblée que ce préjudice-là semble rebelle à la systématisation. Insaisissable préjudice extrapatrimonial.

2.— Dans le même temps, le voici qui occupe une place de plus en plus importante au sein du droit de la responsabilité. Son histoire, assurément, est celle d'un remarquable essor¹.

Au début des années 60, G. Morange pouvait encore affirmer, pour critiquer le fait que le Conseil d'État reconnaisse l'existence même du préjudice d'affection, que la Haute juridiction administrative avait cédé « à un courant qui traduit un sérieux abaissement du sens moral et la méconnaissance des valeurs dont se réclame la civilisation occidentale »². La phrase faisait écho à la plainte d'Esmein : « la douleur, certes, peut être profonde, mais on l'avilit en la monnayant ».

À présent, la réparation du préjudice moral apparaît sans doute bien davantage comme un progrès que comme une régression. Différents mouvements convergent pour favoriser sa prise en compte.

L'*anthropomorphisme*, tout d'abord, qui conduit à aligner les personnes morales sur les personnes physiques. Les premières jouissent de droits de la personnalité et, sur cette voie, d'une vie privée ou d'un honneur. Comment leur dénier alors la possibilité de souffrir de préjudices moraux ?

L'*essor des droits subjectifs* et plus spécifiquement l'*essor des droits fondamentaux*, ensuite, militent également pour une admission du préjudice moral. Ces droits fondamentaux ne portent-ils pas en eux, en effet, l'expansion de revendications de toutes sortes avec, en point de focalisation, la question des préjudices indemnisables ? La socialisation du droit de la responsabilité, l'essor d'une logique indemnitaire, prolongement contemporain de l'État providence, assoient la légitimité des revendications extrapatrimoniales. Le droit au bien-être est la version caricaturale de ce constat.

En parallèle, la montée en puissance du droit des victimes, et peut-être une forme de prise de conscience du psychisme de l'individu, milite, enfin, pour admettre

la réparation des souffrances et des maux divers qui affectent l'individu. Les souffrances sous toutes leurs formes méritent alors d'être appréhendées comme des chefs de préjudice. Les préjudices dits de caractère personnel, que la Cour de cassation a détaillés dans le préjudice spécifique de contamination, en rendent compte : on y inclut notamment la réduction de l'espérance de vie, les perturbations de la vie sociale, familiale et sexuelle, les souffrances et leur crainte, le préjudice esthétique et d'agrément. À l'évidence, le droit de la responsabilité évolue sous l'influence du psychologisme. Sous cet aspect, il y a évidemment un lien entre l'état d'une société et la prise en compte du préjudice moral. La réparation de la douleur fut d'ailleurs naguère critiquée pour traduire « un sérieux abaissement du sens moral et la méconnaissance des valeurs dont se réclame la civilisation occidentale »³. Quelques années plus tard, on dénonça l'expansionnisme qui devait conduire à admettre l'indemnisation du préjudice moral lié à la perte d'un animal. De l'être humain à l'animal, le saut semblait traduire une perte de spiritualité. Essor de l'individualisme et déclin du spiritualisme se rejoindraient ici dans cette prise en considération du préjudice extrapatrimonial.

3.— Mais cet essor n'est pour autant pas maîtrisé. Il se fait au détriment du concept même de préjudice extrapatrimonial. La confusion règne en la matière. Que recouvre d'ailleurs cette référence à l'extrapatrimonial ? Que faut-il ranger derrière cette appellation qui se définit par défaut : tout ce qui n'entre pas dans le patrimoine ? L'expression se contente-t-elle de recouvrir le préjudice moral ou coiffe-t-elle davantage ?

Le Code de procédure pénale, pour sa part, distingue en son article 3 relatif à la recevabilité de l'action civile, les dommages matériels, corporels ou moraux. Mais cette simple distinction ouvre sur un inventaire dont le contenu est indéterminé et indéfini.

Le préjudice moral est ainsi divers et hétérogène : atteinte à l'honneur, à la réputation, au nom ou encore préjudices extrapatrimoniaux résultant d'un préjudice corporel, en constituent les formes les plus communément admises. Mais comme on l'a justement souligné, la jurisprudence se caractérise par une inflation des catégories de préjudices réparables, au point qu'il devient difficile de s'y repérer : « les classifications doctrinales traditionnelles opposant le dommage matériel au dommage moral, ou le préjudice patrimonial au préjudice extrapatrimonial, ne suffisent plus à rendre compte de la réalité de la situation »⁴.

Ainsi, M. Brun propose-t-il de distinguer au sein des préjudices extrapatrimoniaux, ceux qui sont la conséquence d'un préjudice corporel des autres. Au sein des premiers, il faudrait ranger le *pretium doloris*, le préjudice esthétique, le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel ou encore certains préjudices spécifiques comme le préjudice de contamination par le VIH. Parmi les autres préjudices extrapatrimo-

1. On fait remonter son apparition à une décision du 15 juin 1833 des Chambres réunies : S. 1833. I. 458, concl. Dupin.

2. G. Morange, « À propos d'un revirement de jurisprudence... La réparation de la douleur morale par le Conseil d'État », D. 1962. chron. 15, spéc. p. 16.

3. G. Morange, préc.

4. L. Peugny, *Le préjudice moral des personnes physiques*, mémoire de Master 2, « Droit privé général », Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007, spéc. p. 6.

niaux, il faudrait distinguer le préjudice d'affection et les préjudices résultant d'atteintes aux droits de la personnalité. D'autres auteurs ajoutent certaines atteintes à l'environnement ou nuisances, relevant qu'elles « affectent d'abord le bien-être des victimes et, par conséquent, des intérêts extrapatrimoniaux, même lorsqu'elles ont également des incidences économiques »⁵ ou visent aussi le « préjudice écologique pur »⁶. Il n'est d'ailleurs pas douteux que la jurisprudence a « manifesté beaucoup de libéralisme dans la définition des intérêts dont l'atteinte est susceptible de justifier une action en responsabilité civile »⁷.

4.- Au fond, cette incertitude notionnelle traduit la difficulté de conférer au préjudice extrapatrimonial une identité propre. La confusion règne tout simplement entre ce qui est patrimonial et ce qui ne l'est pas : comment, dans ces conditions, donner corps à une catégorie spécifique de préjudices dont l'extrapatrimonialité serait le trait commun et distinctif ? La notion même de préjudice permet-elle de faire le départ entre ce qui relève du patrimoine et ce qui lui est, sinon étranger, du moins extérieur ?

Là est sans doute l'interrogation majeure. Le préjudice extrapatrimonial n'existerait dès lors pas en tant que tel : personnel, ou encore non directement évaluable en argent ou encore regroupement d'« intérêts non exclusivement économiques »⁸... mais pour autant pas extrapatrimonial.

Il n'est d'ailleurs pas anodin de relever que la reconnaissance du préjudice moral s'est faite au moyen d'un alignement sur le préjudice matériel. C'est en effet en prenant en considération la dimension patrimoniale de la créance de réparation du préjudice moral que la jurisprudence est parvenue à lui donner sa place au sein du droit de la réparation. Mais ce faisant, elle devait faire abstraction de son caractère extrapatrimonial.

Tel est le raisonnement suivi par la Cour de cassation lorsqu'elle juge, dans l'une des premières décisions rendues en ce domaine, dans un arrêt du 13 février 1923, que « l'article 1382 du Code civil [...] s'applique par la généralité de ses termes, aussi bien au dommage moral qu'au dommage matériel »⁹.

C'est encore une démarche que suit la Cour de cassation lorsqu'elle juge, en 1943, que le droit à réparation de la victime d'un préjudice moral se transmet aux héritiers, quand bien même le *de cuius* serait décédé sans avoir réclamé ou obtenu le *pretium doloris*. Le préjudice peut bien avoir un caractère personnel ; la créance de réparation qu'il fait naître a une nature patrimoniale¹⁰.

5. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2006, spéc. n° 269-1, p. 67.

6. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 269-2, p. 68.

7. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 270, p. 73.

8. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, p. 34.

9. Civ. 1^{re}, 13 févr. 1923, DP 1923. I. 52, note Lalou. V. déjà Crim. 22 sept. 1837, S. 1838. I. 331, qui juge que « l'article 1382 du Code civil et les articles 1 et 3 du Code de l'instruction criminelle ne peuvent être restreints aux dommages purement matériels ».

10. Civ. 1^{re}, 18 janv. 1943, DC 1943. 45 JCP 1943. II. 2203 ; Civ. 1^{re}, 4 janv. 1944, DA 1944. 106.

Ce faisant, la Cour de cassation devait regarder le préjudice moral comme un préjudice « comme un autre ». Ainsi, lorsqu'il s'est agi de déterminer si la caisse de sécurité sociale subrogée dans les droits de la victime peut exercer son recours contre le tiers responsable sur toutes les indemnités que la victime a obtenues ou est susceptible d'obtenir du tiers responsable, elle a répondu affirmativement en faisant valoir que la loi « ne fait aucune distinction entre les différents éléments matériels et moraux du préjudice qu'elle a pour objet de réparer »¹¹. Comme put le relever P. Kayser, « dommage matériel et dommage moral sont ainsi apparus comme deux modalités d'une notion identique qui sont, de la même manière, une condition de la responsabilité civile »¹².

C'est précisément cet alignement qui devait soulever la critique. On en connaît la teneur, tout entière résumée dans la démonstration que put faire Esmein : « sans doute, dès lors qu'on admet l'allocation d'une somme d'argent à celui qui a subi un dommage moral, on se trouve en présence d'un droit patrimonial. Mais il n'en résulte pas que tous les droits patrimoniaux soient à traiter de même à tous points de vue, quelle que soit leur source ».

Plus encore, c'est le fait même de monnayer ce qui semble par nature réfractaire à l'argent qui a pu provoquer la critique. Esmein, encore : « On en est cependant venu aujourd'hui à l'idée qu'il est permis de demander une somme d'argent non purement nominale quand on a subi, par le fait d'autrui, une souffrance, un chagrin, un ennui quelconque. Il est de ces peines pour lesquelles une compensation pécuniaire est juste. Ainsi la souffrance qui résulte d'une infirmité corporelle entravant l'activité et privant des plaisirs qui font le charme de la vie. Pour le chagrin que cause la mort d'une personne chère, je suis réticent. La douleur, certes, peut être profonde, mais on l'avilit en la monnayant »¹³.

Surtout, on la « patrimonialise ». Et c'est ce phénomène de patrimonialisation de ce qui est censé relever, par nature, de l'extrapatrimonial, qui provoque, par hybridation, un monstre dont l'identité devient impossible à cerner. L'argent, les processus d'évaluation et les mécanismes de transmission patrimoniaux ne peuvent évidemment pénétrer la sphère de l'extrapatrimonial sans provoquer, en retour, la confusion.

5.- Au surplus, nul n'ignore que derrière l'indemnisation du préjudice moral, il y a souvent autres choses que le seul préjudice moral : la sanction d'un comportement

11. Civ. 1^{re}, 10 mars et 24 nov. 1953, JCP 1954. II. 8007, D. 1954. Somm. 29. Pour une critique, v. P. Esmein, « La commercialisation du dommage moral », D. 1954. 19. Sur cette voie, le Conseil d'État, dans le fameux arrêt *Letisserand* rendu le 24 nov. 1961, a pu juger que « s'il n'est pas établi — ni même allégué — que le décès du sieur Letisserand (Paul) ait causé au sieur Letisserand (Camille) un dommage matériel ou ait entraîné des troubles dans ses conditions d'existence, la douleur morale qui est résultée pour ce dernier de la disparition prématurée de son fils est par elle-même génératrice d'un préjudice indemnisable », v. G. Morange, préc.

12. P. Kayser, « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain », in *Études offertes à J. Macqueron*, 1970, Faculté du droit et des sciences économiques, Aix-Marseille III, p. 411.

13. P. Esmein, préc., p. 114.

répréhensible — ce sont les fameux dommages-intérêts punitifs — ; une volonté de rééquilibrer des flux monétaires — c'est la faute lucrative — ; ou encore une manière d'indemniser des préjudices qui pourraient ne pas sembler répondre aux critères requis par la jurisprudence — caractère direct, certain et actuel. Sous cet aspect, le préjudice moral semble souvent se prêter à des contorsions ; on pourrait parler d'instrumentalisation.

Il y a un demi-siècle, on constatait que le préjudice moral était souvent réparé « sans le dire », c'est-à-dire sous couverts de l'indemnité allouée en cas d'accident au titre du préjudice corporel ou matériel¹⁴. Les sommes allouées pour compenser le préjudice matériel dépassaient souvent manifestement l'évaluation que l'on pouvait raisonnablement faire des conséquences, sous cet aspect, de l'accident. De même, en accordant systématiquement une indemnisation pour le préjudice souffert par les parents du fait du décès d'un enfant, on semblait bien davantage tenir compte de la peine que d'un préjudice matériel, non avéré dans ce schéma.

À présent, c'est bien davantage le préjudice moral qui semble abriter toutes sortes de préjudice et servir de réceptacle bien commode pour les juges.

Témoin de l'« aptitude » du préjudice moral à répondre aux sollicitations des victimes, un arrêt de la première chambre civile rendue le 19 décembre 2006¹⁵ a admis la réparation non pas d'un préjudice corporel avéré ou d'un risque de préjudice mais de la crainte d'un tel risque. En l'espèce, un patient souffrant d'insuffisance cardiaque s'était fait implanter un stimulateur cardiaque équipé d'une sonde auriculaire, dont il fut ensuite établi qu'elle était susceptible d'entraîner des blessures et parfois le décès. Ce type de sonde avait par conséquent été retiré du marché et « explanté » du patient. Celui-ci, par chance, avait ainsi échappé aux risques qui en résultaient. Dès lors, à la suite de sa demande d'indemnisation, la cour d'appel avait d'abord répondu, suivie sur ce point là par la Cour de cassation, que le préjudice invoqué n'avait qu'un caractère éventuel puisque le risque ne s'était pas réalisé. Toutefois, la Cour de cassation devait casser la décision rendue en jugeant que les juges auraient dû répondre aux conclusions invoquant « l'existence d'un dommage moral lié à l'annonce de la défectuosité du type de sonde posé et à la crainte de subir d'autres atteintes graves jusqu'à l'« explantation » de sa propre sonde ».

6.— Les difficultés et interrogations que soulève le préjudice extrapatrimonial sont diverses, et sans doute insolubles, dès lors qu'elles mettent en cause la nature prétendument extrapatrimoniale de ce préjudice. Pour le dire autrement, il n'est sans doute pas d'autre solution que de procéder à des choix de politique juridique afin sinon de maîtriser le préjudice extrapatrimonial du moins d'en orienter les tendances.

Parmi toutes ces questions, il en est sans doute trois qui, aujourd'hui, retiennent

14. V. ce que dit G. Morange, préc. et les auteurs cités. Selon G. Morange, p. 15, « la plupart des auteurs enseignaient, en effet, que le Conseil d'État tenait compte de la douleur morale, sans le dire, sous le couvert de l'indemnité qu'il accordait, en cas d'accident, pour compenser les troubles apportés par cet accident dans les conditions d'existence des requérants ».

15. Civ. 1^{re}, 19 déc. 2006, pourvoi n° 05-15.716.

l'attention et sur lesquelles le groupe de travail constitué sous l'égide de la Cour de cassation a fait porter sa réflexion :

- celle de la possibilité même pour une personne morale de subir un préjudice extrapatrimonial ;
- celle de l'évaluation du préjudice extrapatrimonial et de la motivation de la décision de justice qui choisit de le réparer ;
- celle de la finalité même de la réparation du préjudice extrapatrimonial et de l'admission de dommages-intérêts à caractère punitif.

Section I. LE PRÉJUDICE EXTRAPATRIMONIAL DES PERSONNES MORALES

7.— Une des questions la plus immédiatement discutable porte assurément sur le point de savoir s'il est possible, pour une personne morale, de « souffrir » d'un préjudice extrapatrimonial. L'extrapatrimonial n'est-il pas, par hypothèse, attaché à la personne physique, être de sentiment et de ressentiment ; la personne morale, en ce qu'elle habille juridiquement un patrimoine, n'est-elle pas, par hypothèse, une abstraction hermétique à tout sentiment et à toute souffrance. Pourtant la reconnaissance du préjudice extrapatrimonial des personnes morales n'est pour le juriste plus douteuse ; il reste qu'une approche économique de la question peut conduire à faire douter de la pertinence du droit positif.

§ 1. LA RECONNAISSANCE DU PRÉJUDICE EXTRAPATRIMONIAL DES PERSONNES MORALES

8.— Il n'est pas douteux que les notions de préjudice moral et de personne morale forment « un couple juridique improbable »¹⁶. Par sa dimension extrapatrimoniale, par le lien qui l'unit aux sentiments et à la souffrance, on considère le plus souvent que ce serait « une absurdité que de parler de dommage moral subi par une société »¹⁷. Aussi, parce qu'il paraît pour le moins incongru d'envisager qu'une personne morale puisse « souffrir », le principe même d'un préjudice moral des personnes morales est souvent décrié. L'hostilité de principe qu'a toujours soulevé l'évaluation du « prix de la douleur »¹⁸ se trouve ainsi exacerbée lorsque l'on est en présence de personnes morales, ces personnes « qui n'ont ni corps susceptible de souffrance, ni âme éprise d'idéal »¹⁹. Le propos est nettement partagé. Comme l'écrivait Esmein, « la dénatu-

16. V. Wester-Ouisse, « Le préjudice moral des personnes morales », JCP 2003. I. 145.

17. C. Larroumet, 6 nov. 1979, obs. ss Com., D. 1980. IR. 416.

18. G. Ripert, « Le prix de la douleur », D. 1948. Chron. 1.

19. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, spéc. p. 86.

ration de la notion de préjudice moral apparaît de façon éclatante dans les arrêts qui allouent des dommages-intérêts de ce chef à des personnes morales »²⁰.

Pourtant, l'admission du préjudice moral des personnes morales n'est pas récente²¹, en dépit de ce que l'on a pu affirmer²². Dans un arrêt du 28 juin 1912, la chambre criminelle de la Cour de cassation admet la réparation du « grave préjudice moral » de la compagnie des chemins de fer du Nord du fait de l'usurpation, par un individu, du titre d'inspecteur de la compagnie²³. En 1936, la même chambre criminelle a jugé qu'« en dehors du dommage matériel, il convient de reconnaître avec la cour d'appel que l'accident survenu dans une gare ou sur une voie de chemin de fer, et ayant occasionné des blessures ou la mort d'une ou de plusieurs personnes peut être de nature à causer à la compagnie un préjudice moral, direct et actuel, et donnant ouverture à l'action civile devant le tribunal de répression »²⁴.

9.— Les signes de l'admission du préjudice moral des personnes morales restaient toutefois rares. La période la plus récente, sous cet aspect, marque une véritable évolution.

Là encore, la chambre criminelle apparaît comme l'initiatrice de cette évolution. Après avoir de manière ponctuelle reconnue l'existence d'un préjudice moral d'une personne morale elle a, par deux arrêts du 27 novembre 1996, posé en principe que « les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale ouvrent l'action civile à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage, matériel ou moral, découlant des faits, sans exclure les personnes morales »²⁵. Le principe a ensuite été réitéré à de nombreuses reprises dans les mêmes termes dans des arrêts rendus le 7 avril 1999²⁶ pour un parc national, le 10 octobre 2000²⁷ en présence d'une association, le 9 janvier 2002²⁸ pour un groupement agricole, le 18 juin 2002²⁹ au profit d'une commune, ou encore le 10 mars 2004 pour l'État³⁰.

Mais le mouvement dépasse à l'évidence la seule chambre criminelle. Les chambres civiles et la chambre commerciale se sont rapidement glissées dans son sillage.

Surtout, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a expressément consacré la possibilité pour une personne morale de subir un préjudice moral dans un arrêt *Comingersoll SA* du 6 avril 2000. Dans cet arrêt, la cour aborde de front la question du préjudice moral des personnes morales en affirmant que « la cour ne peut

20. P. Esmein, préc., spéc. p. 115.

21. Ce que montre G. Michelin, *Le préjudice moral des personnes morales*, mémoire de Master 2, « Droit privé général », Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007, spéc. p. 3 s.

22. V. Wester-Ouisse, préc.

23. Crim. 28 juin 1912, S. 1913. I. 597.

24. Crim. 7 nov. 1936, *Gaz. Pal.* 1936. II. 944.

25. Crim. 27 nov. 1996, *Bull. crim.*, n° 431, JCP 1997. IV. 508.

26. Crim. 7 avr. 1999, *Bull. crim.*, n° 69, JCP 1999. IV. 2768.

27. Crim. 10 oct. 2000, pourvoi n° 99-87.688.

28. Crim. 9 janv. 2002, pourvoi n° 01-82.471.

29. Crim., 18 juin 2002, pourvoi n° 00-86.272.

30. Crim. 10 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 64.

donc exclure, au vu de sa propre jurisprudence... qu'il puisse y avoir, pour une société commerciale, un dommage autre que matériel appelant une réparation pécuniaire. [...] Puisque la forme principale de réparation que la Cour peut octroyer est de nature pécuniaire, on doit constater que l'efficacité du droit garanti par l'article 6 de la Convention exige qu'une réparation pécuniaire aussi pour le dommage moral (sic) puisse être octroyée, y compris à une société commerciale »³¹. La solution a depuis été réaffirmée à de nombreuses reprises par la CEDH³².

10.— Une fois admis dans son principe, le préjudice moral des personnes morales s'est décliné sous les formes les plus diverses, au point que l'on a pu parler de « dérive anthropomorphique de la personnalité morale »³³.

Parmi d'autres, le préjudice moral a été reconnu dans les rapports économiques, en matière de concurrence déloyale : selon une formule désormais classique, les agissements déloyaux, et spécialement le dénigrement, causent à la société qui en est victime un préjudice « fût-il seulement moral »³⁴. Dans une telle hypothèse, le préjudice moral peut, par exemple, résulter de « l'atteinte causée à la réputation de l'établissement en ternissant l'éclat du nom sous lequel le restaurant a conquis sa réputation internationale »³⁵. Aussi, c'est l'image de la personne morale qui est protégée, l'atteinte à des qualités tenues par les tiers pour essentielles qui est sanctionnée.

À ce titre, la désormais célèbre affaire opposant le groupe LMVH à Morgan Stanley apparaît emblématique de cette tendance jurisprudentielle à réparer le préjudice moral subi par des personnes morales, et des excès qui peuvent parfois en résulter. On sait en effet que le Tribunal de commerce de Paris a reconnu la responsabilité de l'établissement bancaire pour avoir diffusé des analyses financières erronées sur la société. Sur ce fondement, il a condamné Morgan Stanley à payer la somme de 30 millions d'euros en réparation de son dommage moral³⁶.

La Cour de cassation a pu parfois aller plus loin encore, indemnisant le préjudice moral supposément subi par une société du seul fait de la violation par son cocontractant de ses engagements contractuels³⁷.

11.— Mais la réparation du préjudice moral des personnes morales dépasse assurément la seule sphère économique. Même lorsque les intérêts financiers sont absents,

31. CEDH 6 avr. 2000, *Comingersoll SA c. Portugal*, req. n° 00035382/97, spéc. n° 35.

32. CEDH 2 août 2001, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*, req. n° 00046380/99 ; 16 avr. 2002, *Stes Colas Est et a. c. France*, req. n° 00037971/97.

33. V. Wester-Ouisse, préc.

34. Com. 9 févr. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 53 ; Com. 27 févr. 1996, pourvoi n° 97-18.723 ; Com. 17 nov. 1998, pourvoi n° 96-22.225 ; Com. 22 févr. 2000, pourvoi n° 97-18.728 ; Com. 25 avr. 2001, pourvoi n° 98-19.670 ; Com. 3 juin 2003, pourvoi n° 01-15.145.

35. Com. 2 nov. 1966, *Bull. civ.* IV, n° 411.

36. La cour d'appel de Paris, dans une décision du 30 juin 2006, reviendra sur le quantum, tout en reconnaissant l'existence même de ce dommage moral : « le préjudice moral a pour objet de réparer les conséquences du faux conflit d'intérêts et des erreurs factuelles notamment sur le ratio d'endettement. Il s'agit d'une atteinte à l'image et à la réputation de la société LVMH ».

37. Com. 23 mai 1989, pourvoi n° 87-19.180 ; Com. 11 févr. 1997, pourvoi n° 94-15.769.

la seule défense de l'intérêt général semble parfois justifier l'octroi de dommages-intérêts au titre d'un prétendu préjudice moral. Pour parvenir à ce résultat pour le moins improbable, la jurisprudence a admis l'existence d'un préjudice moral découlant de l'atteinte à l'intérêt collectif de la personne morale, notion « obscure et discutée »³⁸ dont elle a n'a pas hésité à adopter une interprétation pour le moins extensive jusqu'à la confondre parfois avec le seul intérêt général. L'admission large du droit d'agir des groupements a fait le reste³⁹. C'est ainsi que des syndicats ont pu obtenir réparation du préjudice moral résultant de la présence sur les plages de déchets consécutifs à un rejet d'hydrocarbures⁴⁰ ou encore du préjudice moral causé par l'occupation d'un hôpital par des militants anti-IVG⁴¹. Sur cette voie, la simple atteinte portée à la réputation du football par un dirigeant d'un club condamné pour abus de confiance constitue, selon la Cour de cassation, un préjudice moral dont les fédérations sportives peuvent obtenir réparation⁴². Les personnes morales de droit public ne sont d'ailleurs pas écartées de ce mouvement. L'atteinte à la réputation de l'État, garant de l'intérêt général, est sanctionnée à l'identique au titre du préjudice moral⁴³.

« Atteinte à la réputation commerciale », « à l'intérêt général »..., les formes de préjudice moral des personnes morales réparées par la jurisprudence paraissent parfois bien éloignées de la figure classique d'une « atteinte aux sentiments ». Mais l'on retrouve également une telle figure dans certaines hypothèses, notamment lorsqu'une chaîne de télévision obtient indemnisation — en sus du préjudice matériel — du préjudice moral résultant de la captation illégale de ses programmes⁴⁴, ou encore lorsqu'une société voit son préjudice moral né d'une procédure déraisonnablement longue indemnisé⁴⁵.

Si l'on cherche à systématiser⁴⁶, l'on soulignera que trois types de préjudice moral des personnes morales semblent indemnisés par la jurisprudence : l'atteinte à l'objet statutaire de la personne morale, qui masque souvent une protection de l'intérêt général ; l'atteinte à la réputation et l'atteinte aux sentiments.

12.— Le dernier type de préjudice moral fait sans doute l'objet des critiques les plus vives. En effet, de deux choses l'une : soit l'on considère qu'en réalité c'est, au mieux, le préjudice moral subi par les personnes physiques regroupées au sein d'un groupement qui est indirectement réparé sur le fondement du préjudice moral des personnes morales. Il faudrait alors en déduire que la jurisprudence passe outre l'exigence classique d'un préjudice personnel pour mettre en place une sorte de *class action* qui ne dit

38. G. Viney, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janv. 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », JCP 1988. II. 3355.

39. Crim. 14 juin 1971, D. 1971. 101.

40. Crim. 29 nov. 2005, pourvoi n° 05-81.227.

41. Crim. 2 avr. 1997, pourvoi n° 96-82.024.

42. Crim. 15 mai 1997, Bull. crim., n° 185.

43. Crim. 4 mai 2006, pourvoi n° 05-81.743.

44. Crim. 9 janv. 2002, pourvoi n° 01-82.471.

45. V. Wester-Ouisse, préc., spéc. n° 9.

46. V. en ce sens, V. Wester-Ouisse, préc., spéc. n° 6.

pas son nom⁴⁷. La déformation de la notion de préjudice qui en découlerait, accélérant la crise de la notion même de préjudice moral, s'inscrirait alors dans une tendance contemporaine bien connue du droit de la responsabilité à la désincarnation du préjudice⁴⁸. Soit l'on considère différemment que c'est bien le préjudice moral de la personne morale elle-même qui est en cause, et l'on ne peut alors que dénoncer la dérive anthropomorphique de la jurisprudence, reprenant à son compte les pétitions de principes de certains selon lesquelles « l'entreprise est un être vivant »⁴⁹.

13.— Mais cette forme particulière de préjudice moral n'est pas la seule à susciter des critiques. À son tour, la réparation de l'atteinte à l'image ou à la réputation de la personne morale ne laisse pas les auteurs indifférents. La raison en est distincte : on avance cette fois que ce type de préjudice n'est pas un véritable préjudice moral, mais bien davantage un préjudice matériel. Comment en effet admettre que les atteintes au nom et à l'image de l'entreprise n'affectent pas son patrimoine ? On en conviendra aisément, les actes déloyaux entraînent nécessairement un préjudice matériel : c'est la fuite de clientèle, la dépréciation du savoir-faire, la perte de chiffre d'affaires qui est ici redoutée, et indirectement réparée sur le fondement du préjudice moral des personnes morales.

Si l'on analyse la jurisprudence, il apparaît que deux raisons principales — qui feront l'objet de développements propres — ont conduit les juges à emprunter un tel détour.

D'une part, ces dommages matériels que les juges cherchent à réparer derrière le masque du préjudice moral sont par nature difficiles à caractériser et lorsque leur existence peut être démontrée, ils demeurent le plus souvent difficilement quantifiables. Il est donc plus aisé d'affirmer l'existence d'un préjudice moral que de caractériser celle d'un préjudice matériel.

D'autre part, l'absence de caractère comminatoire ou punitif des dommages-intérêts en droit français rend parfois la réparation du seul préjudice matériel insuffisante aux yeux des juges, qui instrumentalisent alors le préjudice moral dans une perspective punitive.

Le préjudice moral des personnes morales apparaît ainsi comme une voie détournée pour pallier à la fois la difficulté à démontrer le quantum du préjudice matériel subi et l'absence d'aspect punitif des dommages-intérêts en droit français. Mais, ce faisant, la jurisprudence sacrifie à la fois l'exigence de caractère certain du dommage et le principe de réparation intégrale du préjudice, remettant en cause la fonction traditionnellement assignée à la responsabilité civile. La notion de préjudice est donc déformée par les juges pour parvenir aux objectifs de réparation et de répression qu'ils se sont fixés.

47. V. Wester-Ouisse, préc., spéc. n° 16.

48. Y. Lambert-Faivre, « L'évolution de la responsabilité civile, d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », RTD civ. 1987. 1 : « le préjudice se socialise et, se socialisant, il se désincarne ».

49. D. Gautier-Sauvagnac, « L'insoutenable vérité de l'emploi », *Le Monde*, 19 nov. 2001.

Au reste, une telle critique n'est pas propre à la seule communauté juridique, soucieuse de respect de l'intégrité des concepts du droit de la responsabilité civile. Elle est également partagée par certains économistes qui rejettent le principe même de l'existence d'un préjudice extrapatrimonial des personnes morales, ce qui devrait conduire à sa remise en cause.

§ II. LA REMISE EN CAUSE DU PRÉJUDICE EXTRAPATRIMONIAL DES PERSONNES MORALES

A. PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE, BILAN ET ACTIFS EXTRAPATRIMONIAUX

14.— L'existence du préjudice extrapatrimonial de la personne morale suppose qu'il soit porté atteinte à des droits et des actifs extrapatrimoniaux. Or, poser la question de l'existence d'actifs extrapatrimoniaux dans l'entreprise relève *a priori* d'une gageure puisque, par définition, tout ce qui appartient à l'entreprise se trouve dans son patrimoine ; il ne peut donc pas y avoir d'actifs extrapatrimoniaux dans le patrimoine de l'entreprise.

En effet, la notion d'actifs extrapatrimoniaux dérive de celle de droits extrapatrimoniaux : il n'y a d'actifs extrapatrimoniaux que parce qu'il y a des droits extrapatrimoniaux.

Or, ces droits sont attachés à la personne de leur titulaire. On comprend bien leur définition pour les personnes physiques pour lesquelles on distingue deux catégories de droits extrapatrimoniaux : publics (droits de vote, libertés publiques) ou privés, c'est-à-dire liés à la personne dans sa dimension physique (vie, intégrité corporelle, santé) ou spirituelle (réputation, honneur, etc.).

Ces droits s'opposent aux droits patrimoniaux : droits de propriété sur les choses corporelles ou incorporelles.

Différemment, pour une entreprise, les droits extrapatrimoniaux sont des actifs incorporels rattachés à son patrimoine, pris au sens économique du terme cette fois.

En droit privé, le patrimoine de la personne physique ne se conçoit que par la valeur de son contenu : un ensemble de droits et obligations (actifs et passifs) évaluable en argent. Il en est de même pour la personne morale. De ce fait, si on considère les droits extrapatrimoniaux de la personne morale comme des actifs, ceux-ci devront pouvoir être évalués.

15.— Un actif de l'entreprise se définit comme une ressource détenue par l'entreprise du fait d'événements passés et susceptibles de générer des avantages futurs.

Si on se réfère à une vision purement comptable du patrimoine de l'entreprise on peut certes trouver des actifs qui tout en appartenant à l'entreprise ne figurent pas dans son bilan. Ce sera notamment le cas des actifs immatériels créés par l'entreprise

tels que ses marques ou sa réputation ou encore les savoir-faire ou même la valeur des réseaux de distribution. Ces actifs immatériels n'ont pas de corps et nécessitent des supports tangibles pour développer leur aptitude à créer de la valeur.

16.— Ainsi lorsqu'on analyse la valeur de l'entreprise, que ces actifs soient ou non inscrits dans son bilan, ils participent à sa valeur. On sait aujourd'hui que les actifs immatériels peuvent concourir à hauteur de 90 % dans certains secteurs d'activité à la valeur de l'entreprise. Dans une entreprise comme Coca-Cola, la marque a été évaluée à plus de 60 milliards de dollars.

Le bilan donne en effet une image très imparfaite du patrimoine de l'entreprise et la valeur de l'entreprise ne peut en être déduite du fait de l'absence de ses actifs incorporels. Mais de quelle valeur s'agit-il ? Il existe en effet plusieurs concepts de valeur : la valeur nette comptable reflète bien la valeur d'actif net telle qu'elle ressort du bilan mais elle ne correspond ni à la valeur de marché ou à la valeur vénale, ni à la valeur d'utilité pour lesquelles le bilan ne constitue qu'une information parmi d'autres. Les valeurs de marché ou valeurs vénales apparaissent lors des transactions ou sur le marché boursier si l'entreprise est cotée. La valeur d'utilité dépend des revenus futurs que l'entreprise est en mesure de générer. Elle est donc le résultat d'une appréciation et sa mesure est indirecte en ce sens qu'elle ne découle pas du bilan.

Les valeurs de marché ou d'utilité sont donc bien des notions distinctes de la valeur comptable de l'entreprise telle qu'elle apparaît dans le bilan.

Cette différence s'explique par deux facteurs : tout d'abord les actifs du bilan sont inscrits en coûts historiques et font l'objet d'amortissement ou éventuellement de dépréciation qui conduit leur valeur comptable à s'éloigner de leur valeur économique et ensuite, parce que le bilan ne comprend pas, comme on l'a dit précédemment, la totalité des actifs de l'entreprise notamment en ce qui concerne les actifs incorporels c'est-à-dire sans substance matérielle.

17.— La valeur réelle du patrimoine au sens de sa valeur économique (valeur vénale ou de marché) va se trouver révélée à l'occasion des transactions portant sur l'entreprise et notamment lors des fusions et scissions qui opèrent une transmission universelle du patrimoine. Cette transmission porte à la fois sur l'actif des sociétés absorbées qui comprend, non seulement, les immobilisations mais aussi les créances de l'entreprise (y compris les créances de réparation). Il en est de même du passif qui comprend, non seulement, les dettes mais aussi toutes les formes d'obligations prises par l'entreprise absorbée telles notamment leurs obligations de non-concurrence ou encore les conséquences de litiges engagés par cette dernière. Cette transmission est donc plus large que les seuls éléments d'actifs et de passifs inscrits au bilan.

Ainsi, la notion de patrimoine de la personne morale dépasse largement le périmètre de son bilan puisque s'y ajoutent aussi bien des engagements hors bilan que des actifs non recensés dans le bilan.

18.— D'où notre première interrogation : n'a-t-on pas considéré un peu rapidement que l'ensemble des actifs, qui ne sont pas représentés dans le bilan de l'entreprise censé refléter traditionnellement son patrimoine, constitue des actifs extrapatrimoniaux ?

Il semble préférable de considérer qu'ils font partie, au même titre que les actifs corporels, du patrimoine de l'entreprise entendu au sens économique et non juridique même si celui-ci n'est pas retranscrit dans le bilan.

On peut donc considérer que la réticence du droit à prendre en compte la dimension patrimoniale de droits extrapatrimoniaux tels que l'image ou la réputation tient le plus souvent à la difficulté de les évaluer car, pour le droit, le patrimoine ne se conçoit que par la valeur de son contenu. C'est pourquoi le droit privé ne considère dans le patrimoine que les biens évaluable en argent et manifeste une certaine réticence à considérer comme appartenant au patrimoine de l'entreprise certains actifs immatériels. Pourtant, il semble que la plupart des droits extrapatrimoniaux constituent des actifs économiques.

Au premier chef d'entre eux, se trouvent les marques et brevets développés par l'entreprise pour lesquels seuls les frais de dépôt peuvent faire l'objet d'une activation au bilan. Ces dépenses sont considérées comme des moyens nécessaires pour assurer la pérennité des avantages concurrentiels attachés à ces actifs voire même la pérennité de l'entreprise.

À côté des actifs faisant l'objet de formalités préalables, pour être protégés, d'autres actifs ressortant également de la propriété intellectuelle ne font pas l'objet de dépôt ou d'enregistrement mais bénéficient d'une protection du seul fait de leur originalité.

Il s'agit notamment des actifs couverts par les droits d'auteur (ou également le droit des bases de données, le savoir-faire et les secrets de fabrication). S'y ajoutent⁵⁰ la musique, des films, des bases de données clients ou documentaires ou encore des programmes informatiques. À titre d'exemple, une base de données documentaires pourra s'avérer de grande importance pour l'acquéreur d'une entreprise qui en est titulaire.

D'autres types d'actifs, comme le savoir-faire relatif à des méthodes organisationnelles⁵¹, ne sont pas protégeables en tant que tels mais constituent des éléments du patrimoine de l'entreprise en ce sens qu'ils sont créateurs de valeur grâce à l'avantage concurrentiel qu'ils procurent à l'entreprise.

Citons à cet égard le cas des transporteurs *low cost* pour lesquels aucun savoir-faire spécifique n'est protégeable bien que ces transporteurs bénéficient d'un avantage concurrentiel lié à l'ensemble constitué de plusieurs savoir-faire spécifiques non protégeables : enregistrement des passagers, nourriture, nettoyage des avions par les hôtesse, structure de la flotte, etc.

19.- Si l'on compare l'entreprise à un individu, le bilan en retrace le plus souvent le corps et l'ensemble des actifs immatériels, l'esprit ou encore l'âme. On dit ainsi que la marque constitue une expression de la vision de l'entreprise sur le monde.

50. M.-H. Tonneller, « Propriété Intellectuelle : une richesse trop souvent ignorée », *Capital Finance*, 18 sept. 2006, n° 811, p. 12-13.

51. M. Nussenbaum, « Au-delà de la marque, c'est le *Business model* qui importe », *Propriété industrielle : les entretiens de Paris*, colloque Les Échos / l'Inpi / Hec avec M. Santi, 18-19 mai 2006, consultable sur le site : (<http://www.hec.fr/hec/upload/1/Fichier296.pdf>).

De ce fait, en poursuivant l'analogie, l'entreprise, comme tout individu, possède également une réputation. Mais là encore, il s'agit d'un actif patrimonial (ne figurant pas au bilan) car créateur de valeur puisqu'il confère un avantage concurrentiel et permet de créer de la valeur en économisant des coûts de communication puisque les produits vendus bénéficieront de l'avantage attaché à la réputation, réduisant ainsi la méfiance du consommateur.

Peut-on pour autant considérer l'ensemble des droits patrimoniaux de la personne morale comme des actifs ? On peut répondre par l'affirmative dès lors que la personne morale est une entreprise poursuivant des buts lucratifs. Il n'en sera pas nécessairement de même pour des organismes sans but lucratif mais cela dépasse l'objet de notre propos.

B. CONSÉQUENCES SUR LE PRÉJUDICE EXTRAPATRIMONIAL DE LA PERSONNE MORALE

20.- Le champ de l'extrapatrimonial se trouve conceptuellement très réduit.

Selon une analyse économique du patrimoine pris dans sa forme extensive, tous ses actifs corporels ou incorporels relèvent du patrimoine de la personne morale, qu'il s'agisse des éléments de son savoir-faire, de son image ou de sa réputation. En effet, l'ensemble des attributs immatériels de la personne morale ressortant de ses droits de propriétés ou de ses obligations est contrôlé par elle et est susceptible de lui procurer des avantages économiques. Il en est ainsi notamment de la réputation de l'entreprise.

De ce fait, en adoptant une conception économique élargie du patrimoine telle quelle est mise en œuvre à l'occasion des fusions et des transferts unilatéraux du patrimoine, toute atteinte à la personne morale, qu'il s'agisse de son image ou de sa réputation peut être considérée comme une atteinte à son patrimoine. Il n'est donc pas nécessaire conceptuellement d'évoquer la notion d'élément extrapatrimonial.

Le recours à cette notion résulte alors de la difficulté d'évaluer le préjudice correspondant.

En effet, une des raisons fondamentales qui a conduit à la distinction entre préjudices patrimonial et extrapatrimonial est liée à la plus grande difficulté à caractériser et à évaluer des préjudices liés aux actifs incorporels de l'entreprise tels que l'image et la réputation.

En effet, un actif patrimonial de nature corporelle peut être évalué soit par son coût de remplacement, sa valeur vénale ou les revenus qu'il est susceptible de générer et de ce fait un préjudice, s'il appartient à la catégorie des pertes subies, sera évalué, soit par les coûts de remise en état, soit par les coûts de remplacement.

Si le préjudice ressort de la catégorie des manques à gagner, dus notamment à l'immobilisation de l'actif ou à l'impossibilité de l'utiliser pour son usage normal durant une certaine période, il sera évalué par la perte de revenus qu'il entraîne durant la période d'immobilisation.

Il n'en est pas de même pour les actifs immatériels du fait de leur nature d'actifs

conditionnels⁵² au sens où leur valeur est conditionnée par celle d'autres actifs qui leur servent de support. Il en est ainsi pour la réputation de l'entreprise qui résulte le plus souvent de celle de ses produits et qui peut, de ce fait, s'en trouver affectée. Mais la relation est souvent symétrique au sens où une atteinte à la réputation de l'entreprise rejaillira sur celle de ses produits et l'évaluation du préjudice causé à la réputation devra s'efforcer de cerner cet effet potentiel sur l'activité présente ou future de l'entreprise. Ce type de préjudice est par nature difficile à évaluer ce qui explique vraisemblablement la qualification d'extrapatrimonial.

21.— Le domaine de la concurrence déloyale, du parasitisme ou du dénigrement offrent un champ privilégié d'analyse pour les dommages extrapatrimoniaux touchant notamment à l'image et à la réputation. La réparation des dommages causés pose le plus souvent le problème de la preuve et de l'instruction du préjudice lorsqu'une partie des preuves se situe chez l'auteur du dommage. On ne peut se limiter à exiger de la victime qu'elle démontre le préjudice subi dès lors que l'auteur du dommage a tiré un bénéfice du dommage qu'elle lui a causé car le plus souvent ce profit est obtenu en utilisant abusivement des droits ou des actifs immatériels appartenant à la victime tels que son image, sa réputation ou celle de ses produits. Il convient d'exiger du défendeur qu'il fournisse, à travers une procédure de révélation adéquate, toutes les informations relatives à l'utilisation abusive de ces actifs.

22.— Cependant, s'agissant d'actifs économiques, il n'existe pas de différence de nature concernant les méthodes d'évaluation. Il s'agira soit d'un coût de reconstitution (en l'espèce de la réputation) soit d'un manque à gagner généré par l'atteinte portée à ces actifs et les deux types de préjudice devant être évalués à partir de leurs conséquences sur l'activité de l'entreprise.

Prenons, par exemple, le cas du dénigrement. L'effet peut n'être pas avéré mais se situer à un niveau potentiel et les dommages compensatoires devront permettre la remise en l'état, c'est-à-dire l'état caractérisé par l'absence du dénigrement. Ils auront donc nécessairement une composante dissuasive puisqu'ils doivent retirer à l'auteur du dommage tout intérêt à poursuivre les actes préjudiciables, donc dans certains cas lui faire restituer une partie des avantages qu'il en a tirés. Ils auront également une composante réparatrice en proposant à la victime une rémunération acceptable pour l'utilisation non désirée de ses actifs. Restera à en fixer le niveau. Dans certains cas, des éléments de comparaisons existent pour définir une redevance indemnitaire. Dans d'autres cas, l'évaluation sera plus complexe. Nous préconisons, lorsque cela est possible de s'appuyer sur la restitution des gains illicites directement liés à l'acte préjudiciable car elle seule permet à la fois de réparer et de dissuader.

On objecte souvent à cette approche de ne pas être cohérente avec le principe de réparation intégrale. En fait, la restitution des gains illicitement obtenus constitue le juste prix à appliquer à l'usage illégal des actifs de la victime. C'est le prix qui dissuade l'auteur du dommage de s'en servir.

52. V., M. Nussenbaum, « Juste valeur et actifs incorporels », *Revue d'Économie Financière*, 2003, n° 71.

Dans d'autres cas, il est possible de déterminer les conséquences des actes préjudiciables tant au niveau des coûts que des manques à gagner subis. C'est au demandeur qu'en incombe la preuve.

23.— À une définition plus large et moins matérielle du patrimoine correspond donc une exigence plus forte d'analyse pour le demandeur, à laquelle il convient que le défendeur ne fasse pas obstacle notamment en ce qui concerne les preuves à fournir.

La présente analyse diffère de l'approche juridique qui considère que le préjudice moral est distinct des autres préjudices et particulièrement de l'atteinte à l'intérêt social⁵³. En effet, sous un angle économique, le préjudice extrapatrimonial de la personne morale peut être considéré comme une atteinte à l'intérêt social.

Concernant sa réparation, l'approche généralement retenue consiste à considérer que ce préjudice distinct sera réparé par le juge sans nécessairement disposer d'une évaluation précise, considérée comme impossible, sous le couvert de son pouvoir souverain.

Cela vient du fait que certains comportements délictuels comme la concurrence déloyale induisent nécessairement un préjudice que celui-ci soit mesurable ou non⁵⁴.

Il s'agit donc de le sanctionner sous le couvert du pouvoir souverain du juge du fond.

24.— Ce que nous proposons, est une exigence de justification et d'évaluation qui suppose de recourir à des moyens de démonstration et d'indemnisation élargis :

- au niveau de la preuve ;
- au niveau de la démonstration, en identifiant pour l'entreprise les conséquences économiques sur son activité ou son patrimoine des actes préjudiciables et cela si nécessaire à l'aide de la prise en compte des gains illicites qui peuvent être, pour partie, assimilés au coût subi ou au manque à gagner de la victime et retenus en tant que tels pour l'indemnisation.

Section II. L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE EXTRAPATRIMONIAL ET LA MOTIVATION DE LA DÉCISION

25.— C'est le problème majeur et récurrent : comment évaluer l'inévaluable ? Comment quantifier ce qui est rebelle à une approche économique et pécuniaire ? À l'origine, ce problème d'évaluation devait d'ailleurs faire obstacle à l'admission même du préjudice moral. Ainsi, la jurisprudence du Conseil d'État antérieure à

53. Crim. 10 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 64 (existence d'un préjudice moral distinct de l'atteinte à l'intérêt social).

54. Com. 9 févr. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 53 : « il s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice pour la société MBF, fut-il seulement moral ».

1961 affirmait que « la douleur morale n'étant pas appréciable en argent n'est pas susceptible de réparation »⁵⁵. De l'impossible appréciation pécuniaire devait se déduire le caractère non réparable. Le droit de la responsabilité ne peut rien, dans cette approche, pour l'inévaluable.

C'est encore ce problème qui fut au cœur des discussions sur la réparation du préjudice moral par ricochet : comment évaluer la souffrance ? Faut-il l'objectiver en fonction de la proximité familiale de la victime directe et de la victime médiata ?

C'est toujours d'évaluation qu'il s'agit lorsque l'on discute des barèmes et de leur pertinence dans les modes de réparation.

26.— Si l'on prend l'exemple du dommage moral — archétype du préjudice extrapatrimonial —, un consensus s'était ainsi fait sur l'idée qu'il n'était pas possible de le réparer, au sens classique du terme. L'atteinte est irréversible et s'exprime sur un terrain que rien ne peut compenser, la remise en état n'est pas concevable. Pour le dire autrement, le principe de réparation intégrale ne peut ni justifier ni guider la réparation du préjudice moral. La doctrine nourrira abondamment un tel constat.

Historiquement, on relèvera d'ailleurs que la confrontation entre préjudice extrapatrimonial et principe de réparation est plus tardive qu'on ne le pense et date du début du XX^e siècle. En effet, avant cette date le principe de réparation intégrale, tel qu'on le connaît aujourd'hui, n'existe pas. L'évaluation de la réparation est gouvernée par des règles plus souples autorisant le prononcé de dommages-intérêts alignés, certes, sur le préjudice mais tenant aussi compte de la nature du fait générateur de responsabilité, c'est-à-dire, à l'époque, en tenant compte de la gravité de la faute.

À compter du début du XX^e siècle, la règle apparaît, la réparation doit être parfaitement alignée sur le préjudice et rien que sur lui. Le préjudice devient à la fois une condition de la responsabilité et l'unique étalon de la réparation. Il faut donc mesurer le dommage pour connaître la réparation. À cet instant la discussion sur l'évaluation de la réparation du préjudice moral s'engage sur la base du jeune principe de réparation intégrale.

L'oxymore est donc là : comment réparer intégralement un préjudice qui n'est pas évaluable ?

27.— Un peu schématiquement, elle oppose trois écoles de pensée.

La première argue de l'impossible compensation du préjudice moral doublée d'une évaluation des plus contingentes pour rejeter purement et simplement la réparation du préjudice extrapatrimonial. Cette position a été défendue par quelques grands auteurs ; le droit positif leur a donné tort de sorte que la discussion s'est tarie.

55. Par ex., CE 29 déc. 1944, *Ville de Rouen c. Cons. Lefrançois* ; 10 août 1945, *Laborie*, D. 1948. Somm. 29 ; 17 déc. 1948, *Marx* ; 21 oct. 1949, *Peltier* ; 12 mars 1951, *Debriffe* ; 25 janv. 1952, *Simon et Lassalle-Barrère* ; 15 déc. 1952, *Dame Veuve Tuan* ; 2 févr. 1953, *Kieffer* ; 16 févr. 1953, *Brihaye* ; 29 oct. 1954, *Bondurand*, D. 1954. 767 ; 23 mars 1956, *Hôpital-hospice Georges Renon* ; 17 févr. 1960, *Époux Lefondeur* (décisions citées par G. Morange, préc., p. 15-16).

La deuxième, plus souple, voit dans la réparation du préjudice moral une peine privée. On y reviendra. Notons dès à présent qu'avec une telle approche, la réparation du préjudice moral sort des contraintes posées par le principe de réparation intégrale. La règle se retrouve en effet hors sujet : si la peine privée explique l'effet de la responsabilité dans ce cas, l'étalon n'est plus le dommage mais la faute à sanctionner. Voir dans la réparation du dommage moral une peine privée est une manière d'éviter les difficultés liées à l'idée de réparation du dommage moral. Mais cela devrait aussi induire un domaine d'application strict : la réparation du dommage moral ne peut alors être concevable que si, et seulement si, on est en présence d'une responsabilité pour faute. En effet, il ne peut y avoir de peine privée que là où il y a une faute à sanctionner.

Ce n'est pas la voie que la jurisprudence a choisie car elle a rapidement admis la réparation du préjudice moral sur le fondement de responsabilité sans faute, c'est-à-dire de responsabilité civile ne poursuivant pas de fonction normative où la peine privée n'est pas à sa place. Partant de là, on ne peut que constater qu'en droit positif la réparation du dommage moral s'est complètement affranchie des circonstances de sa reconnaissance, consacrant finalement à demi-mot la troisième école.

Cette dernière école, plus libérale, a développé la thèse dite satisfactoire. Il a en effet fallu trouver une explication cohérente à l'admission de la réparation du dommage moral en tenant compte de sa spécificité. C'est l'objet de la thèse satisfactoire. Les dommages-intérêts versés à la victime d'un dommage extrapatrimonial n'ont pas pour objet une remise en l'état impossible, ni même une compensation impensable ; ils poursuivent un but bien différent : offrir à la victime un moyen d'atténuer la peine. A. Tunc l'illustre par un exemple frappant : celui d'un veuf souffrant de la solitude, à qui l'acquisition d'un poste de télévision permet de la surmonter en partie.

Cette thèse, qui aujourd'hui peut seule venir au soutien de la réparation du dommage extrapatrimonial, présente néanmoins des insuffisances non négligeables.

Insuffisances théoriques d'abord : il faut reconnaître qu'elle ne fait que marquer un peu plus l'impossibilité ici de réparer le dommage. En outre, elle recèle une ambiguïté fondamentale bien difficile à repousser. Pour reprendre les termes de certains auteurs on remarque qu'« appliquée au dommage matériel, la notion de satisfaction de remplacement correspond à une réalité. Celui qui a perdu un tableau de maître par la faute d'autrui, recevra une somme d'argent qui lui permettra d'acheter un autre tableau de même qualité. Préjudice et satisfaction se situent dans un même ordre de « valeurs » : privé d'une satisfaction esthétique, on peut, grâce à l'argent, en retrouver une autre. Appliquée au dommage moral, la même solution devient vide de sens. Celui qui a perdu un être cher recevra pareillement une somme d'argent. Préjudice et satisfaction se situent dans des ordres de « valeurs » qui n'ont rien de commun »⁵⁶.

56. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, t. II : *Le fait juridique*, 11^e éd., Armand Colin, 2005, n° 140.

Insuffisances pratiques ensuite, l'évaluation est toujours aussi problématique. Que doit-on considérer ? Le dommage inévaluable par définition, ou la satisfaction de remplacement nécessaire à chaque individu. À qui suffira-t-il d'avoir une télévision pour surmonter la solitude, à qui faudra-t-il plus, à qui rien ne sera suffisant ?

Insuffisances politiques enfin. La question économique conduit à s'interroger sur l'utilité sociale d'une réparation. Or, dans l'urgence de l'indemnisation, il faut bien reconnaître que ces chefs de préjudices viennent en dernier. En effet, le libéralisme dont a fait preuve la Cour de cassation en ce qui concerne la réparation du préjudice extrapatrimonial est en passe de « devenir — si ce n'est déjà fait — un facteur d'alourdissement du coût de l'assurance disproportionné à l'importance sociale réelle de l'indemnisation de ce dommage ». Les contingences économiques contemporaines, et plus particulièrement le coût global de l'indemnisation en constante expansion, font en quelque sorte ressurgir les vieux démons : ceux de la première école : faut-il toujours réparer le dommage extrapatrimonial ?

28.— En outre, cette évaluation laissée au juge du fond de ces réparations est aujourd'hui une des critiques majeures qui est faite, car elle laisse place à des divergences par trop incompréhensibles. Dès lors que l'on devait s'affranchir de ce caractère inévaluable en soi du préjudice extrapatrimonial pour en accepter la réparation pécuniaire, devait inéluctablement se poser la question de la motivation de la décision réparatrice. Comment réparer l'irréparable ; comment justifier le quantum attribué en réparation d'un préjudice rebelle à l'évaluation ?

Sur ce point, le groupe de travail a voulu montrer les difficultés existant en droit positif en raisonnant à partir de l'exemple du droit de la presse. Il a également entendu insister sur le rôle de la Cour de cassation et son insuffisance.

§ 1. L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE ET LA MOTIVATION DE LA DÉCISION EN DROIT DE LA PRESSE

29.— Bien que certaines atteintes aux droits de la personnalité puissent être à l'origine de préjudices patrimoniaux, on sait que le dommage dont se plaint la victime est généralement un préjudice moral. Elle invoquera en effet le plus souvent « une altération de [sa] personnalité résultant d'un mensonge, une présentation inexacte de la nature profonde d'un individu ou [...] une révélation intempestive »⁵⁷.

Se pose alors la question de la réparation de ce préjudice, qui ne fait l'objet d'aucune disposition particulière de la loi. Devant le silence du législateur, c'est la jurisprudence qui a dû prendre en charge la détermination des conditions et modalités de la réparation.

57. P. Auvret, J.-Cl. droit de la communication, fasc. 3705, n° 30.

Si celle-ci s'inscrit dans une logique de responsabilité civile, elle n'en est pas moins aujourd'hui fortement marquée par l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

A. UN SYSTÈME DE RÉPARATION FONDÉ SUR UNE LOGIQUE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

30.— N'y revenons pas : la logique de la responsabilité civile implique de ne réparer que les préjudices découlant d'une faute commise par l'auteur d'un dommage, comme le prévoit l'article 1382 du Code civil.

Certes, l'évolution de la jurisprudence en matière de presse tend à l'éviction de ce texte au profit des dispositions propres aux atteintes aux droits de la personnalité⁵⁸. Il est vrai aussi qu'à chaque fois que l'atteinte porte sur la vie privée d'une personne, le droit à réparation de la victime est déduit automatiquement de la constatation de l'atteinte⁵⁹. Il reste néanmoins que, dans les domaines autres que celui de la vie privée, la victime peut être déboutée si elle ne fournit aucun élément d'appréciation de son préjudice⁶⁰.

En outre et en toute hypothèse, il reste à fixer les modalités de la réparation.

31.— Sous cet aspect, on pourrait croire *a priori* que l'appréciation du préjudice moral doit être faite en considération de la seule situation du créancier de l'indemnisation et des conditions dans lesquelles il a ressenti l'atteinte qui lui a été portée.

En réalité le mécanisme de l'évaluation est plus complexe : le dommage subi dépend des conditions dans lesquelles est intervenue la publication. L'évaluation va ainsi prendre en considération, dans une certaine mesure, la faute commise par l'auteur de la publication.

Au reste, même si l'appréciation du préjudice relève du pouvoir souverain des juges du fond et n'est pas contrôlée par la Cour de cassation, la pratique a dégagé un certain nombre de paramètres permettant d'évaluer *in concreto* le préjudice extrapatrimonial. Ils attestent du fait que la seule situation du créancier est insuffisante à rendre compte du processus de réparation. Sont ainsi pris en considération :

- la nature de l'information diffusée ;
- certaines imputations diffamatoires ou révélations touchant à la vie privée de nature à affecter gravement la personnalité ;
- la nature de l'organe de diffusion et l'importance de cette diffusion ;
- la portée d'une atteinte à la personne dépendant largement du média en cause : journal local ou presse nationale, presse écrite ou média audiovisuel et journal d'information ou journal pamphlétaire.

Le mode de diffusion est tout aussi important : une information ou une image

58. Pour une illustration récente, v. Civ 2^e, 25 janv. 2007, pourvoi n° 03-20.506 : « Les abus de la liberté d'expression ne peuvent être poursuivis et réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ».

59. V. ainsi Civ. 1^{re}, 7 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n° 378.

60. P. Auvret, J.-Cl. droit de la communication, fasc. 3716, n° 40.

diffusée en première page ou avec un titre accrocheur, ou encore pour l'audiovisuel dans une émission et à une heure de grande écoute, aura plus de portée que celle diffusée confidentiellement.

Le comportement de l'auteur et celui de la victime sont également pris en considération, qu'il s'agisse de la volonté de satisfaire la curiosité du public, la répétition des atteintes, ou encore la violation manifeste de la volonté d'autrui, d'un côté; la volonté de discrétion, ou au contraire de la complaisance et des révélations de la victime, de l'autre.

B. L'INFLUENCE DE LA CEDH ET DES DROITS FONDAMENTAUX

32.— Mais là ne s'arrêtent pas les facteurs de la réparation des préjudices soufferts. Il faut ajouter qu'ici la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ont fortement œuvré.

Elles ont d'abord fortement influencé l'appréciation du fond du droit. Comment expliquer, sinon par la nécessité d'assurer l'égalité de traitement des protagonistes (qu'ils agissent ainsi au civil ou devant les juridictions pénales), l'éviction de l'article 1382 du Code civil du domaine du droit de la presse au profit des seules dispositions propres à la matière? La meilleure prise en considération du principe de la liberté d'expression et la recherche d'une conciliation entre les droits et libertés en conflit ne sont-elles pas directement inspirées des pratiques de la CEDH?

33.— Mais cette influence va également influencer sur la réparation des dommages. La CEDH prête ainsi une attention particulière aux sanctions encourues par les auteurs d'atteintes aux droits de la personnalité commises par la voie de la presse.

Elle considère que l'existence dans le dispositif législatif national de sanctions pénales d'emprisonnement, même non appliquées, est contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, car elle peut décourager les organes de presse ou les citoyens de s'exprimer sur des sujets d'intérêt général⁶¹.

Peu importe que la sanction puisse être assortie du sursis : « la suspension conditionnelle du prononcé de la peine a eu pour effet de limiter l'activité de la requérante en sa qualité d'éditrice et de réduire son aptitude à offrir à l'opinion publique des points de vue qui ont leur place dans un débat public... »⁶².

Les sanctions civiles font aussi l'objet de l'attention de la cour à travers l'application du principe de proportionnalité : limiter la sanction à ce qui est strictement nécessaire à la protection du droit affecté, sans nuire irrémédiablement aux intérêts de l'autre partie.

La jurisprudence de la cour admet que, pour le calcul des dommages-intérêts, les législations et juridictions nationales disposent d'un large pouvoir d'appréciation,

61. CEDH 22 févr. 1989, *Barfod c. Danemark*, req. n° 11508/85 : « il faut se garder de décourager les citoyens, par peur de sanctions pénales ou autres, de se prononcer sur des problèmes d'intérêt public ».

62. CEDH 18 juill. 2000, *Sener c. Turquie*, req. n° 26680/95.

afin de tenir compte « de l'infinie variété des situations de faits qui peuvent se présenter » et adapter les indemnités aux faits de chaque espèce⁶³.

C'est au regard de cette flexibilité que se pose la question d'une éventuelle déconnexion des dommages-intérêts par rapport aux préjudices dont la victime est en mesure d'apporter les justifications, voire par rapport à l'allocation de ces dommages-intérêts aux personnes visées par les atteintes.

À cet égard, il a parfois été proposé d'autoriser les tribunaux à ordonner le versement des indemnités à des œuvres d'intérêt général, pour sanctionner, et non réparer, les violations délibérées de la loi imputables à certains organes de presse⁶⁴.

Le système des peines privées est aussi évoqué⁶⁵, qui permettrait de condamner beaucoup plus substantiellement les auteurs d'infractions de presse, sauf à ce qu'une partie des fonds soit destinée à des œuvres ou institutions désignées par la victime.

34.— Si la jurisprudence de la CEDH n'exclut pas que des sommes importantes soient allouées en réparation des infractions de presse, elle contrôle néanmoins la manière dont les indemnités sont fixées et retient la violation de l'article 10 lorsque les raisons invoquées par les juridictions internes ne lui apparaissent pas suffisamment convaincantes⁶⁶. C'est donc une invitation à une motivation rigoureuse de l'adéquation et de la nécessité de l'indemnité, autant qu'une invitation à la modération, car la cour juge qu'une indemnité d'une « ampleur disproportionnée » ne pourrait pas être admise⁶⁷.

Le refus des indemnités disproportionnées s'inspire de la même idée que le rejet des sanctions pénales : c'est une invitation à l'autocensure des organes pour éviter les sanctions incompatibles avec le principe de la liberté d'expression.

Le contrôle de la cour est tel que parfois, elle considère comme une « ingérence disproportionnée » certaines condamnations symboliques, lorsqu'elles ne sont pas justifiées par les circonstances de la cause⁶⁸.

35.— Une même rigueur se manifeste pour des mesures de nature différente.

Il a ainsi été jugé que les mesures visant à la confiscation ou la saisie du matériel appartenant à un journal constituent une ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression. De même, pour les mêmes mesures de saisie portant sur la publication⁶⁹.

Dans l'affaire *Plon c. France* du 18 mai 2004, la CEDH a estimé contraire à l'article 10 de la Convention une interdiction définitive de publication d'un ouvrage, s'ajoutant à des dommages-intérêts, alors que l'interdiction provisoire prise en référé, dans le temps suivant immédiatement la publication, a pu être considérée comme

63. CEDH 13 juill. 1995, *Tolstoy Miloslavsky c. RU*, req. n° 18139/91.

64. D. Amson, « Protection civile de la vie privée », *J.-Cl. droit de la communication*, fasc. 3720, n° 56.

65. B. Beignier, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995, p. 213 s.

66. CEDH 19 avr. 2001, *Maronek c. Slovaquie*, req. n° 32686/96.

67. CEDH *Tolstoy Miloslavsky c. RU*, préc.

68. CEDH 22 déc. 2005, *Paturel c. France*, req. n° 54968/00 ; 31 janv. 2006, *Giniewski c. France*, req. n° 64016/00 ; 11 avr. 2006, *Braslier c. France*, req. n° 71343/01.

69. CEDH 15 oct. 2002, *Ayşe Öztürk c. Turquie*, req. n° 24914/94.

justifiée au regard du trouble causé par la publication en cause et du caractère limité dans le temps de la mesure (même arrêt).

36.— L'évolution de la jurisprudence en matière d'atteintes aux droits de la personnalité montre ainsi un souci croissant des juridictions d'assurer la conciliation entre des droits et libertés d'égale valeur : le principe de la liberté d'expression d'un côté, la nécessité de respecter la vie privée ou la réputation des personnes de l'autre.

Cette évolution conduit à une appréciation très circonstancielle de chaque cas d'espèce et rend plus malaisée la recherche d'une ligne directrice de la jurisprudence. Il suffit pour cela de relever la complexité réelle de l'analyse des décisions rendues dans les domaines de la vie privée et du droit à l'image.

Mais indépendamment de cette circonstance, il faut admettre que l'évolution constatée conduit à un effort sérieux d'approfondissement des motivations des décisions rendues en ce domaine, à l'instar de ce que propose la CEFH. La motivation des arrêts et jugements reste néanmoins perfectible en matière de réparation des dommages : elle se réduit trop souvent à de simples affirmations théoriques, sans réelle appréciation des circonstances de chaque espèce. À la décharge des juges, les écritures et dossiers des parties ne fournissent pas toujours les éléments propres à favoriser une réflexion sérieuse sur cet aspect des litiges.

La jurisprudence récente de la CEDH devrait pourtant favoriser la prise de conscience, par la communauté des juristes, que le procès ne se limite pas à la constatation de la violation d'un droit.

§ II. LE RÔLE DE LA COUR DE CASSATION

37.— Il reste que, globalement, les éléments d'appréciation restent indéterminés. D'où la question du rôle, ici, de la Cour de cassation.

Dans sa décision du 9 novembre 1999⁷⁰, le Conseil constitutionnel a jugé que : « L'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre 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 »⁷¹. L'article 1382 du Code civil traduit ainsi une exigence constitutionnelle.

La CEDH applique, pour sa part, aux créances d'origine délictuelle, la protection du droit de propriété affirmée par le protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme⁷².

Si le droit à réparation a ainsi acquis une valeur constitutionnelle, il n'existe pas

70. Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419.

71. N. Molfessis, « La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », JCP 2000. I. 210 ; G. Viney, JCP 2000. I. 281 n° 1.

72. CEDH 20 nov. 1995, RTD civ. 1996. 1019, obs. Marguenaud.

de principe imposant une nécessaire équivalence entre le dommage subi et le montant de la réparation ; à tout le moins, on ne saurait y voir un droit garanti directement par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Aussi, c'est au regard de ce principe dit de « la réparation intégrale » ou de « l'équivalence entre dommage et réparation » que les juges doivent, quelle que soit la nature du préjudice éprouvé, évaluer le montant des dommages-intérêts. Pourtant, s'agissant du dommage moral au sens large, on s'accorde à constater que « réparer intégralement par de l'argent ce qui n'a pas de correspondant pécuniaire ne veut strictement rien dire »⁷³.

L'énoncé des exigences découlant du principe de la réparation intégrale démontre que celui-ci est inadapté et inapproprié au dommage. Ainsi, le principe de la réparation intégrale implique que la réparation de tous les chefs de préjudices subis par la victime permette de compenser et d'effacer exactement ces différents préjudices, d'une part, en la replaçant dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu et, d'autre part, sans excéder la valeur de chacun d'eux en procurant ainsi un enrichissement à la victime.

Pour autant, le principe de la réparation intégrale s'applique à la réparation de tous les préjudices quelle qu'en soit la nature, et notamment aux préjudices personnels extrapatrimoniaux. Ainsi, la Cour de cassation déclare applicable le principe de la réparation intégrale au préjudice moral⁷⁴.

Cette inadéquation du principe de la réparation intégrale au préjudice extrapatrimonial auquel il s'applique pourtant, influence directement la nature et l'étendue du contrôle opéré par la Cour de cassation sur l'évaluation, par les juges du fond, du montant des dommages-intérêts alloués.

D'un côté, s'agissant des motifs exprimés par les juges du fond quant à l'évaluation de ces préjudices, la cour régulatrice assure essentiellement le respect du principe de la réparation intégrale et des exigences qu'il impose. De l'autre, elle restreint en la matière son contrôle disciplinaire classique de l'absence ou de l'insuffisance manifeste de motivation, favorisant ainsi l'absence de tout motif au soutien de l'évaluation des dommages-intérêts ; ce faisant, elle autorise les juges du fond à s'affranchir des règles découlant du principe de la réparation intégrale.

A. UN CONTRÔLE DU RESPECT DU PRINCIPE DE LA RÉPARATION INTÉGRALE

38.— La Cour de cassation assure un contrôle sur les motifs qui révèlent l'intention des juges du fond de s'affranchir du principe de la réparation intégrale et des règles d'évaluation découlant de ce principe.

73. G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 2^e éd., LGDJ, 2001, n° 152 ; J. Flour, J.-J. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 136 s. et 370 ; Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, 3^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 1996, n° 90. p. 159.

74. Crim. 8 juill. 1975, JCP 1976. II 18369, note M. Caleb ; Civ. 2^e, 8 mai 1964, JCP 1965. II. 15140, note P. Esmein.

Ainsi, elle censure les décisions des juges du fond dont les motifs révèlent une indemnisation excédant le montant du préjudice subi⁷⁵ ou « ne permettent pas à la Cour de cassation de vérifier si les sommes allouées n'excèdent pas le préjudice »⁷⁶.

Un tel contrôle des motifs exprimés par les juges du fond n'est pas propre aux préjudices extrapatrimoniaux ; mais il revêt ici revêt une portée particulière en raison même de l'impossibilité de convertir un préjudice moral en unités monétaires.

39.— Aussi, la Cour de cassation censure-t-elle les décisions des juges du fond dont la motivation révèle une évaluation du montant des dommages-intérêts au regard de considérations que l'on peut définir de manière générale comme relevant de l'équité. Il en est ainsi des arrêts d'appel dont il ressort expressément que l'évaluation s'est faite « en équité » ou encore aux termes desquels le juge a eu la maladresse de reconnaître qu'il avait fixé le montant des dommages-intérêts à une « somme forfaitaire », reconnaissant par là même que l'évaluation qu'il en a fait n'était pas en corrélation avec son importance⁷⁷.

Il faut cependant relativiser quelque peu la portée de ce contrôle en soulignant que, même lorsque les juges du fond se sont expressément référés à l'équité, leur arrêt n'encourt pas nécessairement la censure dès lors que d'autres motifs permettent de s'assurer qu'ils ont également apprécié le montant des dommages-intérêts au regard du préjudice effectivement subi. Autrement dit, la Cour de cassation n'hésite pas en la matière à tenir pour surabondant le motif faisant référence à l'équité dès lors qu'elle relève par ailleurs l'existence d'autres motifs justifiant légalement la décision attaquée.

40.— De la même manière, la cour censure les décisions qui lui sont déférées lorsque les motifs révèlent que, dans l'évaluation du montant des dommages-intérêts, les juges du fond se sont fondés sur des considérations étrangères à l'ampleur du préjudice subi. Tel est le cas des décisions qui font état de motifs relatifs à la gravité ou au caractère intentionnel de la faute commise, la Cour de cassation affirmant que « l'indemnité nécessaire pour compenser le dommage subi doit être calculée en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de ladite indemnité »⁷⁸.

Ainsi, elle n'a jamais consacré la possibilité de prendre en considération la gravité de la faute pour fixer le montant de la réparation en dépit de l'invitation formulée par divers auteurs. Comme l'expriment Flour et Aubert, la réparation du dommage moral ne devrait-elle pas pourtant s'analyser comme une peine privée, de sorte que « s'il on avouait qu'il s'agit de punir, il aurait été naturel de mesurer les dommages-intérêts à la gravité de la faute, ce qui, sans constituer un critère rigide, aurait du moins évité des appréciations trop abusivement divergentes d'une espèce à l'autre »⁷⁹ ?

75. Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n° 264.

76. Civ. 2^e, 21 juin 1989, *Bull. civ.* I, n° 134.

77. Civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* I, n° 296.

78. Civ. 2^e, 8 mai 1964, *JCP* 1965. II. 14140, note P. Esmein.

79. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 136 et 137.

Ainsi qu'il sera vu plus loin, l'absence de contrôle effectif de la Cour de cassation sur le défaut de motif en la matière a, paradoxalement, pour effet — et certainement de manière plus importante mais aussi plus opportune s'agissant de la réparation du préjudice moral — d'autoriser les juges du fond à tenir compte de la gravité de la faute dans le montant de l'évaluation... dès lors qu'ils n'en disent mot. D'où cette affirmation du doyen Carbonnier selon laquelle l'indifférence de la faute dans l'évaluation du dommage est « une règle plus théorique que pratique ».

41.— C'est un même désaveu qui marque les décisions qui fixent le montant des dommages-intérêts au regard de motifs révélant la prise en compte de considérations tirées du comportement de la victime, dès lors que ces motifs n'apparaissent pas surabondants. À cet égard, la Cour de cassation refuse la pratique dite du *duty to mitigate* qui consiste à diminuer l'indemnisation due par le créancier en considération du fait qu'il n'aurait pas pris toutes les mesures raisonnables qui étaient en son pouvoir pour limiter les effets du préjudice éprouvé après l'apparition de celui-ci. A ainsi été censuré l'arrêt d'appel limitant l'indemnisation de la victime au motif que son refus de se soigner est fautif alors que la victime n'a pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins⁸⁰. Dans le même sens, la Haute Juridiction a retenu que l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable⁸¹.

42.— C'est toujours au nom du principe de la réparation intégrale que la Cour de cassation marque sa défaveur de principe à l'égard de la « condamnation symbolique »⁸² ou « de principe ». Cette hypothèse concerne en pratique très souvent la réparation du préjudice moral lorsque, sous couvert d'une réparation de principe, les juges du fond ont reconnu la difficulté ou l'impossibilité éprouvée pour évaluer ce chef de préjudice. Pour autant, là encore, et notamment dans l'hypothèse d'une allocation symbolique d'un euro, c'est bien le principe de la réparation intégrale du préjudice qui permet de faire le départ entre les décisions qui encourent la censure et celles face auxquelles, au contraire, la Cour de cassation, renvoyant à l'appréciation souveraine des juges du fond, rejette le pourvoi.

Ainsi, l'allocation d'un euro de dommages-intérêts peut, malgré son apparence de condamnation symbolique, révéler une évaluation par principe souveraine du préjudice réellement subi. Dans ce cas, une telle évaluation échappe à toute critique utile devant la Cour de cassation⁸³.

En outre, il faut rappeler qu'en la matière, les juges du fond demeurent bien évidemment tenus par les prétentions des parties. Lorsque c'est la victime elle-même qui, au titre notamment de la réparation de son préjudice moral, s'est bornée à

80. Civ. 2^e, 19 juin 2003, *Bull. civ.* II, n° 203 ; Crim. 7 nov. 2001, *Bull. crim.*, n° 230 ; Crim. 10 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 64.

81. Civ. 2^e, 19 juin 2003, *Bull. civ.* II, n° 203, arrêt n° 1 ; *JCP* 2004. I. 101 n° 9 s., obs. G. Viney ; *RTD civ.* 2003.716, obs. P. Jourdain.

82. Crim. 15 janv. 1997, *Bull. crim.*, n° 11.

83. V. Crim. 16 mai 1974, *Bull. crim.*, n° 178, *D.* 1974.513, rapp. du conseiller Dauvergne.

demander la condamnation de l'auteur du dommage à lui verser la somme d'un euro, manifestant par là même le fait qu'à ses yeux, le préjudice moral qu'elle a subi ne peut être effectivement réparé en argent, et qu'en réalité c'est la décision de justice elle-même, en ce qu'elle aura consacré la réalité de son préjudice, qui participe à la réparation de celui-ci, le juge ne peut lui allouer une indemnisation supérieure.

Ainsi, dans l'évaluation du préjudice subi, les juges du fond sont, en tout état de cause, nécessairement liés par les demandes des parties, et ne peuvent statuer *ultra petita*. Qu'elle relève de la procédure prévue par les articles 463 et 464 du Code de procédure civile ou du pourvoi en cassation comme s'accompagnant d'une violation de la loi (art. 4 et 5 C. pr. civ.), l'interdiction d'accorder plus qu'il n'est demandé marque une limite effective à l'obligation faite aux juges d'évaluer le dommage à hauteur du préjudice réellement subi.

À cette occasion, et parce qu'est évoquée l'hypothèse dans laquelle les juges du fond ont reconnu la difficulté éprouvée dans l'évaluation du préjudice subi, il convient de souligner que la Cour de cassation est parfois amenée à assurer un contrôle indirect sur l'évaluation du préjudice, sous l'angle de l'office du juge.

À peine de violation des dispositions de l'article 1382 du Code civil, les juges du fond ne peuvent refuser d'évaluer le montant d'un dommage dont ils ont pourtant constaté l'existence dans son principe, et ce à raison du « défaut de tous éléments permettant son évaluation »⁸⁴. Encore, les juges du fond ne peuvent se dispenser de tenir compte d'un élément du préjudice expressément invoqué lorsqu'il résulte directement du fait dommageable⁸⁵. Dans le même sens, mais de manière plus sévère — car rendu au visa de l'article 4 du Code civil relatif au déni de justice — la Cour de cassation a retenu, en matière de responsabilité contractuelle, que viole ce texte la cour d'appel, qui, au motif notamment que la victime demande une somme globale pour l'ensemble de trois postes de préjudice et « qu'il est impossible au vu de la facture (produite) de déterminer avec une précision suffisante la somme correspondant à la réparation des fissures », avait refusé d'évaluer le dommage dont elle avait pourtant constaté l'existence en son principe⁸⁶. La Cour de cassation retient ainsi que les juges du fond méconnaissent leur office et commettent un excès de pouvoir lorsque, après avoir constaté l'existence et la réalité du dommage dont il était demandé réparation, ils ont refusé de l'évaluer au motif qu'il est impossible de déterminer avec une précision suffisante la somme correspondant à la réparation de ce préjudice.

La difficulté éprouvée par les juges du fond dans l'expression monétaire du préjudice extrapatrimonial, soit au regard de la nature de celui-ci, soit notamment en l'état de l'insuffisance des éléments de preuve apportés par les parties, ne peut justifier une quelconque dérogation à l'obligation faite aux juges d'assurer une réparation intégrale du préjudice subi.

84. Civ. 2^e, 17 mars 1993, *Bull. civ.* II, n° 118 ; Crim. 24 oct. 2006, pourvoi n° 05-85.995.

85. Civ. 3^e, 24 juin 1987, *Bull. civ.* III, n° 130.

86. Civ. 3^e, 6 févr. 2002, *Bull. civ.* III, n° 34.

43.— Assurer le principe de la réparation intégrale impose encore la réparation de chaque chef de préjudice subi. À ce titre, la question se pose de savoir si les juges du fond peuvent assurer une réparation « toutes causes de préjudice confondues ». La faculté de suivre une telle pratique, impliquant l'absence d'obligation pour les juges du fond d'individualiser et de distinguer le quantum des dommages alloués pour chacun des chefs de préjudice réparés, revêt une importance particulière s'agissant des préjudices extrapatrimoniaux.

En effet, on a déjà souligné à diverses reprises que ces préjudices à caractère personnel n'ont pas, par nature, d'équivalent monétaire permettant d'en assurer une réparation effective. Souvent, c'est bien la décision de justice elle-même qui, consacrant le statut de victime du plaignant, détaillant la nature exacte des différents préjudices qu'il a subis et individualisant les sommes allouées pour chacun de ces préjudices, participe à l'indemnisation satisfaisante de la victime. Dans cette mesure, une absence de motivation spécifique de l'évaluation de chacun des préjudices consacrés et réparés et au contraire la réparation d'un préjudice global toutes causes de préjudices confondues peuvent apparaître particulièrement inopportunes en ce qu'elles peuvent être ressenties par la victime comme une négation de ses préjudices, parfois même à l'origine d'une aggravation des souffrances.

En outre on a pu relever que « cette évaluation *in globo* risque d'amener à des solutions de paresse et on peut se demander si elle n'est pas une des raisons du manque d'unité de la jurisprudence, dans la mesure où elle ne permet pas d'études comparatives »⁸⁷.

Enfin, comme le relevait Y. Chartier, on ne peut que constater que l'allocation d'une somme « toutes causes de préjudices confondues » bat en brèche, dans une certaine mesure, le principe même de la réparation intégrale dès lors qu'« il est difficile de savoir dans quelle mesure le juge a effectivement pris en considération tel ou tel chef précis de dommage et, quand il l'a retenu, s'il l'a ou non intégralement indemnisé »⁸⁸.

Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 20 juillet 1993 avait permis de nourrir certains espoirs quant à une limitation de cette pratique au moins au regard de la nécessité de répondre aux conclusions d'appel des parties. La Cour de cassation avait en effet censuré, au visa des articles 455 et 458 du nouveau Code de procédure civile, la décision d'une commission d'indemnisation des victimes d'infraction qui s'était bornée à fixer à une certaine somme « toutes causes de préjudices confondues » le montant de l'indemnité, sans répondre aux conclusions qui contestaient une partie de ces préjudices.

Pour autant, aucune interdiction par principe de l'évaluation globale « toutes causes de préjudices confondues » n'est depuis lors intervenue. Au contraire, la Cour de cassation semble admettre assez largement une telle évaluation globale et ce, alors

87. M. Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel*, Litec, 2008, n° 5.

88. Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit privé », 1997, n° 126.

même que devant les juges du fond, la victime avait pris le soin de distinguer et de discuter très précisément l'évaluation de chacun des chefs de préjudices dont elle demandait réparation. Saisie du moyen tiré de l'impossibilité d'adopter une « méthode d'évaluation globale des dommages en cause », la Cour de cassation l'écarte très régulièrement en se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond après avoir constaté que la détermination de l'indemnité allouée a été faite dans les limites des conclusions des parties⁸⁹.

Au surplus, il faut rappeler que dans son arrêt précité du 1^{er} février 1995⁹⁰, la deuxième chambre civile a écarté le moyen tiré de ce que la définition globale du préjudice personnel non économique spécifique de contamination par le VIH et partant son évaluation globale auraient méconnu le principe de la nécessaire appréciation *in concreto* de l'ensemble des chefs de préjudice subis et retenu que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'apprécier les divers chefs de préjudice [...] subis [...] et les modalités propres à en assurer la réparation intégrale, que la cour d'appel [...] a inclus sous la qualification de préjudice personnel spécifique de sa contamination l'ensemble des préjudices d'ordre physiologique, psychologique et moral... ».

La seule limite effective à la liberté laissée aux juges du fond de prononcer une évaluation globale, sans distinguer les différents chefs de préjudice réparés, réside dans la nécessaire distinction entre l'évaluation des préjudices soumis à recours de la part des caisses de sécurité sociale et ceux qui ne le sont pas. Encore, et dans le même sens, il faut rappeler la distinction imposée par l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, relative à l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation, entre d'une part, « la part d'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime et, d'autre part, la part d'indemnité de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément » et ce pour la mise en œuvre du recours des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne.

Pour autant, à l'intérieur de ces deux catégories, les juges du fond conservent la faculté de prononcer une indemnisation globale.

44.- Assurer la réparation intégrale du préjudice extrapatrimonial impose logiquement, enfin, une évaluation *in concreto* dont la Cour de cassation assure en principe le respect. Si tout le préjudice mais rien que le préjudice doit être réparé, l'indemnisation ne peut se faire qu'après une appréciation et une évaluation, au cas par cas, de chacun des préjudices subis en tenant compte de la situation personnelle et individuelle de la victime et exclut en principe toute barémisation impersonnelle et abstraite et une appréciation et une évaluation fondées sur des critères purement objectifs. Là sont les principes dont la Cour de cassation, même s'agissant des préjudices extrapatrimoniaux, assure le respect.

89. Crim. 4 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 106 ; Civ. 1^{re}, 16 juill. 1991, *Bull. civ. I*, n° 249, JCP 1992. I. 3572, obs. G. Viney ; Soc. 7 mai 1998, pourvoi n° 96-40.858.

90. Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1995, *Bull. civ. II*, n° 42.

Mais en pratique, elle ne censure en réalité que les décisions dont il ressort que les juges du fond se sont dispensés de toute appréciation *in concreto* et se sont uniquement référés à un barème préétabli ayant une portée générale et auquel ils se sont considérés comme liés ou encore à une pratique jurisprudentielle constante. Pour autant, les censures sur ce fondement apparaissent particulièrement limitées, la Cour de cassation admettant la référence à des critères objectifs dès lors qu'il apparaît soit que les juges du fond ont pris en considération les circonstances propres à l'espèce lui ayant permis de fixer *in concreto* le montant de l'évaluation, soit que le barème appliqué permettait lui-même de prendre en considération les spécificités de la victime et par là même d'individualiser l'évaluation du préjudice.

À titre d'exemple, par un arrêt en date du 16 mai 1994, la Cour de cassation a rejeté le moyen tiré de ce qu'en opposant à la victime que ses réclamations des chefs du *pretium doloris* et du préjudice d'agrément étaient disproportionnées avec les indemnités habituellement allouées, l'arrêt attaqué aurait fait application d'un « barème du reste non précisé et un plafonnement non justifié par une évaluation individuelle » et par là même aurait « privé la victime de son droit à réparation intégrale en violation de l'article 1382 du Code civil ». La Cour de cassation a retenu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel avait, « sans référence à un barème, fixé le montant du *pretium doloris* et du préjudice d'agrément »⁹¹.

La Cour de cassation rejette ainsi souvent les moyens tirés de ce que les juges du fond auraient invoqué un élément forfaitaire lié à un barème et partant violé l'article 1382 du Code civil, en retenant, par exemple, que « c'est dans l'exercice souverain et sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel, se référant à la méthode et au mode de calcul qui lui ont paru le mieux appropriés, a fixé l'indemnité devant réparer intégralement le préjudice invoqué »⁹².

En outre, elle n'hésite pas, pour rejeter le pourvoi dirigé contre un arrêt d'appel ayant expressément retenu que « les demandes des consorts C..., concernant leur préjudice moral, sont conformes à la jurisprudence de la cour et doivent être retenues » à considérer qu'un tel motif, faisant référence à des décisions antérieures rendues en la matière, est surabondant⁹³, et ce alors même qu'à la lecture de l'arrêt, il semble que ce motif ait été le seul retenu par les juges du fond.

B. UN FAIBLE CONTRÔLE DISCIPLINAIRE SUR L'ABSENCE OU L'INSUFFISANCE DE MOTIFS

45.- La détermination de la somme propre à « réparer » ou indemniser le préjudice précédemment constaté est une question de pur fait qui à ce titre relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et échappe à tout contrôle de la Cour de cassation, ce qui est totalement justifié. Il n'appartient pas à la cour régulatrice

91. Civ. 2^e, 16 mai 1994, pourvoi n° 92-20.113.

92. Civ. 2^e, 17 févr. 1983, *Bull. civ. II*, n° 45.

93. Crim. 3 mars 1993, *Bull. crim.*, n° 100.

d'assurer une unification des évaluations pécuniaires d'un préjudice donné. L'évaluation de l'indemnité est ainsi déterminée souverainement.

Pour autant un tel pouvoir souverain des juges du fond ne devrait pas en principe les dispenser de l'obligation d'assortir leur décision d'une motivation effective et minimale. Cette exigence de motivation permet en effet de faire le départ entre les matières relevant de l'appréciation souveraine et celles, exceptionnelles, relevant du pouvoir discrétionnaire des juges du fond. En forme de principe, la Cour de cassation retient ainsi que « si les juges du fond apprécient souverainement dans les limites de la demande de la partie civile, l'indemnité due à la victime [...] cette appréciation cesse d'être souveraine lorsqu'elle est fondée sur des motifs insuffisants, contradictoires ou erronés »⁹⁴. C'est là la marque d'un contrôle disciplinaire classique de la motivation, sanctionné, en matière civile, sur le fondement de l'article 455 du Code de procédure civile.

Pourtant, la pratique enseigne que ce contrôle disciplinaire sur l'existence même d'une motivation au soutien de l'évaluation du préjudice apparaît extrêmement limité. Plusieurs solutions constamment réaffirmées par la Cour de cassation permettent de s'en convaincre. Ainsi, la formation la plus solennelle de la Cour de cassation a retenu que les juges du fond apprécient souverainement le montant du préjudice dont ils justifient l'existence par la seule évaluation qu'ils en font, « sans être tenus d'en préciser les divers éléments »⁹⁵. Dans cette espèce il était fait grief à la cour d'appel d'avoir condamné une partie au paiement de la somme de 100 000 francs « au vu des éléments produits », sans les analyser, et partant d'avoir méconnu les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile. Une telle solution va au-delà de ce qu'autorise traditionnellement l'appréciation souveraine des juges du fond. Il est en effet constant qu'ils ne peuvent motiver leur décision en se bornant à constater qu'ils disposent des éléments suffisants pour faire droit à la demande⁹⁶ ou encore en se dispensant d'analyser même sommairement les éléments de preuve sur lesquels ils se fondent⁹⁷.

Autoriser les juges du fond à fixer le montant des dommages-intérêts alloués, au seul visa des éléments et des circonstances de la cause, revient en réalité à les dispenser de toute motivation.

De même, la Cour de cassation retient que si les juges du fond apprécient souverainement l'indemnité due à la victime, ils ne sont pas « tenus de spécifier les bases sur lesquelles ils en ont évalué le montant »⁹⁸. Elle retient encore que, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, les juges du fond se réfèrent à la méthode et au mode de calcul qui leur ont paru les mieux appropriés⁹⁹. Dans un arrêt du 13 septembre

94. Crim. 27 oct. 1976, D. 1976. IR. 323.

95. Ass. plén. 26 mars 1999, Bull. Ass. plén., n° 3.

96. Civ. 3^e, 8 juill. 1981, Gaz. Pal. 1982. I. Pan. 57.

97. Civ. 2^e, 9 janv. 1991, Bull. civ. II, n° 6 ; Civ. 2^e, 6 déc. 1989, Bull. civ. II, n° 216.

98. Crim. 27 oct. 1976, Bull. crim. n° 301 ; Crim. 30 janv. 1992, pourvoi n° 88-83.335.

99. Civ. 2^e, 17 févr. 1983, Bull. civ. II, n° 45.

1988¹⁰⁰, la chambre criminelle, pour écarter le moyen tiré de ce que la cour d'appel avait réduit, sans motivation spéciale, l'indemnisation allouée telle que l'avaient fixée les premiers juges, a retenu que les juges du fond n'avaient pas « par des motifs spéciaux, à justifier les raisons pour lesquelles ils ne font droit que partiellement aux demandes en réparation qui leur sont soumises ».

Cette dispense de motivation non seulement quant aux méthodes et aux bases de calcul ayant permis l'évaluation du préjudice, mais aussi quant aux circonstances de fait ayant eu une influence sur cette évaluation, de même que la dispense de ventilation détaillée entre les indemnités allouées pour chacun des chefs de préjudices réparés, favorise la pratique du simple prononcé — sans explication — d'une somme allouée à titre de dommages-intérêts, en réparation d'un ou de plusieurs préjudices. Une telle absence de motivation donne souvent l'impression au justiciable que le montant alloué procède, en apparence au moins, d'une évaluation forfaitaire ou relevant de l'équité — ce qui, s'agissant du préjudice moral est bien souvent la réalité — et parfois même totalement arbitraire.

Cette exemption de motivation concourt également à l'absence d'unification et de prévisibilité des règles applicables quand bien même il ne pourrait relever de l'office de la Cour de cassation d'unifier l'évaluation pécuniaire applicable à un préjudice donné.

46.— Cette absence de contrôle confère aux juges du fond une indéniable liberté dans l'évaluation du préjudice et leur permet — dès lors qu'ils n'en disent mot — de prendre d'autres éléments en considération pour fixer le montant des dommages-intérêts, comme l'équité, la gravité ou le caractère intentionnel de la faute, l'étendue du patrimoine de la victime ou du responsable ou encore des éventuels barèmes d'indemnisation propres à chaque juridiction.

Ainsi, l'absence de contrôle effectif de la Cour de cassation sur le défaut de motif a paradoxalement pour effet — et certainement de manière plus importante s'agissant de la réparation notamment du préjudice moral — d'autoriser les juges du fond à fixer le montant des dommages-intérêts alloués en considération de critères étrangers au principe de la réparation intégrale. En cela, l'absence effective de contrôle de la Haute juridiction sur l'existence d'une motivation au soutien de l'évaluation du préjudice peut apparaître opportune ou du moins inévitable s'agissant des préjudices extrapatrimoniaux.

On voit en effet difficilement comment la Cour de cassation pourrait exiger des juges du fond une motivation respectueuse du principe de la réparation intégrale s'agissant de l'évaluation des préjudices extrapatrimoniaux, lesquels, par nature, ne sont pas réparables en argent.

Opportune s'agissant de tels préjudices extrapatrimoniaux, la position de la Cour de cassation l'est en revanche beaucoup moins s'agissant des autres préjudices dont l'évaluation monétaire, même si elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, peut parfaitement se satisfaire d'une motivation effective dans le res-

100. Crim. 13 sept. 1988, pourvoi n° 88-81.845.

pect du principe de la réparation intégrale. Elle s'explique néanmoins dans la mesure où la Cour de cassation ne saurait faire varier l'étendue de son contrôle en fonction de la nature du préjudice en cause.

47.— En définitive, seul l'abandon du principe de la réparation intégrale s'agissant des préjudices extrapatrimoniaux pourrait permettre de consacrer l'obligation pour les juges du fond d'assortir leur décision d'une motivation effective — notamment sur la méthode et les bases de calcul retenues — quant à l'évaluation des sommes qu'ils allouent en « réparation » de tout type de préjudice.

Dans ce sens, comme l'avait envisagé le conseiller doyen Aubert, il pourrait être reconnu que la réparation d'un préjudice extrapatrimonial ne peut s'analyser que comme une peine privée ayant pour objet de punir son auteur, autorisant à ce titre, la prise en compte avouée par les juges du fond de la gravité de la faute ou de son caractère intentionnel.

Section III. LE PRÉJUDICE EXTRAPATRIMONIAL ET LES DOMMAGES-INTÉRÊTS PUNITIFS

48.— L'instrumentalisation du préjudice moral à des fins de peine privée que trahit l'analyse de la jurisprudence invite à s'interroger sur le point de savoir s'il ne faudrait pas mieux délaissier le masque déformé du préjudice extrapatrimonial pour introduire de manière plus assumée les dommages-intérêts punitifs en droit positif.

§ I. LE CONSTAT : L'INSTRUMENTALISATION DU PRÉJUDICE MORAL COMME PEINE PRIVÉE

49.— Le constat est trop classique pour qu'on s'y arrête longuement. La réparation du préjudice moral est devenue, dans de nombreuses hypothèses, une forme de peine privée visant à sanctionner l'auteur du dommage. P. Esmein en fit le constat il y a plus d'un demi-siècle : « il est vrai que, dans beaucoup de cas, il s'agit d'un dommage causé méchamment ou au moins intentionnellement. Et alors on peut penser que dans l'esprit des juges, la condamnation constitue une peine privée »¹⁰¹. Il faisait écho au constat devenu classique de G. Ripert, qui pouvait souligner que ces actions en responsabilité sont *vindictam sperantes* : « sans doute la victime ne crie pas devant le juge son désir de vengeance pour ne pas avilir sa cause ; le juge ne dit pas dans sa sentence qu'il punit le coupable, parce qu'il a seulement le droit d'indemniser la victime ; mais le dessein de frapper l'auteur d'une faute est visible dans l'action du demandeur, et la

101. P. Esmein, préc., spéc. p. 115.

peine privée se cache sous la forme d'une indemnité quand le juge tient compte, pour en fixer le montant, de la gravité de la faute et de la fortune du défendeur »¹⁰².

Il pouvait déjà en donner nombre d'illustrations : la réparation du dommage subi par le mari dont la femme a été victime d'un outrage public à la pudeur¹⁰³ ; celui du père devant les enfants duquel un instituteur a tenu des propos antipatriotiques, antireligieux et obscènes¹⁰⁴, du trouble causé dans une famille par des lettres anonymes¹⁰⁵.

La volonté des juges de conférer à la responsabilité civile, *via* une instrumentalisation du préjudice moral, une fonction punitive n'a fait que croître ces dernières années. La malléabilité naturelle du préjudice moral n'est pas étrangère à ce phénomène : à l'opposé d'un préjudice matériel difficile à chiffrer et dépourvu de toute vertu punitive, le préjudice moral offre aux juges une latitude importante, que ces derniers ne manquent pas d'exploiter.

À ce titre, les manifestations du caractère punitif du préjudice moral sont nombreuses. Le relâchement des exigences de la Cour de cassation relatives à l'évaluation du préjudice moral, la Haute juridiction retenant systématiquement que les juges justifient tant « l'existence que le montant du préjudice moral par l'évaluation qu'ils en ont fait »¹⁰⁶, apparaît comme un blanc-seing donné aux juges du fond pour instrumentaliser la notion de préjudice moral, et prendre en considération l'influence de la gravité de la faute dans la mesure de la réparation du dommage au point qu'on a pu affirmer qu'« une tendance jurisprudentielle se révèle, à travers l'évaluation discrétionnaire de l'indemnité, celle de sanctionner la faute déloyale en elle-même ; autrement dit, de faire jouer au droit de la concurrence déloyale une fonction disciplinaire et répressive »¹⁰⁷.

Sous cet aspect, la doctrine a pu critiquer la confusion entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile qui en ressortirait : si le besoin d'une sorte de peine privée se fait sentir dans le cadre de la responsabilité civile c'est qu'il existe, simplement, des déficiences dans la législation pénale, certains comportements n'étant pas, à tort, suffisamment réprimés »¹⁰⁸.

50.— Mais la déformation de ces concepts par les juges n'est pas étonnante. Elle apparaît comme le moyen utilisé pour pallier les insuffisances du droit positif et notamment l'absence de possibilité de faire jouer officiellement à la responsabilité civile un rôle punitif. Les effets de cette lacune sont connus. Le plus éloquent est sans doute la multiplication des fautes lucratives, ces fautes pour lesquelles leur auteur a anticipé que sa conduite pourrait lui permettre de retirer un profit supérieur au dom-

102. G. Ripert, *op. cit.*, *loc. cit.*

103. Civ. 1^{re}, 26 août 1857, DP 1857. I. 345.

104. Dijon, 20 déc. 1908, DP 1909. II. 13.

105. Poitiers, 29 mars 1930, S. 1930. II. 89.

106. Com. 1^{re} juin 1993, pourvoi n° 91-15.242 ; Com. 7 févr. 1995, LPA 7 juin 1996.

107. Y. Chaput (dir.), *Clientèle et concurrence, approche juridique du marché*, étude du CERDA, Litec, 2000, spéc. p. 131.

108. G. Morange, préc., p. 17.

mage provoqué par sa faute et qu'il serait susceptible d'indemniser. Autrement dit, c'est la faute qui rapporte plus qu'elle ne coûte¹⁰⁹.

Ces fautes, on en conviendra, mettent en cause l'effectivité même du droit. L'exposé d'une affaire emblématique permet de saisir les enjeux du problème : après avoir été condamné pour agissement parasitaire suite à la commercialisation d'un parfum sous l'appellation « Champagne », le groupe mis en cause s'est immédiatement vanté d'avoir perdu juridiquement mais gagné économiquement leur procès puisque les gains retirés avaient été plus importants que la réparation exigée par le juge¹¹⁰.

Face au cynisme de ces comportements, les juges tendent à utiliser la souplesse que leur offre le concept de préjudice moral pour traquer ce type de faute, jusqu'à rendre la notion de préjudice moral méconnaissable.

Sur cette voie, il faut alors se demander s'il ne conviendrait pas, pour mettre un terme à la déformation du concept de préjudice moral, d'introduire des dommages-intérêts punitifs en droit français.

§ II. LA PROPOSITION : L'INTRODUCTION DE DOMMAGES-INTÉRÊTS PUNITIFS

51.— La légitimité du recours à la peine privée, que l'on peut définir comme « la perte infligée à titre de sanction punitive, dans les cas spécifiés par la loi, à l'auteur d'agissement frauduleux en général, accomplis au détriment d'un cocontractant ou d'un cohéritier dont le profit va à la victime de ces agissements, laquelle reçoit un avantage finalement supérieur au préjudice qu'elle avait subi »¹¹¹, est un thème récurrent, que l'on retrouvait déjà chez Huguenev, dans sa thèse publiée en 1904.

Les dommages-intérêts punitifs, sanction pécuniaire infligée dans un but normatif, constituent assurément la figure emblématique de la peine privée. Déjà en germe dans le droit romain ou dans le Code d'Hammourabi, les dommages-intérêts punitifs ont effectivement reçu application pour la première fois en Angleterre en 1763 dans l'arrêt *Huckley c. Money*. Ils avaient alors vocation à « châtier les individus dont il apparaissait qu'ils avaient violé la loi civile avec une intention méchante ou malicieuse ».

Instrument classique du droit de *Common Law*, ils ont également été intégrés, lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil du Québec le 1^{er} janvier 1994, dans le droit québécois de tradition romano-germanique. Toutefois, si l'apport du droit comparé en la matière est indéniable, il faut prendre garde à ne pas tomber dans deux travers qui consisteraient à méconnaître par trop les spécificités de chaque

109. P. Jourdain, « Rapport introductif », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, Droit In-Situ, coll. « Droit des affaires », 2003, p. 3, n° 8.

110. Rapporté par D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, op. cit., spéc. n° 9.

111. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., PUF, coll. « Quadrige », 2005.

système ou encore à résumer des dommages-intérêts punitifs aux dérives américaines dont la grande presse se fait l'écho.

52.— Par suite, l'admission des dommages-intérêts punitifs n'est pas et ne doit pas être l'importation pure et simple d'un instrument étranger dans notre système. Différemment, il doit s'intégrer dans un environnement particulier, celui de la responsabilité civile. La nécessité d'une telle intégration soulève alors certaines difficultés supplémentaires. La première, la plus évidente, tient à l'évolution de la responsabilité civile depuis plus d'un siècle. Nul n'ignore qu'elle a fait l'objet d'une métamorphose fondamentale marquée par un passage de la responsabilité pour faute à la responsabilité sans faute, ce que certains ont qualifié de mouvement d'objectivation ou d'objectivisation. La seconde est liée au corpus légal, aujourd'hui disparate et mal adapté. La multiplication des lois spéciales et l'absence de refonte du droit commun pour lequel l'évolution est essentiellement prétorienne ne simplifient pas les conditions de l'introduction de dommages-intérêts punitifs.

Mais, une fois ces difficultés surmontées, la question de la pertinence d'une telle introduction demeure ouverte. Sous cet aspect, le débat, dans le cadre de la réparation du dommage extrapatrimonial, porte sur le point de savoir si la réparation du dommage extrapatrimonial est possible ou si l'introduction des dommages-intérêts punitifs est souhaitable. En d'autres termes : faut-il substituer à la réparation du dommage extrapatrimonial le prononcé de dommages-intérêts punitifs ?

Les enjeux du débat, les difficultés qu'une telle introduction est susceptible de soulever comme le choix des acteurs d'une possible réforme doivent être successivement examinés.

A. LES ENJEUX

53.— Sans doute faut-il distinguer deux enjeux lorsqu'on aborde la question de l'introduction de dommages-intérêts punitifs. Un enjeu théorique d'abord. Un enjeu pratique ensuite.

L'enjeu est avant tout théorique. Chacun sait que la responsabilité civile n'est plus aujourd'hui articulée de façon satisfaisante autour de ses deux fonctions traditionnelles. Le constat s'explique avant tout par l'émergence et la prolifération des responsabilités sans faute.

Les manifestations du phénomène sont trop connues pour qu'on s'y arrête longuement. *Teffaine, Jand'heur, Franck, Gabillet, Fullenwarth, Bertrand, Blicke et Levert...* Ces illustres arrêts évoquent l'évolution d'une responsabilité toujours plus désincarnée, détachée de l'auteur d'une faute pour être rattachée à la seule victime d'un préjudice. La simple existence d'un préjudice semble aujourd'hui fonder un véritable droit à réparation, sorte de droit inhérent à chaque individu et illustrant le passage « d'une dette de réparation à une créance de responsabilité »¹¹².

112. Y. Lambert-Faivre, « L'évolution du droit de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance de réparation », *RTD civ.* 1987. 1.

Le phénomène est encore amplifié par la logique assurantielle. En déplaçant la charge de la réparation, l'assurance a effacé certains aspects de la responsabilité. Elle ne vient plus se substituer au responsable désigné, mais permet désormais de désigner le responsable.

Identifier à côté des dommages-intérêts classiques — c'est-à-dire compensatoires — des dommages-intérêts punitifs participerait à une remise en ordre nécessaire pour résorber les ruptures logiques qui aujourd'hui sont légion en la matière. En permettant de sanctionner la faute sans égard à l'importance du préjudice réel c'est-à-dire de sanctionner l'auteur, les dommages-intérêts punitifs concourent à la renaissance de la fonction normative de la responsabilité civile, que l'objectivation de la responsabilité a eu tendance à faire disparaître, au mépris de la cohérence du droit de la responsabilité.

54.— Mais l'enjeu est également pratique : l'efficacité de la fonction normative en dépend. La corrélation avec le développement de l'assurance de responsabilité est ici en cause. La licéité de l'assurance de responsabilité a marqué un recul très net de cette fonction, puisqu'elle permet au fautif de se retrancher souvent derrière son assureur. Admettre les dommages-intérêts punitifs c'est déconnecter les objectifs — indemnitaire et normatif — et donc s'autoriser à atteindre les deux.

Comme il n'est pas concevable de renoncer à la responsabilité sans faute et à l'assurance tant le bénéfice sur le terrain indemnitaire est précieux, il faut dans le même temps rétablir dans une certaine mesure la fonction normative de la responsabilité civile. C'est dans cette perspective que les dommages-intérêts punitifs sont un instrument pertinent.

Ces bénéfices acquis, on ne pourra alors faire l'économie d'une réflexion sur la place de la réparation du dommage moral et d'un vrai bilan de cette indemnisation. À ce titre, de deux choses l'une : soit on considère que la thèse satisfaisante reste pertinente et les dommages-intérêts punitifs viendront s'ajouter à la réparation du dommage moral ; soit l'on prend acte de ses faiblesses, pour militer pour sa disparition et avec elle celle de la réparation du préjudice moral, une telle disparition étant alors compensée dans nombre d'hypothèses par la mise en œuvre de dommages-intérêts punitifs.

B. LES DIFFICULTÉS

55.— Les difficultés tiennent d'une part, à la nécessité d'assurer la compatibilité des dommages-intérêts punitifs avec l'ordre juridique et d'autre part, à la pertinence des choix techniques opérés pour introduire les dommages-intérêts punitifs en droit français.

1. Assurer la compatibilité des dommages-intérêts punitifs avec l'ordre juridique

56.— La première difficulté tient sans doute à la difficile articulation entre les dommages-intérêts punitifs et la responsabilité pénale. L'existence de dommages-intérêts punitifs doit être envisagée par rapport à l'existence d'une infraction et donc d'une responsabilité pénale.

Avant que l'État prenne à sa charge les délits publics, laissant aux personnes privées les délits privés, l'ancien droit reposait sur une confusion des droits civil et pénal¹¹³. Les dommages-intérêts punitifs, comme toute peine privée, sont accusés d'entretenir cette confusion¹¹⁴ ainsi que la soif de vengeance de la victime et par conséquent de constituer un anachronisme. La dissociation progressive des droits civil et pénal pose donc la question de l'attribution de la fonction normative : doit-elle être confiée exclusivement au droit pénal ou partagée avec le droit civil ? Pour le dire autrement, doit-on permettre un cumul de sanctions, ou au contraire tenter de limiter voire d'exclure la perspective d'une « double peine » ?

Poser un principe de cumul de sanctions ne peut pleinement satisfaire. En effet, on ne saurait se féliciter « de la diversité des réseaux punitifs » que si, dans le même temps, leur agencement était correctement établi. Or, pour ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs, le cumul avec une responsabilité pénale ne semble pas acceptable. En effet, les deux actions poursuivent une même fonction, la fonction normative. Cette fonction est parfois mieux assurée par le bais d'une action civile que pénale, et inversement. En conséquence, il ne peut être question de superposer les sanctions. Il faut les substituer. Là où la sanction pénale existe, il ne peut y avoir de dommages-intérêts punitifs ; là où elle est absente, cette sanction civile prend tout son sens.

La directive d'articulation est assez simple. Sa mise en œuvre pourrait se révéler plus délicate. Que faire, par exemple, lorsque le procureur décide de classer sans suite ; la sanction civile pourrait-elle réapparaître ? Faut-il instaurer des passerelles entre les procédures ? D'une façon générale, quelles incidences la reconnaissance de dommages-intérêts punitifs doit-elle avoir sur les principes classiques d'articulation entre responsabilité civile et responsabilité pénale ?

57.— Au-delà des réponses qui devront être apportées à ces questions, le respect des engagements internationaux de la France apparaît une préoccupation essentielle.

Sous cet aspect, deux questions méritent d'être soulevées : les dommages-intérêts punitifs peuvent-ils être adoptés en droit français ? Dans l'affirmative, existe-t-il des garanties particulières à mettre en œuvre ?

La mise en place de dommages-intérêts punitifs, on en conviendra, conduit à

113. J.-L. Gazzaniga, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes Journées René Savatier*, PUF, coll. « Publications de la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers », 1997, p. 3.

114. Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998.1, spéc. p. 19.

reconnaître une responsabilité civile dont l'objet est la punition et la prévention à l'égard de certains comportements. Le principe d'une telle action ne heurte pas en lui-même la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a, à plusieurs reprises, eu l'occasion de le préciser¹¹⁵.

Le problème apparaît en revanche plus délicat en ce qui concerne les garanties. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme envisage le droit à un procès équitable. Or, en matière pénale, certaines garanties doivent être respectées, ce sont celles qui sont traitées aux articles 6-2, 6-3 et 7-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces garanties doivent-elles alors être appliquées au prononcé de dommages-intérêts punitifs ?

C'est la nature de la sanction qui soulève cette question. En effet, détachés de tout impératif indemnitaire, les dommages-intérêts punitifs sont exclusivement tournés vers la fonction normative et par-là même contiennent une dimension répressive non négligeable.

Certains s'interrogent en conséquence sur le régime de garanties procédurales à appliquer. Sous cet aspect, trois solutions sont concevables. La première consiste à appliquer les principes du droit pénal et donc les garanties qui sont attachées à tous procès pénal. Une telle approche doit d'emblée être rejetée. En effet, l'action en responsabilité civile, même lorsqu'elle poursuit un but exclusivement normatif, ne devient pas *ipso facto* une action pénale sous prétexte qu'il existe entre responsabilités civile et pénale des ressorts communs. Une telle approche est critiquable car elle nie aux autres branches du droit la possibilité de poursuivre une fonction normative, ce qui est une fausse représentation de la répartition des fonctions.

La deuxième approche possible est à l'exacte opposée : elle fait prévaloir la dimension civile de la responsabilité et applique les principes directeurs de l'action civile. Elle est concurrencée par une troisième approche préconisée par certains, qui proposent d'aménager un régime de garanties propres, inspiré des garanties du droit pénal mais dont la force est atténuée. Un tel aménagement doit-il être prévu ?

La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg imposent à l'évidence de s'attarder sur le problème. En effet la jurisprudence européenne a écarté les clivages traditionnels du droit pénal et du droit civil. Elle utilise différemment la distinction entre « matière pénale » et « matière civile » pour répartir l'application des règles.

Ces notions propres à la jurisprudence de la cour sont en conséquence autonomes par rapport aux qualifications du droit interne. Or la question est d'importance, puisqu'elle conditionne l'application des articles 6-2, 6-3 et 7-1 qui nous occupent. Sans doute faut-il alors s'interroger sur les raisons d'être des règles en question.

Ainsi, on sait que l'article 6-2 pose le principe de la présomption d'innocence devant être assuré à toute personne accusée d'une infraction. On peut légitimement s'interroger sur l'intérêt de consacrer ce principe en la matière alors qu'il ne ferait

que doubler l'article 1315 du Code civil. L'extension du principe de la présomption d'innocence n'apparaît donc pas être un besoin impérieux.

Différemment, l'article 6-3 est constitué par une liste non exhaustive de droits reconnus à l'accusé. De façon générique, il est possible de parler de droits de la défense. Est-il suffisant d'appliquer les règles de l'action civile et donc d'écarter ces garanties pénales ou doit-on s'orienter vers leur aménagement ? Sur cette question, la doctrine semble favorable à la seconde solution, celle de l'aménagement des garanties. Il n'est guère possible de prévoir quelle sera la position de la CEDH, tant l'autonomie des notions conventionnelles permet à la cour de s'affranchir du choix des États. Mais est-il réellement satisfaisant d'opter pour une demi-mesure qui consiste à appliquer le régime des garanties pénales en les allégeant ? À l'évidence, rejeter l'application de ces garanties particulières ne conduit pas à un système qui fait fi des droits de l'individu. Au contraire, un certain nombre de garanties sont applicables quelle que soit la nature de l'action ; ce sont celles contenues dans l'article 6-1 de la Convention. Il n'est pas certain qu'en la matière la surenchère soit aujourd'hui nécessaire.

Au surplus, les garanties reconnues en matière pénale apparaissent nécessaires lorsque l'individu encourt des sanctions particulières comme la privation de liberté qui restent l'apanage du juge pénal. Considérer qu'elles s'appliquent à toutes actions, quelle que soit la nature de la sanction est dangereux, car cela conduit à banaliser ces sanctions qui méritent un traitement particulier au regard des droits de la défense.

Quant à l'article 7-1 de la Convention européenne des droits de l'homme il reprend le principe de la légalité des délits et des peines. Son champ d'application naturel est le droit pénal où il est présenté comme « un rempart contre l'arbitraire du juge ». C'est finalement pour cette règle que la question s'avère la plus délicate. Mais comme pour l'article 6-3, les sanctions que le juge pénal peut seul prononcer, telle que la privation de liberté, expliquent l'application de ce principe, et peuvent justifier de l'écarter dans le cadre de l'action civile.

58.— En dépit de ces considérations, il reste que gît assurément ici une des difficultés majeures relatives aux dommages-intérêts punitifs. Il n'est en effet pas exclu que la CEDH y voit de la matière pénale et donc adopte une position extrémiste en considérant que l'ensemble des garanties applicables à la matière pénale doivent entourer le prononcé de dommages-intérêts punitifs. Une telle position rendrait alors la réglementation des dommages-intérêts punitifs plus délicate à établir, et restreindrait une partie de leur efficacité.

Le danger tient au fait que la CEDH réfute les qualifications de droit interne et subordonne en grande partie la qualification de matière pénale au but et à la gravité de la sanction. Ainsi, la cour européenne considère ne pas avoir à s'en tenir aux qualifications données aux actions par les États. Dans sa décision *Engel c. Pays-Bas*¹¹⁶, la cour voit dans l'autonomie de la matière pénale le moyen d'éviter que les

115. CEDH 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, Série A, vol. 22, § 58 ; 21 févr. 1984, *Ozturk c. RFA*, Série A, vol. 73.

116. CEDH *Engel c. Pays-Bas*, préc., § 81.

États ne jouent des qualifications pour contourner les objectifs de la Convention. Une telle méfiance à l'égard des États contractants peut surprendre. Outre le fait que le caractère civil de l'action ne l'exclut pas du champ de la Convention et ne dispense pas l'État de la mise en œuvre de certaines garanties, la question relève de la répartition des pouvoirs. En effet, le jeu de la qualification civile ou pénale participe de la politique criminelle d'un État. Le choix de cette qualification marque les intentions d'un gouvernement à l'égard d'un type de comportement. La pénalisation marque une volonté de répression forte ; à l'inverse la dépénalisation peut manifester une politique plus souple. Que les choix faits par les gouvernants soit contestables, il y a là une question d'opinions. En revanche, on ne saurait considérer que seuls les pouvoirs exécutifs et législatifs d'un État ont la légitimité nécessaire pour exercer ce choix. La Cour de Strasbourg doit certes assurer le respect de la Convention, mais elle ne doit pas prendre prétexte de celle-ci pour s'arroger des pouvoirs qui lui permettent d'outrepasser son rôle.

Au-delà même du jeu de pouvoirs, la démarche de la CEDH n'est pas convaincante. En effet, elle retient comme critère essentiel de la matière pénale la gravité et le but de la sanction. Il semble qu'il faille entendre le mot sanction au sens strict, c'est-à-dire comme une mesure répressive destinée à punir. Dès lors, toute mesure juridique afférente à la fonction normative du droit entrerait dans la catégorie « matière pénale ». En conséquence la fonction normative du droit serait l'apanage de la matière pénale qui aurait dès lors une capacité à attirer à elle tout ce qui touche à la régulation des comportements. Outre qu'une telle solution ne reflète pas le droit positif français, elle n'est guère souhaitable. Le recours au droit pénal n'est pas toujours la meilleure réponse à un comportement répréhensible.

2. Opérer les choix techniques

59.— La première interrogation porte sur l'identification du champ d'application. Pour le dire autrement, quelles fautes peuvent appeler le prononcé de dommages-intérêts punitifs ? Le débat est aujourd'hui le suivant : faut-il cantonner cette sanction à des fautes qualifiées ou admettre son prononcé dès la reconnaissance d'une faute quelle que soit sa gravité ?

Logiquement, toute faute doit pouvoir trouver sa sanction dans le prononcé de dommages-intérêts punitifs sous peine en réalité de lui nier sa nature. Refuser la sanction c'est en pratique dire qu'il n'y a pas de faute. En effet, la mise en œuvre d'une responsabilité civile exclusivement normative, c'est-à-dire déchargée de toute autre considération, ne peut laisser en marge des comportements blâmables, sous peine de perdre une partie de son intérêt. Les dommages-intérêts punitifs ont vocation à être une peine privée de droit commun, apte à sanctionner tout type de faute. La gravité de la faute n'est alors pas un instrument d'exclusion de la sanction mais l'étalon de sa mesure.

Mais encore faut-il évidemment s'entendre sur le terme faute. C'est certainement là la part d'ombre de la conclusion. Un retour à une conception subjective de

la faute est nécessaire. Il conviendrait de restituer à l'élément moral de la faute la place qui est la sienne. Cela implique de revenir sur la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 9 mai 1984.

La généralité d'une telle approche pourrait toutefois être tempérée. On pourrait aussi admettre que l'instrument est particulièrement incisif et nouveau dans notre système, et considérer à l'instar de la majorité des auteurs que cette sanction doit — au moins dans un premier temps — être réservée aux fautes d'une certaine gravité dont le degré demeurerait d'ailleurs discutable¹¹⁷ : il ne peut s'agir d'une simple faute d'imprudence, mais l'existence d'une faute intentionnelle ne devrait pas être nécessaire. 60.— Une fois le type de faute sanctionnable déterminé, encore faut-il choisir le créancier. Sous cet aspect, les dommages-intérêts punitifs peuvent être conçus comme une peine privée ou une peine civile.

La peine civile est une sanction qui se réalise par les moyens du droit civil mais qui ne profite pas à la victime. Il n'y aura ni enrichissement de la victime, ni absence d'appauvrissement. La victime ne pourra en tirer d'autre bénéfice que l'effet cathartique de la peine (la satisfaction de voir le fautif sanctionné). Certains parlent au sujet de ces sanctions de peines publiques, ce qui montre d'ailleurs qu'elles apparaissent nettement comme le pendant civil de la sanction pénale. Le droit positif en offre certaines illustrations. Ainsi en est-il de l'amende civile prévu aux articles 50 et 2202 du Code civil, aux articles 32-1 et 628 du Code de procédure civile, ou encore aux articles L. 442-6 du Code de commerce.

La peine privée, quant à elle, se distingue de la peine civile par ses répercussions. En effet, alors que la peine civile est une sanction qui se réalise par les moyens du droit civil mais qui ne profite pas à la victime, la peine privée profite à la victime. Ce bénéfice peut être direct ou indirect. La peine privée peut enrichir la victime ou lui éviter de s'appauvrir. On citera, parmi d'autres, l'astreinte depuis la réglementation opérée par les lois du 5 juillet 1972 et du 9 juillet 1991, ou encore l'article L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle.

L'avantage que la peine privée accorde à la victime lui a valu beaucoup de critiques. Certains y ont vu un vestige des temps barbares. L'argument est excessif. La peine privée ne traduit pas nécessairement une consécration juridique de la vengeance privée. Elle résulte d'un constat simple : la victime qui n'a aucun intérêt personnel à l'action n'agira pas. Si elle n'agit pas, le comportement répréhensible ne sera pas détecté ; s'il n'est pas détecté, il ne sera pas sanctionné ; s'il n'est pas sanctionné, la fonction normative du droit n'est pas assurée. Pragmatique, l'argument porte : la peine privée a un effet incitatif, elle pousse la victime à agir et à jouer le rôle de « procureur privé ».

Si l'incitation est bénéfique, pour autant il est bien évident qu'il faut se garder de rendre la technique trop rémunératrice, avec le risque de substituer l'action lucrative de la victime à la faute lucrative de l'auteur. Deux effets pervers de la peine

117. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préface G. Viney, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 250, 1995, spéc. p. 330 s., n° 290 s.

privée peuvent ainsi être évoqués. D'une part, l'effet direct de cet enrichissement est d'accorder à la victime d'un acte de concurrence déloyale un avantage concurrentiel sur le marché pertinent¹¹⁸ : la victime ne s'enrichit pas uniquement au détriment de son concurrent fautif, elle s'enrichit également au détriment de tous ses concurrents qui n'ont pas bénéficié des dommages-intérêts punitifs. D'autre part et surtout, les dommages-intérêts punitifs conduisent à transformer les personnes privées en « procureurs privés ».

Le choix d'une voie médiane pourra également s'imposer. L'exemple du droit des assurances pourrait d'ailleurs guider le choix. L'article L. 211-14 du Code des assurances prévoit en effet que l'assureur qui, à la suite d'un accident, propose une offre manifestement insuffisante peut être condamné par le juge à verser une somme égale à 15 % de l'indemnité au fonds de garantie. Cette disposition constitue une peine civile à l'encontre des assureurs de nature à les dissuader d'opérer une forme de chantage à l'égard des victimes souvent vulnérables par la proposition d'une « offre purement formelle et dérisoire ».

Ce texte doit être mis en parallèle avec un autre l'article L. 211-13 du Code des assurances. Ce texte sanctionne le retard de l'assureur dans la présentation de l'offre d'indemnisation en multipliant par deux le taux de l'intérêt légal à compter du jour où l'offre aurait dû être présentée. La majoration bénéficie directement à la victime en lui procurant un enrichissement. En outre, elle sanctionne l'assureur non diligent. Dès lors, elle constitue bien une peine privée.

Le législateur de 1985 a ainsi associé les deux mécanismes : peine privée pour le retard de l'offre, peine civile pour l'offre manifestement insuffisante. Ce choix ne semble pas s'être fait au hasard. La peine privée a été choisie dans le premier cas car il convenait d'inciter la victime à agir en cas de simple retard. En effet, on pouvait penser que « la victime qui accepte l'offre tardive ne saisirait pas le juge si les pénalités de retard ne lui profitaient pas ». La technique de la peine privée était nécessaire. À l'inverse, il était inutile d'inciter à agir les victimes auxquelles on faisait des offres manifestement insuffisantes. Elles étaient déjà contraintes d'agir si elles voulaient obtenir une indemnisation satisfaisante. La technique de la peine civile se comprend alors parfaitement.

Cet exemple indique les éléments qui peuvent utilement présider au choix d'une méthode. On le voit, la nécessité d'inciter la victime à agir doit guider le choix opéré, ce qui incite logiquement à verser vers la peine privée plutôt que vers la peine civile, en dépit des risques d'enrichissement injustifié de la victime.

Mais surtout, le dilemme entre impunité de l'auteur (faute d'action contre lui) ou enrichissement de la victime (qui n'est pas nécessairement injustifié mais peut le devenir) devrait pourtant pouvoir être dépassé par la mise en place d'un système plus souple.

118. M. Behar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, op. cit., p. 36 s., spéc. n° 22.

Il conviendrait alors d'autoriser le juge à déterminer si la victime peut être le bénéficiaire des dommages-intérêts punitifs et dans quelles proportions. Le législateur pourrait dresser une liste d'autres bénéficiaires possibles, au sein desquels le juge serait à même de choisir. Il devrait, dans l'exercice de ce pouvoir, suivre certaines directives qui pourraient lui suggérer de trouver, dans la mesure du possible, une corrélation entre la faute et l'affectation des fonds lorsqu'il décide de ne pas les verser à la victime ou de ne lui en verser qu'une partie.

61.- Ce faisant, l'introduction de dommages-intérêts punitifs investirait le juge d'un rôle central : il devrait non seulement vérifier la recevabilité et le bien-fondé des demandes, mais encore évaluer voire identifier le créancier. On ne saurait alors faire l'économie d'une réflexion sur l'encadrement du pouvoir essentiel du juge en matière de dommages-intérêts punitifs.

En droit positif, le juge doit mesurer les dommages-intérêts à l'aune du préjudice. Il a sur cette évaluation un pouvoir souverain. Dans le cadre des dommages-intérêts punitifs, ce pouvoir serait techniquement identique, la différence tenant uniquement au changement d'étalon : l'évaluation serait faite non par référence au préjudice, mais à la faute.

Malgré cette similitude technique, les incertitudes liées à la latitude d'appréciation laissée au juge sont évidemment plus importantes : l'enjeu est alors de savoir quel contrôle doit être exercé sur un juge civil qui sanctionne un comportement.

À l'heure actuelle, le contrôle de la Cour de cassation en matière d'évaluation des dommages-intérêts se résume à sa plus stricte expression. On l'a vu, « le juge justifie l'existence du dommage par l'évaluation qu'il en fait » ! On présente souvent cette situation comme une conséquence de la distinction des questions de fait et de droit.

Pour être acceptable, l'admission des dommages-intérêts punitifs doit alors aller de pair avec un encadrement du pouvoir du juge.

À ce titre, deux axes apparaissent fondamentaux. D'une part, il importe de préciser les critères d'évaluation des dommages-intérêts punitifs. Trois sont essentiels : la gravité de la faute ; la situation du débiteur, c'est-à-dire ses capacités contributives et le bénéfice retiré du fait fautif. D'autre part, il faut recommander, en ce domaine, à la Cour de cassation d'exercer un réel contrôle, seul gage d'une nécessaire uniformité des sanctions, comme d'ailleurs des réparations. Ainsi, il serait prudent de mettre à la charge des juges du fond une obligation de motivation de leurs décisions afin de permettre à la Cour de cassation de contrôler les motifs exprimés et de censurer l'absence de motifs.

62.- Enfin, une question d'apparence technique, mais pourtant essentielle, doit être évoquée : peut-on s'assurer contre le prononcé de dommages-intérêts punitifs ? De prime abord la réponse semble évidente. Certains disent qu'il y a une question de bon sens. Pourtant, la question de la prise en charge des dommages-intérêts punitifs par l'assurance ne reçoit pas de réponse claire dans les droits étrangers, les solutions variant, par exemple, d'un État à l'autre.

Ainsi, certains pays, qui connaissent la peine privée, ont admis l'assurance contre les dommages-intérêts punitifs. Il est par exemple possible, aux États-Unis de s'assurer contre les *punitive damages*. Le bilan est étonnant : la majorité des États fédérés admettent l'assurabilité des *punitive damages*. Il semble qu'il y ait là une aberration du système américain. À quoi sert en effet une responsabilité normative si le fautif ne supporte pas *de facto* la peine qui lui est infligée ? D'autant qu'ici l'assurance n'a aucune fonction indemnitaire envers qui que ce soit.

Permettre d'assurer les dommages-intérêts serait contre-productif et injuste. Contre-productive, l'assurance enlèverait toute utilité aux dommages-intérêts punitifs qui perdraient toute valeur dissuasive, la prime étant intégrée au calcul de rationalité effectué. Injuste, la collectivisation des risques conduirait à faire supporter la sanction à d'autres en violation du principe de personnalité des peines.

Ainsi, la réponse à la question de l'assurabilité paraissait évidente, car elle était évidente. Le droit comparé n'a fait ici que jeter un trouble injustifié. L'assurabilité des *punitive damages* apparaît en effet comme un avatar contestable de l'institution.

C. LES ACTEURS

63.— Les évolutions passées de la responsabilité civile ont permis de montrer une prépondérance du juge et un attentisme du législateur.

Il faut alors s'interroger sur la possibilité pour le juge d'agir dans le but d'introduire en droit français des dommages-intérêts punitifs officiels. On sait que la jurisprudence a façonné la responsabilité civile, elle pourrait dès lors continuer. Il n'y a donc pas d'obstacle théorique à son intervention.

Pratiquement néanmoins, il n'est pas certain, que cette voie soit envisageable. En effet, dans ce domaine les audaces que le juge a, pour l'heure, manifestées ont toujours été dans le sens d'une plus grande indemnisation.

Premier artisan de « l'idéologie de la réparation », le juge peut-il vraiment aujourd'hui prendre une part active à une évolution qui pourrait se traduire par un recul de l'indemnisation et notamment de celle du dommage extrapatrimonial ?

Qui plus est, à supposer que le juge veuille entrer dans cette voie, il n'est pas douteux qu'il fera l'objet de critiques. Toute décision sera jugée à court terme, voire à très court terme. On mettra en exergue « l'innocent » qui en a fait les frais. Si pour défendre le faible, tout est permis ou presque, l'opinion ne verra pas les enjeux qui, à moyen ou long terme, pourraient justifier la remise en cause du principe de réparation intégrale qui constitue aujourd'hui l'obstacle en droit interne à la reconnaissance de dommages-intérêts punitifs.

À cela il faut aussi ajouter les incertitudes nées du droit européen. C'est donc plus sûrement par la voie légale qu'une telle entreprise est possible.

64.— Outre la légitimité qui est la sienne, le législateur est naturellement désigné pour une telle réforme. C'est de lui que les réformes d'ampleur peuvent venir, car il peut, même si ce n'est pas toujours le cas, opter pour une construction raisonnée du

droit. Certains appellent avec une réelle ferveur une remise en ordre de la responsabilité civile qui pourrait devenir plus pressante encore sous l'impulsion des tentatives d'unification du droit communautaire.

Notons que le législateur ne pourra à son tour faire abstraction des enjeux européens.

Sous cet aspect, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription rédigé sous l'égide de Pierre Catala¹¹⁹ œuvrait en faveur de l'introduction de dommages-intérêts punitifs en droit français¹²⁰.

65.— En conclusion, le groupe de travail est conduit à formuler différentes propositions.

a) Partant du constat d'une inadéquation avérée, sous de très nombreux aspects, entre le principe de réparation intégrale et le préjudice extrapatrimonial, il propose l'abandon du principe de réparation intégrale toutes les fois qu'il s'agit de réparer ce que l'on considère comme extrapatrimonial.

Les effets pervers du principe de réparation intégrale se manifestent ici sous différents aspects, qu'il s'agisse de l'indemnisation du préjudice dit extrapatrimonial des personnes morales, plus généralement de la motivation des décisions qui réparent le préjudice extrapatrimonial et du contrôle par la Cour de cassation ou encore de la possibilité d'admettre la condamnation de l'auteur du préjudice à des dommages-intérêts punitifs. Le principe de réparation intégrale jure avec l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial.

b) Constatant qu'une approche économique enseigne logiquement que la plupart des droits dits extrapatrimoniaux que l'on associe aux personnes morales poursuivant un but lucratif constituent des actifs économiques, créateurs de valeurs et évaluable en argent, il est proposé d'adopter une démarche empirique s'agissant de la réparation des atteintes qui leur sont portées. Précisément, il est préconisé, lorsque cela est possible, de s'appuyer sur la restitution des gains illicites directement liés à l'acte préjudiciable car elle seule permet à la fois de réparer et de dissuader. La restitution des gains illicitement obtenus constitue le juste prix à appliquer à l'usage illicite des actifs de la victime. C'est le prix qui dissuade l'auteur du dommage de s'en servir. Dans certains autres cas, il sera possible de déterminer les conséquences des actes préjudiciables tant au niveau des coûts que des manques à gagner subis par la victime. C'est au demandeur qu'en incombe la preuve.

119. Rapp. au garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 sept. 2005.

120. L'art. 1371 de l'avant-projet prévoit en effet que « L'auteur d'une faute manifestement délictueuse, 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 ».

c) Le groupe de travail a également dressé le constat d'une insuffisance de la motivation des décisions indemnifiant le préjudice extrapatrimonial. Plus encore, il apparaît que :

- autoriser les juges du fond à fixer le montant des dommages-intérêts alloués, au seul visa des éléments et des circonstances de la cause, revient en réalité à les dispenser de toute motivation ;

- une absence de motivation spécifique de l'évaluation de chacun des préjudices consacrés et réparés au profit d'une réparation d'un préjudice global « toutes causes de préjudices confondues » peut être ressentie par la victime comme une négation de ses préjudices. Elle est en toute hypothèse particulièrement inopportune ;

- plus généralement, la motivation se réduit trop souvent à de simples affirmations théoriques, sans réelle prise en considération des circonstances de chaque espèce.

Cette absence ou insuffisance de motivation concourt également à l'absence d'unification et de prévisibilité des règles applicables. La Cour de cassation ne peut procéder à un contrôle pertinent et effectif.

La motivation redevient essentielle si l'on en prend en compte le fait qu'elle vise à expliquer et rationaliser l'admission d'une réparation et la condamnation à des dommages-intérêts. Dès lors, il faut consacrer l'obligation pour les juges du fond d'assortir leur décision d'une motivation effective — notamment sur la méthode et les bases de calcul pris en compte — visant à expliciter l'évaluation retenue.

d) Le groupe de travail préconise l'introduction de dommages-intérêts punitifs, c'est-à-dire leur reconnaissance en tant que tels dans les mécanismes d'indemnisation du préjudice extrapatrimonial. Il s'agit alors de privilégier une approche sanctionnatrice, prenant en compte la faute commise par l'auteur du dommage.

S'agissant du bénéficiaire des dommages-intérêts, la nécessité d'inciter la victime à agir doit guider le choix opéré, ce qui incite logiquement à retenir une logique de peine privée plutôt que de peine civile, en dépit des risques d'enrichissement injustifié de la victime. Le dilemme entre impunité de l'auteur (faute d'action contre lui) ou enrichissement de la victime (qui n'est pas nécessairement injustifié mais peut le devenir) devrait pourtant pouvoir être dépassé par la mise en place d'un système plus souple.

Il conviendrait alors d'autoriser le juge à déterminer si la victime peut être le bénéficiaire des dommages-intérêts punitifs et dans quelles proportions. Le législateur pourrait dresser une liste d'autres bénéficiaires possibles, au sein desquels le juge serait à même de choisir. Il devrait, dans l'exercice de ce pouvoir, suivre certaines directives qui pourraient lui suggérer de trouver, dans la mesure du possible, une corrélation entre la faute et l'affectation des fonds lorsqu'il décide de ne pas les verser à la victime ou de ne lui en verser qu'une partie.

Pour être acceptable, l'admission des dommages-intérêts punitifs implique un encadrement du pouvoir du juge. À ce titre, deux axes apparaissent fondamentaux.

D'une part, il importe de préciser les critères d'évaluation des dommages-intérêts punitifs. Trois sont essentiels : la gravité de la faute, la situation du débiteur, c'est-à-dire ses capacités contributives, et le bénéficiaire retiré du fait fautif. D'autre part, il faut recommander en ce domaine à la Cour de cassation d'exercer un réel contrôle, seul gage d'une nécessaire uniformité des sanctions, comme d'ailleurs des réparations. À ce titre, les juges du fond doivent être tenus d'une obligation de motivation afin de permettre à la Cour de cassation de contrôler les motifs exprimés et de censurer l'absence de motifs.