

Université Panthéon-Assas

École doctorale de droit international, droit européen, relations
internationales et droit comparé

Humboldt Universität zu Berlin

Centre for British Studies

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 9 décembre 2015

**Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la
responsabilité contractuelle en droit français,
allemand et anglais**

Thèse de Doctorat / décembre 2015



Université Panthéon-Assas

Zoé Jacquemin

Sous la direction de Mme Bénédicte Fauvarque-Cosson et M. Gerhard
Dannemann

Membres du jury :

Mme Martine Béhar-Touchais (professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne)
M. Jean-Sébastien Borghetti (professeur à l'Université Panthéon-Assas)
M. Gerhard Dannemann (professeur à la Humboldt Universität zu Berlin)
Mme Bénédicte Fauvarque-Cosson (professeur à l'Université Panthéon-Assas)
M. Reiner Schulze (professeur à la Westfälische Wilhelms-Universität Münster)
M. Claude Witz (professeur à l'Université de Strasbourg, détaché à la Saarland-
Universität)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

à ma grand-mère,
ma mère, mon père
et ma petite sœur,
pour leur confiance et leur amour

à Matthias,
& Leonard,
pour le bonheur de chaque jour

Remerciements

Madame Fauvarque-Cosson et Monsieur Dannemann m'ont accompagné tout au long de ce travail avec une disponibilité, une ouverture d'esprit et une réactivité exceptionnelles. Je tiens à leur adresser ma plus profonde reconnaissance. Je souhaite également remercier Madame Fauvarque-Cosson pour sa confiance, ses relectures minutieuses et la possibilité qu'elle m'a donnée de m'investir dans des projets de recherche stimulants.

La chance m'a été donnée d'effectuer une partie de mes recherches dans deux instituts prestigieux, l'Institut de droit Européen et comparé de l'Université d'Oxford et le Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht à Hambourg. Je remercie très sincèrement leurs directeurs pour leur accueil, ainsi que les professeurs John Cartwright et Simon Whittaker pour leurs échanges sur mon travail.

Mes amis doctorants et docteurs ont fait de la genèse de cette thèse une expérience humaine inoubliable : Alice, Baptiste, Barbara, Clémence, Clémentine, Julien, Judicaël, Kader, Maud, Nathalie, Rafael, et les autres, merci.

Je tiens à remercier également ma famille, en particulier mes parents qui n'ont pas hésité à relire des centaines de pages d'une matière qui leur était étrangère.

Un grand merci, enfin, à Matthias, présent à mes côtés du tout début à la toute fin, avec une confiance et un soutien indéfectibles.

Résumé

A quoi sert la responsabilité contractuelle ? « Réparer » répond la doctrine classique. « Payer ! » conteste un courant doctrinal audacieux. « Punir ? » s'interrogent quelques voix ici et là. La responsabilité contractuelle cherche à reconstituer une situation à l'image de celle qui aurait découlé de l'exécution du contrat. Ce faisant, elle ne remplit pas une fonction unique mais plusieurs fonctions. Elle est d'abord tournée vers le créancier, auquel elle offre un substitut en argent de l'exécution elle-même (fonction de paiement) et la compensation des préjudices consécutifs à l'inexécution (fonction de réparation). Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et les dommages et intérêts compensatoires se complètent et permettent le rétablissement du créancier. La responsabilité contractuelle est ensuite tournée vers le débiteur : elle punit l'inexécution d'une particulière gravité en le condamnant à verser une somme supérieure à celle due au titre du paiement et de la réparation (fonction de peine privée). Cette punition peut notamment prendre la forme d'une restitution des profits, sanction de portée générale de la violation lucrative du contrat. L'étude des fonctions de paiement, de réparation et de peine privée révèle le caractère hybride de la responsabilité contractuelle, lequel forge sa spécificité et fonde son autonomie. Des fonctions qui sont reconnues à la responsabilité contractuelle dépendent directement les conditions qui président à sa mise en œuvre, les effets qui sont les siens, la place qu'elle occupe au sein du droit de l'inexécution, son articulation avec les autres sanctions et la frontière qui la sépare de la responsabilité délictuelle. Cette étude de droit comparé, qui inclut, aux côtés du droit français, les droits allemand et anglais, examine les interactions entre les fonctions et les sanctions de la responsabilité contractuelle en vue d'une meilleure compréhension et d'une possible reconstruction de cette institution.

Descripteurs : responsabilité contractuelle, inexécution, fonctions, sanctions, remèdes, paiement, réparation, peine privée, dommages et intérêts, restitution des profits, dommages et intérêts punitifs.

Abstract

What is the purpose of contractual liability? "To compensate" will be the classical answer. "To provide a substitute for performance!" will dissent some daring scholars. "To punish?" will ask some voices here and there. Contractual liability aims at reproducing a situation similar to the one that would have resulted from performance. In doing so, it fulfils not one, but several functions. Firstly, looking at the creditor, contractual liability offers him a monetary substitute for performance itself (satisfactory function) and a compensation for the consequential loss suffered due to the breach of contract (compensatory function). Secondly, turning to the debtor, contractual liability punishes particularly serious breaches of contract by allowing an amount of damages greater than the cost of performance and compensation (punitive function). In case of a profit-oriented breach, this punishment can take the form of an account of profits. The clarification of these three functions reveals the hybrid nature of contractual liability that forges its specificity and provides the conceptual foundations for its autonomy. On these functions depend the conditions and effects of contractual liability, its place in contract law and its articulation and combination with the other remedies for breach of contract, as well as its borderline to tortious liability. This comparative work in French, German and English Law examines the interactions between the functions and the sanctions within contractual liability in view of a better understanding and a possible rational reconstruction of the concept of contractual liability.

Keywords : contractual liability, breach of contract, functions, sanctions, remedies, substitute for performance, compensation, deterrence, punishment, damages, compensatory damages, restitutionary damages, disgorgement damages, account of profits, exemplary damages.

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE TOURNÉE VERS LE CRÉANCIER : LE PAIEMENT ET LA RÉPARATION

TITRE 1. LES FONCTIONS DE PAIEMENT ET DE RÉPARATION

Chapitre 1. La responsabilité contractuelle au sein des sanctions de l'inexécution

Section 1. L'éventail des sanctions de l'inexécution

Section 2. La place de la responsabilité contractuelle

Chapitre 2. La double fonction de paiement et de réparation de la responsabilité contractuelle

Section 1. La double fonction de paiement et de réparation en droit français

Section 2. Les fonctions de paiement et de réparation au-delà du droit français

TITRE 2. LES SANCTIONS TRADUISANT LE PAIEMENT ET LA RÉPARATION

Chapitre 1. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

Section 1. La détermination des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

Section 2. La construction d'un régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

Chapitre 2. Les dommages et intérêts compensatoires

Section 1. La réparation réalisée par les dommages et intérêts compensatoires

Section 2. La réparation encadrée par les dommages et intérêts compensatoires

DEUXIÈME PARTIE. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DIRIGÉE VERS LE DÉBITEUR : LA PEINE PRIVÉE

TITRE 1. LA FONCTION DE PEINE PRIVÉE

Chapitre 1. La peine privée dans la responsabilité civile extracontractuelle

Section 1. Le rejet apparent de la peine privée dans la responsabilité civile

Section 2. L'influence réelle de la peine privée sur la responsabilité civile

Chapitre 2. La réception de la peine privée par la responsabilité contractuelle

Section 1. Des indemnités punitives

Section 2. Une appréciation morale du fait libérateur de responsabilité

TITRE 2. LES SANCTIONS REFLÉTANT LA PEINE PRIVÉE

Chapitre 1. Les dommages et intérêts à coloration punitive

Section 1. L'existence de dommages et intérêts à coloration punitive

Section 2. L'inopportunité d'une généralisation des dommages et intérêts punitifs

Chapitre 2. La restitution des profits

Section 1. L'essor de la restitution des profits

Section 2. Pour la consécration de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution

Liste des abréviations

A.C.	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
<i>adde</i>	Ajouter
aff.	Affaire
AJDI	Actualité juridique de droit immobilier
al.	Alinéa
All ER	All England Law Reports
art.	Article
B.L.R.	Business Law Review. Journal of commercial law and practice
BAG	Bundesarbeitsgericht
BCE	Banque centrale européenne
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. com	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre commerciale
Bull. Joly Soc.	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
C.E.D.H.	Cour Européenne des Droits de l'Homme
C.J.C.E.	Cour de Justice des Communautés Européennes
C.J.U.E.	Cour de Justice de l'Union Européenne
c/	Contre

CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
Ch	Law Reports, Chancery Division (3rd Series)
ch.	Chambre
ch. civ.	Chambre civile (juridictions du fond)
ch. com.	Chambre commerciale (juridictions du fond)
ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	chronique
Civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^{ème}	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^{ème}	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CLJ	Cambridge Law Journal
Col LR	Columbia Law Review
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
comp.	Comparer
concl.	Conclusions
<i>contra</i>	Solution ou opinion contraire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
D.L.R.	Dominion Law Reports
dacty.	Dactylographié(e)
DC	Décision du Conseil constitutionnel relative à un contrôle de constitutionnalité des lois
Defrénois	Répertoire général du notariat Defrénois
dir.	Sous la direction de

DP	Dalloz périodique
East	East's Term Reports, King's Bench
éd.	Édition
ER	English Reports
EuZP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
EWCA Civ	Court of Appeal (Civil Division)
EWHC	England & Wales High Court (Administrative Court)
ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GSZ	Großer Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>infra</i>	Ci-dessous
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JCP	La semaine juridique
JCP E	La semaine juridique, édition entreprise
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JDI	Journal de droit international privé (Clunet)
JLS	Journal of Law and Society
JORF	Journal officiel de la République française
JZ	Juristenzeitung
KB	Law Reports, King's Bench
KG	Kammergericht
LG	Landgericht

LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LPA	Les petites affiches
LQR	Law Quarterly Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
n°	Numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
not.	Notamment
obs.	observations
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
OUP	Oxford University Press
p.	page
para.	paragraphe
<i>passim</i>	ici et là
PIBD	Propriété industrielle – Bulletin documentaire
préc.	précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QB	Law Reports, Queen's Bench (3rd Series)
QBD	Law Reports, Queen's Bench Division
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RCA	Responsabilité civile et assurances
RDC	Revue des contrats

RDI	Revue de droit immobilier
Rec.	Recueil
Rép. droit civil	Répertoire de droit civil
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RG	Reichsgericht
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant(e)s
S.	Sirey
sect.	Section
SLC	Société de législation comparée
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaires commentés
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
trad.	Traduction

U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKPC	United Kingdom Privy Council
v	<i>versus</i>
v.	voir
VersR	Versicherungsrecht
vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung zu
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WLR	Weekly Law Reports
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

INTRODUCTION

1. Une responsabilité civile évolutive. La responsabilité civile s'inscrit dans son temps. Il est fréquent de l'associer au « siècle » dans lequel elle se situe¹ ou d'envisager son « avenir »². La responsabilité civile exprime un contexte historique et reçoit la marque des bouleversements techniques et scientifiques de son temps³. On y lit la philosophie⁴ ou même l'« idéologie »⁵ d'une époque, son empreinte sociologique également⁶. Par ses conditions souples et par ses effets génériques (« l'argent peut tout »), la responsabilité civile possède une adaptabilité peu commune, qui semble la prédisposer à répondre à des besoins changeants. Elle est « l'une des plus évolutives » notions du droit privé⁷. Elle possède le don de « métamorphose »⁸. Centrée sur la faute au XIXème siècle, elle s'en affranchit à l'heure d'indemniser les victimes d'accidents nouveaux que l'industrialisation et l'essor du machinisme ont fait naître. La responsabilité se détourne alors du responsable pour se concentrer sur la créance d'indemnisation de la victime, qui pourra être prise en charge, le cas échéant, par la collectivité⁹. D'autres mutations sont annoncées pour le XXIème siècle :

¹ V. not. les actes du colloque organisé par la faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry : *La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle, bilan prospectif*, hors-série *RCA*, juin 2001 ; *adde* : Y. LAMBERT-FAIVRE : « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.*, 1987, p. 1, spéc. p. 1 : « Le vingtième siècle marque-t-il l'âge d'or et déjà le déclin de la responsabilité civile ? ».

² V. not. l'ouvrage *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, Paris, Dalloz, 2015, réunissant les actes du colloque organisé le 11 avr. 2014 par le Master de Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas.

³ On pense non seulement au développement du machinisme à la fin du XIXème siècle, mais aussi plus récemment à l'essor de nouvelles technologies (électromagnétiques, nucléaires, génétiques) ou d'autres développements scientifiques (médicaux notamment) dont les risques ne sont pas encore maîtrisés, ni même nécessairement connus, v. sur ces questions not. C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile, Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ? », *RTD civ.*, 1999, p. 561.

⁴ V. not. P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique » in : P. RICOEUR, *Le juste*, Paris, Editions Esprit, 1995, spéc. p. 41.

⁵ L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », in : *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 495.

⁶ V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2013 qui insiste sur ce facteur sociologique intéressant « l'état d'esprit des victimes », v. spéc. p. 486, p. 491 et p. 505 et s.

⁷ *Ibid.*, spéc. p. 481 ; v. également D. SALAS, « Du déclin de la faute à la tentation du bouc émissaire », *Droit et cultures*, n° 31, 1996/1, p. 7, spéc. p. 7 : « [...] il est peu d'exemple d'un concept du droit comme celui de responsabilité qui ne connaisse une transformation aussi radicale depuis environ un siècle ».

⁸ Selon le titre des Sixièmes journées René Savatier qui se sont tenues à Poitiers les 15 et 16 mai 1997, v. *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1997, p. 65 et également celui du n° 31 paru en 1996 de la revue *Droit et cultures* consacré aux « Métamorphoses de la responsabilité » ; *adde* : L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité, Etude sur la pensée juridique*, Paris, PUF, 1947.

⁹ Ce phénomène est très bien décrit par Y. LAMBERT-FAIVRE : « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *op. cit.*

renforcement des actions de groupe¹⁰, reconnaissance de nouveaux préjudices, notamment le préjudice écologique¹¹, soutien aux actions privées du droit de la concurrence¹², introduction de dommages et intérêts punitifs¹³ ou consécration de la restitution des profits¹⁴, notamment¹⁵. La responsabilité civile du futur pourrait plus fondamentalement devenir une responsabilité « pour le futur »¹⁶, en n'invitant plus seulement à répondre du mal que l'on a fait, mais aussi de dommages futurs dont on est redevable envers « l'humanité »¹⁷. La tendance du législateur à appréhender les risques nouveaux par des législations spéciales¹⁸ qui « émiettent » le droit¹⁹ a été vivement critiquée. C'est une véritable « recodification » de la responsabilité civile²⁰ qui permettra de répondre aux enjeux du présent et donnera au droit

¹⁰ L'action de groupe a été introduite en droit français par la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400 ; son extension aux discriminations est en discussion, v. la proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de lutte contre les discriminations enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mai 2015 et adoptée en première lecture au Sénat le 10 juin 2015.

¹¹ Une proposition de loi visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le Code civil adoptée par le Sénat le 16 mai 2013 est restée sans suite ; la 21^{ème} conférence des Nations Unies qui se tiendra à Paris en décembre 2015 pourrait être l'occasion, pour la Garde des Sceaux Christiane Taubira, de raviver cette proposition.

¹² La proposition de directive sur l'action privée en droit de la concurrence a été adoptée en 2014 et devra être transposée en droit français avant le 27 décembre 2016, v. Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

¹³ L'introduction de dommages et intérêts punitifs est envisagée depuis une dizaine d'années : v. P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006, spéc. art. 1371 et la Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n° 657 présentée par L. Béteille et enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010, spéc. art. 1386-25 ; *adde* : F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, spéc. art. 69, al. 2 qui envisage une « réparation exemplaire » en matière d'atteinte morale uniquement.

¹⁴ Cette voie est favorisée not. par le projet dirigé par François Terré, v. F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, spéc. art. 54 en matière délictuelle et F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2011, art. 120 en matière contractuelle.

¹⁵ Des évolutions sont aussi attendues dans le domaine de la bioéthique, du numérique, du secret des affaires ; sur ce dernier point, v. *infra*, spéc. n° 418.

¹⁶ F. TERRE, « Propos conclusifs », in : *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p. 143, spéc. p. 146 ; v. également J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, qui, pour présenter notion de responsabilité, distingue « la responsabilité pour le passé » et « la responsabilité pour l'avenir », respectivement p. 483 et s. et p. 511 et s.

¹⁷ V. H. JONAS, *Le principe responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Le Cerf, 1990.

¹⁸ Une liste de ce « florilège » de régimes spéciaux est dressée par PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2014, spéc. n° 8052.

¹⁹ A. TUNC, « Le droit en miettes », *Archives de philosophie du droit*, t. 22 « La responsabilité », Paris, Sirey, 1977, p. 31.

²⁰ Telle est l'ambition du projet de réforme du droit de la responsabilité civile dirigé par François Terré, v. PH. REMY, « Réflexions préliminaires sur le chapitre *Des délits* », in : *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. TERRE, Paris, Dalloz, 2011, p. 15, spéc. p. 19 et s. ; v. également : P. JOURDAIN, « Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ? », in : *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 247 ; C. RADE, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, p. 2247 ; G. VINEY, « Les difficultés de la recodification du droit de la responsabilité civile », in : *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 255.

français « une voix dans le concert européen »²¹. La responsabilité civile n'en est pas à sa première « crise »²². Si elle apparaît aujourd'hui quelque peu « essoufflée »²³, elle n'abandonnera pas sa course et continuera d'évoluer²⁴.

2. L'omniprésence de la réparation. Tandis que le caractère évolutif de la responsabilité civile est communément admis, sa pluralité de fonctions reste largement ignorée. La responsabilité civile remplirait une fonction unique de réparation et n'évoluerait que pour toujours mieux réparer. Cette fonction de réparation serait par ailleurs commune aux deux ordres de responsabilité. Le lien contractuel unissant les parties n'aurait pas non plus d'impact sur les fonctions de la responsabilité, encore et toujours tournée vers la réparation. Responsabilité civile et réparation sont à ce point indissociables que le dommage a pénétré jusqu'à la définition même de la première. La responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle désignent ainsi l'« obligation [...] de réparer le dommage causé » respectivement par un délit civil et par l'inexécution²⁵. La responsabilité devient réparation.

Pourtant, la réparation n'est qu'un aspect de la responsabilité, qui la dépasse. La « responsabilité politique » n'a rien d'une réparation²⁶, la « responsabilité pénale » non plus²⁷. De même que cette dernière vise l'obligation de répondre des infractions commises, la responsabilité civile devrait être définie comme l'obligation de répondre civilement d'un fait illicite ou d'une inexécution, et non comme l'obligation de réparer un dommage. Définir la

²¹ P. CATALA, « Présentation générale de l'avant-projet », in : *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, P. CATALA (dir.), *op. cit.*, spéc. n° 9, p. 12 : « Notre espoir est que l'avant-projet serve l'entreprise qui donnera à la France un droit civil adapté à son époque et une voix dans le concert européen. »

²² Sur cette idée de « crise » de la responsabilité, v. F. TERRE, « Propos sur la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, t. 22 « La responsabilité », Paris, Sirey, 1977, p. 37 et également A. TUNC, « Responsabilité (droit) – responsabilité civile », *Encyclopaedia Universalis*, ressource en ligne consultée le 21 oct. 2015 (<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/responsabilite-droit-responsabilite-civile/>).

²³ Y. LEQUETTE, « Propos introductifs », in : *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, Paris, Dalloz, 2015, p. 3, spéc. p. 5 : « [...] le droit français de la responsabilité civile est aujourd'hui l'objet d'un certain essoufflement, pour ne pas dire d'une certaine exténuation. »

²⁴ La réforme du droit de la responsabilité civile a pour l'heure été mise en suspens, tandis que le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été rendu public par le Ministère de la Justice le 25 février 2015.

²⁵ La responsabilité contractuelle vise l'« obligation pour le contractant qui ne remplit pas [...] une obligation que le contrat mettait à sa charge, de réparer [...] le dommage causé à l'autre partie [...], soit par l'inexécution totale ou partielle [...], soit par l'exécution tardive [...] de l'engagement contractuel » selon G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, spéc. « Responsabilité contractuelle » ; la responsabilité délictuelle vise « toute obligation, pour l'auteur du fait dommageable [...] de réparer le dommage causé par un délit civil [...] », toujours selon G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, spéc. « Responsabilité délictuelle ».

²⁶ La responsabilité politique désigne l'« obligation pour les ministres, dans le régime parlementaire, de quitter le pouvoir lorsqu'ils n'ont plus la confiance du Parlement [...] », G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, spéc. « Responsabilité politique ».

²⁷ La responsabilité pénale est définie comme l'« obligation de répondre de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi. [...] », v. S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 2015, spéc. « Responsabilité pénale ».

responsabilité civile par référence au dommage revient à assimiler deux concepts qui ne sont pas synonymes, en même temps qu'occulter la pluralité des fonctions de la responsabilité. C'est cette vision d'une responsabilité civile tournée exclusivement vers la réparation que la présente étude cherche à combattre. La flexibilité de la responsabilité ne lui permet pas seulement d'évoluer au gré des besoins de la société. Elle lui permet de remplir des fonctions variées. C'est particulièrement visible en matière contractuelle, où la responsabilité doit non seulement relever des enjeux sociétaux (parmi lesquels la réparation) mais aussi répondre à des attentes impliquées par la relation qui lie les parties. La responsabilité contractuelle se montre par ailleurs propice à une recherche théorique sur les fonctions de la responsabilité en ce que, depuis sa récente apparition, elle n'a cessé de lever des controverses.

3. La naissance de la responsabilité contractuelle et sa critique immédiate. Le mot « responsabilité » emprunte sa racine latine à la « *sponsio* », promesse par laquelle quelqu'un s'obligeait solennellement à répondre sur ses biens ou même sa personne de la prestation promise à un autre²⁸. Ainsi, « *respondere* » signifie d'abord se porter garant, se porter caution²⁹. Il n'est toutefois pas réservé au vocabulaire juridique, et c'est au vocabulaire courant qu'il empruntera le suffixe « able » autour du XIII^e ou XIV^e siècle³⁰. Le mot « responsable » se trouve alors « capté » par le langage de la morale où il acquiert une nouvelle coloration : le responsable devient celui qui répond de ses actes devant Dieu dans la morale chrétienne, devant sa conscience dans la morale laïque³¹. De retour dans le langage juridique, le responsable ne désigne plus celui qui se porte caution, mais celui qui doit répondre, devant la justice, des conséquences de ses actes. C'est encore le sens qu'il a gardé aujourd'hui³². Le substantif « responsabilité » n'apparaîtra cependant que plus tardivement. C'est seulement à la fin du XVIII^e siècle que l'on commence à parler de « responsabilité » au sens politique de « responsabilité du gouvernement » sous l'influence de Necker en France et

²⁸ A. SERIAUX, « Responsabilité civile », in : *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS, Paris, PUF, 2003.

²⁹ J.-L. GAZZANIGA, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in : *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes journées René Savatier, Paris, PUF, 1997, p. 3, spéc. p. 5.

³⁰ V. G. VINEY, « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, t. 35 « Vocabulaire fondamental du droit », Paris, Sirey, 1990, p. 275, spéc. p. 276.

³¹ M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de philosophie du droit*, t. 22 « La responsabilité », Paris, Sirey, 1977, p. 45, spéc. p. 52 et s., qui parle de « captation » du mot dans le langage de la morale.

³² PH. PIERRE, « Responsabilité (Droit) – Vue d'ensemble », *Encyclopedia Universalis*, ressource en ligne consultée le 21 oct. 2015 (<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/responsabilite-droit-vue-d-ensemble/>).

quasi-simultanément, et dans le même contexte, de « responsibility » aux Etats-Unis sous la plume d'Hamilton³³.

Il faudra encore attendre la fin du XIX^{ème} siècle pour que la responsabilité pénètre la sphère contractuelle³⁴. Cette incursion est d'emblée critiquée par Charles Saintelette qui plaide pour une démarcation claire entre le lien de droit qui assure de le respect de la loi et le celui qui assure le respect du contrat, seul le premier pouvant être qualifié de « responsabilité », le second n'étant proprement désigné que par l'expression « garantie »³⁵. Tout oppose, selon lui, les deux institutions : la source du lien et, partant, la nature de la sanction qui découle de sa violation, de même que la teneur des règles à lui appliquer. Il en conclut que :

« [r]égir les relations contractuelles par les règles de la responsabilité, c'est méconnaître le fait, choquer la raison, violer la justice »³⁶.

A contrecourant de cette thèse dualiste se développe, quasiment dans le même temps, un courant moniste dont la paternité est attribuée à Jean Grandmoulin³⁷. Dans une thèse au titre évocateur³⁸, l'auteur s'emploie à démontrer au contraire que « la loi et le contrat, et par suite les obligations qui en naissent n'ont pas une essence différente »³⁹. Que la dette violée trouve sa source dans la loi ou dans le contrat, l'obligation de réparer sera, elle, toujours d'origine légale. Il ne peut en aucun cas s'agir de « l'obligation primitive née du contrat » puisque celle-ci « est éteinte par la perte ou l'impossibilité de son objet due à la faute du débiteur »⁴⁰. Dès lors, c'est une nouvelle obligation issue de la loi que traduisent les

³³ J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot 'responsabilité' », *Archives de philosophie du droit*, t. 22 « La responsabilité », Sirey, 1977, p. 59.

³⁴ Charles Saintelette constate en 1884 que « la confusion a passé dans la jurisprudence et dans la littérature. Aujourd'hui les livres, les arrêts, les lois nouvelles emploient indifféremment et comme d'absolus équivalents, le terme 'responsabilité' et le terme 'garantie' », v. C. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1884, spéc. n° 6, p. 10 et 11.

³⁵ *Ibid.*, spéc. n° 9, p. 11 et 12 ; l'auteur appelle pareillement les sanctions qui y sont attachées, v. spéc. n° 32, p. 42 : « A l'engagement comme à l'obligation, il faut une sanction civile qui en assure l'exécution et en tienne lieu. Cette sanction porte le nom de garantie, s'il s'agit d'obligations, et le nom de responsabilité quand c'est d'engagements dont il s'agit ».

³⁶ *Ibid.*, spéc. n° 32, p. 44.

³⁷ Comp. toutefois déjà quelques années plus tôt, A.-F. LEFEBVRE, « De la responsabilité, délictuelle, contractuelle », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n° 15, 1886, p. 485, spéc. p. 485 : « l'évidence pour nous est [...] que *responsabilité contractuelle* est une formule vicieuse, une forme erronée de langage, et que la responsabilité est nécessairement *délictuelle* » et p. 486 : « Nous ne prétendons pas que le contrat [...] ne modifie en rien la responsabilité ; nous soutenons seulement qu'il ne modifie pas la nature de la responsabilité et qu'il ne crée pas une responsabilité spéciale. Toute la théorie juridique de la responsabilité est écrite dans l'art. 1382 C. c. [...] ».

³⁸ J. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, th. Rennes, Typographie Alphonse Le Roy, 1892.

³⁹ *Ibid.*, spéc. p. 4.

⁴⁰ *Ibid.*, spéc. p. 7.

dommages-intérêts, celle qui résulte de la contravention à l'article 1382 du Code civil. Ainsi, pour cet auteur :

« [l]a violation du droit de créance est un délit civil »⁴¹

Dans cette conception moniste, la responsabilité qui sanctionne la violation du contrat est « une et délictuelle »⁴².

4. Accalmie de la responsabilité contractuelle au XX^{ème} siècle. A la suite de Charles Saintelette et de Jean Grandmoulin, deux courants s'opposèrent : les partisans de la thèse dualiste⁴³ et ceux de la thèse moniste⁴⁴. Un point tout de même reliait les deux meneurs : la responsabilité contractuelle devait formellement disparaître. Il n'en fut rien. Au contraire, à partir des années 1920, la responsabilité contractuelle se forge une place au sein du droit des obligations. Plusieurs auteurs y contribuent en proposant une vision plus nuancée du concept⁴⁵. La responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle partagent, selon eux, une communauté de fonctions en ce qu'elles sont toutes deux orientées vers la réparation d'un préjudice. Cependant, l'origine contractuelle de l'obligation violée a des répercussions sur les règles qui lui sont applicables. Selon cette thèse intermédiaire, il y a identité de nature et de fonction des responsabilités contractuelle et délictuelle, mais diversité des règles en écho à la dualité des sources. Pour reprendre la formule d'André Brun :

« scientifiquement, il n'y a pas deux responsabilités, mais deux régimes de responsabilité »⁴⁶.

Cette voie « médiane et conciliatrice »⁴⁷ a rallié rapidement la quasi-totalité de la doctrine⁴⁸. Une évolution est encore apportée par Jérôme Huet en 1978, qui démontre dans sa thèse que

⁴¹ *Ibid.*, spéc. p. 3.

⁴² *Ibid.*, spéc. p. 33 et 34.

⁴³ V. not. C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *Les obligations*, 4^e éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal, Billard et Cie, Imprimeurs-Editeurs, 1871, spéc. §308, note 25, p. 100 et §446, note 7, p. 755 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 8, Cours de Code Napoléon XXXI, Paris, Lahure, 1882, spéc. n° 472 et n° 477 ; C. LYON-CAEN, note sous Civ., 10 nov. 1884, *S.*, 1885, 1, 129 ; H. DE LA MASSUE, « De l'absence de novation dans la résolution de l'obligation contractuelle », *RTD civ.*, 1932, p. 377.

⁴⁴ V. not. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges et les hypothèques*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 1923, spéc. n° 873 et s. ; R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1914, spéc. n° 308 ; J. AUBIN, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Bordeaux, dacty., 1897 ; *adde* avec des nuances : P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.*, 1933, p. 627.

⁴⁵ M. MEIGNE M., *Responsabilité et contrat, Essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Lille, O. Marquant, 1924 ; A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931 ; J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932.

⁴⁶ A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, *op. cit.*, spéc. p. 382.

⁴⁷ P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in : *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes journées René Savatier, Paris, PUF, 1997, p. 65, spéc. p. 65.

la responsabilité contractuelle remplit, en fait, non seulement une fonction de réparation, qui la rapproche de la responsabilité délictuelle, mais également une fonction de paiement, qui lui est propre⁴⁹. Dans l'esprit de l'auteur, cette double fonction sous-tend et justifie le particularisme de la responsabilité contractuelle⁵⁰. Quelques années plus tard, la fonction de paiement sera mise en avant pour plaider, au contraire, pour l'abolition de la responsabilité contractuelle.

5. Nouvelle attaque de la responsabilité contractuelle à la fin du XXème siècle. C'est Philippe Le Tourneau qui ouvre à nouveau la marche funèbre de la responsabilité contractuelle en 1982 dans la troisième édition de son *Traité de la Responsabilité*⁵¹. Qualifiant la responsabilité contractuelle d'expression « plus imagée que juste »⁵² et introduisant celle « d'exécution par équivalent »⁵³, il constate que (en italique dans l'original) :

« Ce que l'on nomme réparation, par habitude et sans trop y regarder, c'est en réalité un *mode d'exécution du contrat*, différent sans doute de celui qui était prévu (par équivalent) et souvent différé, mais mode d'exécution tout de même, ou, si l'on préfère, mode de paiement »⁵⁴.

Cette position s'affirmera au fil des éditions. Dès la quatrième édition, à partir de laquelle se joint Loïc Cadiet, Philippe Le Tourneau fait disparaître l'expression « responsabilité contractuelle » du plan⁵⁵. Dans la cinquième édition, il la qualifie d'« expression imagée mais erronée »⁵⁶ et, critiquant non plus son « imprécision » mais sa « fausseté »⁵⁷, il propose de

⁴⁸ V. not. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations : théorie générale. Biens : droit de propriété et ses démembrements*, Paris, Montchrestien, 1956, spéc. n° 376 et n° 390 et s. ; adde les réf. citées par G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2008, n° 164, note 15.

⁴⁹ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, dacty., 1978, v. spéc. n° 25, p. 32 ; sur la position exacte de cet auteur, v. nos dév. *infra*, spéc. n° 149 et s.

⁵⁰ *Ibid.*, spéc. n° 27, p. 33 : « Ainsi, dans certaines hypothèses, les dommages-intérêts alloués à un contractant découlent directement de la convention : ils constituent un prolongement de l'obligation préexistante et sont dus au créancier en vertu d'un « droit au paiement » qui, à défaut de porter sur la prestation promise elle-même, s'opère par équivalent. C'est en cela qu'il existe bien une différence de nature entre les deux responsabilités et que la thèse classique de la dualité, même si l'on doit en dénoncer l'outrance, apparaît en partie fondée. ».

⁵¹ PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1982.

Dans les éditions suivantes du *Traité*, Philippe Le Tourneau fera disparaître l'expression « responsabilité contractuelle » du plan (dès la 4^{ème} éd., Dalloz Action, 1996), puis du titre (à partir de la 6^{ème} éd., 2000, l'ouvrage prenant alors le titre de « droit de la responsabilité et des contrats » - Le Tourneau).

⁵² *Ibid.*, spéc. n° 3.

⁵³ *Ibid.*, spéc. le titre du n° 160 : « Mise au point : nature du droit du créancier : droit d'exiger une exécution par équivalent. ».

⁵⁴ *Ibid.*, spéc. n° 160.

⁵⁵ PH. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1996, où le titre du chapitre 2, du Titre 1, de la première partie devient « Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle » au lieu de « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle ».

⁵⁶ PH. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998, spéc. n° 4.

⁵⁷ *Ibid.*, spéc. n° 222.

parler du « régime de la défaillance contractuelle »⁵⁸. A partir de la sixième édition, l'ouvrage prend le titre de « droit de la responsabilité et des contrats » pour mieux rejeter la responsabilité contractuelle⁵⁹. Il accueille alors une nouvelle section intitulée « De l'inexistence de la responsabilité contractuelle »⁶⁰, qui n'a cessé d'être enrichie depuis⁶¹.

Philippe Le Tourneau est rapidement rejoint par Philippe Rémy⁶² et Denis Tallon⁶³. Dans un article retentissant, Philippe Rémy, prône un « retour au code » et prescrit l'abolition du « faux concept » de responsabilité contractuelle⁶⁴. Opposants et partisans de la responsabilité contractuelle entrent alors, de plus en plus nombreux, sur le champ de bataille⁶⁵. La controverse n'appartient toujours pas au passé et on la voit ressurgir de temps à

⁵⁸ *Ibid.*, spéc. n° 4.

⁵⁹ PH. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2000, spéc. l'avant-propos : « Le titre même a été changé en Droit de la responsabilité et des contrats. Cette solution s'est imposée à nous pour plusieurs raisons : d'abord, car nous rejetons la notion de responsabilité contractuelle [...] ».

⁶⁰ *Ibid.*, spéc. n° 802 et s.

⁶¹ V. PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2014, spéc. n° 802 et s.

⁶² Déjà dans une note parue en 1985, Philippe Rémy écrivait que la responsabilité contractuelle « n'est jamais que l'obligation de fournir, par équivalent, la prestation que le contractant attendait spécifiquement du contrat », PH. REMY, chron. à propos de Civ. 1^{ère}, 16 mai 1984, *Bull. civ.*, I, n° 165, p. 140, *RTD civ.*, 1985, p. 179, spéc. p. 180 ; v. également du même auteur : « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures*, n° 31, 1996/1, p. 31, spéc. p. 40 et s.

⁶³ D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in : *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, 1994, p. 429 ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 233.

⁶⁴ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.

⁶⁵ V., contre la responsabilité contractuelle : C. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, 5^e éd., Paris, Litec, 2010, spéc. n° 296 et s., p. 168 et s. ; L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit.* ; M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Paris, LGDJ, 2003 ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français », in : *Failure of contracts. Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences*, dir. F. D. ROSE, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 175 ; H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in : *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 643 ; L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.*, 1998, p. 839, spéc. p. 867 et s. ; P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC*, 2005, p. 13.

V., pour la responsabilité contractuelle : P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 243 ; PH. BRUN, « Personnes et préjudice », *Revue générale de droit [Ottawa]* 2003 (33), p. 187, spéc. p. 203 et s. ; G. DURRY, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *RCA hors-série*, Juin 2001, p. 20 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, spéc. n° 306 ; L. GRYNBAUM, « Responsabilité et contrat : l'union libre. Variations sur la responsabilité contractuelle, le préjudice corporel et les groupes de contrat », in : *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 409 ; P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in : *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1997, p. 65, et du même auteur *Les principes de la responsabilité civile*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2014, spéc. p. 31 et s. ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, spéc. n° 89 ; C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in : *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543 ; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in : *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 920, et G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, op. cit.*, spéc. n° 161 et s., p. 395 et s.

autre à la suite d'arrêts de la Cour de cassation⁶⁶ ou à l'occasion des débats relatifs à la réforme du titre III du livre III du Code civil⁶⁷. Il semble même qu'elle ait traversé l'Atlantique pour aller « tourmenter » nos collègues québécois⁶⁸. En réalité, bien loin de tuer la responsabilité contractuelle, ces débats l'ont au contraire ranimée. Poussant la doctrine à s'interroger sur les fondements et les desseins de la responsabilité contractuelle, elle a permis l'émergence d'une position intermédiaire beaucoup plus juste : celle d'une double fonction de paiement et de réparation⁶⁹ qu'avait déjà pressentie Jérôme Huet⁷⁰.

6. De la pertinence de la responsabilité contractuelle. Les tribulations de la responsabilité contractuelle sont le reflet d'un mariage qui dérange entre deux notions que la théorie des sources du droit oppose. Ainsi s'explique la tendance qu'a eu la doctrine à tirer la responsabilité contractuelle tantôt du côté de la loi, en minimisant l'impact de sa source conventionnelle, tantôt du côté du contrat, en éclipsant sa visée indemnitaire. Une multitude de questions ont été soulevées à l'occasion de ces controverses pour tenter de déceler la véritable nature de la responsabilité contractuelle :

⁶⁶ Au-delà des arrêts qui étaient au cœur même de la controverse (réparations locatives et obligation de ne pas faire) qui seront développés *infra*, des arrêts relatifs à la prescription ou encore à la prévisibilité du dommage ont donné à leurs commentateurs l'occasion de revenir sur la controverse, v. par ex. J.-S. BORGHETTI, « Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contractuelle », *chron.*, *RDC*, 2006/4, p. 1217, spéc. p. 1219 et M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *D.*, 2011, p. 1725.

⁶⁷ V. par ex. P. ANCEL, « Présentation des solutions de l'avant-projet », *RDC*, 2007/1, p. 19, spéc. n° 2 ; M. FAURE-ABBAD, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D.*, 2007, p. 165 ; C. JUILLET, « La reconnaissance maladroite de la responsabilité contractuelle par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2011, p. 259 ; *adde* : F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, en particulier les rapports de PH. REMY, « Plan d'exposition et catégories du droit des obligations » p. 83, spéc. p. 100 et s., « L'inexécution du contrat », p. 253 et s. et « Les dommages et intérêts », p. 281.

⁶⁸ V. D. GARDNER, B. MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », *Les cahiers De Droit*, Laval, 2007, 48 C. de D. 543 et la réplique de P.-G. JOBIN, « Amputer la responsabilité contractuelle ? Une tourmente inutile et néfaste », *Les cahiers De Droit*, Laval, 2009, 50 C. de D. 3.

⁶⁹ V. reconnaissant à la responsabilité contractuelle une double fonction de paiement et de réparation : M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, Traité de Droit civil*, dir. N. MOLFESSIS, t. 5, 2^e éd., Paris, Economica, 2012, spéc. n° 72 et s. ; E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.*, 1999, p. 1 et du même auteur « Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *RDC*, 2007/1, p. 45 ; E. SAVAUX, R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs, Réflexions à partir du contrat de bail », in : *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 271 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Paris, Sirey, 2015, spéc. n° 177 et s. ; PH. STOFFEL-MUNCK, « chronique de contrats spéciaux », *Petites Affiches*, 2002, n° 230, p. 7, PH. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », *RDC*, 2003/1, p. 54 et *RDC*, 2004/2, p. 280, PH. STOFFEL-MUNCK, « La relativité de la faute contractuelle », *RDC*, 2007/2, p.587 ; PH. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », *RDC*, 2009/1, p. 333 ; PH. STOFFEL-MUNCK, « Les sources des obligations », in : *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRE, Paris, Dalloz, 2009, p. 282.

⁷⁰ La double fonction telle que la comprenait Jérôme Huet était toutefois différente dans son contenu de la double fonction telle qu'elle est comprise aujourd'hui, v. en détails *infra*, spéc. n° 149 et s.

« S'agit-il de responsabilité (i.e. : réparation) ou des conséquences attachées à l'inexécution du contrat ? La responsabilité contractuelle a-t-elle pour objet de réparer un dommage causé par une faute consistant dans l'inexécution d'un contrat, ou au contraire de fournir au créancier l'équivalent de la prestation promise ? [...] faute et dommage sont-ils exigés, ou le constat de l'inexécution suffit-il ? L'inexécution doit-elle être fautive ? Est-elle, en elle-même le dommage, c'est-à-dire la privation de la prestation promise ; ou le créancier doit-il en outre prouver le dommage que lui cause la défaillance du débiteur ? [...] en quoi consiste la réparation ? Ce qu'aurait apporté le contrat (perte éprouvée et gain manqué), ou, davantage, la totalité du dommage causé par l'inexécution ? Quelle est la nature des dommages-intérêts – une obligation nouvelle, ou le prolongement du contrat – et par conséquent que deviennent les sûretés originaires. Le contrat a généralement un objet patrimonial : les dommages-intérêts contractuels peuvent-ils cependant réparer un préjudice extrapatrimonial ? »⁷¹.

Ces questions sont fondamentales et elles mettent en lumière tout l'intérêt d'une étude approfondie des fonctions de la responsabilité contractuelle. Toutefois, il est douteux qu'elles permettent de déterminer si la responsabilité contractuelle « existe », si elle est un « vrai » concept. Le choix qui est proposé y est toujours binaire : il consiste à relier la responsabilité contractuelle soit à l'exécution, soit à la réparation. A répondre de manière cohérente à l'ensemble de ces questions, on aboutirait à la conclusion que la responsabilité contractuelle soit peut être absorbée par l'exécution, soit peut être fondue dans la responsabilité délictuelle. Dans un cas comme dans l'autre, elle n'aurait aucune autonomie, et donc aucune existence propre. Or, c'est précisément le caractère hybride de la responsabilité contractuelle qui forge sa spécificité et fonde son autonomie. C'est parce que l'on ne saurait, à cette liste de questions, répondre à chaque fois en direction de la responsabilité, ou à chaque fois en faveur de l'exécution, que la responsabilité contractuelle existe. Plus exactement, c'est à ce titre qu'elle peut prétendre à un traitement propre, qu'elle est bien un concept « pertinent »⁷². Aussi doit-elle être reconnue dans sa pluralité de fonctions et son irréductibilité à l'exécution comme à la réparation.

7. De la désignation du concept. Il reste à déterminer si la désignation de ce concept par l'expression « responsabilité contractuelle » est adaptée, ou, au contraire, trompeuse. Peut-on consacrer ce mot sans risquer de glisser subrepticement vers son parent délictuel ? Tel est le reproche qui lui est adressé : son utilisation aurait pour effet pervers de rapprocher artificiellement la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle, rapprochement entraînant à son tour confusion et désorganisation. La confusion serait engendrée par le décalque des règles de la seconde sur la première, aboutissant à un effacement du

⁷¹ PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 6^e éd., 2013, n° 933.

⁷² Pour paraphraser Geneviève Viney lorsqu'elle décrit « la controverse relative à la pertinence du concept de responsabilité contractuelle », v. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, op. cit.*, spéc. n° 165 et s.

particularisme contractuel et un brouillage des frontières entre les deux ordres⁷³. La désorganisation tiendrait à ce que, pour la traiter conjointement à la responsabilité délictuelle, on est amené à isoler la responsabilité contractuelle des autres sanctions de la violation du contrat, ce qui conduit à une partition du droit de l'inexécution⁷⁴.

Le problème de « la confusion du langage [conduisant] à la confusion des idées », avait déjà été dénoncé par Charles Sainctelette⁷⁵. Il faut bien, en effet, reconnaître des interférences, d'ailleurs mutuelles⁷⁶, entre les responsabilités. Très certainement, on peut vérifier l'impact de ce que Philippe Rémy a appelé la « doctrine de la réparation »⁷⁷ sur les développements du droit de la responsabilité contractuelle, en particulier au cours du XXème siècle. En revanche, que cette transformation soit imputable à l'utilisation du concept de responsabilité contractuelle est douteux. La critique la plus virulente de cette emprise intellectuelle de la responsabilité sur le droit de l'inexécution est adressée à l'obligation de sécurité. Or, lorsque l'obligation de sécurité a été « découverte » en 1911, c'était pour résoudre un problème concret, celui de la prolifération des dommages corporels liés à l'industrialisation et à l'essor du machinisme⁷⁸. Ce n'était pas pour aligner la responsabilité contractuelle avec une responsabilité extracontractuelle objective qui, d'ailleurs, n'existait pas encore⁷⁹. L'emploi du mot responsabilité ne saurait, en soi, impliquer un alignement sur la matière délictuelle. A-t-il jamais été question d'aligner la responsabilité politique des ministres sur la responsabilité délictuelle ? Pourquoi devrait-il en aller différemment de la responsabilité contractuelle ?

La même réponse peut être donnée à la seconde critique relative à l'agencement des sanctions de l'inexécution. Comme l'a très justement souligné un auteur pourtant peu favorable au concept :

⁷³ V. not. PH. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *op. cit.*

⁷⁴ V. en particulier D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op. cit.*

⁷⁵ C. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)*, *op. cit.*, spéc. n° 7, p. 11.

⁷⁶ Pour une mise en relief de l'influence qu'a eu la consécration de la responsabilité du fait des choses sur la multiplication des obligations contractuelles de sécurité, v. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.*, 2010, p. 1.

⁷⁷ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », spéc. p. 350.

⁷⁸ Civ., 21 nov. 1911, *DP.*, 1913, 1, 249, note L. SARRUT ; *S.*, 1912, 1, 73, note C. LYON-CAEN.

⁷⁹ Comme on le sait, la Cour de cassation, avec l'arrêt *Teffaine* ou « du remorqueur » (Civ. 16 juin 1896, *D.*, 1897, 1, p. 433, concl. L. SARRUT, note R. SALEILLES, *S.*, 1897, 1, p. 17, note A. ESMEIN) avait posé les bases d'une responsabilité du fait des choses, mais n'en avait pas encore clairement fait une responsabilité objective, ce qui arrivera seulement en 1930 avec l'arrêt *Jand'heur* (Cass. ch. réun., 13 févr. 1930, *D.*, 1930, 1, p. 57, note G. RIPERT ; *S.*, 1930, 1, 121, note P. ESMEIN).

« la consécration de la responsabilité contractuelle n'interdit nullement de la traiter distinctement de la responsabilité extracontractuelle pour en conserver les spécificités, et maintenir une certaine cohérence du droit »⁸⁰.

Les objections avancées par les opposants à la responsabilité contractuelle dénoncent de vrais problèmes, mais accusent un « faux coupable ». Elles ne sauraient, en elles-mêmes, justifier de renoncer à la responsabilité contractuelle. Peut-être serait-il opportun, cependant, de revoir sa définition.

8. La définition de la responsabilité contractuelle. Pour être appréhendée dans sa pluralité de fonctions, la responsabilité contractuelle ne doit plus être définie par référence à la réparation ou au dommage, mais simplement comme « l'obligation de répondre de son inexécution ». Cette définition n'est cependant pas assez spécifique. Toutes les sanctions de l'inexécution⁸¹ ou, selon une terminologie plus moderne, tous ses « remèdes »⁸², constituent une réponse à l'inexécution. Pour la distinguer des autres sanctions de l'inexécution, il peut être précisé que la responsabilité contractuelle consiste toujours dans le versement d'une somme d'argent au créancier. En effet, la réparation en nature, critiquée depuis déjà fort longtemps en matière délictuelle⁸³, n'a aucune pertinence en matière contractuelle. Soit elle vise à fournir au créancier une prestation équivalente à ce qui était promis, et elle se confond avec l'exécution, dont il est à la fois inutile et trompeur de la distinguer⁸⁴. Soit elle cherche bien à compenser une perte ou un gain manqué distinct de la prestation elle-même, et alors elle est injustifiée, la seule sanction réparatrice prévue par le Code civil étant les dommages et intérêts⁸⁵. Planiol⁸⁶ et Carbonnier⁸⁷ ont d'ailleurs toujours réfuté qu'il puisse être accordée une réparation en nature comme sanction de l'inexécution.

Ce qui fait la spécificité de la responsabilité contractuelle sur les autres sanctions, c'est donc qu'elle consiste dans le versement d'une somme d'argent au créancier. La responsabilité

⁸⁰ C. JUILLET, « La reconnaissance maladroite de la responsabilité contractuelle par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. n° 19.

⁸¹ La sanction est définie comme « toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation », v. G. CORNU (dir), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, spéc. « sanction », sens 2.

⁸² Sur le choix du mot sanction plutôt que remède, v. *infra*, spéc. n° 25.

⁸³ V. déjà L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 1933.

⁸⁴ Reflètent ainsi des mesures d'exécution et non de réparation en nature les facultés de remplacement et de destruction prévues aux art. 1144 et 1143 du Code civil, ce que le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015 reconnaît d'ailleurs expressément ; v. à ce sujet nos dév. détaillés *infra*, spéc. n° 65 et s.

⁸⁵ Cela résulte à l'heure actuelle de l'art. 1142 du Code civil et sera encore plus nettement consacré par le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc. qui se réfère explicitement aux « dommages et intérêts » ; v. en détails *infra*, spéc. n° 75 et s.

⁸⁶ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges et les hypothèques*, *op. cit.*, spéc. n° 224, p. 79.

⁸⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, spéc. n° 169, p. 318.

contractuelle est donc l'obligation, pour le débiteur, de répondre de son inexécution en versant au créancier une somme d'argent. Plus simplement : elle est la sanction pécuniaire de l'inexécution. L'inexécution doit être comprise dans un sens large : il peut s'agir d'une inexécution totale ou partielle, d'une exécution défectueuse ou encore d'un retard d'exécution. N'appartiennent pas en revanche à la responsabilité contractuelle les avances de frais⁸⁸, qui ne sont que « temporairement » pécuniaires et sont dirigées, en fait, vers l'acquisition d'un bien ou d'une prestation en nature⁸⁹. Si la définition proposée se rapproche beaucoup de celle des dommages et intérêts, elle s'en distingue toutefois⁹⁰. La responsabilité contractuelle est plus large et englobe le paiement d'une clause pénale, le règlement d'intérêts moratoires⁹¹ ou encore la restitution des profits tirés de l'inexécution lorsqu'elle est reconnue. Elle couvre ainsi l'ensemble des sanctions pécuniaires de l'inexécution.

9. La responsabilité contractuelle en droit allemand. Si, en France, la responsabilité contractuelle a été accusée d'être un « faux concept », en Allemagne et en Angleterre, elle n'est pas même un concept. On peut certes s'entretenir avec un Allemand de *Vertragshaftung* ou avec un Anglais de *contractual liability*, mais ces expressions sont très peu utilisées. En droit allemand, la *Vertragshaftung* n'a pour ainsi dire jamais été consacrée, ni par le législateur qui n'en fait aucun usage⁹², ni par la jurisprudence qui s'y réfère très peu : un arrêt du *Bundesgerichtshof* par an en moyenne seulement reprend l'expression⁹³, presque exclusivement à l'occasion d'un parallèle avec un autre type de responsabilité⁹⁴. L'expression

⁸⁸ V. l'art. 1144 du Code civil portant sur la faculté de remplacement auquel la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution a ajouté que « Celui-ci [le débiteur] peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ».

⁸⁹ Sur la distinction de l'avance de frais et des dommages et intérêts, v. *infra*, spéc. n° 194.

⁹⁰ Les dommages et intérêts correspondent à la « somme d'argent due par le débiteur à son créancier pour la réparation d'un dommage né d'un retard dans l'exécution (dommages-intérêts moratoires) ou de l'inexécution (dommages-intérêts compensatoires) de son obligation », selon R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, spéc. « dommages-intérêts ».

⁹¹ Cette sanction n'est pas spécifiquement contractuelle, mais dès lors que le retard concerne une somme d'argent due en vertu d'un contrat, il s'agit bien d'une sanction de l'inexécution du contrat.

⁹² Aucune législation n'utilise le mot « Vertragshaftung » à ce jour (recherche effectuée sur le site officiel <http://www.gesetze-im-internet.de/> le 29 oct. 2015) ; l'expression parente « vertragliche Haftung » figure quant à elle seulement en titre du §192 de la loi fiscale, *Abgabeordnung* ; on trouve enfin « dienstvertraglichen Haftung » dans le corps du §5 de la loi instituant l'office national des postes et télécommunications, *Gesetz über die Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost*.

⁹³ Entre le 1^{er} janv. 2000 et le 28 oct. 2015, seuls 14 arrêts du BGH ont mentionné l'expression « Vertragshaftung » (résultats issus d'une recherche combinée sur la banque de donnée « Juris » et sur le site internet du Bundesgerichtshof actualisée le 29 oct. 2015).

⁹⁴ Avec la responsabilité délictuelle, v. par ex. BGH, 20 févr. 2014, VII ZR 172/13, NJW 2014, 1374 (pour souligner l'applicabilité d'une règle aux deux fondements de responsabilité) et BGH, 20 nov. 2012, VI ZR 268/11, NJW-RR 2013, 550 (sur le concours des deux responsabilités) ; avec la *Gefährdungshaftung*, v. par ex. BGH, 9 juil. 2009, IX ZR 88/08, NJW 2009, 3025 ; avec la *Prospekthaftung*, v. par ex. BGH, 29 janv. 2009, III ZR 74/08, VersR 2009, 986 ; avec la *Amtshaftung*, v. par ex. BGH, 09 nov. 2000, III ZR 314/99, NJW 2001, 434.

Vertragshaftung est un peu plus répandue en doctrine⁹⁵, où elle est utilisée au moins depuis le début du XX^e siècle⁹⁶. En général, législateurs, juges et auteurs ne se réfèrent cependant pas à la *Vertragshaftung*⁹⁷. Ils visent directement sa sanction, le *Schadensersatz*, qui est appliqué à la fois au contrat et au délit et englobe la réparation en nature et par des dommages et intérêts.

10. La dualité du *Schadensersatz*. Le *Schadensersatz* est à première vue indissociable de la réparation, puisqu'il signifie littéralement « réparation du dommage ». Toutefois, la réforme d'ampleur du droit allemand des obligations⁹⁸ entrée en vigueur en 2002 a donné une nouvelle dimension au *Schadensersatz* en matière contractuelle. Il existe désormais deux catégories de *Schadensersatz* : celui qui se substitue à l'exécution, appelé *Schadensersatz statt der Leistung* et celui qui répare les pertes subies et le gain manqué qui découlent de l'inexécution, appelé *Schadensersatz neben der Leistung*. Si elles ne se recoupent pas précisément, il existe des points communs entre cette distinction et celle mise en exergue par une partie de la doctrine française entre les dommages et intérêts à fonction de paiement et les dommages et intérêts à fonction de réparation. Ainsi, malgré l'attachement incontestable du *Schadensersatz* à la réparation, la responsabilité contractuelle du droit allemand se décline en deux sanctions qui ne remplissent pas exactement les mêmes fonctions.

11. La responsabilité contractuelle en droit anglais. En droit anglais, la *contractual liability* apparaît seulement dans une dizaine de législations en vigueur, à raison d'une ou plus rarement deux occurrences par texte⁹⁹. Étonnamment, aucune de ces législations n'est premièrement intéressée par l'inexécution¹⁰⁰. La *liability* est en effet un terme très peu

⁹⁵ Outre des apparitions éparées dans les manuels et commentaires, un chapitre entier (le cinquième) y est consacré dans un commentaire qui mentionne même son nom en titre : J. ESSER, *Schuldrecht*, Band I *Allgemeiner Teil*, Teilband 2 *Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis*, 8^e éd., par E. SCHMIDT, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000.

⁹⁶ V. not. A. BRECHT, « System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug) », *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, n° 53 (1908), p. 213.

⁹⁷ C'est ce que reconnaît l'auteur d'une thèse franco-allemande qui lui est consacrée : K. BRIESKORN, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, v. spéc. note 37, p. 25.

⁹⁸ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I, p. 3138), sur laquelle v. not. C. WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.*, 2002, p. 3156.

⁹⁹ Nous avons sciemment exclu les quelques législations qui organisent les conditions d'octroi d'allocations ou de subventions et précisent que le calcul des revenus totaux doit prendre en compte la « contractual liability to make payments to the claimant in respect of the occupation of the dwelling [where the claimant occupies a dwelling as his home and the dwelling is also occupied by another person] », c'est-à-dire les loyers perçus par le postulant (  l'allocation) lorsqu'il (sous-)loue une partie de son habitation principale, v. par ex. *The Social Security Benefit (Computation of Earning) Regulation 1996*, 1996 No 2745, spéc. Schedule 1, sect. 2 et sect. 3.

¹⁰⁰ Dans près de la moitié des cas, il s'agit de législations qui imposent une assurance obligatoire et posent comme exception que celle-ci n'est pas obligée de s'étendre à la responsabilité contractuelle, v. par ex. *Road Traffic Act 1972*, 1972 c. 20, spec. sect. 145.

différencié et qui peut viser aussi bien l'inexécution que les vices de formation du contrat¹⁰¹. Dans les développements consacrés à la question de l'incapacité dans les célèbres traités de droit des contrats fondés par Joseph Chitty¹⁰² ou par Guenter Treitel¹⁰³, on constate ainsi une utilisation presque indifférenciée des termes « *to be bound* » et « *to be liable* »¹⁰⁴. La *liability* ne semble signifier rien de plus qu'être obligé, devoir exécuter¹⁰⁵. Tel est, d'ailleurs, le sens courant du mot en Angleterre¹⁰⁶. La responsabilité apparaît ainsi beaucoup plus large en droit anglais qu'elle ne l'est dans la conception française, par exemple. On recense tout de même des utilisations de la *contractual liability* qui s'en rapprochent dans les arrêts *White v Jones*¹⁰⁷ sur les domaines respectifs des responsabilités contractuelle et délictuelle, ou *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilles)*¹⁰⁸ à propos du préjudice réparable, par exemple. La doctrine se réfère par ailleurs à la *contractual liability* lorsqu'il s'agit de comparer la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle ou d'examiner l'articulation de l'une avec l'autre (*concurrent liability*), ou encore à propos des clauses limitatives de responsabilité. Le plus souvent, toutefois, la responsabilité contractuelle est désignée par son effet concret : la réparation en argent par les *damages*¹⁰⁹.

12. La pluralité des *damages* et la consécration d'une nouvelle définition. Les *damages* du droit anglais sont en pleine mutation et leur définition elle-même est en train de changer. Traditionnellement, les *damages* visent une « compensation pécuniaire » (*pecuniary compensation*) due à raison d'un délit (*tort*)¹¹⁰ ou de la violation du contrat (*breach*)¹¹¹. Or,

¹⁰¹ Un ouvrage de référence traite ainsi sous l'intitulé « *factors tending to defeat contractual liability* » non les causes d'exonération de responsabilité du débiteur, ainsi que s'y attendrait un juriste français, mais l'incapacité, l'erreur, le dol, la violence et l'illicéité : v. J. BEATSON, A. BURROW, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, OUP, 29^e éd., 2010, Part 3, p. 217 à 438 (chap. 7. Incapacity, 8. Mistake, 9. Misrepresentation and Non-Disclosure, 10. Duress, Undue Influence, and Unconscionable Bargains, 11. Illegality).

¹⁰² H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, Chap. 8 « Personal Incapacity », par S. WHITTAKER, spéc. n° n° 8-002 à 8-068.

¹⁰³ G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, Chap. 12 « Capacity ».

¹⁰⁴ V. par ex. dans G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, spéc. n° 12-008 : « It is disputed whether a minor is bound by an executory contract for necessary goods. Is he liable only if the goods have actually been delivered, or also if he wrongfully repudiates before delivery? ».

¹⁰⁵ V. par ex. dans H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.* le n° 8-041 sur l'effet de la résolution « [...] the effect of avoidance by the minor is that he escapes from liability to perform obligations which have not accrued at the time of avoidance. ».

¹⁰⁶ Comp. la définition de « liable » dans *The Oxford English Dictionary*, 1^{ère} éd., Oxford, OUP, 1922, réimpr. 1978, vol. VI : « 1. *Law*. Bound or obliged by law or equity, or in accordance with a rule or convention [...] ».

¹⁰⁷ *White v Jones* [1995] UKHL 5, [1995] 2 A.C. 207.

¹⁰⁸ *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc* [2008] UKHL 48, [2008] 3 W.L.R. 345.

¹⁰⁹ V. par ex. le *Sale of Goods Act 1979*, 1970 c. 54, spéc. la partie IV « Actions for Breach of the Contract », sect. 49 à 53.

¹¹⁰ *Broome v Cassel & Co* [1972] A.C. 1027, spéc. 1070 : « « the pecuniary compensation obtainable by success in an action for a wrong which is either a tort or a breach of contract ».

cette définition ne tient pas suffisamment compte de la diversité des dommages et intérêts octroyés par le juge anglais. Les *damages* ne forment pas une institution homogène tournée vers la réparation : ils remplissent au contraire différentes fonctions, d'ailleurs reflétées par l'adjectif qualificatif qui leur est attaché. Seuls les dommages et intérêts compensatoires (*compensatory damages*) visaient effectivement la réparation due par l'auteur d'une faute civile à la victime. Les dommages et intérêts nominaux (*nominal damages*), qui ne sont plus que rarement octroyés, sont, pour leur part, une rétribution symbolique motivée par des considérations procédurales telles que l'interdiction, à l'origine, des jugements purement déclaratifs et la répartition des dépens¹¹². Ils ne sont plus que très rarement octroyés aujourd'hui. Les dommages et intérêts exemplaires (*exemplary damages*) sont dirigés quant à eux vers la dissuasion et la punition de l'auteur du fait illicite¹¹³. A mi-chemin entre réparation et punition, les dommages et intérêts « aggravés » (*aggravated damages*) offrent une indemnité pour le dommage moral provoqué par un comportement particulièrement répréhensible¹¹⁴.

Ces quatre catégories classiques de *damages* étaient encore rattachées avec plus ou moins d'artifice à la définition compensatoire des dommages et intérêts jusqu'à récemment¹¹⁵. Avec la décision *Attorney General v Blake* rendue par la *House of Lords* en 2001¹¹⁶, il est toutefois apparu évident que les dommages et intérêts ne pouvaient plus être définis par référence à la réparation. Cet arrêt consacra un nouveau type de dommages et intérêts contractuels (!) dont le but assumé était de confisquer au débiteur irrespectueux du contrat les bénéfices retirés de la violation de sa promesse (*account of profits*)¹¹⁷. Des dommages et intérêts restitutoires (*restitutionary damages*) avaient déjà été accordés auparavant, mais sans priver le défendeur de son entier profit¹¹⁸. Enfin, une toute récente catégorie de dommages et

¹¹¹ Pour une définition spécifique à la matière contractuelle, v. G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, spéc. n° 20-001 : « [a claim] for compensation in money for the fact that the claimant has not received the performance for which he bargained ».

¹¹² Sur les dommages et intérêts nominaux, v. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, *op. cit.*, spéc. Chap. 12.

¹¹³ Sur les dommages et intérêts exemplaires, v. *infra*, spéc. n° 281 et s. et n° 291 ; pour leur rejet en matière contractuelle, v. spéc. n° 377 et n° 393 et s.

¹¹⁴ Sur les recoupements entre dommages et intérêts aggravés et dommages et intérêts exemplaires, v. *infra*, spéc. n° 393.

¹¹⁵ Ce sont évidemment les *exemplary damages* qui s'accordaient le plus mal avec la définition compensatoire des dommages et intérêts, mais ceux-ci étant perçus comme exceptionnels (*exceptional damages*), ils pouvaient encore y déroger sans remettre en cause la définition générale ; v. par ex. Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), spéc. Part I, n° 1.4.

¹¹⁶ *Attorney General v Blake*, [2001] 1 AC 268, [2000] 3 WLR 625, [2000] 4 All ER 385 ; sur cet arrêt, v. not. « L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat », *RDC*, 2005, p. 479.

¹¹⁷ Sur la restitution des profits, v. *infra*, spéc. n° 405 et s.

¹¹⁸ Sur ces dommages et intérêts restitutoires au sens strict, aussi appelés *Wrotham Park Damages*, v. *infra*, spéc. n° 425 et s.

intérêts a encore émergé, les dommages et intérêts vindicatifs (*vindictory damages*), destinés principalement à protéger la réputation des personnes¹¹⁹. La pluralité des *damages* a conduit une première vague d'auteurs, Peter Birks¹²⁰ et James Edelman¹²¹ notamment, à proposer une définition des dommages et intérêts épurée de la référence au dommage ou à la compensation. Dans l'édition de 2014 du traité de référence en matière de dommages et intérêts, le Doyen Harvey McGregor s'est finalement¹²² rallié à cette position, estimant que les dommages et intérêts ne peuvent plus, aujourd'hui, être définis que comme :

« une somme d'argent due pour une faute civile »¹²³

Pour mesurer l'importance de ce retournement, il peut être souligné que la définition des *damages* qui a été consacrée par la *House of Lords* dans *Broome v Cassel & Co*¹²⁴ était précisément empruntée à la première édition du traité de Harvey McGregor¹²⁵. Cette nouvelle définition semble donc promise à un bel avenir. Elle recoupe d'ailleurs celle qui a été proposée pour la responsabilité contractuelle en droit français d'une somme d'argent due à raison de l'inexécution par le débiteur au créancier.

13. Le temps de la réflexion et de la comparaison. Un mouvement se dessine ainsi en droits allemand et anglais en direction d'une ouverture de la responsabilité contractuelle à d'autres fonctions que la seule réparation. L'intérêt de consacrer une étude aux fonctions de la responsabilité contractuelle s'en trouve conforté. Plus fondamentalement, la responsabilité contractuelle doit se renouveler. Le droit allemand en a pris conscience et reconnu la double nature du *Schadensersatz*. Le droit anglais également, qui a développé de nouvelles sanctions et repensé sa définition des *damages*. En France, l'occasion n'a pas été saisie par le gouvernement de réformer la responsabilité contractuelle par l'ordonnance portant réforme du

¹¹⁹ Sur les dommages et intérêts vindicatifs, v. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, spéc. Chap. 16.

¹²⁰ P. BIRKS, « Equity in the Modern Law: an Exercise in Taxonomy », (1996) 26 *University of Western Australia Law Review* 1, spéc. p. 29 : « We are talking about only one thing, namely money awards for wrongs. (...) We should therefore speak of damages in every case, making 'damages' mean 'a money award for a wrong' ».

¹²¹ J. EDELMAN « The meaning of 'Damages' : Common Law and Equity », in : *The Law of Obligations, Connections and Boundaries*, dir. A. ROBERTSON, Londres, UCL Press, 2004, p. 31, spéc. p. 31 : « 'Damages' simply means a 'money award' given for a wrong ».

¹²² Il s'y opposait encore dans les éditions précédentes du traité, ainsi que dans un article, v. H. MCGREGOR, « Restitutionary Damages », in : *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, dir. P. BIRKS, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 203.

¹²³ H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, spéc. n° 1-001, trad. libre de : « an award in money for a civil wrong ».

¹²⁴ *Broome v Cassel & Co* [1972] A.C. 1027 préc.

¹²⁵ V. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, n°1-003 reproduisant la définition posée dans J. D. MAYNE, H. MCGREGOR, *Mayne and McGregor on Damages*, London, Sweet & Maxwell, 1961.

droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹²⁶. Le sort de la responsabilité contractuelle est donc toujours en suspens et sa discussion remise à l'heure où sera débattue la réforme de la responsabilité civile. Aussi forte soit la nostalgie de l'époque où le Code Napoléon rayonnait sur une large partie de l'Europe continentale, la rénovation du Code civil incite à regarder vers le futur et vers d'autres droits susceptibles, à leur tour, d'éclairer le droit français¹²⁷. A cet égard, le droit allemand propose des pistes intéressantes avec son droit des obligations rénové, « offrant un laboratoire très riche et propice tant au micro-comparaisons d'institutions techniques spécifiques qu'à des réflexions plus générales sur la convergence des systèmes juridiques »¹²⁸. Le droit anglais aussi est en pleine mutation et ses développements récents peuvent ouvrir d'autres horizons. Aussi le choix a-t-il été fait de traiter le sujet des fonctions de la responsabilité contractuelle dans une perspective comparative, incluant le droit allemand et le droit anglais aux côtés du droit français.

14. Les fonctions du droit comparé. Le droit comparé possède de nombreux atouts et sert de multiples fins¹²⁹. La moins controversée des fonctions du droit comparé est de permettre, au-delà de l'acquisition de la connaissance de droits étrangers, l'amélioration de la maîtrise de son propre droit¹³⁰. En dévoilant au juriste d'autres manières de penser, la science comparative lui permet de revenir vers le droit qui lui est familier avec un regard nouveau, d'y découvrir d'autres facettes, jusque là masquées par la perspective nationale. La science comparative aiguise la perception. Elle est « subversive » dans le sens positif où elle invite à porter un regard critique sur ce que l'on croyait acquis¹³¹.

La plus controversée des fonctions du droit comparé est le soutien à la construction d'un droit unifié. Dès le Congrès international de droit comparé organisé à Paris en 1900 et

¹²⁶ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., v. spéc. la sous-section consacrée à « la réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle (art. 1231 à 1231-7) qui reprennent les art. 1146 à 1155 du Code civil sans apporter de réelle modification substantielle.

¹²⁷ V. not. C. WITZ, « L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain », in : *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 687 ; sur le mouvement européen de (re-)codification du droit civil, v. également R. SCHULZE, F. ZOLL (dir.), *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2003.

¹²⁸ C. WITZ, « Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France », in : *La réforme du droit allemand des obligations*, dir. C. WITZ, F. RANIERI, Paris, SLC, 2004, p. 11, spéc. p. 16.

¹²⁹ V. not. G. DANNEMANN, « Comparative Law : Study of Similarities or Differences ? », in : *The Oxford Handbook of Comparative Law*, dir. M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, Oxford, OUP, 2008, p. 401, qui met l'accent sur cinq fonctions du droit comparé : « Unifying Law », « Solving Particular Problems », « Applying Foreign Law », « Facilitating Choice between Legal Systems », « Understanding Law ».

¹³⁰ Cela n'empêche malheureusement pas une certaine méfiance à l'égard du comparatiste « parfois déjà soupçonné de mal connaître son propre droit », comme le note B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique », in : *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, SLC, 2005, p. 69, spéc. p. 79.

¹³¹ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, p. 503.

qui marque la « naissance du droit comparé moderne »¹³², Edouard Lambert et Raymond Saleilles présentaient cette discipline comme le chemin vers un « droit commun de l'humanité civilisée »¹³³. L'ambition a paru et paraît encore à certains déplacée. Le droit comparé devrait rester une entreprise scientifique désintéressée. « La comparaison juridique au service de la connaissance du droit »¹³⁴, pas de la politique ! En se mettant au service de la construction d'un droit unifié, la science comparative se pervertirait¹³⁵. Il est certes regrettable que le droit comparé soit utilisé par le législateur comme « alibi »¹³⁶ ou qu'il prenne des allures « cosmétiques »¹³⁷ : un grain de droit allemand pour justifier telle réforme, une pincée de modèle nordique pour supporter celle-là. Le danger d'une instrumentalisation du droit comparé apparaît toutefois plus menaçant à l'échelle nationale qu'à celle de la construction d'un droit harmonisé, tel que le droit de l'Union européenne. En effet, la comparaison à des fins législatives est souvent, en France, pratiquée par ceux-là même qui sont chargés d'élaborer la règle de droit, d'où le risque évident d'un parti pris¹³⁸. A l'échelle de l'Union européenne, elle a au moins le mérite d'être confiée à des groupes de recherche internationaux¹³⁹. En toute hypothèse, le droit comparé ne perd pas sa légitimité du seul fait qu'il quitte sa fonction purement scientifique pour entrer dans l'utilité. Il perd cette légitimité seulement à partir du moment où sa méthode est corrompue par le dessein qu'il poursuit. Quelle que soit sa fin, le droit comparé doit donc être pratiqué de manière rigoureuse et s'appuyer sur une méthode.

¹³² R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.*, 2007, p. 451, spéc. p. 451.

¹³³ V. not. R. SALEILLES, « Ecole historique et droit naturel », *RTD civ.*, 1902, p. 80, spéc. p. 111.

¹³⁴ Selon le titre du célèbre ouvrage de R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.

¹³⁵ V. not. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, spéc. n° 5, qui déplore une « regrettable confusion entretenue entre une méthode scientifique et un objectif politique ».

¹³⁶ M. DELMAS-MARTY, « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », *D.*, 2001, p. 1326, spéc. p. 1328.

¹³⁷ Jean-Sébastien Borghetti a évoqué ce « droit comparé cosmétique » à l'occasion d'un séminaire franco-allemand organisé à l'Université Humboldt de Berlin le 26 juin 2014 sur le thème « Rechtsvergleichung und Praxis ».

¹³⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique », *op. cit.*, spéc. p. 85 : « Du reste, la comparaison à des fins législatives n'est généralement pas pratiquée par des comparatistes mais par ceux chargés d'élaborer la règle de droit ».

¹³⁹ Le *Draft Common Frame of Reference* en constitue la meilleure illustration : la *full edition* de ce projet « académique » comprend non moins de 6000 pages de commentaires et de notes comparatives couvrant presque l'ensemble du droit civil, v. C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009 ; une traduction en français des règles modèles des trois premiers livres dirigée par J. GHESTIN avec le soutien de la Fondation pour le droit continental a été publiée à la *RDC*, 2010, p. 213 ; sur la genèse du Projet de Cadre Commun de Référence, v. not. R. SCHULZE, « The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law », in : *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, dir. R. SCHULZE, München, Sellier, 2008.

15. La méthode comparative choisie. Il est reproché à la comparaison utilisée dans une visée d'unification d'occulter les différences entre les droits, pour ne faire ressortir que leurs points communs¹⁴⁰. Du point de vue de la méthode, la comparaison s'attacherait trop à la solution donnée à un problème posé, sans accorder suffisamment d'intérêt aux moyens qui sont mis en œuvre pour l'atteindre¹⁴¹. Cette critique apparaît largement infondée. Les comparatistes ont toujours souligné, au contraire, que l'intérêt de la comparaison ne résidait pas tant dans les solutions trouvées, que dans les chemins qui y menaient¹⁴². La présente étude s'inscrit dans ce sillage et accorde une place centrale à la variété des mécanismes qui véhiculent les solutions du droit positif. Elle part de problèmes concrets dérivés de l'inexécution du contrat et explore les différentes voies empruntées par les droits français, allemand et anglais pour résoudre ces questions¹⁴³. Pour ce faire, elle s'appuie principalement sur le « droit vivant » des décisions des tribunaux et des cours. En raison de l'actualité du sujet, l'accent est mis en particulier sur la jurisprudence récente. La démarche adoptée se rapproche de celle que l'on trouve, par exemple, dans les *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*¹⁴⁴. Elle consiste à rechercher des litiges aux faits similaires ou à la problématique commune, pour en comparer les solutions, les moyens d'y parvenir et les arguments à leur soutien. Dans un second temps du raisonnement, cette analyse minutieuse et détaillée laisse la place à des conclusions plus générales sur les mouvements de convergence ou de divergence entre les droits étudiés.

16. Les sources exploitées. Si la présente étude comparative s'appuie principalement sur le droit positif tel qu'appliqué par les tribunaux, elle accorde également une place importante au droit prospectif et à la doctrine. La doctrine a joué un rôle clé dans l'ensemble de l'étude. Les courants de pensée contemporains ont été explorés et reliés aux évolutions récentes du

¹⁴⁰ V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 6.

¹⁴¹ Sur la question de la méthode en droit comparé, v. les riches enseignements que l'on trouve dans l'ensemble du traité en trois volumes de L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. I, *Introduction au droit comparé*, Paris, LGDJ, 1972, t. II, *La méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1974 et t. III, *La science des droits comparés*, Paris, LGDJ, 1983.

¹⁴² Pour reprendre les mots teintés d'ironie de Konrad Zweigert, ce n'est pas « l'ennuyeuse constatation d'une fade uniformité des solutions pratiques », mais bien la variété des différentes voies empruntées pour parvenir à des solutions aussi proches qui éveille la curiosité du comparatiste, v. K. ZWIEGERT, « Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé) », *RIDC*, 1966, p. 5, spéc. p. 16.

¹⁴³ C'est l'approche fonctionnelle décrite par Konrad Zweigert et Hein Kötz selon lesquels « Angelpunkt jeder Rechtsvergleichung ist stets das konkrete Sachproblem », v. K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3^e éd., Tübingen, Mohr, 1996 ; sur cette approche fonctionnelle en langue anglaise, v. K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, (T. WEIR trad.), *Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998, spéc. p. 34 et s.

¹⁴⁴ V. pour le droit des contrats : H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2010 et pour le droit de la responsabilité civile : W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

droit positif, afin de dégager des tendances tantôt partagées par les systèmes étudiés, tantôt propres à l'un d'eux. Par ailleurs, les projets de réforme du droit français ont naturellement été exploités, de l'avant-projet Catala¹⁴⁵ au projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats rendu public en février 2015¹⁴⁶, en passant par les projets dirigés par le professeur François Terré¹⁴⁷. Enfin, des sources supranationales, de « droit dur » comme de « droit souple »¹⁴⁸, ont également été consultées et sont régulièrement citées. Il s'agit principalement¹⁴⁹ de Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises¹⁵⁰, des Principes du Droit européen du contrat établis sous l'égide du professeur Ole Lando¹⁵¹ et des règles uniformes du commerce international Unidroit¹⁵². La proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente a également été intégrée¹⁵³, car elle constitue le projet de législation le plus abouti d'un droit de l'inexécution du contrat à l'échelle de l'Union européenne¹⁵⁴. En dehors de ces sources supranationales qui, pour certaines, sont de portée sectorielle, l'étude s'est concentrée, à l'échelle nationale, sur la théorie générale du droit des contrats, à l'exclusion du droit des contrats spéciaux.

¹⁴⁵ P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006.

¹⁴⁶ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015 préc.

¹⁴⁷ F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009 ; F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011 ; F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, Dalloz, 2013.

¹⁴⁸ Sur ces notions, ainsi que celle de « droit mou », v. C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

¹⁴⁹ D'autres études doctrinales européennes ont été exploitées, qui ne sont pas citées de manière automatique mais vers lesquelles nous souhaitons attirer l'attention en ce qu'elles constituent des sources très riches pour la comparaison des droits : le Projet de Cadre Commun de Référence déjà évoqué, v. C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009 ; ses « suppléments » : Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et Société de Législation Comparée, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (dir.), *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Paris, SLC, 2008 ; Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et Société de Législation Comparée, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (dir.), *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Paris, SLC, 2008 ; v. également, plus ancien et de droit plus « continental » : Académie des Privatistes européens de Pavie, G. GANDOLFI (dir.), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, 1, 3^e éd., Milano, A. Giuffrè, 2002.

¹⁵⁰ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

¹⁵¹ Commission pour le droit européen du contrat, O. LANDO (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, trad. G. ROUHETTE (dir.), Paris, SLC, 2003.

¹⁵² Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international 2010*, Rome, Unidroit, 2010.

¹⁵³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011), 635.

¹⁵⁴ Cette proposition a finalement été retirée, mais elle pourrait encore servir de base à la construction d'un autre instrument optionnel de portée plus réduite, v. J.-S. BORGHETTI, « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va », *D.*, 2015, p. 1376.

17. Le choix d'une double approche descriptive et normative. Philippe Jestaz et Christophe Jamin relèvent que :

« la comparaison des droits oscille plus qu'ailleurs, et de façon permanente, entre le descriptif et le normatif »¹⁵⁵.

Dans la présente étude, le balancement entre le descriptif et le normatif est accentué encore par le thème qui a été choisi. Celui-ci implique un va-et-vient permanent entre les fonctions et les sanctions de la responsabilité contractuelle. La fonction se lit dans la sanction, mais la sanction doit aussi être adaptée – si besoin réadaptée – à la fonction dégagée. Il ne s'agit donc pas seulement de décrire les fonctions de la responsabilité contractuelle, mais également de rétablir une cohérence entre les fonctions et les sanctions de la responsabilité contractuelle. Après avoir détruit le dogme de la réparation, il faudra proposer une reconstruction de la responsabilité contractuelle qui tienne compte de sa pluralité de fonctions. La présente étude se donne ainsi pour objectif de diviser la responsabilité contractuelle pour mieux la refonder. La réparation n'étant qu'un ciment de façade, la cohésion de la responsabilité contractuelle est à chercher ailleurs.

18. Le renouvellement de la responsabilité contractuelle par la reconnaissance des fonctions de paiement, de réparation et de peine privée. Il y a dans la responsabilité contractuelle deux idées centrales et originales qui fondent la cohésion du concept : celle de « rétablissement » et celle de « correction », selon que la responsabilité contractuelle est orientée vers le créancier ou vers le débiteur. Le mot latin « *responsus* » signifie proportion, rapport, symétrie. La responsabilité cherche ainsi, d'abord, à rétablir une situation du même ordre, symétrique, à celle qui aurait dû être. C'est d'ailleurs la définition même du *Schadensersatz* en droit allemand, qui oblige à « rétablir l'état des choses qui aurait existé si le fait d'où résulte l'obligation de réparer n'était pas survenu »¹⁵⁶. *Orientée vers le créancier*, la responsabilité contractuelle opère un rétablissement de celui-ci en le replaçant dans une position équivalente à celle qui serait la sienne si le contrat avait été dûment exécuté. C'est la description classique de la responsabilité contractuelle¹⁵⁷, mais dont il n'est pas toujours perçu

¹⁵⁵ PH. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, spéc. p. 213.

¹⁵⁶ §249, al. 1 BGB, trad. empruntée à R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010.

¹⁵⁷ V. en ce sens les Principes du Droit européen du contrat, art. 9 :502 : « Les dommages et intérêts sont en règle générale d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. Ils tiennent compte tant de la perte qu'il a subie que du gain dont il a été privé. », Commission pour le droit européen du contrat, O. LANDO (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, trad. G. ROUHETTE (dir.), *op. cit.* ; v. également F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, spéc. art. 118 (première phrase) : « Les dommages et intérêts sont, en règle générale, d'un montant qui place le créancier dans la situation où il se trouverait si le contrat avait été dûment exécuté, en considérant la perte qu'il a faite et le gain dont il a été privé. ».

qu'elle accomplit, en fait, deux fonctions distinctes. Tout comme l'appauvrissement du créancier est dual, son rétablissement devra agir sur deux fronts. Le créancier a perdu non seulement le bénéfice de « la chose qui a fait l'objet du contrat »¹⁵⁸ ; il peut avoir également subi des pertes ou manqué un gain par suite de l'inexécution. La responsabilité contractuelle, pour rétablir complètement la situation du créancier, fournira à la fois un substitut en argent à l'exécution – c'est sa fonction de paiement, et une indemnisation des préjudices subis – c'est sa fonction de réparation.

La responsabilité contractuelle vise aussi, au delà du rétablissement du créancier, à corriger la situation du débiteur. La « correction » dont il est alors question ne vise plus un rétablissement, mais bien un châtement¹⁵⁹. La responsabilité contractuelle ne répond plus, alors, à une logique distributive, mais à une logique correctrice, au sens où l'entendait Aristote¹⁶⁰. *Orientée vers le débiteur*, la responsabilité contractuelle remplit une fonction de peine privée¹⁶¹. La théorie de la peine privée a une emprise visible sur le droit contemporain de la responsabilité civile¹⁶². Pourtant, en matière contractuelle, la peine privée n'est presque jamais reconnue comme une fonction de la responsabilité¹⁶³. L'introduction de la restitution des profits retirés de l'inexécution proposée par certains¹⁶⁴ pourrait, comme ce fut le cas en Angleterre, bouleverser un peu notre conception statique de la responsabilité contractuelle. Nous ne lui en souhaitons pas moins.

Ainsi, la responsabilité contractuelle, qui recouvre l'ensemble des sanctions pécuniaires de l'inexécution, remplit une pluralité de fonctions. Aux fonctions de paiement et de réparation, orientées vers le créancier (première partie), sera opposée la fonction de peine privée, orientée vers le débiteur (seconde partie).

¹⁵⁸ Selon l'expression utilisée par Pothier pour désigner le dommage intrinsèque, v. J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle éd. par J. BERNARDI, t. 1, Paris, Letellier, 1805, spéc. n° 161 ; v. à ce sujet *infra*, chapitre 4, spéc. n° 154.

¹⁵⁹ V. par ex. *Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1996, spéc. « correction », sens I.5.

¹⁶⁰ Sur les notions de justice distributive et de justice correctrice, v. not. J. GAUDEMET, « Justice distributive », *Encyclopaedia Universalis*, ressource en ligne consultée le 21 oct. 2015 (<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/justice-distributive/>).

¹⁶¹ Sur la fonction de peine privée de la responsabilité civile, v. les thèses fondatrices de L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, dacty., 1904 et B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947.

¹⁶² V. la thèse devenue une référence de S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995.

¹⁶³ Il n'y a qu'à propos de la clause pénale qu'elle est admise, depuis la thèse incontournable de D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, 1992.

¹⁶⁴ F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, spéc. art. 120.

- Première partie. Le responsabilité contractuelle orientée vers le créancier :
le paiement et la réparation
- Deuxième partie. La responsabilité contractuelle orientée vers le débiteur :
la peine privée

PREMIÈRE PARTIE. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ORIENTÉE VERS LE CRÉANCIER : LE PAIEMENT ET LA RÉPARATION

19. La double mesure des dommages et intérêts contractuels. La première mission de la responsabilité contractuelle est le rétablissement du créancier. La responsabilité contractuelle cherche à replacer le créancier dans une situation patrimoniale comparable à celle dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté. Cette définition est consacrée par les Principes du Droit européen du contrat¹⁶⁵, et le projet de réforme du droit des contrats dirigé par François Terré avait proposé de l'introduire dans le Code civil français¹⁶⁶. En droit allemand et en droit anglais, elle appartient déjà au droit positif : c'est ce que l'on appelle la réparation de l'intérêt positif ou de l'intérêt à l'exécution du créancier¹⁶⁷. Pour parvenir à ce rétablissement, la responsabilité contractuelle doit s'attaquer à deux « maux » du créancier : la perte de la prestation promise et les atteintes au patrimoine du créancier consécutives à l'inexécution (ses pertes subies et son gain manqué). Pothier distinguait déjà entre la perte de « la chose qui a fait l'objet du contrat » et les dommages extrinsèques¹⁶⁸. Cette distinction est encore pratiquée par les juges lorsqu'ils évaluent les dommages et intérêts, mais dès lors que la responsabilité contractuelle est perçue uniquement comme une réparation, l'un et l'autre éléments sont appelés indifféremment « dommage ».

¹⁶⁵ Commission pour le droit européen du contrat, O. LANDO (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, trad. G. ROUHETTE (dir.), Paris, SLC, 2003, spéc. art. 9:502 : « Les dommages et intérêts sont en règle générale d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. Ils tiennent compte tant de la perte qu'il a subie que du gain dont il a été privé. ».

¹⁶⁶ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, spéc. art. 118 (première phrase) : « Les dommages et intérêts sont, en règle générale, d'un montant qui place le créancier dans la situation où il se trouverait si le contrat avait été dûment exécuté, en considérant la perte qu'il a faite et le gain dont il a été privé. ».

¹⁶⁷ Sur ces notions, v. *infra*, spéc. n° 203 et s.

¹⁶⁸ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle éd. par J. Bernardi, t. 1, Paris, Letellier, 1805, spéc. n° 161 et s., v. à ce sujet *infra*, spéc. n° 154 et s.

Geneviève Viney, bien que convaincue de la fonction compensatoire de la responsabilité contractuelle, admet ainsi que les dommages et intérêts ne sont pas toujours fixés exclusivement par référence aux pertes subies et au gain manqué consécutifs à l'inexécution. Ils peuvent prendre en compte également la « valeur de la prestation inexécutée », mais il s'agit selon elle de « l'une des composantes du dommage »¹⁶⁹. Elle en donne plusieurs illustrations¹⁷⁰ :

« Prenons un exemple : une société de télésurveillance s'est engagée vis-à-vis d'un commerçant à installer un système d'alarme destiné à prévenir les vols. A l'occasion d'un cambriolage, l'installation se révèle défectueuse. Les dommages et intérêts comprendront alors normalement non seulement la somme nécessaire à la réfection de l'installation, mais aussi la compensation du dommage causé par le vol. »¹⁷¹

Dans « la somme nécessaire à la réfection de l'installation » on reconnaît la formule du coût de substitution que Pothier, déjà, utilisait comme mesure du dommage intrinsèque¹⁷². Geneviève Viney admet que ce « premier élément présente une certaine équivalence avec l'exécution »¹⁷³, à l'inverse du second. Il offre en effet un substitut à l'exécution elle-même et ne constitue pas à proprement parler un dommage. D'ailleurs, Geneviève Viney ne l'inclut pas dans le « dommage causé par le vol » qui constitue le deuxième élément de mesure.

Une deuxième illustration de la distinction à laquelle procèdent les tribunaux à l'occasion de leur évaluation des dommages et intérêts est la suivante :

« Il en va de même pour l'inexécution de l'obligation de livrer un bien si celui-ci devait être affecté soit à l'usage personnel de l'acheteur soit à son activité professionnelle. Dans ce cas, les dommages et intérêts devront compenser non seulement la valeur du bien non livré, mais aussi la perte de jouissance ou de profit. »¹⁷⁴

Là encore, le premier élément de mesure (la valeur du bien non livré) correspond au dommage intrinsèque, tandis que le second (la perte de jouissance ou de profit) se rapporte au dommage extrinsèque.

20. L'indemnisation du dommage intrinsèque devenue tributaire de l'indemnisation du dommage extrinsèque. Les illustrations classiques relevées par Geneviève Viney

¹⁶⁹ G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », chapitre V, rapport français, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 167, spéc. p. 169.

¹⁷⁰ Cette première illustration est empruntée à Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1998, pourvoi n° 96-15.660, *Bull.*, 1998, I, n° 276, p. 192.

¹⁷¹ G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, spéc. p. 169.

¹⁷² J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 161 ; comp. nos dév. *infra*, spéc. n° 154 et s.

¹⁷³ G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, spéc. p. 169.

¹⁷⁴ *Ibid.*

montrent que les juges, même s'ils les réunissent ensuite au sein d'une somme globale, distinguent bien les dommages et intérêts qui viennent remédier à la perte de la chose ou de la prestation promise elle-même et les dommages et intérêts compensatoires, mesurés à l'aune des pertes subies (les objets volés dans le premier cas) et du gain manqué (la perte de jouissance ou de profit dans le second). L'inconvénient de cette fusion en une somme globale de dommages et intérêts n'est pas seulement un mélange de styles. Plus fondamentalement, les dommages et intérêts étant considérés comme compensatoires, ils supposent que le créancier ait subi un dommage, et plus exactement un dommage *supplémentaire* à la simple frustration de n'avoir pas reçu ce qui lui était promis. Que se passerait-il si, dans l'exemple donné plus haut, le système de surveillance était défaillant mais qu'il n'y avait eu aucun vol ? Le commerçant pourrait-il toujours prétendre à « la somme nécessaire à la réfection de l'installation » à titre de dommages et intérêts ? Dans la conception de Pothier du dommage intrinsèque, la réponse est évidemment positive¹⁷⁵. Dans la logique actuelle, il semble que la voie des dommages et intérêts soit fermée à défaut de dommage, et que le commerçant ne puisse agir qu'en exécution forcée¹⁷⁶. Dans la conception moderne de la responsabilité contractuelle, l'indemnisation du dommage intrinsèque est ainsi devenue tributaire de l'existence d'un dommage extrinsèque à indemniser.

21. Deux sanctions pour deux fonctions. Alors que pour Pothier, les dommages et intérêts étaient dirigés en priorité vers la chose même promise par le contrat et qui faisait défaut, ce sont les pertes consécutives à l'inexécution sur lesquelles se concentre aujourd'hui l'attention. Ce paradoxe reflète non seulement le déclin du dommage intrinsèque, mais surtout l'éclipse de la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle. En tournant la responsabilité contractuelle exclusivement vers la réparation des dommages, on en a oublié l'essentiel : la responsabilité contractuelle doit régler le sort de l'inexécution et pas seulement ses conséquences. Il est dès lors temps de prendre conscience de la double fonction que remplit la responsabilité contractuelle. Par sa fonction de paiement, elle remédie à l'inexécution elle-même, en fournissant au créancier un substitut en argent à ce qui lui avait été promis et ne lui a pas été donné. Par sa fonction de réparation, elle répare les pertes subies et le gain manqué qui sont la conséquence de l'inexécution. Reconnaître cette pluralité de fonctions est d'autant plus impératif que la sanction mise en œuvre n'est pas identique selon

¹⁷⁵ Sur cette conception, v. en détails *infra*, spéc. n° 154 et s.

¹⁷⁶ La différence entre les deux sanctions est notable puisque si le créancier fait procéder à la réfection de l'installation avant de saisir le juge, il ne peut plus prétendre à aucune indemnisation, la faculté de remplacement de l'art. 1144 du Code civil étant soumise à une autorisation judiciaire préalable qui n'existe pas pour les dommages et intérêts ; sur cette faculté de remplacement, v. *infra*, spéc. n° 30 et n° 68 et s.

qu'elle est dirigée vers le paiement ou vers la réparation. A la dualité des fonctions de la responsabilité contractuelle (Titre 1) correspond en effet une dualité de sanctions (Titre 2).

Titre 1. Les fonctions de paiement et de réparation

Titre 2. Les sanctions traduisant le paiement et la réparation

TITRE 1. LES FONCTIONS DE PAIEMENT ET DE RÉPARATION

22. Le point de départ d'une « macro-perspective ». Si la responsabilité contractuelle évoque « quelque chose » à tout juriste, qu'il ait appris le Droit en France, en Allemagne ou en Angleterre, il n'est pas dit que ce soit « la même chose » qu'elle éveille à leur esprit. La responsabilité contractuelle n'est pas un objet d'étude immuable et à visée universelle. Elle évolue de surcroît au sein d'un seul et même droit au fil du temps. La responsabilité contractuelle ne couvre donc pas la même matière, ni n'appelle les mêmes connotations, en droits français, allemand et anglais¹⁷⁷. C'est ce qui explique qu'il faille situer la responsabilité au sein de son contexte avant de se plonger dans son étude. L'objectif n'est évidemment pas de proposer un cours de responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais, mais bien plutôt d'offrir quelques clés de compréhension afin de faciliter l'accès à la manière dont raisonne un Français, un Allemand ou un Anglais, lorsqu'un problème de responsabilité contractuelle se présente à lui. C'est cette compréhension du mode de raisonnement caractéristique de l'approche française, allemande ou anglaise, qui permettra d'aborder avec plus d'objectivité et de perspicacité l'étude des fonctions de la responsabilité contractuelle. Il faut, en somme, un regard *macro* avant de s'introduire « à l'intérieur » de la responsabilité contractuelle.

23. La place de la responsabilité contractuelle au sein de la responsabilité civile. Contextualiser la responsabilité contractuelle, cela aurait pu vouloir dire la replacer dans le cadre de la responsabilité civile *lato sensu*. Une telle confrontation permettrait d'expliquer, notamment, l'étendue de la « sphère contractuelle » dans certains droits, tels le droit allemand ou français. En droit allemand, c'est la faiblesse de la responsabilité civile extracontractuelle (en bref : limitation des chefs de préjudice indemnisables¹⁷⁸, nécessité de prouver un fait illicite du responsable¹⁷⁹, prescription courte¹⁸⁰ et possibilité pour le commettant de

¹⁷⁷ Comp. *supra*, spéc. n° 9 et s.

¹⁷⁸ Seules l'atteinte à l'un des droits absolus visés par le §823 al. 1 BGB peut être indemnisée, ce qui exclut en particulier la réparation du dommage purement patrimonial (*reiner Vermögensschaden*), v. note suivante.

¹⁷⁹ §823 al. 1 BGB : « Quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à réparer le préjudice qui en résulte », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010.

¹⁸⁰ Avant la réforme, le délai de prescription était de 3 ans en matière délictuelle (ex-§852 BGB) contre 30 ans en matière contractuelle (ex-§195 BGB). La réforme de droit des obligations de 2002 a harmonisé la prescription sur le délai court de 3 ans (§195 BGB ; *adde* §199 BGB pour le délai butoir de 30 ans).

s'exonérer pour ne pas avoir à répondre de la faute de son préposé¹⁸¹) qui, révélant à l'ère de l'industrialisation son incapacité à offrir une indemnisation satisfaisante aux victimes d'accidents, a conduit la jurisprudence à étendre la sphère de la responsabilité contractuelle. Extension à la période des négociations (*culpa in contrahendo*) d'une part ; extension aux tiers d'autre part, à travers les mécanismes de stipulations tacites pour autrui (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*) et l'ouverture d'une action contre l'intermédiaire au contrat (*Sachwalterhaftung*) avec à la clé l'application du régime contractuel. Voilà ce qui explique que le champ d'application de la responsabilité contractuelle soit si vaste en droit allemand. Ces mécanismes ont d'ailleurs été ancrés dans le BGB par la réforme du droit des obligations¹⁸².

En droit français, le même contexte socio-historique de l'industrialisation a conduit à la révélation prétorienne de l'obligation de sécurité, qui aurait pu distendre tout autant les parois de la responsabilité contractuelle si la découverte d'un fondement autonome de responsabilité stricte du gardien n'était venue la contenir. De telles inclusions d'opportunité dans la sphère contractuelle soulèvent des difficultés conceptuelles qui ne sont pas étrangères aux critiques qu'essuie le concept même de responsabilité contractuelle, comme on a pu le voir à l'occasion des débats houleux opposant partisans et adversaires de la responsabilité contractuelle à la charnière des années 2000¹⁸³.

En droit anglais, les enseignements à tirer d'une comparaison des actions contractuelles et des actions délictuelles se révèlent plus limités. On n'assiste pas à pareil glissement du délit au contrat, ne serait-ce que parce que cette image même d'une « sphère » ou d'une « matière contractuelle » est étrangère au mode de pensée anglais. Le droit anglais fonctionne par actions, certaines étant contractuelles, d'autres délictuelles, sans que se dégage un régime général applicable aux actions contractuelles et un autre aux actions délictuelles.

¹⁸¹ Le §831 BGB, qui s'applique en matière délictuelle, prévoit une cause exonératoire (*Exkulpationsmöglichkeit*) au bénéfice du commettant, dont la responsabilité délictuelle ne pourra être engagée s'il parvient à démontrer qu'il s'était montré diligent dans le choix de son préposé et la surveillance de sa mission. Le §278 BGB organise à l'inverse une responsabilité contractuelle stricte, sans possibilité pour le commettant de s'exonérer.

¹⁸² V. la combinaison du §241 al. 2 BGB sur les obligations accessoires avec le §311 BGB qui dispose que dans son al. 2 que « Un rapport d'obligation générateur d'obligations selon le §241, al. 2, naît aussi 1. de l'engagement de pourparlers ; 2. de toute mesure préparatoire à la conclusion d'un contrat, à l'occasion de laquelle l'une des parties accorde à l'autre ou lui confie, dans la perspective d'une relation contractuelle éventuelle, la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et ses intérêts ; 3. de contacts d'affaires analogues. » et dans son al. 3 : « Un rapport d'obligation générateur d'obligations selon le §241, al. 2, peut naître également à l'égard de personnes qui ne doivent pas devenir parties au contrat. Un tel rapport d'obligation résulte notamment de ce que le tiers inspire une confiance particulière et influence à ce titre considérablement les pourparlers ou la conclusion du contrat. », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹⁸³ Comp. sur cette controverse nos dev. *infra*, spéc. n° 91 et s.

Chaque action a son régime, et quel que soit le fondement de l'action, le contrat doit être respecté. C'est ce qui explique, notamment, qu'un créancier puisse réclamer des *damages* au choix sur le fondement du *breach* ou sur celui du *tort of negligence*, mais qu'il ne pourra pas, même dans ce dernier cas, échapper à la clause limitative de responsabilité que le contrat lui imposait. L'outil de la comparaison avec les droits français et allemand permet toutefois de dégager de semblables glissements du contrat au délit. Ainsi, par exemple, les droits français et allemand sanctionnent sur le fondement du contrat le débiteur qui choisit de rompre pour exécuter sa prestation ailleurs, tandis que le droit anglais choisit le fondement du délit pour condamner non le cocontractant, mais le tiers bénéficiaire qui a incité le premier à violer son engagement¹⁸⁴. De manière générale, on ne retrouve pas en droit anglais une « attraction du contrat » comparable à celle que l'on perçoit en France ou en Allemagne. Cela s'explique aussi par l'attitude des juges anglais, fidèles à l'application littérale du contrat et plus réticents à pratiquer le forçage de contrat pour y lire une obligation de sécurité ou une stipulation tacite pour autrui.

24. La place de la responsabilité contractuelle comme sanction de l'inexécution. La place de la responsabilité contractuelle au sein des sanctions¹⁸⁵ de l'inexécution du contrat est une autre question. Elle s'intéresse à l'articulation de celle-ci avec les sanctions qui lui sont concurrentes et à la manière dont, avec elles, elle forme « un tout » plus ou moins cohérent, elle participe d'un droit de la « défaillance contractuelle »¹⁸⁶. Tout en donnant des clés de compréhension de l'approche française, allemande et anglaise de l'inexécution, l'étude de la place de la responsabilité contractuelle au sein des sanctions révélera une dualité de nature de la responsabilité contractuelle (chapitre 1) qui constitue le premier indice de sa dualité de fonctions (chapitre 2).

Chapitre 1. La place de la responsabilité contractuelle au sein des sanctions de l'inexécution

Chapitre 2. La double fonction de paiement et de réparation de la responsabilité contractuelle

¹⁸⁴ V. nos dév. sur le « tort of inducement of breach of contract », *infra*, spéc. n° 380 et s.

¹⁸⁵ Sur le choix de cette terminologie, v. *infra*, spéc. n° 25.

¹⁸⁶ L'expression est utilisée depuis 1996 par Philippe Le Tourneau dans son traité sur la responsabilité (4^e éd.), v. pour la dernière éd. PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Paris, 10^e éd., 2014. Un colloque organisé par Sophie Le Gac-Pech s'est tenu à l'Université de Lille sur le thème des défaillances du contrat en 2008, v. S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010.

Chapitre 1. La responsabilité contractuelle au sein des sanctions de l'inexécution

25. Remèdes ou sanctions ? Faut-il parler de sanctions de l'inexécution ou de remèdes à l'inexécution ? Certains privilégient la deuxième option, préférant une certaine « saveur pharmaceutique »¹⁸⁷ à une connotation répressive non moins épicée¹⁸⁸. Toutefois, on ne saurait déduire de la seule utilisation du terme de sanction que tel système qui en fait usage considère la responsabilité contractuelle comme une peine, ni que tel autre, qui l'écarte, renonce du même coup à la vertu au moins accessoirement dissuasive de la responsabilité. Ce n'est que dans son sens le plus restreint que la sanction est synonyme de punition¹⁸⁹. S'il est une différence de fond que l'on peut lire dans un tel choix lexical, c'est seulement que le remède invite à se placer du côté de la victime, là où la sanction part du responsable. Il est en ce sens cohérent que le droit anglais, qui raisonne en termes d'actions ouvertes à la victime, parle de *remedies*. Pour rester fidèle à cette approche, nous parlerons donc de « remèdes » dans le contexte du droit anglais.

En dehors du droit anglais, nous préférons la notion de « sanction ». Cette expression s'est d'abord imposée à nous parce qu'elle domine dans la littérature juridique francophone¹⁹⁰. Cette raison n'aurait toutefois pas suffi à emporter la conviction depuis que le remède a fait une entrée inédite dans les projets de réforme du Code civil¹⁹¹. Si nous préférons néanmoins le mot « sanction », c'est que malgré sa connotation répressive (d'une certaine manière aussi en raison de celle-ci) la sanction nous paraît avoir une portée plus large que le remède. En particulier, elle est plus adaptée aux conséquences de l'inexécution qui ne

¹⁸⁷ A. TUNC, « Préface », in : *Code de Commerce Uniforme des Etats-Unis, Livres I & II*, dir. C. Lambrechts, Paris, A. Colin, 1971, p. 17.

¹⁸⁸ Ont notamment contribué à sa vulgarisation André Tunc (comp. réf. *op. cit.*, *loc. cit.*) et Denis Tallon, v. par ex. D. TALLON, « Les remèdes. Le droit français », in : *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, dir. D. TALLON, D. HARRIS, Paris, LGDJ, 1987, p. 271 et du même auteur « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 233.

¹⁸⁹ V. G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, spéc. « sanction ».

¹⁹⁰ V. par ex. Y.-M. LAITHIER Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004 ; M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2001 ; J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP*, 2008, I, 143 ; J. DEPREZ « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1968, p. 28.

¹⁹¹ V. le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015, spéc. art. 1217 et avant lui déjà le projet doctrinal F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, spéc. art. 97.

sont pas premièrement dirigées vers le sort du contrat, mais vers celui des parties, qu'il s'agisse de rétablir le créancier et plus encore de « punir » le débiteur¹⁹². La sanction peut viser toutes ces conséquences, quand le remède, lui, semble ne « guérir » que l'inexécution elle-même. Dans le langage courant, la sanction est d'ailleurs synonyme de « conséquence » sans plus de restriction¹⁹³. Elle peut même désigner l'approbation, la consécration, et perd encore un peu plus de sa coloration punitive¹⁹⁴. En droit aussi elle est polysémique¹⁹⁵. Elle peut viser :

« du sens le plus large au plus strict :

- [un] élément essentiel au caractère normatif d'une règle ;
- [une] mesure de contrainte accompagnant toute règle de droit (constituant le critère distinctif du droit et de la morale) ;
- [une] mesure de réaction à une violation de la légalité (peine, nullité, déchéance, caducité, etc.) ;
- [une] mesure de réaction à la violation d'une obligation. »¹⁹⁶.

La sanction apparaît ainsi suffisamment vaste pour couvrir aussi bien les dommages et intérêts compensatoires, que ceux qui remplissent une fonction de paiement ou une fonction de peine privée. Par ailleurs, elle invite à se placer du côté du débiteur, tout comme la responsabilité contractuelle s'intéresse aux manières dont il aura à « répondre » (*respondere*) de son inexécution. Telles sont les raisons qui expliquent que nous ayons préféré, en dehors du contexte du droit anglais, évoquer les sanctions de l'inexécution plutôt que ses remèdes¹⁹⁷.

26. Les sanctions de l'inexécution et leur articulation. Pour situer la responsabilité contractuelle au sein des sanctions de l'inexécution, une liste des sanctions qui composent le droit de l'inexécution dans chacun des trois droits doit d'abord être dressée (section 1). C'est ensuite son articulation avec ces différentes sanctions qui révélera la place particulière qu'occupe la responsabilité contractuelle dans le droit de l'inexécution (section 2).

¹⁹² Sur cette distinction des sanctions dirigées vers le sort du contrat et celles dirigées vers le sort des parties, v. *infra*, spéc. n° 79 et s.

¹⁹³ V. par ex. les définitions du *Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1996, spéc. « sanction », sens I.3 : « conséquence inéluctable » et du *Petit Larousse Illustré*, Paris, Larousse, 2008, spéc. « sanction », sens 4 : « conséquence, bonne ou mauvaise, d'un acte » ; la sanction peut d'ailleurs être synonyme d'approbation, de consécration, et perd alors toute connotation punitive.

¹⁹⁴ v. respectivement les sens I. 2. et 4 des dictionnaires cités à la note précédente ; cela vaut d'ailleurs également en droit, v. PH. MALAURIE, « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois*, n° 38333, p. 316, spéc. p. 320, qui souligne « l'ambiguïté du mot : tantôt l'approbation ou la constatation officielle par laquelle l'autorité publique approuve un acte, tantôt au contraire la peine punissant une méconnaissance de la loi ».

¹⁹⁵ V. not. C. CHENAIS, D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique – Présentation et conclusions de la recherche collective », in : *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. XI, spéc. p. XVIII et s.

¹⁹⁶ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 2015, spéc. « sanction ».

¹⁹⁷ V. également l'argumentaire en faveur de la sanction plutôt que du remède par Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, spéc. n° 4.

Section 1. L'éventail des sanctions de l'inexécution

27. Vers une nouvelle présentation des sanctions de l'inexécution. A l'heure actuelle, aucun des droits étudiés ne propose un modèle d'organisation des sanctions de l'inexécution aussi clair que les instruments modernes de droit européen ou international qui dressent une liste exhaustive des moyens dont dispose un créancier lorsqu'il se trouve confronté à l'inexécution¹⁹⁸. Le droit français sanctionne l'inexécution par diverses mesures qui trouvent leur source tantôt dans la théorie générale du contrat, tantôt dans le droit spécial (de la vente surtout), tantôt dans la jurisprudence – le tout formant un joyeux chaos. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats rendu public en février 2015 semble avoir fait sien le pari de remettre un peu d'ordre. La section consacrée à « l'inexécution du contrat » s'ouvre sur un article fédérateur des sanctions de l'inexécution du contrat rédigé en ces termes :

« Art. 1217.

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'engagement ;
- solliciter une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; les dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes. »¹⁹⁹

Les cinq sanctions de l'inexécution figurent au complet dans cette disposition, visiblement inspirée du projet dirigé par François Terré²⁰⁰ et dont on salue la synthèse. L'avant-projet de la chancellerie ne s'arrête pas en chemin et consacre ensuite à chacune de ces cinq sanctions une sous-section qui lui est propre. Il a ainsi le mérite de proposer un véritable droit des sanctions de l'inexécution – ou de droit des remèdes à l'inexécution puisque telle est la notion qui a finalement été retenue. On regrettera toutefois que les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle n'aient pas été modifiées. Il est permis d'espérer que la modernisation du droit de la responsabilité contractuelle a seulement été remise à plus tard et

¹⁹⁸ V. spéc. Commission pour le droit européen du contrat, O. Lando (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, trad. G. ROUHETTE (dir.), Paris, SLC, 2003, spéc. l'art. 8:101 qui dresse la liste des « moyens dont dispose le créancier » qui sont ensuite détaillés dans les dispositions suivantes ; la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 distingue les moyens à la disposition de l'acheteur et ceux à la disposition du vendeur, v. spéc. les art. 45 et s. et 65 et s. ; la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011), 635 suit ce modèle, v. spéc. les art. 106 et s. et les art. 131 et s. ; le regroupement des moyens est effectué dans les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international 2010 de l'Institut international pour l'unification du droit privé, Rome, Unidroit, 2010, au sein du chapitre 7, mais de manière moins organisée.

¹⁹⁹ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., spéc. art. 1217.

²⁰⁰ V. F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit., spéc. art. 97.

sera discutée à l'heure de la réforme de la responsabilité civile. Il faudra donc s'armer de patience pour voir un « droit de l'inexécution »²⁰¹ véritablement cohérent et complet intégrer le Code civil. En attendant, la synthèse du droit des sanctions de l'inexécution est l'œuvre de la doctrine (§1). En Allemagne, ce n'est que depuis la réforme d'ampleur du droit des obligations de 2002 que le BGB propose un « droit des troubles dans l'exécution » (*Leistungsstörungenrecht*) qui peut prétendre à une certaine exhaustivité (§2). Quant au droit anglais, il ouvre une série d'actions à la partie victime de l'inexécution (*breach*) mais qui ne sont pas perçues comme formant un tout : il n'existe pas de « *law of breach* » comme il existe une « *law of torts* »²⁰². C'est la doctrine qui, dans les manuels à destination des étudiants, regroupe sous le terme de remèdes (*remedies*) les options offertes au créancier en cas de *breach* (§3).

§1. Le droit français de l'inexécution

28. Des sanctions générales et des sanctions spéciales. En 1994, Denis Tallon dénonçait le « mauvais exemple » du Code civil qui, par la « faiblesse de son plan », aboutit à une « présentation éclatée » des sanctions²⁰³. Il existe en effet tout un panel de sanctions, les unes de portée générale, qui s'appliquent à tous les contrats, ou du moins aux contrats les plus fréquents que sont les contrats synallagmatiques (A) ; les autres de portée plus limitée en ce sens qu'elles ne visent que certaines obligations spécifiques voire seulement certains contrats nommés, ou encore qu'elles ne consistent qu'en une solution temporaire (B). Il ne s'agira pas d'entrer dans le détail de chacune d'elles, mais simplement de donner un aperçu des possibilités offertes au créancier.

A. L'exécution forcée, la résolution et les dommages et intérêts comme sanctions principales

29. Des sanctions dispersées aux quatre coins du Code civil. Si l'on consulte le Code, le premier texte relatif à l'inexécution que l'on rencontre est l'article 1142. Celui-ci dispose que :

²⁰¹ L'expression est utilisée not. par M. FAURE-ABBAD, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D.*, 2007, p. 165, spéc. p. 165.

²⁰² La « *tort law* » ou « *law of torts* » (ou encore « *law of tort* » au singulier) s'oppose à la « *contract law* » ou « *law of contract* », qui vise le droit des contrats dans son ensemble (formation, interprétation, exécution, inexécution, etc.).

²⁰³ D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 223, spéc. p. 224.

« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur »²⁰⁴.

Situé dans la section relative aux obligations de faire et de ne pas faire, cet article semble à la première lecture limiter les prétentions du créancier déçu à une seule et unique sanction : les dommages et intérêts. Ne peut-il donc pas même réclamer l'exécution forcée ? « Si ! » répondent en chœur doctrine et tribunaux, en désignant l'article 1134 et l'article 1184. Le premier de ces textes contient deux principes directeurs du droit des contrats français : la force obligatoire des conventions (al. 1^{er})²⁰⁵ et l'exigence de bonne foi (al. 3)²⁰⁶. On n'y trouve toutefois nulle mention de l'exécution forcée. L'article 1184, quoique plus précis, ne l'évoque qu'« en passant » car il est consacré à une autre sanction, qui est la résolution. On peut y lire en effet que :

« [...] La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. »²⁰⁷

Même sans relever que l'application de la disposition est limitée aux contrats synallagmatiques (car ce sont finalement les plus nombreux), il est tout de même ennuyeux de devoir chercher les principales sanctions à l'inexécution du contrat dans un paragraphe intitulé « De la condition résolutoire » lui-même contenu dans une section consacrée aux « obligations conditionnelles ». C'est une maladresse à laquelle les différents projets de réforme se proposent tous, et fort heureusement, de remédier²⁰⁸.

Quoi qu'il en soit, il faut d'ores et déjà considérer que le Code civil offre au créancier victime de l'inexécution trois options principales : une réparation sous forme de dommages et intérêts (article 1142), la résolution du contrat (article 1184) ou l'exécution forcée (article 1134 et article 1184). C'est ce qu'on a pu appeler un « droit d'option à trois branches » du créancier²⁰⁹. La résolution « à la française » n'a toutefois rien à voir avec la résolution « à l'anglaise » ou « à l'allemande ». En effet, elle doit actuellement être demandée au juge, ce qui nuit visiblement à son attractivité²¹⁰. La résolution unilatérale ou plus exactement « par notification » (car même demandée au juge, elle reste d'initiative unilatérale) sera cependant

²⁰⁴ Art. 1142 du Code civil.

²⁰⁵ Art. 1134, al. 1^{er} du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. ».

²⁰⁶ Art. 1134, al. 3 du Code civil : « Elles doivent être exécutées de bonne foi. ».

²⁰⁷ Art. 1184, al. 2 du Code civil (extrait).

²⁰⁸ V. dernièrement le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., spéc. art. 1224 et s.

²⁰⁹ M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, spéc. p. 182.

²¹⁰ V. par ex. D. TALLON, « L'article 1184 du Code civil, Un texte à rénover ? », in : *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas, centre de formation permanente (dir.), Paris, Dalloz, 2000, p. 253.

introduite par la réforme du droit des contrats, ce qui devrait contribuer au rapprochement des trois droits²¹¹.

B. Les autres sanctions

1. La destruction et le remplacement

30. Facultés de destruction et de remplacement : des sanctions oubliées. Un autre inconvénient de la présentation éclatée des sanctions de l'inexécution dénoncée par Denis Tallon²¹² est qu'elle aboutit à délaissier certains moyens à la disposition du créancier – en particulier les articles 1143 et 1144 du code civil. Le premier de ces textes permet au créancier d'une obligation de ne pas faire d'obtenir la destruction (par le débiteur ou à ses frais) de ce qui a été fait en contravention au contrat²¹³. Le second autorise le créancier à se procurer l'exécution auprès d'un tiers aux frais du débiteur²¹⁴. En pratique, ces deux sanctions ne trouvent presque jamais à s'appliquer. On le comprend pour ce qui est de l'article 1143 dont le champ d'application est limité aux obligations de ne pas faire. L'effacement de l'article 1144 étonne davantage, quand on sait l'importance pratique considérable que revêt la conclusion d'une opération de substitution en droit anglais²¹⁵. Comme pour la résolution, on peut penser que c'est le recours préalable au juge qui nuit en premier lieu à l'attractivité de la sanction. Cela pourrait évoluer, les facultés de destruction et de remplacement étant reprises par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats dans une disposition commune qui vient supprimer l'autorisation judiciaire préalable²¹⁶. Le projet vient par ailleurs redonner à ces deux sanctions leur véritable qualification : elles ne sont ni plus ni moins que des variantes de l'exécution forcée²¹⁷.

²¹¹ V. le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., spéc. art. 1226 : « Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. [...] ».

²¹² D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op. cit.*

²¹³ Art. 1143 du Code civil : « Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu. »

²¹⁴ Art. 1144 du Code civil : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution. ».

²¹⁵ V. *infra*, spéc. n°45 et s. sur les remèdes extrajudiciaires du droit anglais.

²¹⁶ V. le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., spéc. art. 1222 : « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. [...] »

²¹⁷ Comme le révèle le titre de la sous-section à laquelle l'art. 1222 appartient : « l'exécution forcée en nature » ; v. en détails *infra*, spéc. n° 69.

2. L'exception d'inexécution et la réduction du prix

31. Exception d'inexécution et réduction du prix : l'œuvre prétorienne. Le tableau des sanctions de l'inexécution ne serait pas complet sans une présentation rapide de deux autres sanctions. La première, d'origine prétorienne, est l'exception d'inexécution. Fondée sur la réciprocité des prestations, elle consiste, dans les contrats synallagmatiques, à suspendre l'exécution de sa propre obligation tant que le débiteur n'aura pas fourni la sienne²¹⁸. L'exception d'inexécution n'est pas une sanction définitive, mais bien plutôt un recours provisoire qui doit surtout permettre au créancier d'exercer une pression sur le débiteur pour l'inciter à exécuter. En pratique, l'exception d'inexécution n'est pas toujours si provisoire que cela et il arrive que la situation se fige, le contrat restant finalement lettre morte : aucune des parties n'exécute, aucune d'elle ne s'en plaint. Cela revient à une sorte de rupture de fait du contrat, mais tel n'est pas le sort « normal » de l'exception d'inexécution qui a vocation à être finalement remplacée par une solution définitive. La seconde sanction qu'il faut évoquer est la réduction du prix. Le code civil la consacre à propos de la vente : c'est l'action estimatoire de l'article 1644 du Code civil qui permet à l'acheteur d'une chose atteinte d'un vice caché de la garder et de se faire rendre une partie du prix²¹⁹. Au-delà de cette hypothèse²²⁰, la jurisprudence a consacré dans la vente commerciale une réduction du prix appelée « réfaction » en cas de livraison incomplète ou de biens de qualité moindre par le vendeur²²¹. La doctrine française, pourtant rétive à la révision du contrat, se montre étonnamment bienveillante à l'égard de cette réfaction, comme l'a relevé Denis Mazeaud²²². Plusieurs auteurs envisagent même d'en faire une sanction générale de l'inexécution²²³. A ce jour, la Cour de cassation paraît au contraire vouloir en limiter l'application au droit de la vente²²⁴. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats devrait cependant donner à la

²¹⁸ V. par ex. F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, spéc. n° 630 et s.

²¹⁹ Art. 1644 du Code civil : « Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts. ».

²²⁰ Et d'autres plus marginale, v. les art. 1617 al. 2 et 1619, dernier al. du Code civil à propos du défaut de contenance, ou encore l'art. L. 514-20, al. 3 du code de l'environnement relatif à l'obligation d'information dont est tenu le vendeur d'un site où a été exploitée une installation classée.

²²¹ Sur laquelle v. not. C. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat », *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 3.

²²² D. MAZEAUD, « La révision du contrat. Rapport français », in : *Le contrat. Journées brésiliennes*, Travaux de l'association Henri Capitant, Paris, SLC, 2008, p. 553, spéc. p. 567 et s. et les réf. citées.

²²³ V. not. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 652, *in fine*.

²²⁴ Civ. 3^e, 29 janv. 2003, pourvoi n° 01-02.759, *Bull.*, III, n° 23, p. 22, *Defrénois*, 2003, n° 12, p. 844, obs. E. SAVAUX.

réduction du prix la même portée générale que les autres sanctions de l'inexécution²²⁵. Celle-ci viendra alors enrichir le panel des sanctions extrajudiciaires de l'inexécution et rapprocher le droit français des modèles européens et internationaux²²⁶.

Le droit allemand, de son côté, a déjà saisi l'occasion de remodeler son droit de l'inexécution il y a quelques années.

§2. Le droit allemand des troubles dans l'exécution

32. La notion de « troubles dans l'exécution du contrat ». La notion d'inexécution du contrat (*Nichterfüllung*) n'est pas familière au droit allemand, et il n'y a pas à proprement parler de droit de l'inexécution ou de ses sanctions dans le BGB. C'est la doctrine qui a dégagé la notion de *Leistungsstörungsrecht*, littéralement le « droit des troubles dans l'exécution »²²⁷. Comme a pu le souligner Claude Witz :

« Le traitement des *Leistungsstörungen* était certainement la partie la moins satisfaisante du BGB »²²⁸.

Il a été profondément rénové par la réforme du droit des obligations de 2002 (A) pour aboutir aujourd'hui à un système plus cohérent, qui fait ressortir les mêmes sanctions principales que celles que nous avons dégagées à propos du droit français (B).

A. De l'ancien au nouveau régime des troubles dans l'exécution

33. Avant la réforme : *Leistungsstörungen* et *positive Vertragsverletzung*. Le droit allemand ignorait avant la réforme la notion d'inexécution du contrat et n'en regroupait pas davantage les sanctions. Seules deux hypothèses de troubles dans l'exécution du contrat (*Leistungsstörungen*) étaient envisagées par le BGB dans sa rédaction originelle : l'impossibilité d'exécution (*Unmöglichkeit*) et le retard dans l'exécution (*Verzug*). La garantie des vices cachés était en outre consacrée pour quelques contrats spéciaux (*Gewährleistung*).

²²⁵ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., spéc. art. 1223 : « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix.

S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision dans les meilleurs délais. »

²²⁶ Ce que relevait déjà Denis Mazeaud à propos du projet de réforme du droit des contrats présenté par la Chancellerie à l'automne 2013, v. D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon », *D.*, 2014, p. 291, spéc. p. 296.

²²⁷ A son sujet, en français, F. RANIERI, « La notion allemande de troubles dans l'exécution », *in* : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 45.

²²⁸ C. WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2013, spéc. p. 114.

Le BGB accordait ainsi une place centrale à l'impossibilité d'exécution (qui se déclinait en impossibilité objective, subjective, initiale, ultérieure)²²⁹, tandis qu'étaient occultées les hypothèses dans lesquelles c'est précisément *en exécutant* que le débiteur cause un dommage. Pour justifier une application par analogie des règles relatives à l'impossibilité à ces hypothèses, Hermann Staub proposa en 1902 la thèse dite de la violation positive du contrat (*positive Vertragsverletzung*) par contraste à la violation négative du contrat qu'est l'abstention de fournir la prestation due²³⁰. A peine quelques années plus tard, en 1907, le *Reichsgericht* trouvait matière à appliquer cette théorie et à lui donner une consécration officielle²³¹. Dans l'affaire en cause, un vendeur avait livré à son client, propriétaire d'une écurie, de la nourriture pour chevaux avariée, entraînant la mort de deux chevaux. Sa prétention à une indemnisation achoppait aux règles imparfaites du BGB. La situation n'était ni celle d'une impossibilité d'exécution, ni celle d'un retard dans l'exécution. La demande indemnitaire ne pouvait non plus prospérer sur le terrain de la garantie des vices cachés²³². Pour condamner le vendeur à payer des dommages et intérêts, le juge consacra la théorie de la violation positive du contrat, dont l'application allait progressivement s'étendre pour couvrir tout cas de mauvaise exécution (*Schlechtleistung*), d'exécution partielle (*Teilleistung*) ou de violation d'une obligation accessoire (*Nebenpflichtverletzung*).

34. L'introduction par la réforme de la notion unitaire de « Pflichtverletzung ». Si les pouvoirs publics allemands envisageaient déjà en 1978 une réforme d'ampleur du droit des obligations, c'est seulement la transposition de la directive européenne du 25 mai 1999 relative à la vente²³³ qui leur donna l'occasion de franchir le cap²³⁴. La « grande solution » (*grosse Lösung*) ayant été préférée à une réformette, la loi du 26 novembre 2001 proposa une réforme d'ampleur que l'on n'hésitera pas, à l'instar de Claude Witz, à qualifier de :

« réforme la plus importante, si l'on fait abstraction du droit de la famille, qu'ait connue le BGB en un siècle d'existence »²³⁵.

²²⁹ V. par ex. C. WITZ, *Le droit allemand*, 1^{ère} éd., Paris, Dalloz, 2001, spéc. p. 109 et s.

²³⁰ H. STAUB, « Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen », in : *Festschrift für den XXVI Deutschen Juristentag*, Berlin, Guttentag, 1902, p. 29.

²³¹ RG, 9 juil. 1907, II 115/07, RGZ 66, 289.

²³² La sanction de principe du vice caché était la résolution ou la réduction du prix ; les dommages et intérêts ne pouvaient être accordés qu'en cas de silence dolosif ou de promesse de qualité faite par le vendeur, lesquels ne se retrouvaient pas dans l'espèce (v. ex-§463 BGB).

²³³ Directive 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

²³⁴ Sur la genèse du projet, v. not. C. WITZ, « Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France », in : *La réforme du droit allemand des obligations*, dir. C. WITZ, F. RANIERI, Paris, SLC, 2004, p. 11, spéc. p. 11 et s.

²³⁵ C. WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.*, 2002, p. 3156, spéc. p. 3156.

Le législateur allemand a introduit deux normes centrales en droit de la responsabilité contractuelle : le §241 BGB et le §280 BGB. Le premier de ces textes pose une distinction entre deux catégories d'obligations qui naissent des rapports d'obligation (*Schuldverhältnisse*) : les obligations liées à la prestation (*Leistungspflichten*), d'une part (alinéa 1^{er})²³⁶ et les obligations accessoires qui, selon le contenu du rapport d'obligation, « oblig[ent] chaque partie à prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie » d'autre part (alinéa 2)²³⁷. Se trouvent ainsi consacrées les obligations de sécurité (*Schutzpflichten*), d'information (*Informationspflichten*) ou encore de fidélité et de loyauté (*Treue- und Loyalitätspflichten*)²³⁸. Après avoir ainsi défini les obligations, le législateur a introduit au §280 BGB la notion générale de « violation de l'obligation » (*Pflichtverletzung*) autour de laquelle s'articule tout le nouveau droit des troubles dans l'exécution du contrat. En consacrant cette notion unitaire, dont le contenu recoupe (plus exactement englobe²³⁹) ce que les instruments européens et internationaux désignent par inexécution²⁴⁰, le droit allemand a gagné en lisibilité et s'est rapproché du droit français notamment²⁴¹. Le législateur allemand n'a toutefois pas complètement aboli la distinction casuistique qui était en vigueur avant la réforme. Ainsi, le §280 BGB, après avoir posé le principe d'un droit à réparation pour toute violation d'obligation dans son alinéa 1^{er}, renvoie dans ses alinéas suivants à des conditions qui varient en fonction de ce que Michel Pédamon appelle les « manifestations concrètes » de la violation de l'obligation²⁴². On continuera donc de distinguer entre l'inexécution (qui englobe désormais la violation positive du contrat en visant les cas où le débiteur « ne fournit pas la prestation échue ou ne la fournit pas comme elle était due »²⁴³, §280 al. 1, §281), le retard (§280 al. 2, §286 BGB), la violation d'une obligation accessoire prévue au §241 al. 2 BGB (un autre cas d'ex-violation positive du

²³⁶ §241 al. 1 BGB : « En vertu de l'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. La prestation peut également consister dans une abstention. », trad. R. LEGEAIS et M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

²³⁷ §241 al. 2 BGB : « Le rapport d'obligation peut, selon son contenu, obliger chaque partie à prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie. », trad. R. LEGEAIS et M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

²³⁸ C. WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., *op. cit.*, spéc. p. 125 et s.

²³⁹ La *Pflichtverletzung* a un contenu plus large puisqu'elle couvre non seulement la violation des obligations contractuelles, mais également la violation d'obligations légales, quasi- ou précontractuelles, v. not. le §311 al. 2 et al. 3 BGB.

²⁴⁰ C. WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *op. cit.*, spéc. p. 3158.

²⁴¹ A noter cependant que le législateur allemand a délibérément écarté la notion de « *Nichterfüllung* » considérée trop étroite, v. à ce sujet M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2004, spéc. p. 161 et 162, et les réf. citées.

²⁴² M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., *op. cit.*, spéc. p. 162.

²⁴³ Début du §281 al. 1^{er} BGB : « Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt [...] », trad. empruntée à R. LEGEAIS et M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

contrat, §280 al. 3, §282 BGB) et l'impossibilité d'exécution (§280 al. 3, §283 BGB). Ce qui amène Claude Witz notamment²⁴⁴ à conclure que :

« Si le droit allemand s'est rapproché des systèmes étrangers, grâce au recentrage des troubles dans l'exécution autour du concept clef de violation d'obligations, la mise en œuvre des sanctions de la violation reflète néanmoins l'originalité du droit allemand par des solutions spécifiques qui doivent beaucoup au droit ancien. »²⁴⁵.

Voyons donc quelles sont ces sanctions de la violation de l'obligation dans le nouveau droit allemand.

B. Les sanctions de l'inexécution dans le nouveau droit allemand des obligations

1. L'exécution forcée

35. La distinction entre le droit à l'exécution en nature et la possibilité de prétendre à l'exécution forcée. Le régime de l'exécution n'a pas été fondamentalement modifié par la réforme du droit des obligations. Cela tient à ce qu'il relève au moins autant du droit processuel des voies d'exécution que du droit civil matériel. Le droit allemand distingue en effet la question de savoir si le créancier dispose d'un droit à l'exécution en nature de la question de savoir s'il peut faire valoir ce droit par une procédure en exécution forcée²⁴⁶. Le créancier est titulaire d'un droit à l'exécution en nature dès lors que celle-ci n'est pas impossible. C'est au détour de cette question de l'impossibilité et uniquement sous cet angle que le BGB aborde l'exécution en nature. Quant à la question de savoir si le créancier peut « forcer » cette exécution en nature, c'est le Code de procédure civile – la *Zivilprozessordnung* (ZPO) – qui en donne la réponse²⁴⁷.

36. Le droit à l'exécution en nature. Pour ce qui est du droit à l'exécution en nature, le §275, al. 1^{er} BGB dispose que :

²⁴⁴ V. aussi dans le même sens M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., *op. cit.*, spéc. p. 162 : « la loi du 26 novembre 2001 ne fait pas table rase du passé. Dans un souci de compromis avec le modèle de l'ancien BGB, elle a tenu à compléter le cadre uniforme qu'elle a tracé par des dispositions propres à chacune des manifestations concrètes de la violation de l'obligation. Mais ces manifestations concrètes ne constituent plus des formes autonomes de troubles dans l'exécution, elles ne sont plus que l'illustration de la notion générale. ».

²⁴⁵ C. WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., *op. cit.*, spéc. p. 126.

²⁴⁶ R. WINTGEN, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *RDC*, 2005, p. 217, spéc. p. 220.

²⁴⁷ Comp. insistant sur les vertus de la distinction des deux questions en droits belge et français : P. WERY, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », chapitre VI, rapport belge, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE, G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 205, spéc. p. 206.

« Le droit à la prestation est exclu, dans la mesure où celle-ci est impossible pour le débiteur ou pour toute autre personne »²⁴⁸.

A cette impossibilité subjective (« pour le débiteur ») ou objective (« pour toute autre personne ») qui libère de plein droit le débiteur, le BGB assimile « l'impossibilité pratique » (*praktische Unmöglichkeit*) et « l'impossibilité personnelle » (*persönliche Unmöglichkeit*) qui peuvent être soulevées par le débiteur pour refuser de fournir la prestation²⁴⁹. Cela signifie que le créancier peut légitimement refuser l'exécution si elle implique des dépenses disproportionnées (alinéa 2)²⁵⁰ ou des sacrifices personnels (alinéa 3)²⁵¹ qui ne sont pas contrebalancés par l'intérêt du créancier à obtenir la prestation. On reconnaît ici quelque chose de très proche du critère du *severe hardship* qui, en Angleterre, intervient aussi pour refuser la *specific performance*²⁵². Il faut noter toutefois que ces impossibilités sont appréciées strictement et donc reconnues seulement dans des hypothèses extrêmes²⁵³. Ainsi, soit l'obligation est possible, et le débiteur peut en réclamer l'exécution forcée. Soit elle ne l'est pas et il doit se tourner vers la réparation et/ou la résolution, comme l'y invite dans son dernier alinéa le §275 BGB²⁵⁴.

37. L'exécution forcée dans la ZPO. Si l'exécution en nature est possible, il reste à vérifier qu'il peut lui être donné effet par une action en exécution forcée. La réponse se trouve dans le Code de procédure civile, aux §§887 et 888 notamment²⁵⁵. Le premier de ces textes indique que :

« Lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation de faire quelque chose qu'un tiers peut faire à sa place, le créancier qui en fait la demande doit être autorisé [...] à faire exécuter l'obligation aux frais du débiteur. »²⁵⁶

²⁴⁸ §275 al. 1^{er} BGB, trad. empruntée à R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

²⁴⁹ V. R. WINTGEN, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 220 et s.

²⁵⁰ §275 al. 2 BGB : « Le débiteur peut refuser la prestation, dans la mesure où celle-ci requiert des dépenses qui, eu égard au contenu du rapport d'obligation et au principe de bonne foi, sont gravement disproportionnées par rapport à l'intérêt que présente cette prestation pour le créancier. Lors de la détermination des efforts que l'on peut exiger du débiteur, il y a lieu de prendre en considération le point de savoir s'il est responsable de l'obstacle à la prestation. », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

²⁵¹ §275 al. 3 BGB : « Le débiteur peut en outre refuser la prestation lorsqu'il doit la fournir personnellement et qu'elle ne peut être exigée de lui après comparaison de l'obstacle qui s'oppose à sa réalisation et de l'intérêt qu'elle présente pour le créancier. », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

²⁵² Comp. *infra*, spéc. n° 63 et s.

²⁵³ Par ex., l'impossibilité de délivrer une chose de genre dans une vente ne sera reconnue que si le genre est épuisé (*Übernahme des Beschaffungsrisiko*) ou si se la procurer exigerait du débiteur un effort démesuré au sens du §275 al. 2 BGB.

²⁵⁴ §275 al. 4 BGB : « Les droits du créancier se déterminent selon les §§280, 283 à 285, 311a et 326. », trad. R. LEGEAIS et M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

²⁵⁵ V. également les dispositions qui précèdent (à partir du §883) et celles qui suivent et traitent d'hypothèses particulières d'exécution forcée.

²⁵⁶ §887 ZPO, trad. empruntée à R. WINTGEN, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 226.

La sanction ressemble fortement à la faculté de remplacement de l'article 1144 du Code civil, si ce n'est que l'autorisation judiciaire y est toujours requise, même en matière commerciale²⁵⁷, mais aussi toujours accordée, puisque le juge ne peut la refuser²⁵⁸. Ce qui étonne, surtout, c'est qu'il s'agit de la forme classique que prend l'exécution forcée. Le §888 ZPO précise en effet que l'exécution forcée *par le débiteur en personne* n'est accessible au créancier qu'à titre subsidiaire, si les conditions de l'exécution forcée par un tiers ne sont pas réunies :

« Si l'intervention d'un tiers n'est pas possible et que l'exécution ne dépend que du bon vouloir du débiteur, le tribunal [...] doit ordonner au bénéficiaire du créancier qui en fait la demande la condamnation du débiteur à l'exécution de la mesure sous astreinte et, pour le cas où cela ne suffirait pas, l'assortir d'une astreinte par corps [...] »²⁵⁹

Autrement dit, le droit allemand donne la priorité à l'exécution forcée *par un tiers* sur l'exécution forcée *par le débiteur lui-même*. Ce n'est que si la prestation ne peut pas être accomplie par un tiers que le §888 ZPO permet au créancier d'obtenir la condamnation du débiteur à exécuter sous la menace d'une astreinte (d'un montant maximum de 25 000€²⁶⁰) ou d'une mesure privative de liberté. Si la sanction est musclée, son champ d'application reste contenu. D'une part, elle suppose que l'obligation soit suffisamment particulière pour ne pas pouvoir être exécutée par autrui. D'autre part, en vertu de l'alinéa 3 du §888 ZPO, l'exécution forcée par le débiteur est exclue pour les contrats d'entreprises soumettant le débiteur à une obligation de moyens (*Dienstvertrag*), qui ne sont pas des moins fréquents²⁶¹. Dans ce cas, le créancier devra se tourner vers les autres sanctions de l'inexécution : la résolution et le *Schadenersatz*.

2. La résolution

38. La résolution. Le BGB consacre un titre particulier à l'exécution des contrats synallagmatiques. C'est en son sein que l'on trouve, après le mécanisme de l'exception d'inexécution (§320 BGB), les règles relatives à la résolution (§323, §324 et §326 BGB). Sans entrer dans le détail de ses conditions de mise en œuvre, il faut noter que le nouveau

²⁵⁷ Le recours au juge peut toutefois être écarté par un texte spécial, v. par ex. le §637 BGB à propos du *Werkvertrag*.

²⁵⁸ V. R. WINTGEN, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 226 et s.

²⁵⁹ §888 ZPO, trad. libre de : « Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht [...] zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei. [...] »

²⁶⁰ §888 ZPO, al. 1^{er}, 2^{ème} phrase : « Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von 25 000 Euro nicht übersteigen. »

²⁶¹ Cette limitation n'affecte que les contrats d'entreprise dans lesquelles le service traduit une obligation de moyens (*Dienstvertrag*) et non les contrats dans lesquels c'est un résultat qui est promis (*Werkverträge*).

droit a gardé ses traits caractéristiques, qui distinguent le *Rücktritt* de la résolution à la française : c'est une résolution unilatérale extrajudiciaire et elle ne joue qu'après que le débiteur s'est vu accorder une deuxième chance par la *Nachfrist*, le délai supplémentaire d'exécution²⁶². La grande nouveauté apportée par la réforme, c'est la possibilité de cumuler la résolution avec des dommages et intérêts (§325 BGB)²⁶³, une évolution qui a été facilitée par la nouvelle structure du droit à réparation.

3. Le Schadensersatz

39. Première spécificité conservée : la primauté de la réparation en nature. Le droit allemand de la réparation conserve plusieurs de ses traits caractéristiques. Quant à la forme de la réparation, d'abord, il peut s'agir d'une réparation en nature ou d'une réparation en argent, la première ayant (en théorie) priorité sur la seconde :

« Au vu des paragraphes 249, 251 et 253 BGB, la réparation en nature a préséance sur la réparation monétaire. Cela implique que le créancier peut et doit demander en premier lieu la réparation en nature de son dommage matériel ou moral. [...] Le droit allemand opte pour une primauté de la réparation en nature sur la réparation en argent. »²⁶⁴

La principe de la réparation en nature (*Herstellungsprinzip* ou *Grunsatz der Naturalrestitution*) n'est toutefois pas absolu. Il est écarté, d'une part, dans l'hypothèse de la « réparation pour lésion corporelle d'une personne ou pour détérioration d'une chose » pour laquelle le créancier est libre de réclamer d'emblée des dommages et intérêts (§249, al. 2 BGB)²⁶⁵. D'autre part, si la réparation en nature est impossible (§251 alinéa 1^{er} BGB)²⁶⁶ ou impliquerait des coûts disproportionnés (§251 alinéa 2 BGB)²⁶⁷, c'est la sanction des dommages et intérêts qui va s'appliquer. La primauté de la réparation en nature ne joue donc que lorsque la réparation en nature n'est pas impossible ou trop onéreuse, et seulement à la condition qu'il ne s'agisse ni d'un dommage corporel, ni de l'atteinte à une chose au sens du

²⁶² C. WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., *op. cit.*, spéc. p. 133.

²⁶³ V. not. C. WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *op. cit.*, spéc. p. 3158.

²⁶⁴ S. LORENZ, S. PACHE, « La réparation du dommage en droit allemand », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1009, spéc. p. 1013.

²⁶⁵ §249, al. 2 BGB : « Lorsqu'il faut fournir réparation pour lésion corporelle d'une personne ou pour détérioration d'une chose, le créancier peut exiger, au lieu du rétablissement en nature, la somme nécessaire pour le réaliser. [...] », trad. R. LEGEAI, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

²⁶⁶ §251, al. 1^{er} BGB : « Celui qui est tenu à réparation doit dédommager son créancier en argent dans la mesure où le rétablissement en nature est impossible ou insuffisant pour un tel dédommagement. », trad. R. LEGEAI, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

²⁶⁷ §251, al. 2 BGB : « Celui qui est tenu à réparation peut dédommager son créancier en argent lorsque le rétablissement en nature n'est possible qu'au prix de dépenses hors de proportion. [...] », trad. R. LEGEAI, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

§249 alinéa 2 BGB, ce qui réduit tout de même considérablement son champ d'application. Même dans ce cas, le créancier pourra encore obtenir des dommages et intérêts si, à l'issue d'un délai accordé au débiteur pour procéder à la réparation en nature²⁶⁸, il n'a toujours pas obtenu satisfaction (§250 BGB)²⁶⁹. En matière contractuelle, la réparation s'opère, en pratique, principalement par des dommages et intérêts et la réparation en nature n'a presque aucune pertinence²⁷⁰.

40. Deuxième spécificité conservée : la faute contractuelle. Quant aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité, ensuite, la réforme du droit allemand a conservé l'exigence d'une faute (*Vertretenmüssen*) pour engager la responsabilité contractuelle du débiteur pour son fait personnel (§280 al. 1^{er}, deuxième phrase et §276 BGB) ou du fait de ses auxiliaires (§278 BGB). Cette condition d'une faute constitue certes une particularité du droit allemand²⁷¹. Elle mérite toutefois d'être nuancée pour au moins deux raisons. Premièrement, cette faute est toujours présumée (du fait de la formulation négative du §280 alinéa 1^{er}, 2^{ème} phrase), si bien que ce n'est pas au créancier de la prouver, mais au débiteur d'apporter des éléments probants permettant de le libérer. Aussi, dans son fonctionnement, le *Vertretenmüssen* se rapproche fortement d'un mécanisme d'exonération et donc des systèmes français ou anglais²⁷². La responsabilité contractuelle est donc une responsabilité pour faute présumée et l'objectif n'est pas tant de rendre responsable nécessairement un coupable, que d'éviter, surtout, qu'un non-coupable ait à répondre²⁷³. Deuxièmement, même sur le fond, l'absence de faute est proche de ce que le droit français regarde comme une cause étrangère.

²⁶⁸ Ce délai supplémentaire d'exécution n'est pas sans rappeler la *Nachfrist* qui conditionne le droit aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, sur laquelle v. *infra*, spéc. n° 53.

²⁶⁹ §250 BGB : « Le créancier peut impartir à la personne obligée à réparation un délai raisonnable pour le rétablissement en nature, en déclarant qu'il refusera ce rétablissement après l'expiration du délai. Une fois le délai expiré, le créancier peut exiger la réparation en argent si le rétablissement en nature n'a pas eu lieu en temps utile ; le droit d'exiger ce rétablissement en nature est alors exclu. », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, *op. cit.*

²⁷⁰ V. not. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, spéc. n° 1037, qui souligne en particulier le double emploi qu'elle fait avec l'exécution en nature ; comp. nos dév. en faveur d'une suppression de la réparation en nature, *infra*, spéc. n° 65 et s.

²⁷¹ V. not. C. WITZ, « Le nouveau droit allemand de la vente sous le double éclairage de la directive et de la convention de Vienne », in : *La réforme du droit allemand des obligations*, dir. C. WITZ ET F. RANIERI, Paris, SLC, 2004, p. 203, spéc. p. 216 qui relève les deux mêmes spécificités : « En l'abordant sous l'angle de la CVIM, c'est le rang nécessairement prioritaire des remèdes en nature ainsi que le rôle conservé par la faute dans la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle qui rendent le droit allemand de la vente partiellement original » ; adde L.-J. CONSTANTINESCO, *Inexécution et Faute contractuelle en Droit comparé (Droits français, allemand, anglais)*, Stuttgart/Bruxelles, W. Wohlhammer Verlag/Librairie Encyclopédique, 1960.

²⁷² V. dans le même sens, D. COESTER-WALTJEN, « The New Approach of Contract in German Law », in : *Comparative Remedies for Breach of contract*, dir. N. COHEN, E. MCKENDRICK, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 135, spéc. p. 149.

²⁷³ Claude Witz souligne ainsi qu'« il a paru sembler naturel [au législateur] que celui qui respecte la prudence nécessaire ne puisse voir sa responsabilité mise en jeu », C. WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., *op. cit.*, spéc. p. 127.

Ainsi, comme exemples typiques d'absence de faute, Hans Brox et Wolf-Dietrich Walker donnent les hypothèses suivantes : l'objet à délivrer a péri dans un incendie provoqué par un coup d'éclair²⁷⁴ ou a été volé en dépit des précautions prises par le débiteur²⁷⁵; le débiteur est victime d'une grave maladie et devait exécuter en personne²⁷⁶; ou encore « les cas de force majeure » (*Fälle der höhere Gewalt*)²⁷⁷. Le droit français qui n'exige pas la faute retiendrait-il la responsabilité du débiteur dans de telles hypothèses ? Il est permis d'en douter. La faute présumée du droit allemand semble bien permettre d'écarter les mêmes hypothèses ou presque que la cause étrangère en droit français²⁷⁸. Si elle est conceptuellement originale, elle ne crée pas, en tout cas, un gouffre entre la pratique française et la pratique allemande des dommages et intérêts²⁷⁹.

41. L'innovation : la distinction entre deux catégories de dommages et intérêts. L'une des nouveautés les plus intéressantes de la réforme est la distinction proposée entre les « dommages et intérêts en lieu et place de la prestation » (*Schadensersatz statt der Leistung*) et les « dommages et intérêts en marge de la prestation » (*Schadensersatz neben der Leistung*)²⁸⁰. Les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation interviennent comme sanction principale à l'inexécution, pour remplacer la prestation qui n'a pas ou ne pourra plus être fournie. Les dommages et intérêts en marge de la prestation sont une sanction complémentaire, qui intervient pour corriger les effets néfastes d'un retard ou de la violation d'une obligation accessoire. Cette distinction, il ne fait aucun doute que les juges français ou anglais s'y intéressent aussi lorsqu'ils fixent le *quantum* de la réparation. Il est très habile de la part du législateur allemand de l'avoir ainsi mise en relief. Nous verrons que, sans la recouper exactement, elle apporte un éclairage très intéressant sur la distinction entre la fonction de paiement et la fonction de réparation de la responsabilité contractuelle²⁸¹.

Ainsi, on retrouve en droit allemand les mêmes sanctions principales qu'en droit français : l'exécution forcée, la résolution et les dommages et intérêts. Il reste à observer ce qu'il en est en droit anglais.

²⁷⁴ H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 39^e éd., München, Beck, 2015, spéc. §22, n° 53.

²⁷⁵ *Ibid.*, à noter que l'évocation des précautions prises par le débiteur n'est pas sans rappeler le critère d'irrésistibilité de la force majeure en droit français.

²⁷⁶ H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, spéc. §23, n° 28.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Sur le rapprochement de l'absence de faute et de la force majeure en droit interne français, v. déjà A. TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTD civ.*, 1945, p. 235.

²⁷⁹ Sur la faute contractuelle en droit français, v. *infra*, spéc. n° 170.

²⁸⁰ Nous empruntons ici la trad. proposée par C. WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., spéc. p. 128.

²⁸¹ V. *infra*, spéc. n° 134 et s.

§3. Le droit anglais des remèdes

42. Remèdes judiciaires, remèdes extrajudiciaires. En droit français et en droit allemand, les parties peuvent s'entendre et transiger en dehors de tout procès judiciaire. Les sanctions extrajudiciaires n'occupent toutefois pas, dans ces systèmes, la place prépondérante qui est la leur en droit anglais. Pour dresser le tableau des sanctions ou, plus exactement dans le contexte anglais, des remèdes à l'inexécution, il est indispensable de considérer, aux côtés des actions ouvertes par la *common law* et par l'*equity* (A), les remèdes extrajudiciaires (*self-help remedies*) dont l'importance pratique doit beaucoup à la règle de minimisation du dommage (B).

A. Les remèdes judiciaires

1. Les remèdes originels de la *common law*

43. Les actions de la *common law* : debt, covenant, assumpsit. Aujourd'hui, les manuels de droit des contrats comportent tous ou presque un chapitre ou une partie intitulé « *remedies* », mais cette classification est l'œuvre créatrice de la doctrine qui les a ainsi regroupés. A l'origine, il s'agissait de remèdes indépendants, qui d'ailleurs n'étaient pas directement fondés sur une notion unitaire de *breach* mais supposaient au contraire la réunion de circonstances particulières. Il faut bien garder à l'esprit le rôle central joué par la procédure dans la construction du droit anglais. Dès le XIII^{ème} siècle, lorsqu'un demandeur souhaitait obtenir une condamnation quelconque de son débiteur, il devait se procurer un « *writ* », document scellé qui déclenchait la procédure et dictait la « *cause of action* », le fondement de la demande²⁸². Ainsi, à l'époque médiévale, il existait trois fondements sur lesquels un créancier pouvait agir en justice en cas d'inexécution de son débiteur²⁸³ :

(1) « *debt* » : une action en paiement d'une obligation monétaire (dont la forme moderne est *action for the agreed contract price*) ;

(2) « *covenant* » : une action sanctionnant uniquement le non-respect d'une promesse solennelle ;

²⁸² V. D. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, OUP, 1999, réimpr. 2006, spéc. p. 11 et s.

²⁸³ V. pour un exposé synthétique : D. ROEBUCK, *The Background of the Common Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 1990, spéc. p. 92 et s. ; pour un exposé plus détaillé : J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, OUP, 2002, réimpr. 2007, spéc. p. 317 et s. pour les deux premières actions et spéc. p. 329 et s. pour la dernière.

(3) « *assumpsit* » : une action dérivée du « *tort of trespass* » et qui allait devenir l'action contractuelle principale, sanctionnant l'inexécution d'une promesse informelle pourvue d'une contrepartie, la fameuse *consideration*²⁸⁴.

Le système des *writs* s'avéra rapidement un carcan rigide qui non seulement entravait l'accès à la justice des demandeurs, mais les restreignait également dans leurs prétentions, puisqu'à chaque *cause of action* correspondait une sanction déterminée²⁸⁵. Ainsi, en cas d'inexécution du contrat, à l'exception de l'action spécifique en paiement du prix (*debt*), le créancier ne pouvait prétendre qu'à des dommages et intérêts (*damages*).

2. Les remèdes développés par l'*equity*

44. **Le développement des « *specific reliefs* » en *equity*.** Il restait toutefois aux demandeurs malchanceux dont la requête ne se moulait pas dans un *writ* la possibilité de s'adresser directement au Roi, lequel renvoyait l'affaire à son chancelier. A la fin du XV^{ème} siècle, les demandes étaient devenues tellement nombreuses que le Roi créa la *Court of Chancery*. Celle-ci (comme le chancelier avant elle) était invitée à juger « *ex aequo et bono* » sans être tenue par les règles de la *common law*, si bien que dès le XVI^{ème} siècle, s'étaient mis à coexister deux systèmes juridiques distincts, possédant leurs règles matérielles et procédurales propres : la *common law* et l'*equity*²⁸⁶. Pour en revenir aux remèdes, deux actions importantes ont été créées par l'*equity* pour donner satisfaction au créancier souffrant l'inexécution :

(1) « *specific performance* » : une action en exécution forcée en nature de l'obligation prévue au contrat ;

(2) « *injunction* » : une action qui enjoint au débiteur défaillant de faire quelque chose (*mandatory injunction*) ou de s'abstenir de faire quelque chose (*prohibitory injunction*).

Ces deux remèdes à l'inexécution aboutissaient au prononcé par la juridiction d'un ordre donné au débiteur de faire ou de ne pas faire quelque chose. S'il désobéissait, le débiteur ne violait donc plus seulement le contrat, il commettait aussi un outrage à la juridiction. Cet outrage à la juridiction, appelé « *contempt of court* », était et est encore puni très

²⁸⁴ Nous ne traitons pas dans notre thèse la *consideration* qui concerne la formation du contrat et non son inexécution.

²⁸⁵ Sur la *cause of action* et les *writs*, v. J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, op. cit., spéc. p. 53 et s. (des « specimen » de *writs* sont reproduits à la fin de l'ouvrage en annexe).

²⁸⁶ V. not. J. CARTWRIGHT, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, spéc. p. 5 et s.

sévèrement²⁸⁷, ce qui donne aux remèdes de l'exécution forcée et de l'injonction à s'abstenir une force des plus persuasives.

Même après l'unification du système judiciaire de la fin du XIX^{ème} siècle²⁸⁸, les *damages* de la *common law* et la *specific performance* de l'*equity* ont continué de se développer de manière autonome. La *specific performance* est toujours qualifiée de « *equitable remedy* » tandis que les *damages* sont disponibles « *at common law* »²⁸⁹. Au-delà de ces deux remèdes, il en existe un troisième non moins important en pratique et qui se passe de l'intervention du juge : la résolution du contrat à l'initiative des parties.

B. Les remèdes extrajudiciaires

1. La résolution

45. Right to terminate, condition, warranty. Le droit anglais attache une importance bien plus marquée que les droits français et allemand aux remèdes extra-judiciaires « par lesquels la partie lésée par un défaut d'exécution ou une inexécution peut elle-même « remédier » à la situation »²⁹⁰. Le créancier, en droit anglais, n'est pas perçu comme une victime aux bras ballants attendant le secours de la justice. Non seulement il dispose d'une solution pour sortir de la crise – la résolution (*termination*) – mais au-delà il est incité à agir pour minimiser son dommage (*mitigation*)²⁹¹. A l'inverse de la solution traditionnelle en droit français²⁹², la résolution est laissée à la discrétion des parties par principe. Le recours au juge n'est pas exclu, mais il se fera, le cas échéant, *a posteriori*, par la partie contestant le droit de résolution. Quant aux conditions de la résolution, elles sont évidemment encadrées. Toute inexécution ne donne pas droit à la résolution, il faut une inexécution d'une certaine gravité. Plus exactement, le droit anglais s'intéresse à l'obligation qui a été violée. S'agissait-il d'une obligation principale ou accessoire ? D'une *condition* ou d'une *warranty* ? Dans le premier cas, l'inexécution de l'obligation ouvre à la partie victime, appelée « *innocent party* », un

²⁸⁷ Comp. S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC*, 2005, p. 49, spéc. p. 51 qui rapporte un emprisonnement pouvant atteindre deux ans, une amende ne faisant l'objet d'aucun plafond et une confiscation des biens en vertu des textes Contempt of Court Act 1981, s. 14 et County Courts (Penalties for Contempt) Act 1983, s. 1.

²⁸⁸ Par le Common Law Procedure Act de 1852 et les Judicature Acts de 1873 et 1875.

²⁸⁹ J. CARTWRIGHT, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, spéc. p. 7.

²⁹⁰ S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats. Droit anglais », in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2001, p. 977, spéc. p. 978.

²⁹¹ V. *infra*, spéc. n° 47.

²⁹² V. *supra*, spéc. n° 29 où il est souligné que cette solution traditionnelle a vocation à évoluer avec le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc. (spéc. art. 1226).

droit à résolution. On parle de « *right to terminate* » et il s'agit en effet d'une option offerte à la victime, qui peut lui préférer l'exécution forcée (si elle est possible, ce qui est rare) ou des dommages et intérêts. Si l'obligation violée s'avère être une simple *warranty*, le créancier devra en revanche se contenter de dommages et intérêts. La distinction entre les clauses caractérisant une *condition* et celles traduisant une simple *warranty* fait l'objet d'une jurisprudence abondante que nous ne détaillerons pas ici²⁹³. Elle est surtout au cœur de la pratique quotidienne des juristes anglais qui l'ont à l'esprit non seulement lorsque leur client est confronté à un problème dans le déroulement de l'exécution, mais aussi en amont, dans la formulation des contrats.

46. Résolution ou résiliation ? Officiellement, la *termination* n'a pas d'effet rétroactif²⁹⁴. La logique voudrait donc qu'on la traduise plutôt par « résiliation » en français²⁹⁵. Cependant, la partie victime de l'inexécution qui fait usage de son *right to terminate* pourra demander la restitution de ce qu'elle a versé si elle avait déjà exécuté sa part du contrat²⁹⁶. On retrouve ici les traits caractéristiques de la résolution. Le fait que ce remède puisse être cumulé à des dommages et intérêts calculés sur la base de l'intérêt qu'avait le créancier à l'exécution du contrat (*performance interest*)²⁹⁷ ne change rien à l'affaire, si l'on admet que l'intérêt positif est appliqué aux vices d'exécution du contrat et l'intérêt négatif réservé aux vices de formation²⁹⁸. Si les anglais se refusent à parler d'effet rétroactif en dépit de ces restitutions, il semble que ce soit parce que certaines obligations accessoires peuvent être maintenues ou certaines clauses du contrat garder effet en dépit de la résolution, telles une clause limitative de responsabilité, une clause d'arbitrage ou une clause de choix du droit applicable²⁹⁹. La question, d'ailleurs, s'est posée également à propos du droit allemand, comme l'a relevé Gerhard Dannemann³⁰⁰. Il n'en reste pas moins que, du point de vue des conditions et des effets du mécanisme, la *termination* (tout comme d'ailleurs le *Rücktritt* allemand) a pour plus proche parent, en droit français, la résolution pour inexécution, d'où le choix de notre

²⁹³ V. not. E. MCKENDRICK, *Contract Law. Text, Cases and Materials*, 6^e éd., Oxford, OUP, 2014, spéc. p. 753 et s. qui contient de nombreux extraits d'arrêts clés en la matière.

²⁹⁴ V. par ex. G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, spéc. n° 18-011 « Termination does not operate retrospectively » et les réf. citées.

²⁹⁵ V. par ex. la définition de la résiliation proposée dans G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit. : « résolution non rétroactive [...] ».

²⁹⁶ Par la voie d'une action en restitution appelée « *restitution for total failure of consideration* », v. G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, op. cit., spéc. n° 18-011 et n° 22-005 ;

²⁹⁷ Sur cette notion, v. nos dév. détaillés *infra*, spéc. n° 203.

²⁹⁸ V. notre démonstration en ce sens *infra*, spéc. n° 206.

²⁹⁹ J. CARTWRIGHT, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, préc., spéc. p. 259.

³⁰⁰ G. DANNEMANN, « Restitution for Termination of Contract in German Law », in : *Failure of contracts. Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences*, dir. F. D. ROSE, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 145, spéc. p. 149 et s.

traduction. Celle-ci trouve enfin un appui dans les projets de droit européen et international tels que les Principes du droit européen du contrat (principes Lando)³⁰¹, les règles uniformes Unidroit³⁰² ou la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente³⁰³ qui utilisent tous *termination* en anglais et *résolution* en français.

2. Les remèdes extrajudiciaires et la règle « mitigation »

47. Mitigation. En ouvrant une possibilité de sortir du contrat sans passer obligatoirement par le juge, la résolution offre de nombreux avantages pratiques au créancier³⁰⁴. Elle n'est toutefois n'est pas le seul remède extrajudiciaire à la disposition du créancier. Celui-ci dispose aussi d'une faculté de remplacement qui, en fait, traduit presque plus un devoir qu'un pouvoir. La règle *mitigation*, devoir de minimiser son propre dommage, impose en effet au créancier de prendre les mesures raisonnables en sa capacité pour limiter son dommage, sans quoi son droit à dommages et intérêts pourrait s'en voir diminué³⁰⁵. Cela signifie notamment que, si un bien ou un service équivalent est disponible sur le marché, le créancier doit se le procurer pour en demander ensuite remboursement au débiteur. S'il ne procède pas à cette opération de remplacement et qu'à défaut d'avoir eu le bien ou la prestation il a subi des pertes supplémentaires (perte de profits par exemple), celles-ci ne seront pas indemnisées³⁰⁶. Le remplacement n'est donc pas un remède à proprement parler, mais il découle de l'application de la règle *mitigation*³⁰⁷. Souvent, la conclusion de ce contrat de remplacement supposera l'anéantissement du premier, et alors la résolution et le remplacement joueront conjointement. C'est ce qui a amené Claude Witz³⁰⁸ et Pascal Ancel³⁰⁹ à s'interroger sur l'articulation de la résolution avec le devoir de minimiser son dommage. En principe, la résolution est une faculté à la libre disposition du créancier. Dans le même temps, la règle *mitigation* impose au créancier de prendre toute mesure raisonnable en sa capacité pour limiter son dommage, et comme le montre la pratique anglaise, l'opération de substitution est la première de ces

³⁰¹ Comp. les art. 9:301 et s. des *Principes du Droit européen du contrat* dans leur version anglaise originale et dans la traduction dirigée par G. ROUHETTE.

³⁰² Comp. les art. 7.3.1 et s. des *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international 2010* dans leur version anglaise originale et dans leur traduction française.

³⁰³ V. la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011), 635, spéc. l'art. 8 dans sa version anglaise et française.

³⁰⁴ V. not. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2015, spéc. p. 483.

³⁰⁵ V. par ex. E. MCKENDRICK, *Contract Law*, 11^e éd., London, Palgrave Macmillan, 2015, spéc. p. 357 et s.

³⁰⁶ V. not. S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats. Droit anglais », *op. cit.*, spéc. p. 1012.

³⁰⁷ S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *op. cit.*, spéc. p. 55.

³⁰⁸ C. WITZ, « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *LPA*, 2002, n° 232, p. 50.

³⁰⁹ P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. n° 24.

mesures. En incitant le créancier victime de l'inexécution à conclure un contrat de remplacement lorsqu'il peut trouver sur le marché un bien ou un service équivalent, la règle de minimisation du dommage n'encourage-t-elle pas la résolution ?³¹⁰ Si cette imbrication ne soulève pas de difficulté en droit anglais, où l'on considère les parties aptes à remédier elles-mêmes à leurs différends, elle se conçoit moins bien en droit français où les sanctions judiciaires l'emportent³¹¹. C'est donc une question qui resurgira certainement si l'obligation de minimiser son dommage vient à être introduite en droit français à la suite de la résolution extrajudiciaire déjà prévue par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats³¹². D'ores et déjà, on peut noter que la résolution extrajudiciaire du contrat, telle qu'elle est prévue dans le projet d'ordonnance, semble incompatible avec la faculté de remplacement qui, parce qu'elle est appréhendée comme une mesure d'exécution, suppose que le contrat ne soit pas anéanti³¹³. Cette incompatibilité pourrait nuire à l'attractivité de la résolution extrajudiciaire nouvellement consacrée, car l'un des intérêts majeurs de la résolution est précisément de pouvoir conclure rapidement et à moindre coût un contrat de substitution, comme le montre bien l'exemple anglais.

Comme le révèlent déjà ces dernières réflexions, alors que la palette des sanctions de l'inexécution apparaît somme toute assez similaire en droit français, allemand et anglais, l'importance relative de chacune des sanctions n'est pas nécessairement la même.

³¹⁰ Tel est le questionnement soulevé par les deux auteurs : v. C. WITZ, « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *op. cit., loc. cit.* et P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », *op. cit., loc. cit.*

³¹¹ Sur cette différence, v. not. S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats. Droit anglais », *op. cit., spéc. p.* 1012 et s.

³¹² Le devoir de minimiser son dommage ne figure pas dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., mais comme il a été vu, c'est l'ensemble du droit de la responsabilité contractuelle qui a été écarté, si bien qu'une discussion de ces points semble reportée à la réforme relative à la responsabilité civile ; le projet dirigé par François Terré prévoit quant à lui une réduction des dommages et intérêts « si le créancier n'a point pris les mesures sûres et raisonnables, propres à éviter, à modérer ou à supprimer son préjudice », tout en précisant que « Le créancier sera remboursé de tous les frais raisonnablement engagés à cet effet. », v. F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit., spéc. art.* 121, al. 2.

³¹³ La faculté de remplacement de l'art. 1222 comme mesure d'exécution du contrat et la résolution de l'art. 1226 comme mesure d'anéantissement du contrat ne peuvent selon nous être appréhendés comme des « remèdes qui ne sont pas incompatibles [et qui] peuvent être cumulés » au sens de l'art. 1217 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc.

Section 2. La place de la responsabilité contractuelle

48. L'articulation de la responsabilité contractuelle avec les autres sanctions révélatrice de sa place dans le droit de l'inexécution. Les droits français, allemand et anglais disposent peu ou prou du même éventail de sanctions. Au premier rang interviennent l'exécution forcée, les dommages et intérêts (auxquels il faut relier la réparation en nature en Allemagne) et la résolution si le contrat est synallagmatique. La résolution ne sera pas reprise dans la présente section. Ce sont en effet plus particulièrement l'articulation de la responsabilité contractuelle avec l'exécution forcée (§1) et sa relation avec la réparation en nature (§2) qui permettent de révéler la place particulière de la responsabilité contractuelle au sein du droit de l'inexécution (§3).

§1. Responsabilité contractuelle et exécution forcée

49. Un droit anglais aux antipodes des droits français et allemand. Un postulat de départ oppose radicalement les droits français et allemand d'une part, le droit anglais d'autre part, quant à la question de l'articulation de la responsabilité contractuelle et de l'exécution forcée. Dans les systèmes français et allemand, la priorité est donnée par principe à l'exécution forcée, tandis que les autres sanctions se trouvent reléguées au second plan (A). A l'inverse, en droit anglais, les *damages* forment le remède général et de droit de la *common law*, tandis que l'exécution forcée n'est qu'un secours exceptionnel accordé (ou non) par l'*equity* (B). Cependant, des évolutions récentes amènent ces deux modèles opposés à se rapprocher (C).

A. La responsabilité contractuelle concurrencée par l'exécution forcée en France et en Allemagne

1. L'exécution en nature imposée par le créancier

50. L'exécution demandée par le créancier au juge français. Existe-t-il une hiérarchie des sanctions en droit français de l'inexécution ? Denis Tallon répond par la négative :

« le droit français, en principe, ne privilégie aucun des moyens offerts au créancier déçu ; malgré les textes équivoques (art. 1142 et 1184), l'exécution en nature, la résolution judiciaire et les dommages-intérêts [...] sont placés sur le même plan »³¹⁴.

Pour François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, au contraire, n'en déplaise à la formulation « regrettable »³¹⁵ de l'article 1142 du Code civil :

« De l'avis unanime, aujourd'hui, de la doctrine, c'est bien l'exécution en nature qui doit constituer le principe, et l'indemnisation l'exception. »³¹⁶

La doctrine n'est certainement pas si unanime que cela³¹⁷, mais c'est bien, en tout cas, la conception que le juge français paraît avoir retenue³¹⁸. La Cour de cassation a d'abord semblé distinguer les obligations de donner, pour lesquelles l'exécution forcée était facilement admise³¹⁹, des obligations de faire, qui suscitaient davantage de réserves en raison de l'atteinte à la liberté personnelle que leur exécution forcée était susceptible d'engendrer, du moins lorsqu'il s'agissait d'obligations à caractère personnel³²⁰. Depuis le tournant des années 2000, la Cour de cassation manifeste de plus en plus ostensiblement ses faveurs à l'exécution forcée. On l'a vu d'abord à propos des obligations de payer une somme d'argent, dont l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie des obligations de donner ou de faire est discutée³²¹. Dans un arrêt inédit rendu en 2003 au visa des articles 1134, 1142 et 1184 du Code civil, la première chambre civile posait dans un attendu de principe que :

« le créancier d'une obligation contractuelle de somme d'argent demeurée inexécutée est toujours en droit de préférer le paiement du prix au versement de dommages-intérêts ou à la résolution de la convention »³²².

³¹⁴ D. TALLON, « Les remèdes. Le droit français », in : *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, dir. D. TALLON, D. HARRIS, Paris, LGDJ, 1987, p. 271, spéc. p. 273.

³¹⁵ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 1112.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ V. not. les contributions à la Revue des Contrats de Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, p. 161 et N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC*, 2005, p. 37.

³¹⁸ V. not. J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *Revue de droit Henri Capitant*, n° 3, 30 déc. 2011, accessible à l'adresse <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=317> (vérifiée le 27 oct. 2015)

³¹⁹ D'une part, parce qu'elles impliquent une ingérence beaucoup moins directe dans la sphère du débiteur que les obligations de faire, ensuite parce que l'art. 1142 du Code civil, limité aux obligations de faire, n'y fait aucun obstacle.

³²⁰ V. not. Civ., 14 mars 1900, *D.*, S., 1900, 1, p. 489 à propos de la réalisation par un peintre d'un portrait et Civ. 20 janv. 1953, *JCP*, G., 1953, II, 7677, note P. ESMEIN, posant le principe en termes généraux.

³²¹ V. F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 1109 et les réf. citées.

³²² Civ. 1^{ère}, 9 juil. 2003, pourvoi n°00-22.202, inédit, *RTD civ.*, 2003, p. 709, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; v. aussi Civ. 1^{ère}, 2 févr. 1999, pourvoi n° 96-22.470, inédit, cité par F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in : *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2011, p. 91.

Depuis, la Haute juridiction a généralisé la supériorité de l'exécution en nature à toutes les espèces d'obligations. Le 11 mai 2005, dans un arrêt cette fois publié, la troisième chambre civile a trouvé l'occasion de poser le principe en termes généraux à l'occasion d'un litige relatif à la construction d'une maison à laquelle il s'avérait manquer 33 centimètres par rapport aux plans. Cassant l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant refusé d'ordonner la destruction et la reconstruction complète du bâtiment, elle rappelle dans un attendu de principe que :

« la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible »³²³.

Le 16 janvier 2007, reprenant le même attendu de principe, la première chambre civile ajoute au visa de l'article 1184 celui de l'article 1134 du Code civil³²⁴. L'union force obligatoire – exécution forcée s'en trouve ainsi scellée, n'en déplaie à certains auteurs qui souhaitent renouveler cette perspective à l'aune du droit anglais³²⁵.

Aujourd'hui, dès lors que l'exécution forcée est demandée par le créancier, le juge doit la lui accorder à moins qu'elle ne soit impossible³²⁶. Avec toutefois une exception notable (et non exempte de critiques) que constitue la promesse unilatérale de vente³²⁷.

51. L'exécution demandée par le créancier au juge allemand. En droit allemand, l'exécution forcée est de droit pour le créancier qui la demande. Les deux dispositions du Code de procédure civile (ZPO) relatives à l'exécution forcée par un tiers (§887) et par le débiteur lui-même (§888) ne laissent subsister aucun doute³²⁸. Dès lors que les conditions sont réunies, le juge n'a d'autre choix que de l'ordonner³²⁹. Cependant, comme il a été vu, l'exécution forcée ne pourra prospérer que si l'exécution en nature elle-même n'est pas impossible. Or, cette impossibilité peut être une véritable impossibilité « matérielle » au sens où la prestation ne peut plus être fournie, mais aussi une impossibilité « pratique » (la

³²³ Civ 3^e, 11 mai 2005 pourvoi n° 03-21.136, *Bull.*, III, n° 103, p. 96, *RDC*, 2006/2, p. 323, obs. D. MAZEAUD et dans le même numéro B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », art. préc. ; *RTD civ.*, 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

³²⁴ Civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, pourvoi n° 06-13.983, *Bull.*, 2007, I, n° 19, p. 17, *D.*, 2007, p. 2966, chron. B. FAUVARQUE-COSSON, *RTD civ.*, 2007, p. 342, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *RDC*, 2007/3, p. 719, note D. MAZEAUD et p. 741, obs. G. VINEY.

³²⁵ Not. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.* et du même auteur, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *op. cit.* ; *adde* : F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *op. cit.*

³²⁶ Cette appréciation du caractère « possible » laisse tout de même, on l'admettra, une marge de liberté au juge.

³²⁷ Sur ce point, v. *infra*, spéc. n° 60.

³²⁸ §887 ZPO : « [...] ist [...] zu ermächtigen [...] » ; §888 ZPO : « [...] ist [...] zu erkennen [...] ».

³²⁹ Sur ces conditions, v. *supra*, spéc. n° 37 sur l'exécution forcée.

prestation serait trop onéreuse) ou « personnelle » (elle exigerait un sacrifice personnel du créancier)³³⁰.

52. L'exécution « de droit » implique-t-elle la primauté de l'exécution forcée ? Dire que l'exécution forcée est de droit suffit-il à conclure qu'elle jouit d'un statut prioritaire au sein du droit de l'inexécution ? Probablement pas. Les dommages et intérêts aussi sont « de droit » (dans leur principe) dès lors que les conditions de leur octroi sont remplies. Si le fait que le créancier puisse l'imposer au juge est un signe de l'importance de l'exécution en nature, sa primauté se révèle surtout lorsqu'elle est en concurrence avec d'autres sanctions et que le créancier se la voit imposée plutôt qu'une autre. Le fait que l'on puisse exiger du créancier qu'il se contente d'une exécution en nature quand il avait décidé de recourir à une autre sanction témoigne de manière plus décisive encore de l'existence d'une hiérarchie des sanctions de l'inexécution. La faveur à l'exécution en nature se révèle ainsi surtout dans la manière dont cette exécution est privilégiée *au détriment* du créancier.

2. L'exécution en nature imposée au créancier

53. La Nachfrist du droit allemand. Quand bien même l'exécution forcée est de droit pour le créancier qui la demande (et en remplit les conditions), on peut hésiter à affirmer que le droit allemand favorise l'exécution forcée sur les autres sanctions de l'inexécution quand aucune disposition du BGB ne la prévoit expressément³³¹. De surcroît, les manuels les plus classiques du droit des obligations ne consacrent généralement aucun chapitre à l'exécution, quand ils en dédient plusieurs aux dommages et intérêts et à la résolution³³². La faveur à l'exécution en nature est pourtant un trait caractéristique du droit allemand, qui s'exprime à travers le mécanisme de la *Nachfrist*, le délai supplémentaire d'exécution. L'octroi au débiteur d'un délai supplémentaire pour exécuter est une formalité que le créancier doit nécessairement accomplir, qu'il veuille obtenir des dommages et intérêts ou la résolution du contrat. Le §281 al. 1^{er} BGB dispose en effet que le créancier pourra réclamer au débiteur des dommages et intérêt en lieu et place de la prestation « s'il a imparti au débiteur, sans succès, un délai raisonnable pour l'exécution convenue ou l'exécution corrective »³³³. Le §323 al. 1^{er} BGB reprend la même formule pour la résolution. C'est dans cette exigence de la *Nachfrist*

³³⁰ V. *supra*, spéc. n° 36.

³³¹ L'exécution en nature n'est abordée dans le BGB que sous le prisme de l'impossibilité, v. *supra*, spéc. n° 35.

³³² V. par ex. H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, op. cit.; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 12^e éd., München, Franz Vahlen, 2014 ; D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2012.

³³³ §281 al. 1^{er} BGB, trad. empruntée à R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, op. cit.

que s'exprime de manière la plus nette la faveur du droit allemand à l'exécution. L'exécution en nature a un statut bien particulier dans la conception allemande. Elle n'est pas une sanction à l'inexécution parmi d'autres : elle est *la première* sanction ; celle que *doit* demander le créancier avant que lui soit offert le choix d'autres sanctions. L'exécution en nature est prioritaire au sens premier du terme : elle est un passage obligé pour le créancier. Dans toutes les hypothèses où l'exécution en nature est encore possible, le créancier devra (sauf exception³³⁴) commencer par la demander, avant de pouvoir accéder à une autre sanction principale. La *Nachfrist* traduit la faveur du droit allemand à l'exécution, mais à l'exécution « spontanée » (au sens où elle n'est pas « forcée »). Une deuxième chance doit être donnée au débiteur et permettre au contrat de produire ses effets.

54. La faculté de correction envisagée par le « projet Terré ». C'est dans le même sens d'une « faveur pour le contrat »³³⁵ et son exécution que l'on peut lire la proposition qui avait été faite dans le projet de réforme du droit des contrats dirigé par François Terré d'introduire une faculté de correction de l'exécution non conforme :

« Lorsque l'exécution a été rejetée pour défaut de conformité au contrat, le débiteur peut procéder à une nouvelle exécution conforme si le retard qui en résulte ne constitue pas une inexécution grave. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts. »³³⁶.

Cette faculté était façonnée non comme une sanction autonome³³⁷, mais plutôt comme un droit de réponse du débiteur au créancier, lui permettant « d'imposer au créancier l'exécution en nature, alors même que le défaut de conformité serait avéré », expliquait Philippe Rémy³³⁸. La voie n'a pas été suivie dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats rendu public en 2015³³⁹. Cependant, les juges français se sont montrés d'ores et déjà suffisamment inventifs pour parvenir à un résultat encore plus favorable à l'exécution en nature.

³³⁴ Sur ces exceptions, v. *infra*, spéc. n° 177.

³³⁵ L'expression est employée not. par D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », in : *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. 235, spéc. p. 244.

³³⁶ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, spéc. art. 99.

³³⁷ C'est ce qui explique qu'elle ne figurait pas dans la liste des remèdes de l'art. 97 dudit projet.

³³⁸ PH. REMY, « L'inexécution du contrat » in : *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRE, *op. cit.*, p. 253, spéc. p. 257 ; Philippe Rémy admet en outre que « l'offre d'une correction de l'exécution non conforme aura souvent pour conséquence de mettre le débiteur en retard ; le créancier devra donc souffrir ce retard, sauf s'il constitue par lui-même une inexécution grave ; mais il pourra demander des dommages et intérêts pour le retard à compter de la mise en demeure (ce sera une hypothèse particulière de cumul de l'exécution en nature et de dommages et intérêts) », spéc. p. 258.

³³⁹ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015.

55. Une exécution en nature imposée par le juge au créancier. Par la *Nachfrist*, le débiteur se voit conférer une deuxième chance d'exécuter malgré le retard dont il s'est rendu coupable, mais seulement dans un délai limité. Les juges français sont allés encore plus loin, et sans l'appui d'aucune disposition du Code civil. Comme il a été vu, la Cour de cassation est venue dans les années 2000 renforcer la priorité de l'exécution forcée en affirmant qu'elle devait être accordée au créancier qui la demandait dès lors qu'elle était possible³⁴⁰. Elle est allée plus loin dans les années 2012 et 2013. La chambre commerciale dans un arrêt du 10 janvier 2012 a décidé à propos d'un compte liquidé à tort par une banque négligente, que les clients devaient se contenter d'une reconstitution du portefeuille à l'identique, sans pouvoir prétendre à des dommages et intérêts³⁴¹. La portée de l'arrêt n'était toutefois pas très nette³⁴². Un autre arrêt rendu le 27 mars 2013 par la 3^{ème} chambre civile est explicite. Rejetant un pourvoi qui arguait d'une modification de l'objet du litige, la 3^{ème} chambre civile décide que le preneur qui recherchait la responsabilité du bailleur pour défaut d'exécution de son obligation d'entretien :

« [...] ne pouvant refuser l'offre de ce dernier d'exécuter son obligation en nature, [...] le locataire ne pouvait demander une réparation en équivalent [...] »³⁴³

L'exécution forcée est prioritaire lorsqu'elle est demandée par le créancier – elle l'est aussi à son insu et s'impose à lui, qu'il l'ait voulue ou non. Autrement dit, l'exécution forcée n'est pas seulement un moyen à la disposition du créancier, c'est aussi une riposte à la disposition du débiteur.

Le juge ne saurait toutefois ordonner l'exécution en nature si ni le créancier, ni le débiteur ne la réclament. Dans les arrêts précités, c'est parce que le débiteur avait proposé l'exécution que le juge l'a imposée au créancier. Seule cette interprétation permet de concilier ces arrêts avec celui de la 1^{ère} chambre civile en date du 16 janvier 2007 où la cour de cassation, en même temps qu'elle ordonne l'exécution forcée en nature (demandée dans cette espèce par le créancier) insiste sur la nécessité pour les juges du fond de trancher le litige « tel que déterminé par les prétentions des parties »³⁴⁴. Il faudra donc au moins que le débiteur ait proposé cette exécution. Aussi ces récents développements jurisprudentiels révèlent-ils non

³⁴⁰ V. *supra*, spéc. n° 50.

³⁴¹ Com., 10 janv. 2012, pourvoi n° 10-26837, inédit, *RDC*, 2012, p. 782, obs. Y.-M. LAITHIER.

³⁴² Inédit et fondé sur l'art. 1147 du Code civil, il paraissait consacrer surtout la priorité de la réparation en nature sur la réparation en équivalent, plutôt que de l'exécution en nature sur les dommages et intérêts.

³⁴³ Civ. 3^e, 27 mars 2013, pourvoi n° 12-13734, *Bull.*, 2013, III, n° 40, *Gaz. Pal.*, n° 157 du 6 juin 2013, p. 17, chron. M. MEKKI ; *RDC*, 2013, p. 890, note T. GENICON, p. 903, note G. VINEY, p. 974, obs. J.-B. SEUBE ; *RTD civ.*, 2013, p. 603, obs. H. BARBIER.

³⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, pourvoi n° 06-13983, *Bull.*, 2007, I, n° 19, p. 17, *op. cit.*

seulement la place prédominante de l'exécution en nature, mais aussi une autre tendance du droit des sanctions de l'inexécution qui est la prise en compte croissante des intérêts du débiteur.

On s'en doute, ce n'est pas le même tableau qui est donné par le droit anglais.

B. La primauté de la responsabilité contractuelle sur l'exécution en droit anglais

1. Facteurs historiques et sociologiques

56. L'hostilité du droit anglais envers l'exécution forcée : premières pistes d'explication. Sur la question de la place respective de l'exécution forcée et des dommages et intérêts, le droit anglais se trouve aux antipodes des droits allemand et français. La sanction classique du *breach* est le versement de dommages et intérêts. Les remèdes qui impliquent une contrainte du débiteur – les « *specific relief* » : *specific performance* et *injunction* – ne sont pas destinés à s'appliquer de manière générale mais seulement à certaines situations laissées à l'appréciation du juge³⁴⁵. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour tenter d'expliquer cette défaveur aux actions en exécution forcée et en injonction. Un facteur historique, d'abord. Comme nous l'avons vu, ces actions ont été développées par l'*equity* après les actions en dommages et intérêts de la *common law*. Elles n'avaient pour ambition que d'en combler les lacunes, pas de s'y substituer³⁴⁶. Ce facteur historique explique, en outre, l'un de ses inconvénients pratiques majeurs : alors que les *damages* sont « de droit » pour le créancier, la *specific performance* et l'*injunction* sont des remèdes discrétionnaires, soumis au bon vouloir du juge.

Un argument sociologique, ensuite, peut être avancé. Simon Whittaker souligne que la menace du *contempt of court* qui accompagne un *specific order* est lourde pour le débiteur (elle peut aller jusqu'à l'emprisonnement) et contraignante pour la cour, chargée d'en surveiller le respect³⁴⁷. Cela a pu freiner l'ardeur des juges. Comme le note Bénédicte Fauvarque-Cosson :

« Avec beaucoup de pragmatisme les juges anglais considèrent en effet que, tandis que les dommages-intérêts mettent fin au litige, l'ordre de *specific performance* prolonge la bataille et

³⁴⁵ Sur les facteurs pris en compte par le juge, v. *infra*, n° 63.

³⁴⁶ Comp. la présentation de ces actions *supra*, spéc. n° 44.

³⁴⁷ S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *op. cit.*, spéc. p. 52.

risque d'entraîner de fréquents recours aux juridictions, chargées de vérifier que l'ordre est correctement exécuté »³⁴⁸.

Enfin, c'est certainement l'approche différente du contrat qui explique cette rupture de l'un et de l'autre côtés de la Manche. Pour comprendre la hiérarchie des remèdes en droit anglais, il faut revenir à la notion même de contrat³⁴⁹ – et répondre en particulier à la question de savoir si le contrat crée, ou non, un véritable droit à l'exécution.

2. Dommages et intérêts et droit à l'exécution

57. Holmes : le contrat créateur d'une obligation alternative d'exécuter ou de payer des dommages et intérêts. Ce sont les célèbres propos du juriste américain Oliver Wendell Holmes qui sont le plus souvent cités pour démontrer que, dans la conception anglo-américaine du contrat, il n'existerait pas de droit à l'exécution à proprement parler :

« La conséquence juridique immédiate d'une promesse obligatoire par laquelle le promettant s'oblige à ce qu'il pleuve demain est que ce dernier assume le risque propre à cet événement, dans certaines limites préétablies avec le stipulant. Le promettant ne fait rien de plus lorsqu'il s'engage à livrer une balle de coton [...] La seule conséquence universelle d'un contrat légalement formé est que le droit impose au promettant de payer des dommages et intérêts si l'événement ne se réalise pas. Dans toutes les hypothèses il reste à l'abri de toute forme d'ingérences jusqu'à ce que soit passée la date d'exécution ; il reste par conséquent libre de rompre le contrat »³⁵⁰

Autrement dit, le contrat ne crée pas à proprement parler d'obligation d'exécuter, mais il offre simplement un choix au débiteur entre exécuter ou verser des dommages-intérêts. Oliver Wendell Holmes écrit même que, tout comme en commettant un délit on est contraint de payer une indemnité compensatoire, en « commettant un contrat » on est obligé de payer une indemnité compensatoire à moins que l'événement promis dans le contrat ne vienne à se réaliser – et c'est là la seule différence³⁵¹.

³⁴⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC*, 2006, p. 529, spéc. p. 535.

³⁴⁹ Comp. J. CARTWRIGHT, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, préc., spéc. p. 247 : « The remedies provided by a legal system for breach of contract tell us much about the system's notion of contract » – l'inverse vaut aussi.

³⁵⁰ O. W. HOLMES, *The Common Law*, London, Mcmillan & Co, 1882, spéc. p. 300 et 301, trad. empruntée à S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *op. cit.*, spéc. p. 49. En version originale : « In the case of a binding promise that it shall rain tomorrow, the immediate legal effect of what the promisor does is, that he takes the risk of the event, within certain defined limits, as between himself and the promisee. He does no more when he promises to deliver a bale of cotton. [...] The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses. »

³⁵¹ O. W. HOLMES, « The Path of the Law », (1896), 10 *Harv. L. Rev.* 457, spéc. p. 462 : « The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else.

58. Le droit anglais : une obligation primaire d'exécuter, une obligation secondaire de dédommager. En réalité, la vision un peu caricaturale d'Oliver Wendell Holmes ne correspond pas à la perception anglaise contemporaine, qui n'épouse pas à un tel déni de la force obligatoire des conventions. Ainsi que l'écrit John Cartwright :

« Le juriste anglais, de manière générale, ne s'engagerait pas dans une affirmation aussi forte. L'obligation primaire est perçue comme l'obligation d'exécuter [...] »³⁵²

Le contrat ne crée pas une obligation alternative, mais bien une obligation primaire ayant pour objet la prestation promise, et c'est l'inexécution de cette obligation primaire qui déclenche une obligation secondaire : celle de verser des dommages et intérêts³⁵³. C'est ce qui ressort clairement des propos de Lord Diplock dans l'arrêt *Photo Production Ltd v Securicor Ltd* :

« [...] les manquements aux obligations primaires [*primary obligations*] font naître des obligations substituées ou secondaires [*substituted or secondary obligations*] à la charge de la partie défaillante [...] Tout défaut d'exécution d'une obligation primaire est une inexécution [*breach*] du contrat. L'obligation secondaire qui en résulte à la charge de celui qui a rompu le contrat et qui est induite par la *Common Law* est de payer une compensation monétaire à l'autre partie pour le préjudice subi en conséquence de l'inexécution. »³⁵⁴

On en trouve d'ailleurs l'essence en Angleterre dès la fin du XIX^{ème} siècle dans les écrits du célèbre théoricien du droit des contrats Pollock³⁵⁵ et au milieu du XX^{ème} en termes bruts par Buckland :

« On n'achète pas un droit à dommages et intérêts, on achète un cheval »³⁵⁶.

59. Un droit à la prestation sinon un droit à l'exécution. En conclusion, on peut dire que le contrat crée bien une obligation d'exécuter en droit anglais, mais elle ne génère pas un droit à l'exécution *forcée* ou plus exactement une exécution forcée *de droit*. Or, il ne nous semble pas absurde de reconnaître un droit à l'exécution sans imposer au juge de lui donner

If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference. »

³⁵² J. CARTWRIGHT, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, op. cit., spéc. p. 248 et 249.

³⁵³ V. dans le même sens : R. SEFTON-GREEN, « *Breach of contract* : Signification et conséquences en droit anglais », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 33, spéc. p. 37.

³⁵⁴ *Photo Production Ltd v Securicor Ltd*, [1980] A.C. 827 (HL), spéc. 848 et 849 (Lord Diplock), trad. libre de : « [...] breaches of primary obligations give rise to substituted or secondary obligations on the part of the party in default [...] Every failure to perform a primary obligation is a breach of contract. The secondary obligation on the part of the contract breaker to which it gives rise by implication of the common law is to pay monetary compensation to the other party for the loss sustained by him in consequence of the breach [...] ».

³⁵⁵ F. POLLOCK, *Principles of Contract*, 3^e éd., London, Stevens, 1881, p. 19 : « A man who bespeaks a coat of his tailor will scarcely be persuaded that he is only betting with the tailor that such a coat will not be made and delivered within a certain time. What he wants and means to have is a coat, not an insurance against not having a coat. »

³⁵⁶ W. W. BUCKLAND, « The Nature of Contractual Obligation », (1944) 8 CLJ 247, spéc. p. 249-251, trad. libre de « One does not buy a right to damages, one buys a horse ».

effet, du moins dans le contexte anglais. Bien souvent, en Angleterre, le juge ne sera pas même sollicité par le créancier, ou bien il le sera *a posteriori* lorsque ne sera plus en cause que l'évaluation du montant des dommages et intérêts. Comme nous l'avons vu, les *self-help remedies* permettent au créancier de faire valoir son droit à la prestation promise, soit en incitant le débiteur à exécuter sous la menace d'une résolution, soit en allant directement se procurer le bien ou le service ailleurs pour en réclamer ensuite le remboursement au débiteur³⁵⁷. Ainsi, la « mise en force du contrat »³⁵⁸ ne passe-t-elle pas nécessairement, en droit anglais, par l'exécution forcée. Il n'en demeure pas moins que le créancier, *via* le remplacement et/ou la résolution, peut obtenir la prestation attendue, et ce aux frais du débiteur. On peut donc considérer, avec Simon Whittaker, que le créancier jouit en droit anglais, sinon d'un droit à l'exécution au sens strict, au moins d'un « droit à la prestation »³⁵⁹. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question du droit à l'exécution et les auteurs qui en défendent l'acceptation en droit anglais³⁶⁰.

C. L'amorce d'un rapprochement

1. Vers une admission élargie de l'exécution forcée en droit anglais

60. L'exécution forcée en matière immobilière ou le paradoxe franco-anglais. Il existe tout de même certaines hypothèses dans lesquelles le créancier peut compter sur l'exécution forcée. D'abord, le droit anglais prévoit l'exécution des obligations de payer. L'*action for the agreed contract price*, héritière de l'action *debt*, est issue de la *common law* et elle n'est donc pas soumise au pouvoir discrétionnaire du juge. Ainsi, le créancier qui poursuit en justice l'exécution d'une dette contractuelle monétaire l'obtiendra de droit. Ensuite, en matière immobilière, la *specific performance* est quasiment systématiquement accordée par le juge³⁶¹. La conclusion du contrat de vente immobilière en droit anglais s'effectue en deux temps. Dans un premier temps l'acheteur ne paie qu'un pourcentage du prix de vente au vendeur et obtient en échange un simple « *equitable title* ». Il faudra un deuxième document translatif de propriété signé du vendeur pour que l'acheteur puisse obtenir le « *legal title* » en contrepartie

³⁵⁷ V. *supra*, spéc. n° 47.

³⁵⁸ Nous empruntons ici l'expression utilisée par Nicolas Molfessis à propos de l'exécution forcée pour souligner que ces remèdes extrajudiciaires peuvent être aussi appréhendés comme une traduction de la force obligatoire, N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op. cit.*, spéc. p. 44.

³⁵⁹ S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *op. cit.*, spéc. p. 54 et s.

³⁶⁰ V. *infra*, spéc. n° 119 et s.

³⁶¹ H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, spéc. n° 27-007, par G. H. TREITEL.

du paiement de la totalité du prix³⁶². Or, si le vendeur refuse d'établir ce deuxième document alors que les conditions de la vente définitive sont réunies, le juge pourra lui ordonner de le faire et le condamner à une exécution forcée. Comme le soulignent deux auteurs :

« c'est dans les cas relatifs à une demande de transfert de propriété immobilière que l'application de la *specific performance* est reconnue de façon la plus ferme »³⁶³.

Cette faveur à l'exécution forcée ébahit le juriste français qui, de son côté, voit la Cour de cassation s'entêter à refuser d'accorder l'exécution forcée aux promesses unilatérales de vente. Depuis un arrêt de principe rendu en 1993, la haute juridiction française est inflexible : le promettant qui rétracte la promesse unilatérale de vente consentie au bénéficiaire avant la levée de l'option (mais dans le délai imparti pour celle-ci) ne peut être condamné qu'à des dommages et intérêts et non à la réalisation forcée de la vente³⁶⁴. Il est permis de regretter avec Denis Mazeaud cette position qui consiste finalement à réduire ce contrat (car c'en est bien un !) à l'équivalent d'une simple offre assortie d'un délai³⁶⁵. On s'étonnera en tout cas de voir le juge français vouer un tel culte à la liberté de rupture là où le juge anglais, une fois n'est pas coutume, attache une importance accrue à la sécurité juridique et au principe de la force obligatoire.

Ainsi, en matière de vente immobilière, la règle et l'exception s'inversent en droits français et anglais. C'est certainement parce qu'elle est à la charnière du droit des contrats et du droit des biens que la réalisation forcée de la vente immobilière est appréhendée de manière particulière par chacun des deux droits. Comme le souligne un auteur³⁶⁶, si la Cour de cassation semble peu encline à forcer une partie à aliéner la propriété de son bien, surtout lorsqu'il s'agit d'un bien immobilier, cette réticence ne se retrouve pas à l'égard des

³⁶² F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *op. cit.*, spéc. p. 94.

³⁶³ *Ibid.*, spéc. p. 101 et 102, renvoyant not. à A. T. KRONMAN, « Specific Performance », *University of Chicago Law Review*, 1978, p. 351.

³⁶⁴ Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, pourvoi n° 91-10199, *Bull.* 1993, III, n° 174, p. 115, *JCP*, 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD, *RTD civ.*, 1994, p. 588, obs. J. MESTRE ; Civ. 3^{ème}, 26 juin 1996, pourvoi n° 94-16326, *Bull.*, 1996, III, n° 165, p. 105, *D.*, 1997, p. 169, obs. D. MAZEAUD ; Civ. 3^e, 11 mai 2011, pourvoi n° 10-12875, *Bull.*, 2011, III, n° 77, *D.*, 2011, p. 1457, note D. MAZEAUD et p. 1460, note D. MAINGUY.

³⁶⁵ V. les notes de D. MAZEAUD préc. ainsi que celle sous Civ. 30 avr. 1997, pourvoi n° 1997, *Bull.*, III, n° 96, p. 63, *D.*, 1997, p. 475 (sur la violation d'un pacte de préférence) ; *adde* : sa contribution « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in : *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 637, l'intervention au colloque du 14 oct. 2004 de la Revue des Contrats à la Cour de cassation « Exécution des contrats préparatoires » publiée à la *RDC*, 2005, p. 61 et sa participation dans D. MAZEAUD, Y.-M. LAITHIER, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? » *RDC*, 2012, p. 681.

³⁶⁶ Yves-Marie Laithier dans D. MAZEAUD, Y.-M. LAITHIER, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? », *op. cit.*, spéc. p. 693 ; comp. dans le même sens à propos du droit anglais F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *op. cit.*, spéc. note 59, p. 110.

promesses de louer, pour lesquelles la Cour de cassation a déjà admis l'exécution forcée en nature³⁶⁷. Le droit français s'en trouve isolé non seulement du droit anglais, mais aussi du droit allemand qui admet lui aussi l'exécution forcée en nature des promesses de vente³⁶⁸. Le traitement réservé à cette question constitue en tout cas une première invitation à nuancer l'opposition de principe entre l'attachement de la common law aux dommages et intérêts et la fidélité des droits continentaux à l'exécution forcée.

61. L'exécution forcée dans la vente de biens meubles non fongibles. C'est sur le terrain de la vente de biens meubles que les droits allemand, français et anglais se rejoignent le plus directement. L'exécution forcée y constitue la règle même en droit anglais, dès lors que le bien qui n'a pas été livré n'est pas une chose de genre. Cette solution tirée de l'*equity* a été depuis consacrée par l'article 52 du *Sale of Goods Act 1979* qui offre au créancier la possibilité, en cas d'inexécution par le vendeur de son obligation, de réclamer en justice l'exécution forcée³⁶⁹. Le droit anglais se rapproche ainsi des droits français et allemand, même s'il est permis de penser que l'originalité du bien et son caractère non-fongible avec un autre bien disponible dans le commerce seront appréciés plus strictement en droit anglais³⁷⁰. Florence Bellivier et Ruth Sefton-Green concluent ainsi une étude comparative sur la force obligatoire et l'exécution en nature en droits français et anglais en notant que :

« si une constatation ressort de cette étude empirique, c'est l'absence d'opposition manichéenne entre les droits français et anglais quant à l'exécution en nature »³⁷¹

Du point de vue du champ d'application de la sanction, les différences ne sont donc pas si marquées qu'on pourrait le supposer à première vue.

62. Un mouvement en faveur de l'exécution forcée. Au-delà du cas particulier de la promesse de vente immobilière et des solutions impliquées par le *Sale of Goods Act 1979*, un mouvement en faveur de l'exécution forcée semble se dessiner, en Angleterre, en faveur

³⁶⁷ V. par ex. Civ. 3^e, 6 avr. 2004, pourvoi n° 00-19991, inédit, *RDC*, 2004, p. 969, obs. F. COLLART DUTILLEUL.

³⁶⁸ Sous réserve qu'elles soient possible, ce qui implique que le vendeur n'ait pas déjà aliéné le bien à un tiers, v. R. WINTGEN, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 229 et les réf. citées.

³⁶⁹ *Sale of Goods Act 1979*, section 52 : « Specific performance. (1) In any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods the court may, if it thinks fit, on the plaintiff's application, by its judgment or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages. (2) [...] ».

³⁷⁰ V. en ce sens toujours F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *op. cit.*, spéc. note 37, p. 102.

³⁷¹ F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *op. cit.*, spéc. p. 103.

d'une admission élargie de l'exécution forcée³⁷². Curieusement, la raison de ce développement est bien différente des justifications avancées en France et en Allemagne et qui reposent traditionnellement sur la force obligatoire des conventions. Ce que mettent en avant les auteurs anglais, c'est que les *damages* n'offrent bien souvent qu'une indemnisation insuffisante³⁷³. Par ailleurs, lorsque le créancier a obtenu l'ordre de *specific performance*, il lui est encore possible de « vendre » son droit à l'exécution forcée : il se trouve alors dans une position de force pour transiger³⁷⁴. Les juges anglais ne semblent pas avoir été insensibles aux arguments pratiques en faveur de l'exécution forcée et l'on trouve depuis les années 1960 des arrêts plus libéraux qui accordent l'exécution forcée en se fondant principalement sur l'opportunité du remède³⁷⁵. Plusieurs auteurs anglais plaident même désormais pour que la *specific performance* soit accordée par principe chaque fois que le créancier la demande³⁷⁶.

En même temps que le droit anglais s'ouvre à l'exécution forcée, les droits français et allemand se montrent de plus en plus réceptifs aux considérations économiques qui, en Angleterre, expliquent son encadrement.

2. Vers une restriction de l'exécution forcée en France et en Allemagne

63. Similarité des facteurs pris en compte pour accorder ou refuser l'exécution forcée. Pour résumer la position de principe des droits français et allemand quant à l'exécution forcée, on peut dire qu'elle sera accordée lorsqu'elle est demandée par le créancier à la seule condition que le juge l'estime possible. Le juge anglais, lui, ne s'arrêtera pas à la possibilité de l'exécution forcée, il s'interrogera encore sur son opportunité. Pour ce faire, il mettra en balance les intérêts du créancier à l'exécution et les motivations du débiteur à la rejeter. Bien que son choix reste *in fine* discrétionnaire, les circonstances dans lesquelles

³⁷² V. en particulier B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *op. cit.*, spéc. p. 532 et s.

³⁷³ E. MCKENDRICK, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 387 ; v. également B. FAUVARQUE-COSSON, « Comptendu de « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat » d'Yves-Marie Laithier », *RIDC*, 2006, vol. 58, p. 244, spéc. p. 246.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ V. not. l'arrêt *Beswick v Beswick* [1968] AC 58 qui a ouvert la marche ; v. cependant, marquant un retour en arrière : *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* (1997), 3 All ER 297.

³⁷⁶ V. en premier lieu A. SCHWARTZ, « The Case for Specific Performance », (1979) 89 *Yale L. J.*, 271 ; plus récemment : E. MCKENDRICK, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 387 et, du même auteur, *Contract Law. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, spéc. p. 939 et s. ; pour une prééminence par principe de l'exécution forcée sur les dommages et intérêts v. enfin L. SMITH, « Understanding Specific Performance », in : *Comparative Remedies for Breach of contract*, dir. N. COHEN, E. MCKENDRICK, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 221. ; *contra* : W. BISHOP, « The Choice of Remedy for Breach of Contract », (1985) 14 *JLS* 299.

le juge accepte ou refuse d'ordonner l'exécution forcée se sont progressivement stabilisées³⁷⁷. En faveur de l'exécution forcée pèseront tous les éléments soulignant le caractère inadéquat des dommages et intérêts :

- l'absence d'équivalent à la prestation (les dommages et intérêts ne permettraient pas au créancier de se procurer un substitut)³⁷⁸ ;
- la difficulté d'évaluation des dommages et intérêts³⁷⁹ ;
- l'enrichissement injuste que le débiteur tirerait d'une seule condamnation à dommages et intérêts parce que le dommage est nul³⁸⁰ ;
- le caractère plus approprié (c'est-à-dire qui « rendrait une justice plus parfaite et complète que les dommages et intérêts »³⁸¹) de l'exécution forcée³⁸².

Contre l'exécution forcée interviendront à l'inverse des facteurs tels que :

- l'exécution impliquerait des coûts en disproportion flagrante avec les bénéfices que pourrait tirer le demandeur de l'exécution (*severe hardship*)³⁸³ ;
- le contrat a été obtenu par des moyens injustes (sans pour autant emporter sa nullité) ou est injuste (*inadequacy of consideration*)³⁸⁴ ;
- la conduite du demandeur est telle qu'il ne mérite pas qu'on lui accorde l'exécution³⁸⁵ ;
- l'exécution est impossible³⁸⁶ ;
- l'exécution forcée supposerait une surveillance constante de la cour³⁸⁷ ;
- le contrat est trop vague³⁸⁸.

³⁷⁷ Comp. *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* (1997), 3 All ER 297, spéc. 301 par Lord Hoffman : « The principles upon which English Judges exercise the discretion to grant specific performance are reasonably well settled and depend upon a number of considerations, mostly of practical nature, which are of general application. ».

³⁷⁸ G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract, op. cit.*, spéc. n° 21-018 et n° 21-019.

³⁷⁹ *Ibid.*, spéc. n° 21-020.

³⁸⁰ *Ibid.*, spéc. n° 21-021.

³⁸¹ *Tito v Waddel (No.2)* [1977] Ch. 106, spéc. 322, cité par H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract, op. cit.*, au n° 21-027, trad. libre de : « do more perfect and complete justice than an award of damages ».

³⁸² H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract, op. cit.*, spéc. n° 21-027.

³⁸³ *Ibid.*, spéc. n° 21-029.

³⁸⁴ *Ibid.*, spéc. n° 21-030 et n° 21-031.

³⁸⁵ *Ibid.*, spéc. n° 21-032.

³⁸⁶ *Ibid.*, spéc. n° 21-033.

³⁸⁷ *Ibid.*, spéc. n° 21-038 et n° 21-039.

³⁸⁸ *Ibid.*, spéc. n° 21-041.

Ces critères n'apparaissent pas « aberrants » à un juriste de tradition civiliste. Il est même fort probable que ces facteurs soient aussi pris en compte par le juge allemand ou français lorsqu'il décide que telle exécution forcée est possible là où telle autre ne l'est pas. Ainsi, lorsque le juge allemand refuse d'ordonner l'exécution forcée d'une obligation d'exercer un commerce au motif de la nécessaire participation de tiers (notamment les fournisseurs) à l'exécution³⁸⁹, il suit un raisonnement très proche du juge anglais lorsqu'il tranche dans le même sens dans l'arrêt *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd*³⁹⁰ en mettant en avant la difficulté qu'il y aurait à en surveiller le bon déroulement³⁹¹. Quant à l'exigence du caractère précis de l'obligation (exclusion des contrats trop vagues), elle est très certainement prise en considération aussi par les juges français ou allemands³⁹², de même que l'est le critère plus général du caractère inapproprié des dommages et intérêts³⁹³. C'est ce que souligne Bénédicte Fauvarque-Cosson lorsque, après avoir relaté l'application de la *specific performance* en Angleterre dans les transactions les plus courantes (vente de marchandises, vente aux consommateurs, obligations de payer, contrats d'entreprises et contrats de constructions), elle conclut que :

« les juges de tradition civiliste prendront souvent en compte les mêmes facteurs que les juges anglais pour refuser d'ordonner l'exécution forcée en nature, que ces facteurs soient d'ordre éthique ou même économique »³⁹⁴.

64. L'accueil du *severe hardship* contribuant au rapprochement. Il reste que si ce sont les mêmes facteurs qui sont pris en compte par les juges français, allemand et anglais, ils aboutissent souvent à des résultats diamétralement opposés. La piscine construite avec trois marches au lieu de quatre devra être refaite en France³⁹⁵, tandis que celle à laquelle il manque vingt centimètres de profondeur restera en l'état en Angleterre, son propriétaire devant se contenter de dommages et intérêts³⁹⁶. En France, les étages d'un immeuble élevés par une société immobilière en violation d'une stipulation du cahier des charges régissant les

³⁸⁹ OLG Hamm, 10 oct. 1972, 14 W 72/72, NJW 1973, 1135.

³⁹⁰ *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd*, [1998] AC 1.

³⁹¹ Sur ces deux arrêts, v. H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2010, spéc. p. 875 et s.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ V. en ce sens not. OLG Hamm, 11 déc. 1946, 3 U 311/46, MDR 1947, 100, rapporté par H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 882 et s..

³⁹⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *op. cit.*, spéc. p. 539.

³⁹⁵ Civ. 3^e, 17 janv. 1984, inédit, pourvoi n° 82-15982, *RTD civ.*, 1984, p. 711, obs. J. MESTRE, rapporté également par H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 856 et s.

³⁹⁶ *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*, [1996] AC 344 (HL).

constructions érigées sur le lotissement seront détruits nonobstant la pénurie de logements³⁹⁷, pendant qu'en Angleterre, les maisons construites en contravention à un engagement pris par le défendeur de se limiter à un certain nombre de bâtiments seront maintenues et justifieront seulement l'octroi de dommages et intérêts (fondés exceptionnellement sur le profit réalisé par le contrevenant)³⁹⁸. Comment expliquer des solutions aussi contrastées ? Il semble que ce soit le critère du *severe hardship* qui joue un rôle décisif. A l'inverse du droit anglais, le droit français ne reconnaît pas (ou pas encore) que le coût disproportionné de l'exécution forcée puisse constituer une raison de refuser l'exécution forcée. C'est faire la part belle à l'exécution en nature, trop belle peut-être si l'on compare la situation française au droit allemand. Bien que consacrant la primauté du droit à l'exécution en nature, le droit allemand n'en reconnaît pas moins qu'il touche ses limites là où l'exécution devient trop onéreuse (« impossibilité pratique ») ou nécessite un sacrifice personnel (« impossibilité personnelle ») qui justifie de lui préférer une indemnisation pécuniaire³⁹⁹.

Un rapprochement est toutefois en cours puisque le droit français, qui se montrait jusqu'à présent le plus perméable à ces arguments économiques, est lui-même en passe d'évoluer. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats rendu public en février 2015 (tout comme avant lui le projet dirigé par François Terré⁴⁰⁰) prévoit en effet que (c'est nous qui soulignons) :

« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible **ou si son coût est manifestement déraisonnable.** »⁴⁰¹

Si le *severe hardship* vient effectivement à faire son entrée dans le Code civil français, nous pourrions alors nous demander, avec Ewan McKendrick, si l'opposition entre tradition civiliste et droit anglo-américain ne se résume pas surtout à une inversion de la charge de la preuve : au demandeur anglais de prouver que l'exécution forcée est un remède approprié, au défendeur français ou allemand de prouver qu'elle ne l'est pas⁴⁰².

³⁹⁷ Civ. 1^e, 17 mars 1963, Bull. n° 558, *JCP*, 1964, II, n° 13609, note C. BLAEVOET, cité par H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 866 et s.

³⁹⁸ *Wrotham Park Estates Co v Parkside Homes*, [1974] 1 WLR 798, sur lequel v. nos dév. *infra*, spéc. n° 425.

³⁹⁹ V. *supra*, n° 36 ; il faut tout de même nuancer en soulignant que l'appréciation de ce qui représente un « coût disproportionné » est certainement plus stricte en Allemagne qu'elle ne l'est en Angleterre.

⁴⁰⁰ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, spéc. art. 105.

⁴⁰¹ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., spéc. art. 1221.

⁴⁰² E. MCKENDRICK, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 387.

Si l'articulation de la responsabilité contractuelle avec l'exécution en nature est complexe et évolutive, l'articulation de la responsabilité contractuelle avec la réparation en nature est très simple : la seconde doit purement et simplement disparaître au profit de la première.

§2. Responsabilité contractuelle et réparation en nature

65. La réparation en nature : un « faux concept ». En Allemagne, la responsabilité contractuelle au sens où nous l'entendons d'une sanction pécuniaire de l'inexécution, est concurrencée par la réparation en nature. Non seulement l'exécution en nature est prioritaire sur la réparation⁴⁰³, mais encore, au sein même de la réparation (*Schadensersatz*), la réparation en nature est prioritaire sur la réparation en argent⁴⁰⁴. Se pose alors la question de l'articulation de la responsabilité contractuelle avec la réparation en nature. En réalité, la réparation en nature doit disparaître. Soit elle se confond avec l'exécution, et doit être désignée comme telle. La responsabilité contractuelle est alors en concurrence avec elle comme elle l'est avec n'importe quelle mesure d'exécution (A). Soit elle correspond à une véritable réparation, auquel cas elle est illégitime et il doit y être renoncé. La responsabilité contractuelle n'est alors plus en concurrence avec elle : elle la supprime (B).

A. L'intégration de la « fausse » réparation en nature à l'exécution

1. Les facultés de destruction et de remplacement du Code civil

66. Mesures d'exécution ou mesures de réparation ? Les critères de distinction. Il existe dans le Code civil deux mesures dont on peut se demander si elles constituent des réparations en nature expressément consacrées par le législateur : la destruction de la chose érigée en contravention à une obligation de ne pas faire (article 1143) et la faculté de remplacement (article 1144). Ces mesures déjà présentées⁴⁰⁵ ont vocation à intégrer une disposition commune dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats rendu public en février 2015⁴⁰⁶. Les facultés de destruction et de remplacement offertes au créancier constituent-elles des réparations en nature ou des mesures d'exécution ? Autrement dit,

⁴⁰³ Grâce au mécanisme de la *Nachfrist* présenté *supra*, spéc. n° 53.

⁴⁰⁴ V. *supra*, spéc. n° 39.

⁴⁰⁵ V. *supra*, spéc. n° 30.

⁴⁰⁶ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., spéc. art. 1222 ; sur cette disposition, v. *infra*, spéc. n° 69.

permettent-elles de compenser un dommage ou de procurer au créancier une exécution quoique par un autre moyen que celui convenu originellement ? Outre la visée satisfactoire ou indemnitaire de la sanction (critère téléologique) il y a, selon nous, deux critères matériels principaux qui permettent de distinguer une mesure d'exécution d'une mesure de réparation. Le premier critère s'attache au rôle du préjudice. Si l'on demande au créancier de démontrer l'existence d'un préjudice que la sanction cherche à faire disparaître, c'est que l'on procède à une réparation. A l'inverse, si le préjudice n'est pas exigé et si c'est la prestation attendue du contrat que cherche à reproduire la mesure prononcée, c'est qu'il s'agit d'une exécution. Le second critère s'appuie sur les pouvoirs du juge. L'exécution s'impose au juge, elle est de droit. A l'inverse, le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation de la réparation qui signifie non seulement qu'il en mesure l'étendue, mais aussi et surtout qu'il peut lui préférer une forme à une autre, notamment donner la priorité à des dommages et intérêts, ce qu'il ne pourrait pas faire si l'exécution en nature lui était demandée⁴⁰⁷.

67. La faculté de destruction comme mesure d'exécution. Plusieurs auteurs ont démontré que la destruction présentait les caractères d'une mesure d'exécution et non de réparation. Christophe Juillet relève ainsi – de nombreux arrêts à l'appui⁴⁰⁸ – que la mise en jeu de cette mesure ne nécessite nullement la démonstration d'un préjudice⁴⁰⁹. Si aucun préjudice n'est recherché, la mesure ne saurait être considérée comme indemnitaire. Par ailleurs, la destruction est de droit et le juge ne peut la refuser⁴¹⁰. La Cour de cassation retient une conception large de la destruction, qui peut consister par exemple à ordonner la fermeture d'un établissement ouvert en contravention à une clause de non-concurrence – et même dans ce cas la destruction s'impose aux juges du fond sans qu'ils puissent lui préférer des dommages et intérêts⁴¹¹. Enfin, le but poursuivi par la destruction confirme son appartenance

⁴⁰⁷ Geneviève Viney pointe également du doigt ces deux différences de régime « tout à fait essentielles », v. G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », chapitre V, rapport français, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 167, spéc. p. 199 et 200.

⁴⁰⁸ Civ. 3^e, 19 mai 1981, pourvoi n° 79-16605, *Bull. Civ.*, III, n° 101 ; Civ. 3^e, 25 janv. 1995, 92-19600, *Bull. Civ.*, III, n° 29, p. 17, *AJDI*, 1995, p. 868, obs. R. LEOST ; Civ. 3^e, 13 nov. 1997, pourvoi n° 95-21311, *Bull. Civ.*, III, n° 202, p. 136, *D.*, 1998, p. 97, obs. A. HONORAT, *RDI*, 1998, p. 146, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPPE, *RTD civ.*, 1998, p. 124, obs. P. JOURDAIN et p. 696, obs P.-Y. GAUTIER.

⁴⁰⁹ C. JUILLET, « La reconnaissance maladroite de la responsabilité contractuelle par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2011, p. 259, spéc. p. 260.

⁴¹⁰ V. par ex. Civ. 3^e, 25 janv. 1995, pourvoi n° 92-19600, *Bull. civ.*, III, n° 29, p. 17 : « [...] Vu l'article 1143 du Code civil ; Attendu que, pour " débouter " les syndicats de leur demande tendant à la remise des lieux dans leur état antérieur, l'arrêt retient que les travaux ayant contribué à améliorer l'immeuble, les syndicats ne justifient d'aucun préjudice ; Qu'en statuant ainsi, alors que le créancier d'une obligation contractuelle a le droit de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit détruit, la cour d'appel a violé le texte susvisé [...] ».

⁴¹¹ Soc., 24 janvier 1979, pourvoi n° 77-41536, *Bull. soc.*, n° 67, p. 48, *D.*, 1979, note Y. SERRA.

au droit de l'exécution. La destruction procède à l'exécution de l'obligation de ne pas faire par le seul moyen encore possible : la mise à néant de ce qui a été fait et ne devait pas l'être. On pourrait certes envisager cette sanction comme l'expression d'une fonction de « cessation de l'illicite »⁴¹², mais supprimer l'illicite, dans ce contexte, c'est supprimer ce qui n'est pas conforme au contrat et donc redonner effet au contrat. La destruction vise à procurer au créancier cela même à quoi il pouvait prétendre en vertu du contrat : ce n'est pas une réparation en nature, mais bien une mesure d'exécution. D'ailleurs, la Cour de cassation elle-même a qualifié la destruction d' « exécution en nature » en rappelant qu'elle n'était soumise qu'à la condition de sa possibilité⁴¹³.

68. La faculté de remplacement comme mesure d'exécution. La nature du remplacement peut sembler moins évidente. Aujourd'hui, cette faculté suppose la réunion de deux conditions : une mise en demeure du débiteur et une autorisation judiciaire. La seconde a toutefois été assouplie en matière de vente commerciale selon un usage établi et reconnu par la jurisprudence. Il demeure que le remplacement doit, tout comme la destruction, être demandée au juge mais, tandis que la seconde est de droit (comme toute mesure d'exécution), l'autorisation donnée au créancier de procéder à une opération de remplacement semble relever de l'appréciation souveraine des juges du fond⁴¹⁴. Cependant, cela ne saurait suffire à conclure qu'il s'agit d'une mesure de réparation. D'une part, l'octroi du remplacement n'est pas conditionné par la démonstration d'un préjudice, ce qui réfute toute prétention indemnitaire. D'autre part, l'opération de substitution offre précisément au créancier un moyen d'obtenir la prestation que le contrat lui promettait et qu'il attendait vainement. Cette faculté constitue un *ersatz* de la prestation elle-même, qui ne couvre pas les pertes consécutives à l'inexécution. L'idée est de « se satisfaire ailleurs », pas d'obtenir indemnisation. C'est donc bien une mesure d'exécution et non de réparation. La doctrine ne

⁴¹² Comp. sur la fonction de cessation de l'illicite de la responsabilité, G. VINEY, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2010, spéc. n° 11 et s., ainsi que la thèse qui lui est consacrée par C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008.

⁴¹³ Pour une illustration, v. par ex. Civ. 3^e, 9 mai 2007, pourvoi n° 06-12474, inédit : « [...] Vu l'article 1143 du code civil ; Attendu que pour rejeter la demande de démolition du mur, l'arrêt [...] retient qu'à l'origine les consorts X... avaient construit ce mur pensant qu'il constituait la ligue divisoire avant de se rendre compte par la suite de leur erreur et qu'au regard de leur bonne foi et compte tenu de l'ancienneté de cet ouvrage construit depuis 1975, cette demande ne pouvait être accueillie ; Qu'en statuant ainsi, sans constater l'impossibilité d'exécution en nature de la mise en conformité des lieux avec les dispositions du cahier des charges, la cour d'appel a violé le texte susvisé [...] ».

⁴¹⁴ V. les réf. citées par G. VINEY, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, spéc. n° 24-2.

s'y trompe d'ailleurs pas et la quasi-totalité des manuels traite aujourd'hui les articles 1143 et 1144 au sein des développements relatifs à l'exécution plutôt qu'à la réparation⁴¹⁵.

69. La confirmation apportée par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de février 2015 a très nettement tranché en faveur de l'appartenance de la destruction et du remplacement au droit de l'exécution. Non seulement l'article 1222, qui reprend en essence les articles 1143 et 1144 du Code civil, suit directement la disposition fondant l'exécution forcée, mais surtout il forme avec elle une sous-section intitulée « l'exécution forcée en nature »⁴¹⁶. Voici ce qu'on y lit :

« Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.

Il peut aussi saisir le juge pour que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction. »⁴¹⁷

Si cette disposition vient à intégrer le Code civil, le juge ne sera plus saisi *a priori* par le créancier (à moins qu'il réclame l'avance de frais prévue à l'alinéa 2) mais seulement *a posteriori* par le débiteur, si celui-ci est en mesure de démontrer le caractère déraisonnable de l'intervention du créancier. Le remplacement et la destruction ont ainsi vocation à devenir des sanctions extra-judiciaires, ce qui les rendra, de fait, prioritaires sur une demande en dommages et intérêts dès l'instant qu'ils auront été choisis par le créancier. Sera ainsi écartée la seule réserve que l'on pouvait encore avoir à qualifier la faculté de remplacement de mesure d'exécution, à savoir qu'elle restait à la libre discrétion du juge⁴¹⁸.

⁴¹⁵ V. not. A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., Paris, Montchrestien, 2014, spéc. n° 862 et s. ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2014, spéc. n° 296 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012, spéc. p. 652 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, spéc. n° 289 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Paris, Sirey, 2015, spéc. n° 166 et s. ; PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, spéc. n° 2430 et s. ; PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013, spéc. n° 1129 ; F. TERRE F., PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, spéc. n° 1115 et s. ; G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 22 et s.

⁴¹⁶ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., Sous-section 2 « L'exécution forcée en nature », appartenant au Titre III « Des obligations », Sous-titre 1 « Le contrat », Chapitre IV « Les effets du contrat », Section 4 « L'inexécution du contrat ».

⁴¹⁷ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., art. 1222.

⁴¹⁸ V. *supra*, spéc. n° 68.

2. La réparation en nature dans la jurisprudence

70. Une désignation floue, un régime confus. Au-delà des facultés de destruction et de remplacement prévues par le Code civil, la réparation en nature trouve un certain écho en jurisprudence⁴¹⁹. Le juge étant libre de préférer la réparation en nature du délit à sa réparation en argent, il s'octroie le même pouvoir en cas d'inexécution du contrat. La chambre commerciale de la Cour de cassation a par exemple décidé, dans un arrêt du 10 janvier 2012 relatif à un compte liquidé à tort par une banque négligente, que les clients devaient se contenter d'une reconstitution du portefeuille à l'identique, sans pouvoir prétendre à des dommages et intérêts⁴²⁰. Dans cet arrêt, la Cour emploie le vocabulaire de « réparation en nature ». Pourtant, on peut se demander s'il ne s'agit pas plutôt d'une exécution en nature, ce qui expliquerait que les juges lui aient donné priorité sur la réparation. Les litiges du droit de la construction offrent d'autres exemples de la confusion qui règne dans la jurisprudence entre la réparation en nature et l'exécution en nature. Tantôt la troisième chambre civile décide que la démolition-reconstruction d'une maison d'habitation dont la hauteur n'est pas conforme au contrat constitue « une modalité de la réparation [du] préjudice »⁴²¹, tantôt dans la même hypothèse, elle voit l'application du principe selon lequel « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible »⁴²². Comment distinguer, dans ces circonstances, la réparation en nature de l'exécution en nature ? Et à quoi bon le faire puisqu'on leur applique les mêmes règles ? La réparation en nature n'a finalement ni définition claire, ni régime propre.

71. Les arguments au soutien de l'autonomie de la réparation en nature. Comme l'a relevé Geneviève Viney :

« [...] la principale difficulté que soulève la réparation en nature c'est qu'elle est très difficile à distinguer de l'exécution alors que précisément elle n'a de raison d'être que si elle est autonome par rapport à celle-ci »⁴²³.

Or, selon cet auteur⁴²⁴, la réparation en nature présente bien une autonomie et ne saurait être absorbée par l'exécution en nature :

⁴¹⁹ V. les illustrations citées par G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., spéc. n° 26.

⁴²⁰ Com., 10 janv. 2012, pourvoi n° 10-26837, inédit, *RDC*, 2012, p. 782, obs. Y.-M. LAITHIER.

⁴²¹ Civ. 3^e, 10 janv. 1990, pourvoi n° 88-18098, *Bull. civ.*, III, n° 5.

⁴²² Civ. 3^e, 11 mai 2005, pourvoi n° 03-21.136, *Bull.*, III, n° 103, p. 96, *RDC*, 2006, p. 323, obs. D. MAZEAUD et p. 529, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴²³ G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », op. cit., spéc. p. 199.

« [...] la réparation en nature n'est pas l'exécution en nature. Elle s'en distingue en ce que la prestation de remplacement qui en forme l'objet n'est pas en tous points conforme à celle qui avait été promise et n'a pas été exécutée. »⁴²⁵

De surcroît :

« [...] la réparation en nature se distingue de l'exécution à deux points de vue. D'abord, elle n'intervient que lorsque l'exécution est devenue impossible ou que le créancier y a renoncé et, ensuite, elle diffère intrinsèquement de l'exécution parce qu'elle ne fait que contribuer à restaurer la situation qu'aurait réalisée l'exécution, son efficacité étant le plus souvent complétée par une indemnisation. »⁴²⁶

Trois arguments s'opposeraient donc à l'absorption de la réparation en nature par la théorie de l'exécution. D'abord, l'absence d'identité parfaite entre la prestation de remplacement et la prestation originale. Ensuite, la subsidiarité de la réparation vis-à-vis de l'exécution. Enfin, le fait qu'à l'inverse de l'exécution, la réparation en nature n'est pas « auto-suffisante » et doit fréquemment être cumulée à une indemnisation.

72. Réfutation de l'autonomie de la réparation en nature vis-à-vis de l'exécution en nature. De notre avis, l'autonomie de la réparation en nature fait au contraire défaut et la notion devrait purement et simplement disparaître en matière contractuelle en droit français.

Le premier argument avancé ne nous apparaît pas décisif. Ce n'est pas, selon nous, le critère de l'identité parfaite de la mesure au contrat qui doit permettre de faire le départ entre l'exécution et la réparation, mais bien davantage la visée satisfaisante ou compensatoire de la mesure. D'ailleurs, si l'on devait retenir le critère de l'identité de la prestation de substitution à la prestation promise, il n'y aurait plus d'exécution que l'exécution spontanée. L'exécution forcée même la plus fidèle à la prestation originelle n'est jamais « en tous points conformes à celle qui avait été promise »⁴²⁷. Quand bien même elle imposerait exactement la même prestation et y assignerait le débiteur personnellement, l'exécution forcée ne serait jamais qu'un « succédané » de l'exécution⁴²⁸, ne serait-ce que parce qu'elle n'intervient pas spontanément et en temps et en heure. Dès l'instant où l'inexécution est consacrée, il ne peut plus y avoir d'exécution parfaitement identique à la promesse. Aussi le critère de « l'identité »

⁴²⁴ Qui adopte toutefois une position nettement plus nuancée dans « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, spéc. *in fine* où elle conclut en se demandant si l'on ne pourrait pas « faire l'économie » de la notion.

⁴²⁵ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2008, spéc. n° 171-1.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ Expression empruntée à Geneviève Viney elle-même : G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, spéc. p. 188.

des prestations échoue-t-il à tracer la frontière entre les mesures d'exécution et les mesures de réparation.

En revanche, la proximité des prestations originelle et de remplacement a bien un rôle à jouer dans la question de la primauté d'une mesure sur une autre, ce que Geneviève Viney pointe du doigt dans son deuxième argument. Bien que ni le Code civil dans son état actuel, ni le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de février 2015 ne le dispose expressément à propos du remplacement⁴²⁹, il est certainement justifié de donner la priorité à l'exécution de la prestation prévue par le contrat sur toute autre prestation alternative en nature, fût-elle considérée satisfaisante. Toutefois, cela ne tient pas à une différence entre deux mesures qui seraient distinctes, mais à la fonction même de l'exécution en nature, qui est de reproduire le plus fidèlement possible l'exécution spontanée. C'est simplement parce que l'exécution forcée doit imiter le plus fidèlement possible l'exécution spontanée qu'il y aura nécessairement priorité de la prestation prévue au contrat sur toute autre prestation alternative susceptible de satisfaire le créancier. La règle vaut ainsi pour le choix entre deux mesures d'exécution forcée : c'est celle qui imite le mieux la prestation promise qui devra être ordonnée. L'exigence de proximité de la prestation de remplacement à la prestation originelle transcende la distinction exécution/réparation. Elle ne saurait dès lors conforter leur opposition.

Enfin, le troisième argument nous semble également devoir être écarté. Celui-ci insiste sur le fait que réparation en nature ne se suffit pas à elle-même et doit être complétée par une indemnisation du préjudice. C'est vrai, mais cela vaut pareillement pour l'exécution en nature. Les articles 1610 et 1611 du Code civil en disposent d'ailleurs expressément à propos de la vente : le premier texte pose l'option offerte à l'acquéreur entre l'exécution de l'obligation de délivrance et la résolution, à quoi le second texte ajoute qu'il pourra en outre et « dans tous les cas » prétendre à l'indemnisation de son préjudice par des dommages et intérêts. La solution n'est pas limitée au droit de la vente et sa logique s'impose à tous les contrats. L'exécution en nature ne parvient jamais à rétablir exactement les bénéfices attendus du contrat, ne serait-ce que parce qu'elle intervient *tardivement* et de manière *forcée*. Aussi, il sera toujours loisible au créancier d'obtenir, au minimum, l'indemnisation du retard d'exécution et, au-delà, la compensation de tout préjudice consécutif à l'inexécution. Sur ce point, il n'y a aucune différence à faire entre l'exécution forcée « classique » et l'exécution forcée par le moyen d'une autre prestation à caractère satisfaisante. Dans un cas comme dans l'autre, on ne

⁴²⁹ V. Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., art. 1222, cité *supra*, spéc. n° 69.

parvient à rétablir que l'intérêt à la prestation elle-même, et la question du dommage doit être réglée séparément. Au demeurant, même si l'on admettait que la réparation en nature appelle un complément d'indemnisation plus fréquemment que ce n'est le cas de l'exécution forcée, c'est à la conclusion inverse que l'on devrait aboutir. Si la prétendue réparation en nature a besoin qu'on la complète par une réparation en argent, c'est bien qu'elle ne remplit pas sa mission indemnitaire ! Si son objet était la compensation du préjudice, la réparation en nature n'aurait précisément pas besoin d'être complétée par des dommages et intérêts. La prétendue réparation en nature cherche finalement, exactement comme l'exécution, à fournir au créancier l'avantage attendu du contrat, mais par un autre moyen que celui initialement prévu. Aussi apparaît-il opportun d'adopter une définition large de l'exécution en nature pour y inclure ces « pseudo-réparations ».

3. L'absorption de la pseudo-réparation en nature par l'exécution

73. L'absorption de la réparation en nature par le droit de l'exécution. La réparation en nature se révèle être une coquille vide. Comme l'écrit Alain Bénabent (en gras dans l'original) :

« lorsqu'on parle de « **réparation en nature** » il s'agit en réalité de l'exécution forcée de la prestation contractuelle, avec l'aide des différents moyens de contrainte dont disposent les tribunaux en toutes matières [...].

La réparation proprement dite ne se conçoit que sous la forme d'un **équivalent** pécuniaire, c'est-à-dire de **dommages-intérêts** [...] »⁴³⁰

Ce que l'on désigne par réparation en nature n'est que l'exécution forcée sous une forme différente de celle prévue originellement – elle reste une mesure d'exécution, non de réparation. Lorsque les mesures appelées « réparations en nature » réalisent l'exécution de la prestation sous une autre forme que celle prévue originellement, elles devraient être appréhendées comme des mesures d'exécution.

74. Les bénéfices d'une définition large de l'exécution à l'instar des modèles européens et internationaux. En droit européen et international, c'est une définition large de l'exécution qui est retenue et qui englobe les mesures qui ont été décrites précédemment. Au niveau du droit de l'Union européenne, la proposition de Règlement pour un droit commun européen de la vente prévoit ainsi que l'acheteur peut :

« exiger l'exécution, qui recouvre l'exécution en nature, la réparation ou le remplacement du bien ou du contenu numérique [...] »⁴³¹

⁴³⁰ A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 403-1.

Dans le même esprit, les Principes du droit européen du contrat élaborés sous l'égide du Professeur Lando ne font aucune place à la réparation en nature et ne distinguent que deux hypothèses : le droit à l'exécution⁴³² et les dommages et intérêts⁴³³. Le droit à l'exécution est conçu largement de manière à englober « la correction d'une exécution défectueuse »⁴³⁴. Quant aux principes Unidroit, ils assimilent pleinement la réparation en nature à l'exécution en prévoyant que :

« Le droit à l'exécution comprend, le cas échéant, le droit à la réparation ou au remplacement de l'objet, ainsi qu'à tout autre moyen de remédier à une exécution défectueuse. »⁴³⁵

En somme, à l'échelle européenne et internationale, la réparation en nature n'a aucune autonomie vis-à-vis de l'exécution, ni aucune existence propre. L'exécution est conçue largement et la réparation se réalise nécessairement par des dommages et intérêts. C'est un modèle qui nous apparaît plus simple et plus respectueux du droit positif et prospectif français.

B. L'abandon de la « vraie » réparation en nature

1. L'illégitimité de la réparation en nature

75. La « vraie » réparation en nature dénuée de légitimité. Si les mesures qui entendent fournir au créancier un équivalent de l'exécution sous une autre forme peuvent être qualifiée d'exécution forcée, il n'en va pas de même des mesures en nature ordonnées dans le dessein de réparer un préjudice consécutif à l'inexécution. Celles-ci sont bel et bien des « réparations en nature » qui ne doivent pas être requalifiées, mais bien plutôt disqualifiées.

Pour commencer, la réparation en nature ne repose sur aucun texte du Code civil. Elle essuie d'ailleurs les critiques de longue date⁴³⁶. De fait, si la réparation en nature était effectivement octroyée en matière de responsabilité contractuelle, d'où tirerait-elle sa légitimité ? La question est soulevée par Geneviève Viney en ces termes :

⁴³¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011), 635, spéc. art. 106.

⁴³² Commission pour le droit européen du contrat, O. LANDO (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., spéc. art. 9 :101 à 9 :103.

⁴³³ *Ibid.*, spéc. art. 9 :501 à 9 :510.

⁴³⁴ *Ibid.*, spéc. art. 9 :102.

⁴³⁵ Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international 2010*, op. cit., spéc. art. 7.2.3., 1^{ère} phrase.

⁴³⁶ V. déjà L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 1933.

« N'est-il pas en effet contestable – au regard notamment du principe de la force obligatoire du contrat – de permettre au juge d'exiger du débiteur une prestation autre que celle qui avait été stipulée dans la convention ? »⁴³⁷

La réparation en nature porte un coup au principe de l'autonomie de la volonté. D'abord, c'est la volonté *originelle* des parties dont elle ne tient pas compte. Parce que l'on se situe en matière contractuelle et non dans la situation hasardeuse du délit, les parties ont la possibilité de s'accorder à l'avance sur les modalités et l'étendue de la réparation du préjudice consécutif à l'inexécution. Elles pourraient intégrer une clause qui prévoit que si le contrat n'est pas exécuté, le préjudice consécutif à l'inexécution devra être réparé par l'exécution d'une prestation donnée⁴³⁸. En droit français en tout cas, on ne voit pas ce qui s'opposerait à la licéité d'une telle clause quand tant les clauses élusives de réparation⁴³⁹ que les clauses pénales⁴⁴⁰ produisent effet. Si nous ne les connaissons pas, c'est bien plutôt que de telles clauses ne séduisent pas la pratique⁴⁴¹. Le simple fait que les parties auraient pu prévoir un remède « spécifique » à titre de réparation et qu'elles ne l'ont pas fait devrait logiquement conduire à décider que le remède « générique » prévu par le Code civil – les dommages et intérêts – est le seul remède justifié.

Ensuite, la réparation en nature ne respecte pas non plus la volonté des parties *au moment du litige*. Alors que le juge ne peut octroyer une mesure d'exécution en nature que si l'une des parties au moins la demande⁴⁴², dans le cas de la réparation, il dispose d'une liberté totale. Donner au juge la possibilité d'imposer l'exécution d'une prestation distincte de celle à laquelle le débiteur s'est engagé et qui n'est demandée ni par lui, ni par le créancier, n'est ni utile, ni justifié. Comme le souligne André Brun :

⁴³⁷ G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, spéc. p. 196.

⁴³⁸ Une telle clause de *réparation* en nature est conceptuellement distincte d'une clause d'*exécution forcée* en nature, quoiqu'un arrêt rendu en matière de promesse unilatérale de vente entretienne la confusion, v. Civ. 3^e, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721, inédit, *RTD civ.*, 2008, p. 475, obs. B. FAGES ; *RDC*, 2009, p. 143, note PH. BRUN.

⁴³⁹ Sur les clauses limitatives de réparation, v. *infra*, spéc. n° 181 et s.

⁴⁴⁰ Sur les clauses pénales, v. *infra*, spéc. n° 317 et s.

⁴⁴¹ Il y en a certainement. Un arrêt rendu à propos de la violation d'un pacte de non-acquisition de parts d'une société tierces évoque ainsi une clause par laquelle les parties prévoient que tout manquement à l'interdiction serait sanctionné par la nullité de la cession, mais dans cet arrêt la clause ne reçoit pas application : la cour d'appel ordonne une autre réparation en nature que la nullité, à savoir la cession de la moitié des parts illégitimement acquises au cocontractant victime, et elle est sanctionnée par la Cour de cassation, mais sur le fondement d'une violation du « principe de la réparation intégrale du préjudice, ensemble l'article 1143 du Code civil » et non au motif du non-respect de la clause de réparation, Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-24869, *Bull.*, IV, n° 80, *L'essentiel du droit des contrats*, 2011/7, p. 2, note O. DESHAYES, *RDC*, 2011/4, p. 1170, note S. CARVAL.

⁴⁴² V. *supra*, spéc. n° 55 *in fine*.

« Il faut se garder de confondre la question de la forme de la réparation avec celle de l'exécution de l'obligation. Il est permis de contraindre le débiteur à exécuter directement en nature l'obligation, mais non à réparer de cette manière. »⁴⁴³

Seule la réparation du préjudice contractuel par des dommages et intérêts apparaît justifiée.

2. Les dommages et intérêts comme unique sanction réparatrice

76. Relecture de l'article 1142 du Code civil. Les dommages et intérêts sont la seule mesure pertinente de réparation du dommage, du moins en matière contractuelle. S'il résulte un dommage de l'inexécution, le débiteur est contraint de le réparer par des dommages et intérêts. L'article 1142 du Code civil ne dit pas autre chose :

« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. »⁴⁴⁴

La disposition a stimulé l'imagination de nombreux civilistes⁴⁴⁵. Fallait-il comprendre que seules les obligations de donner sont susceptibles d'exécution forcée ? La pratique jurisprudentielle apporte aujourd'hui un démenti net à cette interprétation : il ne fait plus aucun doute que l'exécution forcée de *toutes* les obligations est envisageable, sous réserve de la protection des libertés essentielles du débiteur⁴⁴⁶. D'ailleurs, on peut douter que cette disposition cherche à traiter différemment les obligations de faire et de ne pas faire des obligations de donner, quand l'article 1136 du Code civil prévoit la même sanction des dommages et intérêts à propos des dernières⁴⁴⁷. Il faut donc soit considérer que l'article 1142 prévoit simplement une possibilité offerte au créancier de demander des dommages et intérêts⁴⁴⁸, soit, si l'on veut lui donner une réelle portée normative, y voir l'exclusion de la réparation sous une autre forme que par les dommages et intérêts. C'est cette dernière interprétation d'un rejet de la réparation en nature qui apparaît la plus cohérente avec la

⁴⁴³ A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931, spéc. note 1 du n° 53, p. 69.

⁴⁴⁴ Art. 1142 du Code civil.

⁴⁴⁵ V. not. la thèse de l'auteur belge P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993 qui interprète cet article comme conférant au juge le pouvoir d'allouer des dommages et intérêts « en cas d'inexécution » entendu comme un refus définitif d'exécuter, ce qui viserait, en fait, l'hypothèse où l'exécution en nature ayant dans un premier temps été ordonnée, le débiteur refuse de s'y conformer.

⁴⁴⁶ V. pour le détail de cette pratique jurisprudentielle les dév. détaillés de G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., spéc. n° 17 et s.

⁴⁴⁷ Art. 1136 du Code civil : « L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier ».

⁴⁴⁸ V. en ce sens G. VINEY, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil*, op. cit., spéc. n° 16-3, qui établit un parallèle entre l'art. 1142 et l'art. 1145 du Code civil ; comp. l'interprétation légèrement plus restrictive proposée P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, op. cit., selon laquelle l'art. 1142 autorise le juge à condamner le débiteur à des dommages et intérêts lorsqu'il refuse de s'incliner devant la condamnation à l'exécution forcée.

manière dont le Code envisage l'inexécution et ses suites, et c'est également celle qui a prévalu longtemps dans la jurisprudence⁴⁴⁹. La Cour de cassation reliait ainsi au début du siècle le visa de l'article 1142 du Code civil à un attendu de principe écartant sans concession la réparation en nature :

« Vu l'article 1142 du Code civil ; attendu qu'aucune disposition légale n'autorise les tribunaux à condamner une partie, en réparation d'un dommage causé par elle, à exécuter un acte qui ne lui est imposé ni par une convention, ni par la loi, alors qu'elle refuse de l'accomplir [...] »⁴⁵⁰.

Dans le même sens, Planiol écrivait que :

« Les dommages-intérêts accordés au créancier sont toujours *fixés en argent* ; c'est une vieille règle qui n'est pas exprimée par le Code civil, mais qui y est sous-entendue. [...] C'est par erreur qu'on cite quelquefois certains arrêts comme ayant donné au créancier une indemnité autre que de l'argent. »⁴⁵¹.

Comme Planiol, le Doyen Carbonnier est resté fidèle à cette vision et s'est toujours opposé à la réparation en nature en matière contractuelle, quand les juges s'en sont progressivement affranchis pour transposer la pratique qu'ils avaient en matière délictuelle à l'inexécution du contrat⁴⁵².

Pour en revenir aux textes, à l'inverse du BGB qui prévoit expressément la réparation en nature⁴⁵³, le Code civil, lui, n'en fait aucune mention. Le concept même de « réparation » n'est pas exprimé dans le Titre III du Livre III du Code civil⁴⁵⁴. C'est toujours aux « dommages et intérêts » qu'il est fait référence. Selon Patrick Wéry, la structure même des dispositions indique que « la réparation du dommage est, dans l'esprit des codificateurs, nécessairement pécuniaire »⁴⁵⁵. Si le Code civil consacre une section entière aux « Dommages

⁴⁴⁹ V. A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 53, p. 69 : « [...] la jurisprudence a sanctionné une antithèse indéniable entre les deux régimes de responsabilité à cet égard. En matière *contractuelle*, la réparation accordée par les tribunaux au créancier lésé par la violation de l'obligation consiste toujours en une indemnité en argent. »

⁴⁵⁰ Civ., 4 juin 1924, *S.*, 1925, I, p. 97, note L. HUGUENEY, cité par P. WERY, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », *in* : *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, dir. P. WERY, Bruges, La Chartre, p. 287, spéc. p. 320, n° 30.

⁴⁵¹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges et les hypothèques*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 1923, spéc. n° 224, p. 79.

⁴⁵² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, spéc. n° 169, p. 318.

⁴⁵³ V. les §249, §250 et §251 BGB et nos dév. *infra*, spéc. n° 39.

⁴⁵⁴ A l'exception de l'art. 1153-1 du Code civil, introduite par la Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, qui prévoit le cumul des intérêts moratoires et d'une réparation supplémentaire.

⁴⁵⁵ P. WERY, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », *op. cit.*, spéc. p. 321, n° 31 : « Il résulte, d'ailleurs, de la structure même du chapitre du Code qui est consacré à l'effet des obligations que la réparation du dommage est, dans l'esprit des codificateurs, nécessairement pécuniaire : après avoir exposé quand et comment le créancier peut obtenir l'exécution en nature (sections 2 et 3), ceux-ci envisagent la question des « dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » (section 4) que les travaux préparatoires définissent comme « l'effet juste et ultérieur » des obligations. »

et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » quand il ne souffle mot de la réparation en nature, c'est que la réparation en nature n'a pas sa place en la matière et que la réparation doit nécessairement prendre une forme pécuniaire. Les dommages et intérêts sont le seul mode de réparation prévu par le Code civil en matière de responsabilité contractuelle – et cela n'est pas appelé à changer.

77. L'exclusivité des dommages et intérêts dans le projet de réforme du droit des contrats. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats rendu public en février 2015 comporte une innovation importante en ce qu'il introduit précisément la notion de « réparation ». L'article 1217, qui recense les remèdes à la disposition du créancier, annonce que celui-ci peut « demander réparation des conséquences de l'inexécution »⁴⁵⁶. Cette réparation est traitée dans la sous-section 5, intitulée « La réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle ». L'accueil de la notion de réparation pourrait être le signe d'une ouverture à la réparation en nature. Cependant, la sous-section concernée ne fait aucune mention de la possibilité d'obtenir réparation en nature. Au contraire, les articles 1231 à 1231-4 se réfèrent expressément et exclusivement aux « dommages et intérêts ». Quant aux articles suivants, ils règlent respectivement le sort de la clause pénale (art. 1231-5, qui la définit comme une « certaine somme à titre de dommages et intérêts ») et des intérêts moratoires (art. 1231-6 et 1231-7). Dans cette sous-section relative à la réparation, il n'est finalement question que de sanctions monétaires. La réparation du préjudice, dans le projet d'ordonnance, ne se comprend qu'en argent, et jamais en nature. Le projet de réforme dirigé par François Terré l'avait d'ailleurs également écartée⁴⁵⁷. Le glas de la réparation en nature semble donc bien avoir sonné⁴⁵⁸.

L'articulation de la responsabilité contractuelle avec l'exécution forcée et avec la réparation en nature telle qu'elle a été précisée apporte un éclairage sur la nature particulière de la responsabilité contractuelle parmi les sanctions de l'inexécution.

⁴⁵⁶ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., spéc. art. 1217.

⁴⁵⁷ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, v. spéc. l'art. 97 qui dresse la liste des « remèdes » à l'inexécution.

⁴⁵⁸ Il reste toutefois à espérer que la réforme du droit de la responsabilité civile ne réintroduira pas la réparation en nature, à l'instar de la consécration qui en avait été faite par l'avant-projet Catala, v. P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006, spéc. art. 1368 : « La réparation peut, au choix du juge, prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des dommages-intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice. ».

§3. Synthèse : le double jeu de la responsabilité contractuelle

78. « Domaine partagé » et « domaine réservé » de la responsabilité contractuelle. Il ressort des développements qui précèdent que la responsabilité contractuelle possède un « domaine partagé » et un « domaine réservé ». Elle doit en effet composer avec l'exécution forcée, parfois même s'incliner devant elle, en droit français notamment. Elle évolue alors sur un domaine partagé – non seulement avec l'exécution d'ailleurs, mais aussi avec la résolution et, lorsqu'elle est reconnue, la réduction du prix. A l'inverse, en matière de réparation des préjudices, la responsabilité contractuelle n'est concurrencée par aucune autre sanction : c'est son domaine réservé. Cette articulation peut s'expliquer par un modèle simple de classification des sanctions de l'inexécution (A) qui, appliqué à la responsabilité contractuelle, révèle la place particulière qu'occupe celle-ci dans le droit de l'inexécution (B).

A. La distinction des sanctions réglant le sort du contrat et des sanctions réglant le sort des parties

1. La classification de Paul Grosser

79. La classification des sanctions proposée par Paul Grosser et son adaptation. Paul Grosser est l'auteur d'une thèse lumineuse proposant de classer les sanctions de l'inexécution en deux catégories en fonction des finalités qu'elles poursuivent⁴⁵⁹. Son étude révèle des finalités de deux sortes. Il y a, d'une part, les sanctions « orientées vers le contrat lui-même, qui ont pour objet de remédier au déséquilibre que l'inexécution a créé à l'intérieur de celui-ci »⁴⁶⁰. A cette première catégorie appartiennent l'exception d'inexécution⁴⁶¹, l'exécution forcée du contrat, les mesures de « réaménagement du contrat » telles que la réduction du prix⁴⁶² et la résolution. Il y a, d'autre part, les sanctions qui s'attachent aux conséquences de l'inexécution pour les parties. Paul Grosser englobe dans cette deuxième catégorie la réparation du créancier par des dommages et intérêts (les « sanctions réparatrices »⁴⁶³) et la

⁴⁵⁹ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris, dacty., 2000.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, spéc. n° 14.

⁴⁶¹ L'auteur utilise le terme plus compréhensif de « suspension du contrat », v. *ibid.*, spéc. la section première du Chapitre 1 du Titre I de la Première partie de l'étude consacrée à cette sanction ; celle-ci ne doit pas être confondue avec la « suspension-sanction » traitée parmi les « sanctions répressives » par Paul Grosser.

⁴⁶² *Ibid.*, spéc. n° 118 et s..

⁴⁶³ *Ibid.*, spéc. n° 348 et s.

punition du débiteur par une peine privée (les « sanctions répressives »⁴⁶⁴), incluant notamment la clause pénale. Formulé synthétiquement :

« Les sanctions de l'inexécution ou les remèdes à l'inexécution peuvent donc être divisés en deux grandes catégories : celle des remèdes relatifs au lien contractuel, qui permettent de régler le sort du contrat, et celle des remèdes relatifs au débiteur défaillant, dont le but est de régler le sort du contractant qui n'a pas exécuté ses obligations. »⁴⁶⁵

La réparation s'intéresse en réalité surtout au sort du créancier, et moins à celui du débiteur défaillant⁴⁶⁶. Il serait dès lors plus correct de dire que les sanctions de l'inexécution soit règlent le sort du contrat, soit s'intéressent à celui des *parties* (indemnisant l'une, punissant l'autre le cas échéant). Pareil glissement terminologique est d'ailleurs validé par Paul Grosser lui-même quelques années plus tard dans un article (c'est nous qui soulignons) :

« [...] les remèdes à l'inexécution ont globalement deux grandes fonctions. D'une part, **traiter le contrat** frappé par l'inexécution : c'est la fonction essentielle, ou au moins principale, de la résolution, de la réfaction, de la suspension ou encore de l'exécution forcée en nature. D'autre part, **s'occuper des contractants**, et plus spécialement du débiteur défaillant : en le condamnant à réparer, en nature ou par équivalent, le dommage causé à son cocontractant, et/ou en lui infligeant une peine privée (prévue, par exemple, par une clause pénale). »⁴⁶⁷

2. L'intérêt de la classification

80. L'intérêt de la classification : l'articulation et le cumul des sanctions. Distinguer les sanctions destinées à régler le sort du contrat et celles s'intéressant au sort des parties présente un intérêt majeur quand se pose la question de l'articulation et du cumul des sanctions entre elles. Selon une règle simple, les sanctions appartenant à une même catégorie sont alternatives entre elles, mais peuvent se cumuler à une sanction de l'autre catégorie. Comme l'explique Paul Grosser :

« [...] le cumul d'un remède du premier groupe et d'un remède du second groupe est admis parce qu'un traitement complet des conséquences de l'inexécution suppose que soit à la fois réglé le sort du contrat et fixé le sort du débiteur. »⁴⁶⁸

Voilà ce qui explique, par exemple, que des dommages et intérêts compensatoires puissent être accordés en même temps que la résolution⁴⁶⁹. Les dommages et intérêts compensatoires

⁴⁶⁴ *Ibid.*, spéc. n° 407 et s.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, spéc. n° 14.

⁴⁶⁶ L'auteur en a conscience et écrit que : « Les remèdes relatifs au débiteur défaillant peuvent être divisés en deux catégories. La première comprend des remèdes davantage orientés vers le créancier [...] La seconde regroupe des remèdes plus particulièrement orientés vers la personne du débiteur défaillant [...] », *ibid.*, spéc. n° 347.

⁴⁶⁷ P. GROSSER, « L'ordonnement des remèdes », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 101, spéc. p. 104.

⁴⁶⁸ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, *op. cit.*, spéc. n° 752.

règlent le sort du créancier, quand la résolution règle celui du contrat. Appartenant à des catégories distinctes, les deux sanctions peuvent se cumuler pour aboutir au règlement complet de l'inexécution. A l'inverse, la résolution ne pourra pas être cumulée à l'exécution forcée, car l'une et l'autre appartiennent à la même catégorie des sanctions relatives au contrat.

Ainsi, en premier lieu, le créancier est amené à choisir le moyen de régler le sort du contrat, où l'on retrouve « l'option fondamentale du créancier »⁴⁷⁰ décrite par Denis Tallon : « mettre à mort le contrat ou en poursuivre l'exécution »⁴⁷¹. En deuxième lieu, le créancier peut demander son rétablissement personnel, par des dommages et intérêts et, le cas échéant, la punition du débiteur, par une peine privée⁴⁷². C'est dans cette deuxième catégorie des sanctions relatives aux parties que devraient toujours s'intégrer, selon Paul Grosser, les dommages et intérêts. En droit positif, elles appartiennent cependant aussi à la première catégorie. C'est même précisément cette double appartenance et la double finalité qu'elle décrit qui font de la responsabilité contractuelle une sanction particulière au sein du droit de l'inexécution.

B. La responsabilité contractuelle comme sanction réglant le sort du contrat et celui des parties

1. La responsabilité contractuelle mise en jeu à titre principal

81. La responsabilité contractuelle comme sanction principale dirigée vers le contrat.

La responsabilité contractuelle a ceci de particulier qu'elle remédie à la fois à l'inexécution elle-même et au préjudice consécutif subi par le créancier. Elle s'intéresse au sort du contrat et à celui des parties. Si la responsabilité contractuelle n'était pas *aussi* une sanction dirigée vers le sort du contrat, la question de sa concurrence avec l'exécution forcée ne se poserait même pas. Le créancier n'aurait pas à choisir entre l'exécution forcée et les dommages et

⁴⁶⁹ Art. 1184, al. 2 du Code civil : « [...] La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. ».

⁴⁷⁰ D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, p. 429, spéc. p. 438.

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² V. P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification, op. cit.*, spéc. n° 470 : « [le créancier] est simplement confronté à deux problèmes distincts qu'il convient d'examiner et de résoudre successivement. Tout d'abord, il s'agit de régler le sort du contrat, c'est-à-dire de remédier au déséquilibre créé par l'inexécution à l'intérieur du contrat synallagmatique. Ensuite, une fois ce déséquilibre effacé, il faudra déterminer si et de quelle façon le contractant défaillant doit être sanctionné ».

intérêts, ni le juge à trancher entre la première et les seconds. De rivalité il n'y aurait point et la question de la primauté de l'une ou l'autre sanction n'aurait aucun sens. La réalité est tout autre, comme il a été vu⁴⁷³. Si le juge français peut substituer l'exécution forcée aux dommages et intérêts demandés, c'est bien que l'une et l'autre sanction « se valent », qu'elles atteignent le même « mal » : l'inexécution elle-même. Pour régler le sort du contrat, le créancier dispose donc d'un choix entre trois sanctions principales : l'exécution forcée, la résolution et les dommages et intérêts⁴⁷⁴. C'est ce que Marie-Eve Roujou de Boubée appelait le « droit d'option à trois branches »⁴⁷⁵.

2. La responsabilité contractuelle mise en jeu à titre complémentaire

82. La responsabilité contractuelle comme sanction complémentaire dirigée vers le créancier. Dans le même temps, les dommages et intérêts ne sont pas toujours en concurrence avec l'exécution ou la résolution : ils peuvent aussi jouer en complément de celle-ci. La solution est expressément prévue par le Code civil à propos de la résolution, mais elle vaut également pour l'exécution forcée⁴⁷⁶. D'ailleurs, le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015, reprenant sur ce point le projet dirigé par François Terré⁴⁷⁷ prévoit explicitement cette possibilité de cumul des dommages et intérêts avec toutes les autres sanctions dans son article 1217 :

« Les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; des dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes. »⁴⁷⁸

Les dommages et intérêts peuvent donc constituer non seulement une sanction concurrente, mais aussi une sanction complémentaire de l'exécution ou de la résolution. Cette responsabilité contractuelle mise en jeu « à titre accessoire », en complément d'une demande en résolution ou en exécution forcée doit être bien distinguée de celle mise en jeu « à titre principal »⁴⁷⁹. Elle n'est plus tournée vers le règlement de l'inexécution elle-même, mais vers

⁴⁷³ V. *infra*, spéc. n° 49 et s.

⁴⁷⁴ La position de Paul Grosser repose not. sur le fait qu'il reconnaît une troisième sanction relative au lien contractuel aux côtés de l'exécution forcée et de la résolution – le « réaménagement du contrat » – qui aboutit régulièrement à octroyer au créancier une somme d'argent en lieu et place de l'exécution qui, selon la doctrine classique, serait qualifiée de dommages et intérêts mais, dans la conception de Grosser en sont distincts, les dommages et intérêts pouvant ainsi être tenus à l'écart de la première catégorie des sanctions de l'inexécution.

⁴⁷⁵ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, spéc. p. 182.

⁴⁷⁶ V. *supra*, spéc. n° 72.

⁴⁷⁷ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, spéc. art. 97.

⁴⁷⁸ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., spéc. art. 1217, al. 2.

⁴⁷⁹ La distinction entre la responsabilité contractuelle recherchée « à titre accessoire » et « à titre principal » est empruntée à F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 403, spéc. p. 412 et s.

la réparation du créancier. On entre sur ce que nous avons appelé son « domaine réservé »⁴⁸⁰, où la responsabilité contractuelle n'est plus en concurrence avec les autres sanctions. Il existe donc, ainsi que l'a remarqué Philippe Brun, une « dualité de nature des dommages et intérêts contractuels »⁴⁸¹ selon qu'il leur est assigné une fonction de réparation seule, ou une vocation de règlement du sort de l'inexécution. Cette dualité de nature est le premier signe d'une dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle qu'il va s'agir d'examiner de plus près.

⁴⁸⁰ V. *supra*, spéc. n° 78.

⁴⁸¹ PH. BRUN, « La réparation du dommage », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 129, spéc. p. 134 et 135.

Conclusion du chapitre 1

83. Divergences et convergences des droits français, allemand et anglais quant aux sanctions de l'inexécution. L'étude de la place de la responsabilité contractuelle au sein du droit des sanctions de l'inexécution fait ressortir des différences d'approche marquées entre les droits français, allemand et anglais, mais également des lignes de convergence. A première vue, tout oppose le droit anglais, laissant une large liberté aux parties pour régler elles-mêmes leur différend et encourageant plutôt la rupture du contrat à moindre coût que son maintien à perte, et les droits français et allemand prêts à obliger le débiteur à tenir son engagement à tout prix⁴⁸². Cette vision doit cependant être nuancée. L'exécution forcée gagne du terrain en Angleterre. Le droit de l'Union européenne y contribue, mais au-delà, un vent favorable à la *specific performance* se lève en doctrine. L'idée se renforce que le contrat crée, sinon un droit à l'exécution à proprement parler, du moins un intérêt à l'exécution (*performance interest*) qui confine au « droit à la prestation »⁴⁸³. Quant au droit français, il n'est plus aussi imperméable aux considérations économiques qu'auparavant. L'accueil annoncé du *severe hardship* en témoigne. Le droit allemand, d'ailleurs, connaît déjà cette limitation du droit à l'exécution forcée. Il faut donc se garder de forcer le trait. D'ailleurs, les qualifications sont parfois trompeuses. Lorsque le débiteur est condamné à verser au créancier une somme d'argent correspondant au prix que celui-ci a dû déboursier pour obtenir la prestation d'un tiers, il s'agit, en droit français, d'une mesure d'exécution (la faculté de remplacement). Or, en droit anglais, cette même somme est versée à titre de dommages et intérêts. La même sanction peut donc appartenir au droit de l'exécution ici, à celui des dommages et intérêts là, renforçant artificiellement l'impression d'une opposition de principe entre droits continentaux et *Common Law*, pour des solutions pratiques pourtant identiques. Le principal point de convergence des droits français, allemand et anglais tient d'ailleurs précisément à la pratique : de fait, ce sont les dommages et intérêts qui constituent, dans chacun des trois droits, la sanction la plus répandue de l'inexécution du contrat. On a même pu lire sous la plume d'un grand spécialiste du droit français des contrats des mots que l'on aurait pu attribuer à Holmes lui-même :

⁴⁸² Il s'agit là d'un choix de politique juridique, comme le souligne bien E. MCKENDRICK, *Contract Law. Text, Cases and Materials*, op. cit., spéc. p. 790 : « There is a difficult policy issue at stake here. What should be the aim of a remedial regime for breach of contract? Should it be to encourage parties to continue their relationship and resolve their difficulties or should it encourage parties to walk away from a deal when things go wrong and seek performance elsewhere? English law appears to tend towards the latter model [...] ».

⁴⁸³ Selon l'expression de S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », op. cit.

« [o]n pourrait dire sans grande exagération que toute obligation contractuelle est alternative : le débiteur a le choix entre exécuter, d'une part, et compenser sa carence par le paiement d'une somme d'argent, d'autre part »⁴⁸⁴.

C'est dire la place prédominante qu'occupent, en pratique, les dommages et intérêts.

84. La double nature des dommages et intérêts : sanction principale et sanction complémentaire. Les dommages et intérêts sont non seulement la sanction la plus courante de l'inexécution, ils sont certainement la plus complexe. Avec l'exécution forcée et la résolution, ils forment les trois sanctions principales de l'inexécution dans chacun des systèmes juridiques étudiés. L'alternative entre l'exécution et la résolution est simple : c'est le choix entre « la vie et la mort du contrat »⁴⁸⁵. Les dommages et intérêts, eux, occupent une place particulière : ils peuvent jouer soit en complément de l'exécution ou de la résolution, soit s'y substituer purement et simplement. La confrontation des dommages et intérêts avec l'exécution forcée d'une part, et avec la réparation en nature d'autre part, a révélé que les dommages et intérêts ne sont pas *une*, mais *deux sanctions*. En tant que sanction autonome, les dommages et intérêts règlent le sort du contrat, comme le font la résolution ou l'exécution forcée, ce qui explique la concurrence qui existe entre ces sanctions. En tant que sanction complémentaire, les dommages et intérêts se concentrent sur l'indemnisation du créancier et ils jouissent alors du « monopole » de la fonction de réparation. En effet, la seule sanction avec laquelle ces dommages et intérêts pourraient avoir à composer serait la réparation en nature du dommage. Or, ce que l'on appelle ainsi est en fait une exécution, mais sous une autre forme. L'adoption d'une définition finaliste de l'exécution englobant toute mesure en nature dirigée vers la satisfaction du créancier permettrait d'abolir ce concept inutile et ignoré des modèles européens et internationaux.

La responsabilité contractuelle est ainsi la seule sanction de l'inexécution qui puisse être mise en jeu à la fois à titre autonome, comme sanction unique et complète de l'inexécution, et à titre complémentaire, aux côtés de l'exécution forcée ou de la réparation. L'étude de la place de la responsabilité contractuelle au sein du droit de l'inexécution révèle ainsi la double nature de la responsabilité contractuelle. Elle fournit le premier indice d'une double fonction de paiement et de réparation, qu'il convient maintenant de présenter.

⁴⁸⁴ G. ROUHETTE, « Contrat », in *Encyclopaedia Universalis*, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2008, p. 725, spéc. p. 728.

⁴⁸⁵ Selon l'expression de D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op. cit.*, spéc. p. 234.

Chapitre 2. La double fonction de paiement et de réparation de la responsabilité contractuelle

85. Les fonctions de paiement et de réparation au cœur des débats français. La doctrine française se passionne depuis presque un siècle pour la responsabilité contractuelle. Deux opinions extrêmes se sont d'abord opposées. Dans une thèse parue en 1936, Robert Dragu avance qu'il n'existe, en fait de responsabilité, que des modes d'exécution : « l'exécution forcée directe » est la condamnation en justice du débiteur à effectuer ce à quoi il s'est engagé ; « l'exécution en nature » fournit au créancier la chose même objet du contrat, mais par d'autres moyens (notamment la destruction et le remplacement) ; « l'exécution en nature dérivée » procure au créancier une prestation en nature différente de celle qui forme l'objet de sa créance (telles les réparations matérielles effectuées par le transporteur sur l'objet qui s'est détérioré pendant le transport) ; « l'exécution par équivalent » vise les dommages et intérêts⁴⁸⁶. A l'inverse, pour Henri Mazeaud, Léon Mazeaud et André Tunc, il ne saurait y avoir d'exécution que volontaire, si bien que toute mesure ordonnée par le juge ne peut consister qu'en une réparation : réparation en nature par la « condamnation qui contraint le défendeur, soit à exécuter son obligation positive, soit à s'abstenir de l'acte qui serait contraire à son obligation négative, ou à détruire ce qu'il a fait en contrevenant à cette obligation »⁴⁸⁷, réparation par équivalent lorsqu'il s'agira de « procurer à la victime un avantage qui soit l'équivalent du préjudice souffert » et qui le compensera, sans jamais pouvoir le faire disparaître réellement⁴⁸⁸.

Dans les années 1970, deux auteurs brillants ont accompli la synthèse et posé les jalons de la conception moderne de la responsabilité contractuelle. Marie-Eve Roujou de Boubée a réconcilié les deux théories et démontré qu'il existait non seulement une différence théorique, mais aussi des enjeux pratiques à la distinction entre l'exécution et la réparation, qui rendaient nécessaire de les reconnaître l'une et l'autre, tout en posant une ligne de démarcation claire⁴⁸⁹. Quelques années plus tard, Jérôme Huet, apportait la démonstration d'une double fonction assumée par la responsabilité contractuelle : une fonction de paiement

⁴⁸⁶ R. DRAGU, *De l'exécution en nature des contrats*, Paris, F. Loviton, 1936.

⁴⁸⁷ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1960, spéc. n° 2303.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, spéc. n° 2302.

⁴⁸⁹ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, spéc. p. 157, sur laquelle v. *infra*, spéc. n° 87.

et une fonction de réparation⁴⁹⁰. La source d'inspiration que constitue la responsabilité contractuelle était encore loin d'avoir tari. Au tournant du XXI^e siècle, plusieurs plumes illustres ont voulu démontrer que les dommages et intérêts contractuels n'assumaient, en fait, aucune fonction de réparation, mais seulement une fonction d'exécution par équivalent⁴⁹¹. L'affront a fait réagir d'autres auteurs qui se sont attachés, à leur tour, à défendre la fonction indemnitaire de la responsabilité contractuelle⁴⁹².

86. Les fonctions de la responsabilité contractuelle en Angleterre et en Allemagne. Il n'y a pas qu'en France que les fonctions de la responsabilité contractuelle font débat. En Angleterre, l'article fondateur de Lon L. Fuller et William R. Perdue paru en 1936 a permis de distinguer différents intérêts vers lesquels peuvent être orientés les *damages*⁴⁹³. Ce n'est toutefois que très récemment qu'a émergé l'idée que les dommages et intérêts contractuels puissent assumer un rôle de « substitut à l'exécution ». Un courant doctrinal s'est mit à distinguer ces dommages et intérêts qu'ils ont appelés « *substitutive* » ou « *substitutionary damages* » des dommages et intérêts compensatoires (*compensatory damages*)⁴⁹⁴. La double fonction des dommages et intérêts de la responsabilité contractuelle a bien pris ses marques en Angleterre. Quant à l'Allemagne, elle connaît déjà deux catégories distinctes de dommages et intérêts : ceux qui interviennent « en lieu et place de l'exécution » (*Schadenersatz statt der Leistung*) et ceux qui jouent « en marge de l'exécution » (*Schadenersatz neben der Leistung*). Il conviendra d'examiner les points communs et les dissemblances qui existent entre ces deux catégories de dommages et intérêts et les fonctions de paiement et de réparation dégagées par la doctrine française et anglaise.

87. Le sens du paiement et de la réparation. L'objectif du présent chapitre est de mettre en lumière cette double fonction de paiement et de réparation que remplit la responsabilité contractuelle à l'aune, notamment, des controverses doctrinales dont elle a été l'objet.

La réparation est la fonction la plus classique. Elle vise l'indemnisation, autrement dit le « dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement »⁴⁹⁵. En matière contractuelle, la réparation désigne le fait pour le débiteur qui n'a pas ou a mal

⁴⁹⁰ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, dacty., 1978.

⁴⁹¹ Sur cette controverse, v. nos dév. *infra*, spéc. n° 91 et s.

⁴⁹² V. *infra*, spéc. n° 94.

⁴⁹³ L. L. FULLER, W. R. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936-1937) 46 Yale L.J. 52 (Part. I), 373 (Part. II).

⁴⁹⁴ V. *infra*, spéc. n° 121 et s.

⁴⁹⁵ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, « Réparation » sens 1, qui expose au demeurant sa préférence pour le terme d'indemnisation, lequel reflèterait davantage le caractère intégral du dédommagement.

exécuté son obligation, de compenser le dommage qui en est résulté pour le créancier. C'est à Marie-Eve Roujou de Boubée que l'on doit d'avoir tiré de la confrontation des thèses de Dragu et des frères Mazeaud un critère solide permettant de distinguer la réparation et l'exécution. Alors que la réparation « ne peut jamais procurer au créancier qu'une compensation », les mesures d'exécution, elles, « assurent au créancier l'avantage même qu'il avait recherché, [elles] lui procurent la satisfaction attendue »⁴⁹⁶. La distinction proposée par Marie-Eve Roujou de Boubée a reçu un accueil très large et a été adoptée, en essence, par la quasi-totalité de la doctrine française⁴⁹⁷.

« Paiement », « exécution » et « satisfaction » expriment donc la même idée. La satisfaction recouvre l'« action d'exécuter une obligation, paiement de la dette [...] »⁴⁹⁸. Le paiement, c'est « l'exécution d'une obligation, quel que soit l'objet de celle-ci »⁴⁹⁹. L'exécution enfin, l'« accomplissement par le débiteur de la prestation due ; fait de remplir son obligation (impliquant satisfaction donnée au créancier) »⁵⁰⁰. Parler de « fonction de paiement » à propos des dommages et intérêts, c'est s'interroger sur le point de savoir si, à leur manière, ces dommages et intérêts ne cherchent pas, comme l'exécution, à investir le créancier de l'avantage qu'il avait recherché en contractant, à lui assurer le bénéfice de la satisfaction attendue. Les développements qui suivront conduiront à préciser le sens de cette fonction de paiement⁵⁰¹.

88. Les enjeux de la distinction du paiement et de la réparation. L'une et l'autre fonction – paiement et réparation – jouent conjointement au sein de la responsabilité

⁴⁹⁶ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, spéc. p. 157.

⁴⁹⁷ Aujourd'hui, la doctrine distingue dans sa quasi-totalité l'exécution et la réparation, v. not. P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris, dacty., 2000, spéc. n° 77 et s. (qui s'appuie directement sur le critère dégagé par Mme Roujou de Boubée) ; P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC*, 2005/1, p. 13 ; G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », chapitre V, rapport français, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 167, spéc. p. 168 et, du même auteur, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2010, spéc. n° 14-1 et s. ; A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., Paris, Montchrestien, 2014, spéc. n° 403-1 ; PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013, spéc. « Section II Réalisation de l'exécution », chapeau du §1 (avant le n° 1129) ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 594 ; P. WERY, « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », chapitre VI, rapport belge, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. Fontaine et G. Viney, Paris, LGDJ, 2001, p. 205 et, du même auteur, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993 ; *adde* : C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008, spéc. p. 58 et s.

⁴⁹⁸ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Satisfaction » sens 2.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, « Paiement », sens 2.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, « Exécution », sens 1.

⁵⁰¹ V. not. *infra*, spéc. n° 109 et s. sur le sens finalement retenu.

contractuelle. Elles participent ensemble à la mission générale assignée à la responsabilité contractuelle, qui est de replacer le créancier, autant que faire se peut, dans une situation comparable à celle qui eut été la sienne si le contrat avait dûment été exécuté⁵⁰². Leur distinction n'en demeure pas moins primordiale. C'est en effet en séparant les dommages et intérêts à fonction de paiement et les dommages et intérêts à fonction de réparation qu'il devient possible d'expliquer de manière cohérente les réponses parfois contradictoires apportées par la jurisprudence à des questions dont l'importance pratique n'est plus à démontrer. Pour n'en citer que quelques unes : la démonstration d'un préjudice est-elle toujours nécessaire ou certains dommages et intérêts sont-ils dus du seul fait de l'inexécution ? Quel est le point de départ de l'action en dommages et intérêts ? Les sûretés s'appliquent-elles à la dette de dommages et intérêts ? Et les assurances de responsabilité ? Les clauses limitatives de responsabilité peuvent-elles atteindre la prestation essentielle imposée par le contrat ? Peut-il y avoir condamnation solidaire même en l'absence de dette solidaire ? Le prochain chapitre fournira l'occasion de répondre à ces questions. Auparavant, il faut mettre en lumière l'existence même de la double fonction dans les droits français (section 1), et montrer également comment elle a émergé en Angleterre et en Allemagne (section 2).

Section 1. La double fonction de paiement et de réparation en droit français

Section 2. Les fonctions de paiement et de réparation au-delà du droit français

⁵⁰² Sur cette mission de rétablissement de la responsabilité contractuelle, v. *infra*, spéc. n° 113.

Section 1. La double fonction de paiement et de réparation en droit français

89. Droit à la prestation et droit à réparation : les deux intérêts de la responsabilité contractuelle. La première mesure satisfaisante, c'est le paiement au sens strict, c'est-à-dire l'exécution par laquelle le créancier obtient précisément la prestation prévue au contrat et de la manière dont elle devait lui être apportée. La satisfaction du créancier s'effectue bien souvent « en dehors » de la responsabilité contractuelle. Il apparaît dès lors tentant de transposer au niveau des remèdes la distinction des fonctions exposée : la compensation du dommage serait l'attribut de la responsabilité contractuelle, quand la satisfaction du créancier devrait nécessairement passer par une mesure d'exécution. C'est une vision qui serait défendable si le créancier ne disposait que d'une double option entre l'exécution forcée et la résolution. Les dommages et intérêts ne seraient alors qu'une mesure complémentaire, qui n'aurait plus à régler le sort du contrat mais seulement celui du créancier. La réalité est tout autre. Les dommages et intérêts constituent aujourd'hui un remède qui intervient aussi pour régler le sort du contrat. C'est à ce titre que le créancier peut réclamer des dommages et intérêts à hauteur de la valeur de la prestation inexécutée. Une telle condamnation appartient bien à la responsabilité contractuelle. Pourtant, elle ne s'intéresse pas au préjudice, mais à l'équilibre contractuel, si bien qu'elle joue finalement sur le même plan que l'exécution. A l'évidence, on n'accepterait pas qu'un créancier réclame à la fois l'exécution forcée de la prestation et des dommages et intérêts à hauteur de la valeur de cette prestation – à moins justement de formuler l'une en demande principale et l'autre en demande subsidiaire. C'est donc bien que l'on a conscience que « l'une vaut l'autre », que la responsabilité contractuelle, dans cette hypothèse, constitue un substitut, un « équivalent » de l'exécution.

La responsabilité contractuelle remplit ainsi une fonction satisfaisante, ou une fonction « de paiement » lorsque, sans même encore s'intéresser aux pertes qu'a pu souffrir le créancier, elle vient lui procurer un équivalent de la prestation que le contrat lui avait promise. Pour restaurer le plus parfaitement l'équilibre détruit par l'inexécution, il faut rétablir le créancier à la fois dans son droit à la prestation et dans son droit à réparation. Ce sont ces deux intérêts que couvre la responsabilité contractuelle : l'intérêt à la prestation proprement dite et l'intérêt compensatoire.

90. L'autonomie de la fonction de paiement par rapport à la fonction de réparation. Le plus souvent, les dommages et intérêts accordés au titre de la responsabilité contractuelle

font donc d'une pierre deux coups : ils « repaie » le créancier pour l'absence de prestation et réparent le préjudice consécutif à l'inexécution. Ainsi, le vendeur qui n'exécute pas son obligation de livrer un bien devra verser des dommages et intérêts à l'acheteur dont le montant couvrira non seulement la valeur du bien non livré (fonction de paiement) mais aussi la perte de jouissance ou de profit de l'acheteur (fonction de réparation). La fonction de paiement se trouve alors « absorbée » par la fonction de réparation et l'on considère, par extrapolation, que la perte de la prestation attendue du contrat constitue un préjudice que l'on indemnise à ce titre⁵⁰³.

Une telle approche est critiquable tant d'un point de vue théorique que pratique. La fonction de paiement et la fonction de réparation sont conceptuellement distinctes ; elles ne tendent pas vers le même but et n'ont pas le même sens. Un débat doctrinal récent est venu le pointer du doigt. Faisant de l'abolition du concept même de responsabilité contractuelle son cheval de bataille, un auteur⁵⁰⁴ a déclenché des réactions doctrinales passionnées qui, en quelques années à peine, formaient deux clans : les « partisans » de la responsabilité contractuelle d'une part, défendant sa vision réparatrice, et ses « adversaires » d'autre part (« détracteurs » disaient certains), attribuant aux dommages et intérêts contractuels une fonction d'exécution par équivalent⁵⁰⁵. Alors qu'elle cherchait à mettre en péril le concept de responsabilité contractuelle, cette controverse est surtout venue l'alimenter. C'est à elle que l'on doit, en France, la conceptualisation de la fonction de paiement.

Il y a du vrai et du faux dans les arguments avancés par les uns et les autres. Après avoir présenté les tenants et les aboutissants de la controverse (§1), il faudra encore effectuer la synthèse et présenter la vision que nous défendons de la place et du rôle qu'il convient d'attribuer à la fonction de paiement au sein la responsabilité contractuelle (§2).

⁵⁰³ Le mécanisme est très bien décrit par Geneviève Viney qui introduit l'exemple que nous venons de donner en notant que « il peut arriver que la valeur de la prestation inexécutée soit prise en compte pour calculer les dommages et intérêts. Il en est ainsi notamment lorsque la perte de cette prestation est l'une des composantes du dommage [...] », G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », chapitre V, rapport français, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 167 *op. cit.*, spéc. p. 169.

⁵⁰⁴ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.

⁵⁰⁵ Sur le partage actuel de la doctrine entre les deux thèses, v. *infra*, spéc. n° 95.

§1. La controverse relative au bien-fondé de la responsabilité contractuelle

91. L'actualité des questions soulevées à l'occasion du débat. La responsabilité contractuelle existe-t-elle ? Telle est la question qui a brulé les lèvres de la doctrine civiliste dans les années 1990-2000. Quel est le sens de cette question ? Que signifie « exister » ici ? A l'évidence, la responsabilité contractuelle n'est pas une réalité. C'est un concept, donc quelque chose de « construit ». Puisqu'il s'agit d'une construction, ce n'est pas son existence qui est en jeu, mais plus exactement son bien-fondé, sa pertinence. Les deux sont toutefois liés. Un concept ne doit son existence qu'à sa pertinence ; un concept erroné est un concept indésirable, à éliminer. Il y a donc deux questions qui se posent : la responsabilité contractuelle est-elle un concept pertinent ? Et par suite : la responsabilité contractuelle mérite-t-elle sa place dans le droit français des obligations ?

Il apparaît évident que ces deux questions n'ont pas perdu de leur actualité et présentent au contraire un intérêt singulier dans le contexte de la réforme en cours du droit français des obligations. Lorsque l'avant-projet Catala avait pris le parti de consacrer la responsabilité contractuelle, Pascal Ancel l'avait justifié comme un « choix de politique juridique » en faveur de la construction juridique « la plus opérationnelle », la « plus viable »⁵⁰⁶. A l'inverse, la responsabilité contractuelle était invalidée par le projet Terré qui proposait de « donner clairement pour fonction au règlement de l'inexécution la satisfaction des attentes légitimes des parties » selon le rapporteur des dispositions sur l'inexécution, Philippe Rémy⁵⁰⁷. Quant au projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats rendu public le 25 février 2015, il semble suivre, dans sa présentation, la démarche proposée par le projet Terré, en intégrant les dommages et intérêts aux remèdes à l'inexécution⁵⁰⁸. Toutefois, ces dispositions sont regroupées au sein d'une sous-partie qui laisse peu de chance de prospérer à l'exécution par équivalent puisqu'elle s'intitule « la réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle »⁵⁰⁹. Enfin, il est tout-à-fait possible que le deuxième pan de la réforme qui portera sur la responsabilité civile mentionne la responsabilité contractuelle à

⁵⁰⁶ P. ANCEL, « Présentation des solutions de l'avant-projet », *RDC*, 2007/1, p. 19, spéc. n° 2.

⁵⁰⁷ PH. REMY, « L'inexécution du contrat », in : *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRE, Dalloz, 2009, p. 253, spéc. p. 254.

⁵⁰⁸ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015, spéc. art. 1217 et s.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, titre de la sous-section 5, en tête de l'art. 1231.

l'occasion de la codification de la règle du non-cumul ou de l'adoption de règles générales communes aux deux ordres de responsabilité.

Les questions soulevées par la controverse des années 1990-2000 n'ont donc pas perdu de leur actualité. Après avoir présenté les acteurs qui les ont mises à jour (A), nous confronterons les arguments théoriques (B) et les arguments pratiques (C) avancés par chacun des partis.

A. Les acteurs

92. Les précurseurs : de Jérôme Huet à Philippe Le Tourneau. C'est à la brillante thèse de Jérôme Huet que l'on doit la mise en exergue de la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle :

« [...] contrairement à la responsabilité délictuelle, la responsabilité contractuelle remplit une double fonction de paiement et de réparation. En effet, il est indispensable de distinguer deux catégories de dommages-intérêts : d'un côté, ceux qui ont pour but de compenser l'absence de la satisfaction promise en vertu d'une convention, si bien qu'ils constituent un prolongement du droit au paiement dont est titulaire le créancier d'une obligation contractuelle non exécutée ; d'un autre côté, ceux qui tendent à remettre les choses en l'état après la survenance d'un dommage et donc à sanctionner le droit à réparation qui appartient à toute victime d'un manquement contractuel ou délictuel. »⁵¹⁰

La lecture de cette thèse a visiblement marqué Philippe Le Tourneau, qui se trouve être le premier auteur français à avoir mis en question le concept de responsabilité contractuelle⁵¹¹. Dans la troisième édition du traité sur la responsabilité civile, parue en 1982, Philippe Le Tourneau qualifie la double fonction de paiement et de réparation d'« habile distinction » à laquelle il ne peut néanmoins adhérer « parce que, pour [lui], il n'y a pas, à dire vrai, de responsabilité contractuelle », ni de fonction de réparation dissociable de la fonction de paiement⁵¹². Dès le premier paragraphe du manuel, il qualifie en effet la responsabilité contractuelle d'expression « plus imagée que juste », et introduit la notion d'« action en exécution par équivalent » au profit du créancier⁵¹³. Apparaît surtout un nouveau paragraphe au titre évocateur et dont voici un extrait (en italique dans l'original) :

⁵¹⁰ J. HUET, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, thèse Paris II, dacty., 1978, spéc. n° 11, p. 11.

⁵¹¹ V. toutefois déjà la thèse de R. DRAGU, *De l'exécution en nature des contrats*, op. cit., ainsi qu'un article contemporain de H. DE LA MASSUE, « De l'absence de novation dans la résolution de l'obligation contractuelle », *RTD civ.*, 1932, p. 377.

⁵¹² PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 3^e éd, 1982, n° 162.

⁵¹³ PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 3^e éd, 1982, n° 1. A partir de la 5^e édition (1998) il la qualifiera d'« expression imagée mais erronée » (n° 1), critiquant non plus son « imprécision » mais sa « fausseté » (n° 222) et proposera de parler du « régime de la défaillance contractuelle » (n° 4).

« 160. – Mise au point : nature du droit du créancier : droit d'exiger une exécution par équivalent.

[...] Ce que l'on nomme réparation, par habitude et sans trop y regarder, c'est en réalité *un mode d'exécution du contrat*, différent sans doute de celui qui était prévu (par équivalent) et souvent différé, mais mode d'exécution tout de même, ou, si l'on préfère, mode de paiement, puisque le paiement – faut-il le rappeler ? – est l'exécution d'une obligation quel qu'en soit l'objet.

[...] L'action en justice du créancier insatisfait assure ce que l'on pourrait appeler la « réalisation contentieuse » du contrat. [...] »⁵¹⁴

Dans les éditions suivantes du *Traité*, Philippe Le Tourneau fera disparaître l'expression responsabilité contractuelle du plan, puis du titre⁵¹⁵. Il s'appuiera finalement sur les arguments développés avec éloquence par le professeur Philippe Rémy quelques années après lui⁵¹⁶.

93. Philippe Rémy et la naissance d'un courant. Philippe Rémy a été pour ainsi dire le véritable instigateur de la controverse. Reprenant une idée qu'il avait déjà formulée en 1985 selon laquelle la responsabilité contractuelle « n'est jamais que l'obligation de fournir, par équivalent, la prestation que le contractant attendait spécifiquement du contrat »⁵¹⁷, Philippe Rémy se consacre en 1997 à une critique exégétique détaillée d'une erreur historique dont il préconise l'abandon. L'article adopte un titre provocateur : « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept »⁵¹⁸. Philippe Rémy y plaide pour un « retour au code » et une délimitation stricte du contrat, passant par l'abolition du concept de faute contractuelle, la disparition de l'obligation de sécurité et de la distinction des obligations de moyens et de résultat⁵¹⁹. Il conclut :

« Il me semble que le droit de la responsabilité ne retrouvera sa cohérence que débarrassé de la fausse « responsabilité contractuelle », et que le droit de l'inexécution contractuelle ne retrouvera sa simplicité que déchargé de sa fausse fonction de réparation. »⁵²⁰

⁵¹⁴ PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1982, n° 160.

⁵¹⁵ Dès la 4^e éd., Dalloz Action, 1996 pour ce qui est du plan, et avec déjà l'introduction d'un sous-titre à l'ouvrage distinguant « responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles » d'une part et « défaillances contractuelles et professionnelles » de l'autre. A partir de la 6^e éd., 2000, l'ouvrage ne s'intitule plus « droit de la responsabilité » mais « droit de la responsabilité et des contrats » ; Le Tourneau s'en explique dans la préface : « Cette solution s'est imposée à nous pour plusieurs raisons : d'abord, car nous rejetons la notion de responsabilité contractuelle [...] ».

⁵¹⁶ V. not. PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2014, spéc. n° 802 et s. ; *adde* du même auteur : « Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.*, 2007, p. 2180.

⁵¹⁷ PH. REMY, *chron.* à propos de Civ. 1^{ère}, 16 mai 1984, *Bull. civ.*, I, n° 165, p. 140 à la *RTD civ.*, 1985, p. 179, spéc. p. 180 ; *adde* du même auteur : « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures*, n° 31, 1996/1, p. 31, spéc. p. 40 et s.

⁵¹⁸ PH. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.

⁵¹⁹ *Op. cit.*, spéc. n° 47.

⁵²⁰ *Op. cit.*, spéc. n° 47.

A peine un an plus tôt, Denis Tallon dénonçait lui aussi l'utilisation erronée du concept de « faute contractuelle »⁵²¹ et plus généralement l'assimilation des deux ordres de responsabilité en ce qu'elle nuit à une présentation cohérente des remèdes à l'inexécution⁵²². D'autres auteurs viendront, à partir de la fin des années 1990, se greffer à ce nouveau courant⁵²³.

94. La réplique de Patrice Jourdain, Christian Larroumet et Geneviève Viney. La réplique des « défenseurs » de la responsabilité contractuelle ne s'est pas fait attendre. Immédiatement après la parution de l'article de Philippe Rémy, Patrice Jourdain saisit l'occasion des journées Savatier pour réfuter la thèse du « faux-concept »⁵²⁴. Il met l'accent notamment sur l'autonomie qu'a acquise la responsabilité contractuelle par rapport à l'exécution du contrat et qui apparaît légitime tant au regard de la fonction assumée par la responsabilité contractuelle, que de ses éléments constitutifs⁵²⁵. En 2001, Christian Larroumet⁵²⁶ et Geneviève Viney⁵²⁷ prennent à leur tour la plume. Si l'un et l'autre défendent la pertinence de la responsabilité contractuelle, ils n'ont pas la même vision de ce qu'elle devrait englober, le premier étant nettement plus « contractualiste ». Ils s'accordent toutefois à réfuter la thèse de l'erreur historique et défendent une institution en accord tant avec les textes du code civil et que la pratique contemporaine des tribunaux.

95. La doctrine contemporaine partagée entre plusieurs courants. Aujourd'hui, il apparaît difficile de qualifier la thèse de Philippe Rémy de marginale ou d'opinion minoritaire. De nombreux auteurs ont rejoint le camp des adversaires de la responsabilité contractuelle : Christian Atias⁵²⁸, Loïc Cadet⁵²⁹, Marianne Faure-Abbad⁵³⁰,

⁵²¹ D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in : *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, 1994, p. 429.

⁵²² D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 233.

⁵²³ V. *infra*, spéc. n° 95.

⁵²⁴ Sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, actes publiés sous le titre *Les métamorphoses de la responsabilité*, réf. à la note suivante.

⁵²⁵ P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in : *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1997, p. 65 ; *adde* : P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2014, spéc. p. 31 et s.

⁵²⁶ C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in : *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543.

⁵²⁷ G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in : *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 920, contribution reprise et approfondie dans G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 161 et s., p. 395 et s.

⁵²⁸ C. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, 5^e éd., Paris, Litec, 2010, spéc. n° 296 et s., p. 168 et s.

⁵²⁹ L. CADIEU, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », in : *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 495.

⁵³⁰ M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Paris, LGDJ, 2003, qui adopte toutefois une distinction parraine à celle du paiement et de la réparation entre l'inexécution des obligations principales et des obligations secondaires du contrat, sur laquelle v. également nos *dév. infra*, spéc. n° 162 et s. ;

Christian Lapoyade-Deschamps⁵³¹, Hervé Lécuyer⁵³², Laurence Leturmy⁵³³ et Pauline Rémy-Corlay⁵³⁴ notamment. Sans compter l'important (contre-)projet de réforme du droit des contrats dirigé par le professeur François Terré⁵³⁵.

Du côté de Patrice Jourdain, Christian Larroumet et Geneviève Viney, ce sont d'autres voix éminentes qui sont venu défendre la pertinence du concept de responsabilité contractuelle, telles celles de Pascal Ancel⁵³⁶, Philippe Brun⁵³⁷, Georges Durry⁵³⁸, Bertrand Fages⁵³⁹, Luc Grynbaum⁵⁴⁰, Yves-Marie Laithier⁵⁴¹ et, avec des nuances, Christophe Juillet⁵⁴² et Claude Ophèle⁵⁴³. D'aucuns vont encore plus loin et font revivre la thèse moniste qui voit dans l'inexécution une simple variété de la faute civile (Christophe Radé⁵⁴⁴) ou plaident pour une fusion des régimes contractuel et délictuel (Véronique Wester-Ouisse⁵⁴⁵).

Pour finir, la thèse intermédiaire de la double fonction de paiement et de réparation de la responsabilité contractuelle dédagée par Jérôme Huet n'a toujours pas dit son dernier mot.

adde du même auteur : « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D.*, 2007, p. 165.

⁵³¹ C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français », in : *Failure of contracts. Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences*, dir. F. D. ROSE, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 175.

⁵³² H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in : *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 643.

⁵³³ L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.*, 1998, p. 839, spéc. p. 867 et s.

⁵³⁴ P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *op. cit.*

⁵³⁵ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, v. not. les rapports explicites de PH. REMY, « Plan d'exposition et catégories du droit des obligations » p. 83, spéc. p. 100 et s., « L'inexécution du contrat », p. 253 et s. et « Les dommages et intérêts », p. 281 sur l'adoption de cette perspective.

⁵³⁶ P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 243, et du même auteur « Présentation des solutions de l'avant-projet », *op. cit.*

⁵³⁷ PH. BRUN, « Personnes et préjudice », *Revue générale de droit* [Ottawa] 2003 (33), p. 187, spéc. p. 203 et s.

⁵³⁸ G. DURRY, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *RCA hors-série*, Juin 2001, p. 20.

⁵³⁹ B. FAGES, *Droit des obligations*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, spéc. n° 306.

⁵⁴⁰ L. GRYNBAUM, « Responsabilité et contrat : l'union libre. Variations sur la responsabilité contractuelle, le préjudice corporel et les groupes de contrat », in : *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 409.

⁵⁴¹ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, spéc. n° 89.

⁵⁴² C. JUILLET, « La reconnaissance maladroite de la responsabilité contractuelle par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2011, p. 259 qui, plutôt que de vouloir abolir la responsabilité contractuelle, plaide pour le maintien de ses spécificités et le rejet de l'uniformisation des régimes contractuel et délictuel.

⁵⁴³ C. OPHELE, « Faute délictuelle et faute contractuelle », *RCA*, 2003, p. 21, qui accepte le concept de responsabilité contractuelle mais porte un regard critique sur la notion de « faute contractuelle » lorsqu'elle désigne la simple inexécution.

⁵⁴⁴ C. RADE, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.*, 1998, chron. p. 301.

⁵⁴⁵ V. WESTER-OUISSSE, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.*, 2010, p. 419.

Soutenue notamment⁵⁴⁶ par Mireille Bacache⁵⁴⁷, Eric Savaux⁵⁴⁸ et Philippe Stoffel-Munck⁵⁴⁹, c'est également celle que nous défendons.

Le débat se trouvant loin d'être clos, chacun peut encore se faire une opinion au regard des arguments théoriques et pratiques mis en avant par les adversaires et les partisans de la responsabilité contractuelle.

B. Les arguments historiques

1. L'émergence du concept

96. Domat, Pothier et Planiol. Selon Philippe Rémy, la responsabilité contractuelle serait le fruit d'une erreur historique. Il s'agirait d'une invention tardive de la doctrine, imputable principalement à Planiol, quand les auteurs de l'ancien droit, en particulier Domat et Pothier, avaient attribué aux dommages-intérêts contractuels une fonction exclusivement tournée vers l'exécution par équivalent⁵⁵⁰. C'est Geneviève Viney qui répond à cette critique historique le plus en détail⁵⁵¹. Reprenant les travaux de Domat et Pothier, elle montre qu'eux-mêmes considéraient les dommages-intérêts dans leur fonction de réparation et non comme une exécution par équivalent. Elle cite de nombreux exemples, souligne le vocabulaire de Domat dans les Lois civiles dans leur ordre naturel : « réparer » des « torts », « dédommag[er] »,

⁵⁴⁶ La double fonction est par ailleurs admise par plusieurs auteurs qui n'ont pas été directement impliqués dans la controverse, v. par ex. J.-S. BORGHETTI, « Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contractuelle », chron., *RDC*, 2006/4, p. 1217, spéc. p. 1219 ; PH. BRUN, « La réparation du dommage », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 129, spéc. p. 134 et 135 ; PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013, spéc. n° 1130 ; C. WITZ, « La faute contractuelle – Rapport français », in : *Droit français et droit brésilien, Perspectives nationales et comparées*, Actes du colloque réalisé dans le cadre de l' « Année de la France au Brésil », Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 659, spéc. p. 663.

⁵⁴⁷ M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, Traité de Droit civil*, dir. N. MOLFESSIS, t. 5, 2^e éd., Paris, Economica, 2012, spéc. n° 72 et s. ; M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *D.*, 2011, p. 1725.

⁵⁴⁸ E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.*, 1999, p. 1 et du même auteur « Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *RDC*, 2007/1, p. 45 ; adde E. SAVAUX, R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs, Réflexions à partir du contrat de bail », in : *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 271 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Paris, Sirey, 2015, spéc. n° 177 et s.

⁵⁴⁹ PH. STOFFEL-MUNCK, « chronique de contrats spéciaux », *Petites Affiches*, 2002, n° 230, p. 7, PH. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », *RDC*, 2003/1, p. 54 et *RDC*, 2004/2, p. 280, PH. STOFFEL-MUNCK, « La relativité de la faute contractuelle », *RDC*, 2007/2, p. 587, PH. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », *RDC*, 2009/1, p. 333, PH. STOFFEL-MUNCK, « Les sources des obligations », in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 282.

⁵⁵⁰ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, spéc. p. 328 et s.

⁵⁵¹ G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.*, spéc. p. 925 et s.

« indemnis[er] » qu'il rattache aux dommages-intérêts sans distinguer selon leur origine contractuelle ou délictuelle⁵⁵². Quant à Pothier, elle remarque que sa distinction entre dommages intrinsèques et extrinsèques⁵⁵³ est soumise à de nombreuses exceptions par l'auteur lui-même, en particulier la catégorie des « hommes de métier » (professionnels) qui sont tenus de réparer également les dommages extrinsèques⁵⁵⁴. Cette théorie n'a de plus, selon elle, qu'une fonction de « modération des dommages-intérêts » et nullement l'assimilation à une exécution par équivalent⁵⁵⁵. Geneviève Viney rejette enfin la paternité de « l'invention de la responsabilité contractuelle de l'âge moderne » que Philippe Rémy impute à Planiol⁵⁵⁶. Planiol a certes contribué à rapprocher les régimes contractuel et délictuel, mais il n'a pas inventé le concept de responsabilité contractuelle qui était déjà acquis, et il l'a même contrarié par sa défiance marquée envers l'obligation de sécurité⁵⁵⁷.

97. Un concept récent et évolutif. S'ils n'ont pas la même lecture des auteurs classiques, partisans et adversaires de la responsabilité contractuelle se rejoignent sur le caractère récent du concept de responsabilité contractuelle, ainsi que sur la mutation dont elle a fait l'objet. La responsabilité contractuelle est bien une invention tardive et il ne semble pas que la responsabilité contractuelle ait véritablement existé avant la thèse de Saintelette en 1884 qui se consacre à sa critique⁵⁵⁸. Par la suite, la responsabilité contractuelle a changé. Elle s'est rapprochée tout au long du XX^{ème} siècle de la responsabilité délictuelle en même temps que grandissait l'idée qu'il ne fallait pas traiter différemment des situations similaires quoiqu'elles aient surgi à l'occasion de l'exécution du contrat ou par des rencontres du hasard. Parmi les facteurs de cette évolution figure au premier rang l'obligation de sécurité, qui a déplacé sur le terrain contractuel des situations et des dommages qui s'apparentaient bien davantage au délit. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la remise en cause de la responsabilité contractuelle soit intervenue à peine quelques années après que la Cour de cassation a décidé de « décontractualiser » l'obligation de sécurité de moyens du transporteur ferroviaire⁵⁵⁹. Le contexte y était propice, la Cour de cassation ayant elle-même pris conscience des effets

⁵⁵² G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.*, spéc. p. 925.

⁵⁵³ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle éd. par J. Bernardi, t. 1, Paris, Letellier, 1805, spéc. n° 161 et s., v. à ce sujet *infra*, spéc. n° 154 et s.

⁵⁵⁴ G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.*, spéc. p. 928.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, spéc. p. 332.

⁵⁵⁷ G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.*, spéc. p. 929 et s.

⁵⁵⁸ C. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1884.

⁵⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, pourvoi n° 87-11.493, *Bull. civ.*, I, n° 118, p. 77, *D.*, 1991, p. 1, note PH. MALAURIE et p. 80, chron. C. MASCALA « Accidents de gare : le « déraillement » de l'obligation de sécurité » ; *RTD civ.*, 1989, p. 548, obs. P. JOURDAIN.

pervers de sa vision expansionniste de la responsabilité contractuelle⁵⁶⁰. Quoi qu'il en soit, la responsabilité contractuelle, telle qu'on l'entend aujourd'hui, est bien une invention récente. Toutefois, les rédacteurs du code n'avaient-ils pas déjà en tête *l'idée* de la responsabilité contractuelle ?

2. Les textes du Code

98. L'article 1142 favorable à la thèse de l'exécution. S'il est certes anachronique de parler de responsabilité contractuelle dans le code civil, il reste pertinent de se demander si, pour ses auteurs, la responsabilité remplissait une fonction de réparation analogue à la réparation délictuelle, ou s'il s'agissait au contraire d'un mode d'exécution par équivalent du contrat. Selon Philippe Rémy :

« Pour qui lit le Code et suit son plan, la « responsabilité contractuelle » est impensable »⁵⁶¹.

Non seulement les dommages et intérêts contractuels sont placés « à deux cent cinquante articles de distance » de la réparation des dommages, mais de surcroît l'art. 1142 les envisage bien comme un mode d'exécution puisqu'il prévoit que l'obligation de faire ou de ne pas faire « se résout », c'est-à-dire « se paie »⁵⁶², en dommages et intérêts⁵⁶³. Ce n'est donc pas un régime de responsabilité qu'envisage le Code civil, mais bien un régime d'exécution forcée : exécution en équivalent en général (art. 1142), sauf à ce que la loi autorise l'exécution en nature (art. 1143 et 1144)⁵⁶⁴.

La position de Denis Tallon est légèrement différente. Pour lui, c'est l'art. 1184 du Code qui, dans son alinéa second⁵⁶⁵, trace la clé de voûte du droit de l'inexécution en offrant

⁵⁶⁰ Effets pervers en ce sens que le contractant se trouvait finalement moins bien loti avec une obligation de sécurité lorsqu'elle n'était que « de moyens » que la victime hors-contrat qui profitait du régime plus favorable de la responsabilité du fait des choses – régime bloqué par la règle du non-cumul et dont les parties auraient pu tirer bénéfice si les tribunaux n'avaient pas décrété en premier lieu l'existence d'une pseudo-obligation de sécurité.

⁵⁶¹ PH. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. p. 41.

⁵⁶² A noter que ce synonyme proposé par Philippe Rémy n'est pas exempt de critique, Christophe Radé rappelant que « Pour le dictionnaire Robert [...], « résoudre » signifie « transformer un de ses éléments, ou faire disparaître » et « se résoudre » « aboutir (...) par une suite de transformations et un enchaînement de conséquences » [...] » avant de s'interroger : « Comment peut-on, dans ces conditions, assimiler « se transformer » et « s'exécuter » sans dénaturer le message délivré par l'art. 1142 c. civ. ? », C. RADE, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. p. 304.

⁵⁶³ PH. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. p. 41, repris également dans « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, spéc. p. 325.

⁵⁶⁴ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *op. cit.* et PH. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. p. 42.

⁵⁶⁵ Art. 1184, al. 2, 2^{ème} phrase du Code civil : « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. ».

au créancier « l'option première »⁵⁶⁶ entre « la vie et la mort du contrat »⁵⁶⁷ : l'exécution forcée ou la résolution. Si le contrat survit, le créancier pourra obtenir la prestation promise en nature ou par équivalent, selon les modalités envisagées aux art. 1142, 1143 et 1144 du Code⁵⁶⁸.

99. Les articles 1147, 1148 et 1149 et le droit des contrats spéciaux favorables à la réparation. Christian Larroumet propose une toute autre lecture du Code civil. Selon lui :

« Les rédacteurs du Code civil ont élaboré les principes d'une responsabilité contractuelle sans en avoir véritablement conscience. [...] L'article 1147 traite du fait dommageable imputable au débiteur, soit l'inexécution ou le retard dans l'exécution. Comme on le sait, c'est l'article 1149 qui traite du dommage dans ses différentes composantes non seulement quant à leur évaluation, mais aussi, bien entendu, quant à leur existence. Enfin, c'est à l'article 1148 qu'il revient d'envisager le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage en ce qu'il décide qu'il n'y a point lieu à indemnisation en cas de force majeure »⁵⁶⁹.

En bref : à l'art. 1147 le fait générateur de responsabilité, à l'art. 1149 le dommage et à l'art. 1148 le lien de causalité. Il y a certainement un peu d'artifice dans cette démonstration et l'on serait tenté d'opposer que le lien de causalité semble se situer davantage à l'art. 1151 dans l'exigence d'une « suite immédiate et directe » qu'à l'art. 1148. Indéniablement, cependant, l'art. 1149 est une disposition en faveur de la fonction de réparation. Comme le relève Geneviève Viney, celui-ci ne limite certainement pas les dommages et intérêts à un équivalent de la prestation, bien au contraire :

« [...] la fonction de réparation résulte explicitement de l'article 1149 qui prévoit que les dommages et intérêts doivent être mesurés non seulement à la « perte faite », sans distinguer, comme le faisait Pothier, entre la perte de la chose ou de la prestation promise et celle qui atteint éventuellement d'autres biens ou d'autres intérêts du créancier, mais aussi au « profit » dont ce dernier « a été privé », ce qui englobe, au-delà de la disparition de l'intérêt attendu du contrat, toutes les pertes de jouissance et d'exploitation consécutives à l'inexécution »⁵⁷⁰.

De surcroît, plusieurs dispositions relatives aux contrats spéciaux de vente, bail, prêt, dépôt ou mandat lient directement les dommages et intérêts au « préjudice » ou aux « pertes » occasionnés (art. 1611, art. 1721, al. 2, art. 1947, art. 2000), tandis que d'autres encore précisent que le débiteur qui n'exécute pas correctement le contrat « en répond », « en est responsable » ou même est tenu d'une « responsabilité » (art. 1732, art. 1733, art. 1734, art.

⁵⁶⁶ D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op. cit.*, spéc. p. 227.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, spéc. p. 234.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, spéc. p. 233 et s.

⁵⁶⁹ C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 546.

⁵⁷⁰ G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.*, spéc. p. 928.

1891, art. 1898, art. 1991, art. 1992, art. 1994, et d'autres)⁵⁷¹. Ce vocabulaire appliqué aux contrats les plus courants emporte la conviction, selon Geneviève Viney, que :

« [...] dès 1804, l'assimilation de l'inexécution du contrat à un cas de « responsabilité » était déjà dans l'air et qu'elle n'attendait, pour être officiellement admise, que la conceptualisation de la notion de responsabilité, laquelle n'interviendra que plus tard. »⁵⁷².

Quant à l'art. 1184 al. 2 du Code civil, mis en avant par Denis Tallon, selon Geneviève Viney il « démenti[t] formellement » la théorie de l'exécution par équivalent dès lors qu'il prévoit la possibilité de demander des dommages et intérêts en même temps que la résolution. De tels dommages et intérêts ne sauraient être qualifiés de « satisfaisants » quand précisément le créancier a renoncé de lui-même au bénéfice du contrat⁵⁷³. Philippe Rémy⁵⁷⁴ répondra à cet argument en se fondant sur « l'intérêt positif »⁵⁷⁵ auquel le créancier ne renonce pas quand bien même il renonce à l'exécution en nature du contrat⁵⁷⁶.

100. L'ambiguïté de l'article 1150. L'article 1150 du Code civil, enfin, est mis en avant tant par les détracteurs que par les défenseurs de la responsabilité contractuelle. Pour les premiers, l'exigence de prévisibilité témoigne de ce que l'allocation des dommages et intérêts dus à raison de l'inexécution « dépend du contrat et de l'attente légitime du créancier qui en fixe les limites »⁵⁷⁷. Autrement dit (en italique dans l'original) :

« [...] le « dommage prévisible » n'est ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée – l'avantage promis et non reçu. »⁵⁷⁸

L'argument suscite la perplexité des seconds : si dans l'esprit des législateurs de 1804 les dommages et intérêts étaient l'équivalent de la prestation prévue au contrat, pourquoi ont-ils trouvé nécessaire de préciser que ces dommages et intérêts devaient pouvoir être prévus lors du contrat ? Quel est l'intérêt d'une telle disposition, si elle ne vient pas *limiter* les dommages et intérêts, mais seulement *décrire* ce qui semblait être une position évidente à l'époque ? Mireille Bacache formule le paradoxe en ces termes :

⁵⁷¹ *Ibid.*, spéc. p. 928 et s.

⁵⁷² *Ibid.*, spéc. p. 929.

⁵⁷³ *Ibid.*, spéc. p. 928.

⁵⁷⁴ PH. REMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *La sanction du droit : mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 121.

⁵⁷⁵ Sur lequel v. *infra*, spéc. n° 203 et s.

⁵⁷⁶ Sur cette question du cumul de la résolution et des dommages et intérêts, v. également nos dév. *infra*, spéc. n° 206.

⁵⁷⁷ PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10^e éd., op. cit., spéc. n° 807.

⁵⁷⁸ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, spéc. p. 351.

« En effet, s'il s'agit uniquement d'exécuter par équivalent la prestation promise, cette exécution a forcément pour mesure celle qui était prévue puisque « *l'équivalent ne peut pas dépasser le promis* ». [...] L'article 1150 apparaît dans cette analyse comme une règle évidente, voire inutile [...]. En revanche, si les dommages et intérêts contractuels ont une véritable fonction indemnitaire, le débiteur responsable devrait en principe réparer tous les préjudices liés par un lien de causalité certain avec la faute contractuelle. L'article 1150 trouve alors tout son sens et acquiert une véritable valeur ajoutée puisqu'il limite la réparation au seul dommage prévisible. Le texte n'exprime plus une règle naturelle voire superfétatoire mais marque la spécificité du régime contractuel. Il ne traduit plus une différence de nature entre les dommages et intérêts délictuels et contractuels mais une simple différence de régime. »⁵⁷⁹

De surcroît, l'art. 1150 semble dépasser le cadre de la prestation objet du contrat lorsqu'il renvoie non seulement à ce qui était prévu mais aussi à ce qui était seulement *prévisible* lors de la conclusion. Enfin, l'application contemporaine de la disposition plaide nettement en faveur de la thèse réparatrice. Comme le reconnaît Philippe Rémy lui-même, les dommages et intérêts dus à raison de l'inexécution couvrent non seulement l'avantage escompté du contrat, ce que Pothier désignait comme le dommage intrinsèque, mais également les conséquences prévisibles de l'inexécution, qui sont des dommages extrinsèques⁵⁸⁰.

En somme, ni les auteurs classiques, ni les textes du code n'offrent une réponse convaincante à la question de savoir si les dommages et intérêts de la responsabilité contractuelle traduisent strictement une fonction de paiement ou exclusivement une fonction de réparation. Peut-être n'est-il d'ailleurs nul besoin de trancher ce débat historique. Car si l'on convient qu'il s'agit moins de prouver (ou démentir) *l'existence* que la *pertinence* de la responsabilité contractuelle, ce sont les arguments pratiques qui seront davantage susceptibles de faire pencher la balance.

C. Les arguments pratiques

1. Les faux problèmes de la faute et de la frontière contrat-délit

101. La « faute contractuelle ». Le concept de « faute contractuelle » est décrié par les adversaires de la responsabilité contractuelle, qui y lisent la déroute du mariage forcé des deux ordres de responsabilité⁵⁸¹. Comme l'explique Denis Tallon, la notion de faute contractuelle est inutile puisqu'elle recouvre exactement l'inexécution⁵⁸² et trompeuse dans la

⁵⁷⁹ M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », *op. cit.*, spéc. p. 1726.

⁵⁸⁰ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, spéc. p. 351.

⁵⁸¹ V. not. D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *op. cit.*

⁵⁸² *Ibid.*, spéc. p. 429.

mesure où cette inexécution ne suppose pas un comportement répréhensible du débiteur⁵⁸³. C'est certainement vrai, du moins pour le droit français⁵⁸⁴. Cependant, la question de la faute contractuelle fait figure de mauvais prétexte à l'abandon de la responsabilité contractuelle, dès lors que la notion n'a presque aucune portée pratique. C'est seulement dans des hypothèses circonstanciées que les tribunaux recourent à ce vocable : à propos de la faute du médecin⁵⁸⁵ ou de celle de l'avoué ou de l'avocat⁵⁸⁶ par exemple⁵⁸⁷. Cet usage semble refléter bien davantage un glissement du sens courant au vocabulaire juridique, qu'un emprunt du contrat au délit. En dehors de ces hypothèses, c'est plutôt au « manquement » ou à « l'inexécution » que les tribunaux font référence⁵⁸⁸. En tout état de cause, la qualification de faute n'a pas déteint sur son régime, et qu'on l'appelle ainsi ou autrement, c'est une simple inexécution imputable au débiteur qui est exigée. Parler de faute contractuelle est certainement inexact⁵⁸⁹, mais si le concept apparaît erroné, il est tout-à-fait possible d'y renoncer, sans que soit emportée dans sa chute l'institution entière de la responsabilité contractuelle.

102. La frontière contrat-délit. Une autre question doit être écartée du débat : celle de la frontière entre ce qui appartient au domaine du contrat et ce qui relève du délit. Ce n'est pas parce que l'on considère que l'inexécution du contrat entraîne la mise en jeu d'un mécanisme de responsabilité, autrement dit que l'on reconnaît le *concept* de responsabilité contractuelle, que l'on adhère dans la foulée et sans réserve au *contenu* qui lui est rattaché, avec plus ou moins d'artifice, par la jurisprudence. On peut plaider pour la reconnaissance de la responsabilité contractuelle et dans le même temps critiquer la tendance des juges à lui affilier des situations qui n'y ont pas leur place. Comme l'écrivait Jean Carbonnier dès 1957 :

⁵⁸³ *Ibid.*, spéc. p. 437.

⁵⁸⁴ Sur la faute en droit allemand, v. nos dev. *infra*, spéc. n° 40.

⁵⁸⁵ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1965, *Bull.*, n° 707, *JCP*, 1966, II, 14753, note R. SAVATIER ; Civ. 1^{ère}, 18 mars 1969, *Bull.*, n° 117, *Bull. civ.*, I, n° 37, *JCP*, 1970, II, 16422 note A. RABUT ; plus récemment : Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, pourvoi n° 09-69195, *Bull. civ.*, I, n° 200, *RTD civ.*, 2011, p. 128, obs. P. JOURDAIN.

⁵⁸⁶ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 4 mars 1980, pourvoi n° 78-15968, *Bull. civ.*, I, n° 72 (avoué) ; Civ. 1^{ère}, 8 juil. 1997, pourvoi n° 95-14067, *Bull. civ.*, I, n° 234 (avocat).

⁵⁸⁷ On pourrait ajouter la jurisprudence selon laquelle l'« obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la faute et le dommage », retenue à l'encontre des garagistes (par ex. Civ. 1^{ère}, 16 févr. 1988, pourvoi n° 86-14918, *Bull. Civ.*, I, n° 42, Civ. 1^{ère}, 2 févr. 1994, pourvoi n° 91-18764, *Bull. Civ.*, I, n° 41, *JCP G*, 1994, II, 22294, note P. DELEBECQUE, *RTD civ.* 1994, p. 613, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, pourvoi n° 95-16717, *Bull. civ.*, I, n° 279, p. 189) et plus rarement d'autres prestataires de service (V. not. Com., 22 mai 2002, pourvoi n° 99-11113, *Bull.* 2002, IV, n° 89, p. 95 et Civ. 3^e, 22 juin 2010, pourvoi n° 09-16199, inédit, tous deux à propos de sous-traitants d'ouvrage ; *contra* : Civ. 3^e, 15 mars 2011, pourvoi n° 10-15769, inédit), mais la faute dont il est alors question n'est en fait qu'une inexécution et le jeu automatique des présomptions, loin de rapprocher la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle, l'en démarque au contraire.

⁵⁸⁸ V. toutefois l'arrêt Civ. 3^e, 3 déc. 2003, pourvoi n° 02-18033, *Bull.*, III, n° 221, p. 196, *RTD civ.*, 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN ; *RDC*, 2004, p. 280, obs. PH. STOFFEL-MUNCK, dans lequel la Cour parle expressément de faute contractuelle à propos du bailleur qui n'a pas réalisé les réparations locatives.

⁵⁸⁹ Comp. nos dev. *infra*, spéc. n° 170.

« [...] ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité : l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat ; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 s. »⁵⁹⁰

Nous adhérons tant au plaidoyer pour une responsabilité contractuelle orientée vers l'intérêt du créancier à l'exécution⁵⁹¹ qu'à la critique du forçage du contrat. Cependant, il n'y a pas matière à éliminer la responsabilité contractuelle pour autant. Il est vain de blâmer la responsabilité contractuelle pour les maux dont elle souffre. Ce n'est pas le concept de responsabilité qui est à l'origine du gonflement artificiel du contenu (obligations de sécurité) et des bénéficiaires (stipulations tacites pour autrui) du contrat. Une série de facteurs de tous ordres y ont contribué : la multiplication des accidents corporels à l'heure de l'industrialisation et du machinisme, l'amélioration des conditions de vies (suite aux progrès de la médecine) qui a rendu de moins en moins acceptables les « coups du sort », la généralisation de l'assurance, et d'autres encore. S'il est un développement juridique à incriminer, c'est plutôt du côté de la responsabilité du fait des choses qu'il faut le chercher. Comme l'a démontré Jean-Sébastien Borghetti, la découverte d'un principe général de responsabilité du gardien, parce qu'elle a conduit les juges à consacrer la règle du non-concours, a contribué de manière non négligeable à la profusion des obligations de sécurité et à la confusion de la frontière entre contrat et délit⁵⁹². Rendre au délit ou aux régimes spéciaux des accidents⁵⁹³ la totalité de ce qui relève d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, indépendamment de leur qualité de contractant ou de tiers, est certainement un combat nécessaire. Mais le champ de bataille n'est pas celui du concept de responsabilité contractuelle.

Beaucoup plus pertinente est la question de savoir si l'on peut se passer de la démonstration d'un dommage pour octroyer des dommages et intérêts qui rempliraient une fonction de paiement.

2. La question centrale du dommage

103. La remise en cause de la fonction réparatrice des dommages et intérêts contractuels par la jurisprudence. Pour les adversaires de la responsabilité contractuelle,

⁵⁹⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens et les obligations*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1957, spéc. n° 197, p. 691.

⁵⁹¹ V. nos dév. détaillés en ce sens *supra*, spéc. n° 204 et s.

⁵⁹² J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.*, 2010, p. 1.

⁵⁹³ Nous pensons not. à la Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

puisque les dommages et intérêts ne remplissent pas une fonction de réparation, le dommage n'y a pas sa place. « Non-sens »⁵⁹⁴ réplique Christian Larroumet :

« Comment pourrait-on mesurer ce qui n'existe pas ? Les dommages-intérêts doivent correspondre au dommage subi dans ses différentes composantes, soit à la fois la perte éprouvée et le gain manqué. Il n'y a ni perte éprouvée, ni gain manqué en l'absence de préjudice et il n'y a rien à évaluer. »⁵⁹⁵

Pourtant, la Cour de cassation a relevé le défi et confirmé que l'octroi de dommages et intérêts pouvait se passer de la démonstration d'un quelconque préjudice. Elle l'a fait dans des hypothèses particulières qu'il convient de relater. Dans la première espèce, le propriétaire d'un local commercial reprochait au locataire d'avoir modifié les lieux en contravention aux clauses du bail, mais il ne pouvait démontrer ni une atteinte à la solidité de l'immeuble, ni une diminution de sa valeur locative, pas plus qu'une quelconque autre perte. La 3^e chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 novembre 1997 casse l'arrêt de la cour d'appel ayant refusé les dommages et intérêts au motif de l'absence de démonstration d'un préjudice. Au visa des articles 1143 et 1134, elle explique que « le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; qu'il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice de dommages-intérêts s'il y a lieu »⁵⁹⁶. En appuyant sa solution sur la force obligatoire des conventions (on suppose que c'est l'al. 1^{er} de l'art. 1134 qui est entendu) et en validant le recours aux dommages et intérêts en dehors de tout préjudice, la troisième chambre civile semble bien adopter une logique d'exécution par équivalent.

Un deuxième arrêt rendu par la même chambre confirme cette perspective. Un bailleur réclamait des dommages-intérêts au preneur qui avait manqué à son obligation d'effectuer les réparations locatives. Il n'avait néanmoins subi aucun dommage puisque, sans réaliser les travaux de remise en état, le bailleur avait revendu l'immeuble à un promoteur qui l'avait fait démolir. Dans un arrêt du 30 janvier 2002, la troisième chambre civile censure les juges du fond ayant refusé de ce chef l'indemnisation et affirme que « l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations ni à la justification d'un préjudice »⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 546.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ Civ. 3^e, 13 nov. 1997, pourvoi n° 95-21.311, *Bull. civ.*, III, n° 202, p. 136, *RTD civ.*, 1998, p. 124, obs. P. JOURDAIN.

⁵⁹⁷ Civ. 3^e, 30 janv. 2002, « Bolmont », pourvoi n° 00-15784, *Bull. civ.*, III, n° 17, p. 13, *LPA*, 2002, n° 30, p. 7, chron. PH. STOFFEL-MUNCK.

A peine un an plus tard, c'est la chambre sociale qui rejoint la troisième chambre civile dans un arrêt qui témoigne d'une réception encore plus nette de la thèse de l'exécution par équivalent. Des salariés d'une entreprise s'étaient vus allouer pour méconnaissance de la législation du travail relative à la délivrance de bulletins de salaire et de certificats de travail des indemnités qu'ils ne parvenaient pas à se faire payer, l'entreprise étant en liquidation judiciaire. L'organisme chargé de garantir le paiement de ces sommes refusait de les régler au motif qu'il ne s'agissait pas de sommes dues *en exécution du contrat de travail*, mais à raison d'une négligence de l'employeur. La Cour de cassation estima au contraire que « les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire »⁵⁹⁸. C'est certainement l'un des arrêts qui affirme le plus clairement sa faveur à l'assimilation des dommages-intérêts à une forme d'exécution par équivalent.

Cependant, ces arrêts sont restés isolés et, très rapidement, la Cour de cassation est revenue à une vision plus classique des dommages et intérêts contractuels.

104. Le retour à la fonction réparatrice des dommages et intérêts contractuels. C'est à l'occasion d'une affaire aux faits proches de celle qu'il lui avait été donné de trancher en janvier 2002 que la troisième chambre civile procéda à un revirement dès le 3 décembre 2003. Un bailleur se plaignait de l'« état lamentable » dans lequel le preneur avait quitté les locaux, traduisant un manquement à son obligation de restituer les lieux dans un état d'entretien permettant sa relocation. Cependant, en l'espèce, le bailleur avait non seulement trouvé un nouveau preneur à des conditions qui n'eurent pas été meilleures si les réparations avaient été faites, mais de surcroît ce dernier avait, à ses propres frais, pris en charge l'entière remise en état des locaux. La Cour de Cassation confirme alors le raisonnement de la Cour d'appel de Caen qui avait écarté toute indemnisation au motif que le bailleur n'avait pas apporté la démonstration d'une quelconque perte. Elle pose en termes généraux que : « des dommages-intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle »⁵⁹⁹. C'est le retour de la fonction indemnitaire des dommages-intérêts contractuels. Non seulement le régime, mais aussi le vocabulaire de la responsabilité réapparaissent. La deuxième chambre civile reprendra l'un et l'autre lorsque, par un arrêt du 11 septembre 2008, elle rappellera que l'octroi de dommages et intérêts

⁵⁹⁸ Soc., 4 déc. 2002, pourvoi n° 00-44303, *Bull.*, V, n° 368, p. 363, *RTD civ.*, 2003, p. 711, obs. P. JOURDAIN, *RDC*, 2003/1, p. 54, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

⁵⁹⁹ Civ. 3^e, 3 déc. 2003, pourvoi n° 02-18033, *Bull.*, III, n° 221, p. 196, *RTD civ.*, 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN ; *RDC*, 2004, p. 280, obs. PH. STOFFEL-MUNCK

suppose l'existence d'un dommage que la « faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même »⁶⁰⁰.

105. L'exception : la violation de l'obligation de ne pas faire. Il reste toutefois une exception qui trouve sa source dans le Code civil. L'art. 1145 prévoit en effet que :

« Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention. »

A première vue, il semble bien que cet article autorise le créancier à prétendre à des dommages et intérêts sans avoir aucune autre preuve à rapporter que la violation de l'obligation, autrement dit l'inexécution. La première chambre civile a toutefois proposé une interprétation différente permettant de maintenir l'exigence du préjudice et ce même quand la troisième chambre civile et la chambre sociale, par un mouvement inverse, semblaient réceptives à la thèse de l'exécution par équivalent. La première chambre civile décida ainsi, dans un arrêt du 26 février 2002, que « l'article 1145 du Code civil, qui dispense de la formalité de mise en demeure lorsque le débiteur a contrevenu à une obligation de ne pas faire, ne dispense pas celui qui réclame réparation de la contravention à cette obligation d'établir le principe et le montant de son préjudice »⁶⁰¹. Il fallait donc comprendre « par le seul fait de la contravention » comme écartant la mise en demeure, mais pas la démonstration du dommage. Finalement, cette formation a changé de cap. D'abord par un arrêt du 10 mai 2005, elle casse l'arrêt d'une Cour d'appel ayant refusé de donner effet à une clause de non-concurrence et de prononcer des dommages et intérêts pour sa violation constatée⁶⁰². Ensuite dans un arrêt du 31 mai 2007, elle évince le raisonnement d'une Cour d'appel qui avait refusé le bénéfice de dommages et intérêts à un médecin arguant de la violation d'une clause de non-concurrence par son ex-associé au motif qu'il n'avait pas rapporté la démonstration d'un préjudice⁶⁰³. Dans les deux arrêts, la motivation est lapidaire – l'art. 1145 en visa et son texte en attendu de principe – mais explicite : nulle démonstration d'un préjudice n'est désormais nécessaire en cas de manquement à une obligation contractuelle de ne pas faire.

106. Synthèse. Il y a donc bien une différence pratique de taille selon que l'on voit dans les dommages et intérêts une exécution par équivalent ou une réparation : la première renonce à

⁶⁰⁰ Civ. 2^e, 11 sept. 2008, pourvoi n° 07-20857, *Bull.*, II, n° 191, *RDC*, 2009, p. 77, obs. O. DESHAYES.

⁶⁰¹ Civ. 1^{ère}, 26 févr. 2002, pourvoi n° 99-19053, *Bull. civ.*, I, n° 68, p. 51, *RTD civ.*, 2002, p. 809, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *LPA*, 2002, n° 30, p. 7, chron. PH. STOFFEL-MUNCK.

⁶⁰² Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, pourvoi n° 02-15910, *Bull.*, I, n° 201, p. 170, *RTD civ.*, 2005, p. 594, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 600, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2006, I, 111, n° 3 obs. P. STOFFEL-MUNCK.

⁶⁰³ Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, pourvoi n° 05-19978, *Bull.*, I, n° 212, *D.*, 2007, p. 1725, obs. I. GALLMEISTER, p. 2784, note C. LISANTI et p. 2974, chron. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP G*, 2007, I, 185, n° 3, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

la condition d'un préjudice dont la seconde ne saurait se passer. Pour ce qui est de l'état actuel de la jurisprudence, il faut conclure qu'à l'exception des obligations de ne pas faire dont la violation est sanctionnée par une mesure qui n'est pas une réparation, qui n'exige pas la démonstration d'un préjudice et qui s'appuie sur une disposition spéciale du Code civil, le régime général de la responsabilité contractuelle, lui, constitue bien une mesure indemnitaire et repose sur le même triptyque de conditions que la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle : un manquement (que l'on peut, ou non, appeler faute⁶⁰⁴), un dommage et un lien de causalité entre l'un et l'autre. Pour les dommages et intérêts « classiques » de la responsabilité contractuelle, on peut donc exclure la qualification d'exécution par équivalent et adhérer au concept de responsabilité contractuelle.

Une autre différence de régime est susceptible d'être impliquée par la qualification des dommages et intérêts en exécution par équivalent plutôt qu'en véritable responsabilité. Il s'agit de la mise en œuvre de la prescription, qui illustre la question plus large du point de départ de l'action en dommages et intérêts.

3. La prescription et la date de naissance de la dette de dommages et intérêts

107. Point de départ de la prescription et nature de la dette de dommages et intérêts.

La relation entre le point de départ de l'action en dommages et intérêts et la nature de la responsabilité contractuelle n'a pas fait l'objet de grands débats comme à propos du préjudice. Pourtant, l'un et l'autre sont liés, ce qu'a fort justement relevé Jean-Sébastien Borghetti :

« à travers la question du point de départ de l'action en responsabilité contractuelle, c'est en fait celle de la nature de cette responsabilité qui se pose [...] Si la responsabilité contractuelle n'existe pas vraiment et si ce que l'on nomme ainsi vise seulement à permettre au créancier d'obtenir l'équivalent de la prestation promise par le débiteur, alors le point de départ du délai de prescription devrait être le moment auquel l'obligation est devenue exigible [...] Au contraire, si la responsabilité contractuelle [...] a bien une dimension de réparation du dommage causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat, alors il faut considérer que l'obligation de réparer naît avec la survenance du dommage. Dans ce cas, [...] le point de départ de l'action en responsabilité contractuelle doit être fixé au moment où le dommage s'est manifesté et où la victime a donc été en mesure d'intenter l'action. »⁶⁰⁵

Comme explique cet auteur, si l'on favorise la thèse de l'exécution et que l'on fixe le point de départ à l'exigibilité de la dette initiale d'exécution, on risque de faire obstacle à l'indemnisation du créancier passé le délai de la prescription. A l'inverse, si l'on retarde le point de départ de la prescription au moment de la survenance du dommage, c'est l'exécution

⁶⁰⁴ V. *infra*, spéc. n° 170.

⁶⁰⁵ J.-S. BORGHETTI, « Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 1218 et 1219.

par équivalent qui pourra être réclamée tardivement, quand l'exécution en nature, elle, pourrait ne plus être recevable⁶⁰⁶. La jurisprudence a semblé hésiter. La première solution a été favorisée au moins une fois par la troisième chambre civile⁶⁰⁷, mais c'est la deuxième, préférée de la chambre sociale⁶⁰⁸, qui s'est finalement imposée par la voie législative. La réforme du droit de la prescription⁶⁰⁹ a en effet introduit un art. 2224 aux termes duquel :

« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »⁶¹⁰

Ce principe se montre favorable à la thèse de la réparation puisque c'est au plus tôt⁶¹¹ une fois l'inexécution constatée que l'on est en mesure d'intenter l'action en dommages et intérêts, et non dès l'instant que l'obligation est devenue exigible. La question de la nature de la responsabilité pourrait toutefois resurgir à propos de l'application du nouvel art. 2232 du Code civil qui, lui, prévoit un délai butoir de vingt ans « à compter du jour de la naissance du droit »⁶¹². Quelle est la date de naissance du droit à dommages et intérêts ? L'exigibilité de l'obligation prévue au contrat ou l'inexécution ? La question reste entière et nous y reviendrons⁶¹³.

Finalement, il est difficile de se laisser convaincre pleinement par l'une ou l'autre théorie. La fonction de paiement repose sur des appuis théoriques séduisants (systématique du code, fidélité aux prévisions des parties) et trouve même quelques illustrations dans la pratique. La vision réparatrice de la responsabilité contractuelle a pour elle une (apparente ?) simplicité et elle décrit visiblement mieux la réalité jurisprudentielle contemporaine. En fait, les deux fonctions coexistent et c'est ce qui fait la richesse de la responsabilité contractuelle.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, spéc. p. 1220.

⁶⁰⁷ Civ. 3^e, 14 juin 2006, pourvoi n° 05-14181, *Bull.*, III, n° 151, p.125 : « le point de départ du délai à l'expiration duquel une action ne peut plus être exercée se situant à la date d'exigibilité de l'obligation qui lui a donné naissance, la prescription ne pouvait avoir commencé à courir avant la date de la vente ».

⁶⁰⁸ Soc., 18 déc. 1991, pourvoi n° 88-45083, *Bull.*, V, n° 598, p. 372 ; Soc., 1^{er} avril 1997, pourvoi n° 94-43381, *Bull.*, V, n° 130, p. 95 ; Soc., 26 avril 2006, pourvoi n° 03-47525, *Bull.*, V, n° 146, p. 142, cités (pour les deux premiers) et commenté (pour le dernier) par J.-S. BORGHETTI, « Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 1218.

⁶⁰⁹ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JORF*, n° 0141 du 18 juin 2008, p. 9856.

⁶¹⁰ Art. 2224 du Code civil.

⁶¹¹ Comme le souligne Jean-Sébastien Borghetti, il faut même souvent attendre jusqu'à la réalisation du dommage pour que le créancier prenne la mesure de la situation et constate l'inexécution, v. J.-S. BORGHETTI, « Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 1222.

⁶¹² Art. 2232, al. 1^{er} du Code civil : « Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. ».

⁶¹³ V. *infra*, spéc. n° 192 et s. ; v. à ce sujet not. les actes du colloque organisé par le Centre d'études et de recherche en droit des affaires et de gestion (CEDAG) de l'Université Paris Descartes le 25 mars 2004, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance des créances », *LPA*, 9 nov. 2004.

§2. Du sens véritable des fonctions de paiement et de réparation

108. La fonction de paiement n'est pas une mesure d'exécution, elle appartient à la responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle remplit une double fonction de paiement et de réparation. Ce constat ne semble pas, à première vue, apporter une simplification de notre droit. Ne serait-il pas plus aisé de considérer la responsabilité contractuelle de manière restrictive comme la réparation du préjudice contractuel et laisser à l'exécution la fonction de paiement, le cas échéant sous toutes ses formes, pécuniaires et en nature ? Autrement dit : pourquoi ne pas considérer que les dommages et intérêts, lorsqu'ils accomplissent une fonction de paiement, constituent eux-mêmes une mesure d'exécution ? Là n'est malheureusement pas une solution miracle au désordre ambiant de la responsabilité contractuelle. Les dommages et intérêts remplissant une fonction de paiement ne traduisent pas une mesure d'exécution ; ils ne sont pas une « exécution par équivalent » (A). Il s'agit au contraire de dommages et intérêts qui, par leur nature, sont indissociables de la responsabilité contractuelle (B).

A. Le rejet du concept d'exécution par équivalent

1. La pertinence d'une définition large de l'exécution

109. Le paiement défini comme la satisfaction objective du créancier. Peut-on considérer que les dommages et intérêts assurent au créancier l'avantage, la satisfaction attendue du contrat et constituent dès lors un paiement ? La difficulté est double, mais le premier obstacle peut être résolu de manière convaincante par une étude des critères distinctifs du paiement. Il s'agit du problème suivant : du point de vue du débiteur, payer des dommages et intérêts n'a rien avoir avec exécuter une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. C'est la même objection que relevait Geneviève Viney lorsqu'elle adressait la difficulté de qualification du remplacement de l'article 1144 du Code civil en exécution ou en réparation : certes le créancier obtient ce qu'il voulait, mais le débiteur, lui, est condamné au versement d'une somme d'argent, ce qui n'a rien à voir avec ce à quoi il s'était engagé⁶¹⁴. Comment trancher ce dilemme ? Tout dépend du point de savoir si le caractère

⁶¹⁴ G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », art. préc., spéc. p. 193 : « Cette question de qualification ne laisse pas, à vrai dire, d'être embarrassante car si, dans l'optique du créancier, le « remplacement » paraît se rattacher à l'exécution puisqu'il lui permet d'obtenir le bénéfice de la prestation promise, vu du côté du débiteur, il ressemble, en revanche, à s'y méprendre, à une

satisfaisante s'apprécie du point de vue débiteur ou du point de vue du créancier. Nicole Catala, dans une thèse consacrée à la nature juridique du paiement, écrit que :

« l'élément essentiel d'une obligation réside moins dans ce que le débiteur fournit que dans ce que le créancier reçoit. »⁶¹⁵

Pour s'en rendre compte, il suffit de constater le traitement que le droit français réserve au paiement par un tiers :

« En déclarant équivalent au paiement par le débiteur le paiement par un tiers, la loi paraît n'avoir pris en considération que l'avantage objectif auquel le créancier peut prétendre. Elle considère qu'il doit s'estimer satisfait dès que cet avantage lui est fourni, quelle que soit la manière dont il lui est fourni. »⁶¹⁶

Autrement dit : « le paiement suppose une prestation conforme à l'objet de l'obligation »⁶¹⁷, mais il n'est pas contraignant quant aux moyens, pour le débiteur, d'y parvenir. Nicole Catala parle en ce sens de « satisfaction objective du créancier »⁶¹⁸.

La démonstration est reprise par Mme Roujou de Boubée⁶¹⁹. Dès lors que « le créancier reçoit l'objet même de la prestation à laquelle il avait droit » et peu importe la manière dont il lui est apporté, c'est la qualification d'exécution qui doit être retenue⁶²⁰. Ou formulé de manière très similaire par un autre auteur :

« Il y a exécution chaque fois que le créancier reçoit sa créance, peu importent les modalités par lesquelles il entre dans ses droits »⁶²¹.

110. La portée limitée de la redéfinition du paiement. Définir l'exécution comme la satisfaction objective du créancier permet d'écarter l'argument selon lequel *pour le débiteur* les dommages et intérêts ne sont pas identiques à une exécution. Il devient alors possible de qualifier d'exécution toutes les mesures par lesquelles le créancier obtient bien ce qui lui avait été promis, mais d'un tiers, par exemple. Cela conforte l'analyse qui a été faite, au début de

réparation puisqu'il se traduit par le versement d'une somme d'argent destinée à rétablir la situation provisoirement compromise par sa résistance injustifiée. »

⁶¹⁵ P. WIGNY, « Responsabilité contractuelle et force majeure », *RTD Civ.*, 1935, p. 19, spéc. p. 31, cité par M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, spéc. p. 149.

⁶¹⁶ N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, LGDJ, 1961, spéc. p. 264.

⁶¹⁷ *Ibid.*, spéc. p. 258.

⁶¹⁸ *Ibid.*, spéc. p. 264.

⁶¹⁹ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, spéc. p. 149.

⁶²⁰ *Ibid.*, spéc. p. 146.

⁶²¹ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, spéc. p. 60 et 61 qui ajoute : « La théorie de l'exécution ne se réduit pas, en matière contractuelle, à la condamnation du débiteur à exécuter la prestation promise. Elle englobe aussi toutes les condamnations qui permettent au créancier d'obtenir l'objet de l'obligation violée, que son droit soit reconstruit grâce à l'intervention du débiteur ou à celle d'un tiers, au moyen d'une prestation matérielle identique à celle initialement prévue ou d'une prestation différente. »

l'étude, des sanctions du remplacement et de la destruction⁶²². En revanche, cette redéfinition de l'exécution ne résout pas le second obstacle que soulève l'assimilation des dommages et intérêts à un paiement. Ce second obstacle peut être formulé ainsi : peut-on considérer les dommages et intérêts de satisfactoirs alors même que le créancier reçoit *autre chose que ce qui lui avait été promis* ? Une fois acquis que c'est du point de vue du créancier que doit s'apprécier le caractère satisfactoire de la mesure, les dommages et intérêts sont ils, *pour le créancier* cette fois, une exécution ? La réponse à apporter à cette question est négative, et c'est la raison pour laquelle le concept d'exécution par équivalent doit nécessairement être abandonné.

2. L'impossible assimilation des dommages et intérêts à une exécution

111. L'irrecevabilité du concept d'« exécution par équivalent ». Le recours à l'expression « exécution par équivalent » est impropre à désigner la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle, car les dommages et intérêts ne sont pas une mesure d'exécution. Pour le créancier, recevoir des dommages et intérêts n'est pas recevoir l'exécution. Il se peut que la manière dont la satisfaction est procurée au créancier soit indifférente du point de vue du débiteur. Il n'en demeure pas moins que, du point de vue du créancier, les dommages et intérêts ne sont pas une exécution. A l'inverse de l'exécution, que les anglais qualifient d'ailleurs de remède spécifique (*specific relief*), les dommages et intérêts constituent toujours un remède *générique*. Rien n'oblige le créancier à se procurer effectivement un substitut à l'exécution avec l'argent qu'il obtient à titre de dommages et intérêts⁶²³. L'exemple des arrêts cités relatifs aux réparations locatives en fournissent une illustration flagrante : le bailleur ne pourrait pas, même s'il le voulait, utiliser la somme perçue à titre de dommages et intérêts pour procéder aux réparations. Dans l'une hypothèse, il n'est plus le propriétaire du bien et dans l'autre, ces réparations sont déjà intervenues. Il en va de même en cas de violation d'une clause de non-concurrence : l'indemnisation perçue par l'avocat ou le médecin ne lui permettra pas de « regagner » sa clientèle. Et même lorsqu'il est *possible* pour le créancier de se procurer un équivalent, il n'y sera pas obligé. A l'inverse d'une avance de frais que l'on peut trouver en matière d'exécution, il n'y a aucun contrôle de l'affectation des dommages et intérêts⁶²⁴. La somme d'argent octroyée à titre de dommages et intérêts ne sera pas nécessairement utilisée pour réaliser les objectifs du contrat, si bien que

⁶²² V. *supra*, spéc. n° 66 et s.

⁶²³ V. en détails *infra*, spéc. n° 194.

⁶²⁴ V. *infra*, spéc. n° 194.

l'assimilation à une « réalisation contentieuse du contrat »⁶²⁵ n'est pas possible. Les dommages et intérêts sont par nature différents d'une exécution. C'est cette nature particulière de la sanction qui est occultée lorsque l'on parle d'« exécution par équivalent ».

112. Le sens de la fonction de paiement. Même quand ils sont orientés vers la satisfaction du créancier et qu'ils visent à lui procurer un équivalent en argent de ce que le contrat lui promettait, les dommages et intérêts ne sont pas une « exécution par équivalent ». Ils remplissent une *fonction* de paiement, mais ils ne sont pas un paiement. La dette de dommages et intérêts peut traduire l'obligation du débiteur d'exécuter. Elle peut avoir pour fonction d'apporter un substitut à l'exécution. Elle n'en demeure pas moins distincte du paiement par sa nature particulière, qui est celle d'une sanction en dommages et intérêts.

Ainsi, la fonction de paiement n'entraîne pas une exécution par équivalent, mais bien des dommages et intérêts, remède à l'inexécution appartenant au droit de la responsabilité contractuelle.

B. La combinaison des fonctions de paiement et de réparation

113. Le paiement et la réparation réunis dans la mission de rétablissement de la responsabilité. La responsabilité contractuelle a pour objectif général le *rétablissement* du créancier : elle doit replacer celui-ci dans une situation la plus proche possible de celle qui eût été la sienne si le contrat avait été dûment exécuté. Or, la responsabilité contractuelle ne rétablira entièrement le créancier que si elle offre une compensation à ses dommages *et* un substitut à la prestation non- ou mal exécutée. La fonction de rétablissement de la responsabilité contractuelle vise la compensation des pertes subies par le créancier du fait de l'inexécution, mais elle implique également de prendre en compte la valeur de la prestation même qui fait défaut. Si, par exemple, une entreprise ne reçoit pas la machine qu'elle a commandée, elle va subir des pertes dans sa production. Ces pertes et gains manqués constituent le dommage que la responsabilité contractuelle, dans sa fonction de réparation, a pour objet de compenser. Cependant, à moins que la machine soit finalement livrée, cela ne suffira pas à replacer le créancier dans la position qui eut été la sienne si le contrat avait été dûment exécuté. Il faut encore que le créancier obtienne effectivement l'intérêt attendu du contrat : la machine ou un équivalent en argent. Autrement dit, le rétablissement du créancier

⁶²⁵ Selon l'expression consacrée par PH. LE TOURNEAU, apparue pour la première fois dans PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 3^e éd, 1982, n° 160 et reprise dans la dernière édition du *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10^e éd., *op. cit.*, au n° 807.

suppose non seulement de compenser son dommage, mais aussi de couvrir la prestation qui est restée inexécutée : c'est ce que font les dommages et intérêts à fonction de paiement. Ceux-ci pourront être réinvestis par le créancier dans la production, par exemple par l'achat d'une autre machine, mais ne le seront pas obligatoirement puisque l'affectation des dommages et intérêts reste libre⁶²⁶. Le rétablissement effectif et complet du créancier sera atteint quand celui-ci aura acquis un substitut en argent de la prestation non fournie (fonction de paiement) *et* une compensation pécuniaire pour les pertes subies et les gains manqués (fonction de réparation). Les dommages et intérêts à fonction de paiement participent donc bien à la mission de rétablissement de la responsabilité contractuelle.

La double fonction de paiement et de réparation de la responsabilité contractuelle n'est d'ailleurs pas le propre du droit français. On la retrouve également, de manière originale, dans les droits anglais et allemand, vers lesquels il convient maintenant de se tourner.

⁶²⁶ V. sur ce point *infra*, spéc. n° 194.

Section 2. Les fonctions de paiement et de réparation au-delà du droit français

114. De la doctrine anglaise au législateur allemand. Il serait trompeur (et franco-français) d'imaginer que des questions théoriques telles que la fonction remplie par les dommages et intérêts contractuels n'intéressent que la doctrine française. Pour commencer, la polémique sur la pertinence de la responsabilité contractuelle a fait raisonner ses échos Outre-Atlantique, où elle est allée tourmenter nos collègues Québécois⁶²⁷. Plus près de nous, la doctrine anglaise a été nourrie par des débats qui ont soulevé peu ou prou les mêmes interrogations sur la nature et la fonction des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution. Il semble qu'elle se dirige, comme en France, vers l'admission répandue d'une double fonction de substitut à l'exécution et de compensation des dommages remplie par les *damages*.

A l'inverse, nous n'avons pas trouvé pareille préoccupation dans la doctrine allemande. Faut-il la chercher du côté du législateur ? La récente réforme du droit des obligations a introduit une distinction entre deux formes de dommages et intérêts qui n'est pas sans rappeler la dualité de fonctions que nous exposons : les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation (*Schadenersatz statt der Leistung*) et les dommages et intérêts en marge de la prestation (*Schadenersatz neben der Leistung*). Après avoir décrit l'émergence de la double fonction dans la doctrine anglaise (§1), il s'agira de présenter ce régime binaire des dommages et intérêts allemands pour le confronter à la théorie du paiement et de la réparation (§2).

§1. L'émergence de la double fonction dans la doctrine anglaise contemporaine

115. De la reconnaissance du *performance interest* à la double fonction des dommages et intérêts contractuels. Comme l'a relevé Andrew Burrows, la doctrine anglaise ne s'intéresse véritablement aux dommages et intérêts que depuis quelques dizaines

⁶²⁷ V. D. GARDNER, B. MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », *Les cahiers De Droit*, Laval, 2007, 48 C. de D. 543 et la réplique de P.-G. JOBIN, « Amputer la responsabilité contractuelle ? Une tourmente inutile et néfaste », *Les cahiers De Droit*, Laval, 2009, 50 C. de D. 3.

d'années⁶²⁸. Jusqu'aux années 1960, la question du *quantum* des dommages et intérêt était perçue comme une question factuelle et les principes directeurs régissant la matière étaient maigres. Aujourd'hui, les esprits bouillonnent autour de la question des dommages et intérêts, de leur étendue, de leur variété, de leur visée, notamment en matière contractuelle. A quoi servent les dommages et intérêts octroyés en cas de *breach* ? Comment sont-ils évalués ? Que cherchent-ils à compenser ? Et font-ils autre chose que compenser ? Ou formulé en des termes très proches de ceux que l'on a pu lire dans la doctrine française :

« Les remèdes contractuels devraient-ils chercher en premier lieu à donner effet à un droit à l'exécution conféré par le contrat ? Ou à réparer la faute d'inexécution par la compensation des dommages qui en résultent ? »⁶²⁹

Les réponses à ces questions dépendent directement de la manière dont on perçoit le contrat lui-même (et influencent d'ailleurs cette perception en retour). Dans son célèbre essai « *Contract Theory* », Stephen A. Smith oppose deux manières d'appréhender le contrat et, partant, de concevoir les remèdes à l'inexécution : les *right-based approaches*, qui postulent que le contrat crée un droit à l'exécution auquel les remèdes à l'inexécution doivent donner effet et les *utilitarian* ou *efficiency approaches*, qui situent l'assise du droit des contrats dans leur utilité et leur efficacité, d'un point de vue économique notamment⁶³⁰. La deuxième école joue un rôle important dans la théorie de l'*efficient breach* et nous aurons l'occasion de revenir vers ces deux conceptions opposées lorsque nous étudierons la violation lucrative du contrat⁶³¹. La perception du contrat comme créant un droit à l'exécution est celle qui va nous intéresser ici. L'idée selon laquelle les dommages et intérêts sont orientés vers l'intérêt à l'exécution (*performance interest*) et constituent un moyen de faire valoir un droit à l'exécution né du contrat est de plus en plus largement admise par la doctrine anglaise (A). Depuis quelques années, des auteurs sont allés plus loin et ont cherché à combiner la vision des *damages* comme un substitut à l'exécution avec celle, plus classique, d'un outil de compensation des pertes subies et des gains manqués du créancier. Ils ont ainsi mis en avant une double orientation des dommages et intérêts contractuels qui présente d'étonnantes similitudes avec la double fonction dégagée par la doctrine française (B).

⁶²⁸ A. BURROWS, « Damages and Rights », in : *Rights and Private Law*, dir. D. Nolan, A. Robertson, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 275, spéc. p. 276.

⁶²⁹ J. MORGAN, *Great Debates in Contract Law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, spéc. p. 231, trad. libre de : « Should contract remedies primarily be concerned with the enforcement of the right to contractual performance? Or with redressing the wrong of breach, by compensating the losses flowing from it? »

⁶³⁰ S. A. SMITH, *Contract Theory*, Oxford, OUP, 2004, *passim.*, à propos des *remedies* spéc. p. 388 et s.

⁶³¹ V. *infra*, spéc. n° 435 et s.

A. De l'intérêt à l'exécution au droit à l'exécution

1. Les intérêts contractuels de Fuller et Perdue et les critiques de Daniel Friedmann

116. Restitution, reliance et expectation interest selon Fuller et Perdue. L'article de Lon L. Fuller et William R. Perdue paru en 1936 intitulé « *The Reliance Interest in Contract Damages* » est un classique qu'aucun ouvrage de droit des contrats ne s'abstient de citer⁶³². Les auteurs y distinguent trois mesures alternatives des dommages et intérêts contractuels reflétant chacune un intérêt particulier du créancier :

(1) le « *restitution interest* » vise ce que le créancier a versé pour obtenir l'exécution, qui se trouve désormais sans contrepartie et doit dès lors être reversé au créancier ;

(2) le « *reliance interest* » regarde les dépenses vainement faites sur la foi de la promesse et invite à replacer le créancier dans la situation qui eut été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu ;

(3) le « *expectation interest* » est dirigé vers les attentes déçues du créancier et invite à replacer celui-ci dans la situation qui eut été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté⁶³³.

Les deux dernières catégories correspondent littéralement au *Vertrauensinteresse* et au *Erfüllungsinteresse* que connaît le droit allemand⁶³⁴, mais c'est surtout la distinction de Jhering entre l'intérêt négatif et l'intérêt positif⁶³⁵ qui semble avoir inspiré les deux auteurs⁶³⁶.

117. Les critiques de Daniel Friedmann. La distinction des trois mesures de dommages et intérêts contractuels a reçu un écho retentissant et, encore aujourd'hui, tant les auteurs que les juges font appel à cette terminologie. En revanche, la plaidoirie de Fuller et Perdue en faveur de la primauté du « *reliance interest* » sur l'« *expectation interest* » n'a pas reçu un accueil

⁶³² L. L. FULLER, W. R. PERDUE, « *The Reliance Interest in Contract Damages* », (1936-1937) 46 *Yale L.J.* 52 (Part. I), 373 (Part. II).

⁶³³ *Ibid*, spéc. p. 53 et s.

⁶³⁴ Ces deux termes étaient d'ailleurs déjà utilisés à l'époque par la doctrine allemande, v. L. ENNECERUS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1, 6^e-8^e éd., Marburg, Elwert, 1912, spéc. p. 28, cité par D. FRIEDMANN, « *The Performance Interest in Contract Damages* », (1995) 111 *LQR* 628, spéc. p. 633, note 30.

⁶³⁵ R. VON JHERING, « *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen* », 1860, trad. O. de Meulenaere, « *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* », in : *Œuvres choisies*, Paris, Maresq., 1893, p. 1.

⁶³⁶ Jhering est cité à plusieurs reprises : L. L. FULLER, W. R. PERDUE, « *The Reliance Interest in Contract Damages* », *op. cit.*, spéc. p. 86 et s., p. 380, p. 411 et s., p. 416 et p. 420 ; comp. sur cette influence Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, spéc. n° 106 et s.

aussi enthousiaste. Elle a été vivement combattue, entre autres⁶³⁷, par Daniel Friedmann selon lequel le seul intérêt véritablement contractuel est l'*expectation interest*, qu'il convient de renommer *performance interest*⁶³⁸. Le départ terminologique entre ces auteurs n'est pas anodin. Si Fuller et Perdue parlent de *expectation interest*, c'est que, pour eux, le contrat ne confère au créancier rien de plus qu'un *espoir* d'exécution. C'est en ce sens qu'ils écrivent que l'*expectation interest* compense le créancier « pour quelque chose qu'il n'a jamais eu », une « bien étrange forme de compensation »⁶³⁹. Selon Daniel Friedmann, au contraire, « on peut difficilement imaginer un terme moins approprié » que celui de *expectation* ou *expectancy* qui « décrit une éventualité ou une possibilité [...] [qui] ne s'appuie pas sur un droit » alors que, précisément, « dans le contexte contractuel, [...] le demandeur a un droit de recevoir ce qui lui a été promis »⁶⁴⁰. Pour Daniel Friedmann, l'exécution n'est plus une attente potentielle du créancier, mais bien un droit à l'exécution acquis par le contrat.

118. L'intérêt à l'exécution (*performance interest*). Pour Daniel Friedmann, l'intérêt à l'exécution (*performance interest*) représente le seul et unique intérêt véritablement contractuel :

« L'essence du contrat est l'exécution. Les contrats sont faits pour être exécutés. C'est généralement la seule et unique raison pour laquelle on les conclut. D'ordinaire, une personne conclut un contrat parce qu'elle désire obtenir ce que lui offre autre partie et parce qu'elle considère la valeur de l'exécution par l'autre partie plus importante que les frais et les troubles qu'elle devra supporter pour l'obtenir. Cet intérêt à obtenir l'exécution promise (par la suite « intérêt à l'exécution ») est le seul pur intérêt contractuel. »⁶⁴¹

De fait, ce plaidoyer en faveur de l'intérêt à l'exécution est soutenu par une jurisprudence constante qui calcule les dommages et intérêts non par référence à une contrepartie inutilement versée (*restitutionary damages*) ou des dépenses vainement déboursées sur la foi de la promesse (*reliance interest*), mais bien plutôt sur la base des avantages attendus du contrat (*expectation interest*). L'objet des *damages* est en effet de replacer le créancier dans

⁶³⁷ V. aussi M. B. KELLY, « The Phantom Reliance Interest in Contract Damages », *Wis. L. Rev.* 1755 (1992) et R. CRASWELL, « Against Fuller and Perdue », *U. Chi. L. Rev.*, Vol. 67, n°1 (2000), p. 99.

⁶³⁸ D. FRIEDMANN, « The Performance Interest in Contract Damages », (1995) 111 *LQR* 628.

⁶³⁹ L. L. FULLER, W. R. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », *op. cit.*, spéc. p. 54 : « [...] the purpose of granting damages is to make "compensation" for injury. Yet in this case we "compensate" the plaintiff by giving him something he never had. This seems on the face of things a queer kind of "compensation". ».

⁶⁴⁰ D. FRIEDMANN, « The Performance Interest in Contract Damages », *op. cit.*, spéc. p. 634.

⁶⁴¹ *Ibid.*, spéc. p. 629 : « The essence of contract is performance. Contracts are made in order to be performed. This is usually the one and only ground for their formation. Ordinarily, a person enters into a contract because he is interested in getting that which the other party has to offer and because he places a higher value on the other party's performance than on the cost and trouble he will incur to obtain it. This interest in getting the promised performance (hereafter the "performance interest") is the only pure contractual interest. »

une situation comparable à celle qui eut été la sienne si le contrat avait dûment été exécuté. C'est ce qu'a énoncé en termes clairs dès 1849 l'arrêt *Robinson v Harman* :

« La règle de *common law* est que, lorsqu'une partie subit un dommage en raison d'une violation du contrat, elle doit, autant que l'argent le peut, être placée dans la même situation, que si le contrat avait été exécuté par des dommages et intérêts. »⁶⁴²

C'est bien l'intérêt à l'exécution qui constitue la mesure classique des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution. Cependant, pour adhérer pleinement à la thèse de Daniel Friedmann, il faut encore accepter que le contrat confère au créancier un véritable droit à l'exécution, auquel les dommages et intérêts orientés vers l'intérêt à l'exécution donnent effet. Or, cela ne va pas de soi en droit anglais.

2. La percée du droit à l'exécution

119. Un droit à l'exécution compatible avec la vision anglaise du contrat. Les juges anglais ne font pas fréquemment référence au « droit à l'exécution » (*right to performance*) du créancier⁶⁴³, ce qui s'explique certainement par le caractère exceptionnel de l'exécution forcée (*specific performance*)⁶⁴⁴. Nous avons toutefois eu l'occasion d'apporter plusieurs nuances à ce sujet. D'abord, il se dessine un mouvement en faveur d'une admission élargie de l'exécution forcée. Ainsi, plusieurs auteurs considèrent que la *specific performance* devrait être accordée en principe chaque fois que le créancier en formule la demande⁶⁴⁵. Ensuite, le droit à l'exécution est un intérêt protégé en droit anglais, quand bien même il ne l'est pas toujours par le remède particulier de l'exécution forcée. Autrement dit, la reconnaissance d'un droit à l'exécution ne va pas nécessairement de paire avec la reconnaissance d'une exécution forcée de droit. Il suffit que ce droit à l'exécution soit protégé efficacement, fut-ce autrement⁶⁴⁶.

Plus fondamentalement, nous avons vu que le droit anglais n'adhère pas à la vision de Holmes d'une obligation alternative d'exécuter ou de verser des dommages et intérêts⁶⁴⁷. Au contraire, les juges distinguent bien l'obligation primaire d'exécuter de l'obligation

⁶⁴² *Robinson v Harman* (1848) 1 Ex Rep 850, spéc. 855 par J. PARKE B, trad. libre de : « The rule of the common law is, that where a party sustains loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed. ».

⁶⁴³ V. toutefois quelques illustrations jurisprudentielles recensées par D. PEARCE, R. HALSON, « Damages for Breach of Contract; Compensation, Restitution and Vindication », (2008) 28 *OJLS* 73 (vol. 1), spéc. p. 75.

⁶⁴⁴ V. *supra*, spéc. n° 56.

⁶⁴⁵ V. *supra*, spéc. n° 62.

⁶⁴⁶ V. *supra*, spéc. n° 59.

⁶⁴⁷ Sur cette vision de Holmes, v *supra*, spéc. n° 57.

secondaire de payer des dommages et intérêts⁶⁴⁸. Enfin, les *damages* sont orientés vers l'intérêt du créancier à l'exécution, comme nous venons de le voir. Cela signifie notamment qu'il pourra obtenir *in fine* ce qui lui avait été promis en concluant un contrat de substitution dont il reportera les coûts sur le débiteur par le moyen des *damages*. On peut ainsi en conclure que le droit anglais reconnaît sinon un droit à l'exécution du créancier au sens strict, du moins un « droit à la prestation »⁶⁴⁹ aux frais du débiteur et, inversement, une obligation du débiteur à fournir la prestation promise.

120. L'affirmation du droit à l'exécution dans la jurisprudence. L'idée d'un droit à l'exécution est non seulement compatible avec la conception anglaise du contrat, mais elle a fait surface dans la jurisprudence. Comme l'a souligné Simon Whittaker, le droit anglais raisonne depuis longtemps en termes d'« obligations contractuelles » (*contractual obligations*)⁶⁵⁰ et il est désormais « frappant de voir les juges anglais parler de 'droit à l'exécution' »⁶⁵¹. Ainsi, dans l'arrêt *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd*, la *House of Lords* a refusé d'accorder des dommages et intérêts au bénéficiaire du contrat de construction dont l'exécution était défectueuse au motif qu'il n'était pas lui-même le propriétaire du fond et n'avait dès lors pas subi le préjudice directement, mais cette solution n'a été votée qu'à trois juges contre deux⁶⁵². Lord Goff et Lord Millett, pour leur part, étaient prêts à accepter l'argument du demandeur selon lequel le seul fait de n'avoir pas obtenu ce qui leur avait été promis fondait leur droit à des dommages et intérêts. S'appuyant sur une opinion déjà défendue par Lord Griffiths dans l'arrêt *Linden Gardens*⁶⁵³, Lord Millet expliquait ainsi que (c'est nous qui soulignons)⁶⁵⁴ :

« [...] dans certains types de contrats au moins, **le droit à l'exécution a une valeur** qu'il est possible de mesurer par ce qu'il coûterait de l'obtenir d'un tiers [...] Depuis quelques temps, l'opinion parmi les auteurs de la doctrine anglaise se fait de plus en plus répandue selon laquelle le droit anglais adopte une approche excessivement étroite du concept de dommage, et qu'il convient de reconnaître que l'exécution d'une obligation contractuelle peut avoir une

⁶⁴⁸ *Photo Production Ltd v Securior Ltd*, [1980] A.C. 827 (HL), spéc. 848 et 849 (Lord Diplock), cité *supra*, spéc. n° 58.

⁶⁴⁹ Selon l'expression proposée par S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC*, 2005, p. 49, spéc. p. 54 et s. ; v. à nouveau *supra*, spéc. n° 59.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, spéc. p. 52 et les réf. citées.

⁶⁵¹ *Ibid.*, spéc. p. 54.

⁶⁵² *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd*, [2001] 1 AC 518 (HL).

⁶⁵³ *Linden Gardens Trusts Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd*, [1994] 1 AC 85 (HL), spéc. 96.

⁶⁵⁴ V. soulignant cette approche J. CARTWRIGHT, « Compensatory Damages: Some Central Issues of Assessment », in : *Commercial Remedies, Current Issues and Problems*, dir. A. BURROW, E. PEEL, Oxford, OUP, 2003, p. 3, spéc. p. 16 et s.

valeur économique qui lui est propre et que les dommages et intérêts sont capables de refléter. »⁶⁵⁵

Cette vision a été endossée par la suite par Justice Stadlen dans l'affaire *Giedo van der Garde BV & anr v Force India Formula One Team Ltd*⁶⁵⁶. L'entreprise Formule Un ayant interrompu après 2004 km la licence autorisant (pour 3 millions de dollars) un pilote de course à conduire au moins 6000 km avec un véhicule de la marque, a été condamnée à verser des dommages et intérêts consistant dans la « valeur de l'exécution non fournie » et exprimés dans une demande qualifiée de « *performance interest damages claim* »⁶⁵⁷. Le fait que les dommages et intérêts traduisent l'intérêt ou le droit à l'exécution n'est donc pas incongru pour les juges anglais, qui se sont familiarisés avec la formule de Daniel Friedmann.

La reconnaissance d'un intérêt à l'exécution – et pour certains d'un véritable droit à l'exécution – a conduit la doctrine anglaise à repenser le sens du mot dommage (*loss*) et à s'interroger sur les fonctions remplies par les *damages*. C'est dans ce contexte qu'ont émergé plusieurs théories faisant ressortir une double orientation des dommages et intérêts consécutifs à l'inexécution.

B. Les théories relevant la double orientation des dommages et intérêts contractuels

1. La *right-based approach* et les substitutive damages de Robert Stevens

121. La *right-based approach* et les substitutionary damages de Stevens. Les Anglais qualifient de *right-based theories* les théories qui s'appuient sur les droits subjectifs des individus comme principe explicatif du droit privé. Elles ont été beaucoup défendues en matière délictuelle⁶⁵⁸. En droit des contrats, Stephen A. Smith les décrit ainsi :

« Les théories du contrat fondées sur les droits suppose que les contrats créent des droits individuels à l'exécution et les devoirs de les remplir pour d'autres individus. Dans cette

⁶⁵⁵ *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd*, [2001] 1 AC 518 (HL), spéc. 587, par LORD MILLET, trad. libre de : « [...] in certain kinds of contract at least, the right to performance has a value which is capable of being measured by the cost of obtaining it from a third party. [...] There has for some time been a growing consensus among academic writers that English law adopts an unduly narrow approach to the concept of loss, and that it ought to recognise that the performance of a contractual obligation may have an economic value of its own which is capable of sounding in damages. ».

⁶⁵⁶ *Giedo van der Garde BV & anr v Force India Formula One Team Ltd*, [2010] EWHC 2373 (QB).

⁶⁵⁷ *Giedo van der Garde BV & anr v Force India Formula One Team Ltd*, [2010] EWHC 2373 (QB), spéc. 212 : « damages for breach of contract consisting of the value of the performance that the defendant failed to render ("the performance interest damages claim") ».

⁶⁵⁸ V. not. E. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1995, rééd. Oxford, OUP, 2012.

vision traditionnelle et certainement encore orthodoxe, la violation du contrat est un tort (*wrong*) causé à un individu [...] »⁶⁵⁹.

Robert Stevens est l'un des auteurs influents de ce mouvement, en matière délictuelle notamment⁶⁶⁰, mais également dans son application au contrat⁶⁶¹. Il a ainsi proposé une nouvelle terminologie pour décrire les dommages et intérêts qui ont pour objet de donner effet aux droits subjectifs du créancier : les *substitutive damages*⁶⁶². Robert Stevens part du constat que certains dommages et intérêts sont dus sans qu'il y ait besoin de démontrer aucun dommage. La bague de fiançailles qu'il a offerte à sa femme est en toc, mais il n'a pas perdu au change : sa femme l'aime mieux ainsi et cela lui donne l'occasion de boutades dont l'éminent juriste ne se plaint pas, puisque l'affaire lui est bien utile pour expliquer le droit à ses étudiants⁶⁶³. Quoiqu'il n'ait subi aucun dommage *réel*, le droit anglais lui offre des dommages et intérêts à hauteur de la différence de valeur entre la bague promise et la bague reçue, ce qu'il explique ainsi (c'est nous qui soulignons) :

« [...] les dommages et intérêts sont octroyés, en premier lieu, pour **donner effet au droit violé** [...]. De tels dommages et intérêts doivent être distingués des dommages et intérêts octroyés pour compenser le dommage consécutif à la violation du contrat. Le fait de ne parvenir à distinguer entre les dommages et intérêts accordés **en tant que substitut du droit contractuel** et ceux accordés **pour compenser les pertes consécutives** entraîne confusion et désordre. »⁶⁶⁴

122. L'illustration des *substitutive damages* dans la jurisprudence. On peut certes objecter que, si Robert Stevens est le mieux placé pour décider s'il a ou non subi un préjudice moral, il n'en demeure pas moins que son patrimoine (ou celui de sa femme) s'est nécessairement appauvri : au lieu d'une bague en platine d'une valeur de £2000, c'est une bague en plaqué rhodium à £50 qui a intégré ce patrimoine, ce qui fait un gain manqué de £1950 auquel correspondent précisément les dommages et intérêts qui lui sont dus. Robert

⁶⁵⁹ S. A. SMITH, *Contract Theory, op. cit.*, spéc. p. 389, trad. libre de : « Right based theories of contract suppose that contracts create individual rights to performance and corresponding duties on other individuals to fulfill those rights. In this traditional and probably still orthodox view, breach of contract is a wrong done to a particular individual [...]. »

⁶⁶⁰ V. son œuvre importante R. STEVENS, *Torts and Rights*, Oxford, OUP, 2007, spéc. chap. 4, et sa contribution « Rights and Other Things », in : *Rights and Private Law*, dir. D. NOLAN, A. ROBERTSON, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 115.

⁶⁶¹ V. not. R. STEVENS, « Damages and the Right to Performance: A Golden Victory or Not? », in : *Exploring Contract Law*, dir. N.J. NEYERS, R. BRONAUGH, S. G. A. PITEL, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 171.

⁶⁶² R. STEVENS, *Torts and Rights*, Oxford, OUP, 2007, spéc. p. 59 et s. ; R. STEVENS, « Damages and the Right to Performance: A Golden Victory or Not? », *op. cit.*, spéc. p. 173.

⁶⁶³ R. STEVENS, « Damages and the Right to Performance: A Golden Victory or Not? », *op. cit.*, spéc. p. 171.

⁶⁶⁴ *Op. cit.*, spéc. p. 172, trad. libre de : « [...] damages are awarded, in the first instance, to vindicate the right violated [...] Such damages need to be differentiated from damages awarded to compensate for loss consequent upon the breach of a contract. The failure to differentiate between damages awarded as a substitute for the contractual right and those awarded to compensate for consequential losses suffered, leads to confusion and muddle. ».

Stevens ne se limite toutefois pas à cette anecdote et donne une série d'exemples dans lesquels tout préjudice matériel doit être écarté, et qui pourtant donnent lieu à des dommages et intérêts à hauteur de la différence de valeur entre le « promis » et le « reçu ». L'illustration la plus classique est fournie par l'arrêt *Slater v Hoyle & Smith Ltd*⁶⁶⁵. Dans cette espèce, un acheteur de tissus en coton avait reçu de son fournisseur un tissu de moins bonne qualité qu'il était toutefois parvenu à « écouler » au prix voulu. Alors même qu'il n'a subi aucun préjudice patrimonial – la marchandise non conforme n'est plus dans son patrimoine et le profit escompté de la revente a été réalisé – l'acheteur dispose encore d'un droit à des *damages* à hauteur de la différence de valeur sur le marché entre le coton de qualité supérieure promis et le coton de moindre qualité livré. Cette mesure des dommages et intérêts est l'une des plus courante – on l'appelle *diminution in value*. Or, elle est accordée dans de nombreux arrêts dans lesquels il est refusé au défendeur la possibilité d'opposer une circonstance postérieure au *breach* qui aurait atténué ou même supprimé les détriments de l'inexécution⁶⁶⁶.

123. Les enjeux pratiques de la reconnaissance des *substitutive damages*. Pour Robert Stevens, si les juges octroient de tels dommages et intérêts, c'est pour donner effet (*vindicate*) au droit à l'exécution du créancier. Ces dommages et intérêts qui viennent se substituer au droit à l'exécution (*substitutive damages*) sont indépendants du préjudice et ils doivent être strictement distingués des dommages et intérêts à visées réparatrice (*compensatory damages*). La distinction, selon lui, est incontournable, dès lors que ce sont deux régimes juridiques différents qui s'appliquent⁶⁶⁷. En particulier, les règles de limitation du préjudice réparable – *remoteness*⁶⁶⁸ et *mitigation*⁶⁶⁹ – n'ont aucun rôle à jouer dans l'hypothèse des dommages et intérêts qui se substituent à l'exécution puisqu'ils ne reposent pas sur un dommage, mais directement sur la violation du droit à l'exécution⁶⁷⁰.

Deux auteurs que l'on peut également rattacher à la *right-based approach*, David Pearce et Roger Halson, construiront à la suite de Stevens une théorie des « *vindictory*

⁶⁶⁵ *Slater v Hoyle & Smith Ltd*, [1920] 2 KB 11 (CA).

⁶⁶⁶ V. par ex. *Williams Bros v Ed T Agius Ltd*, [1914] AC 510 (HL) (vente de charbon) ; *Jamal v Moolla Dawood Sons & Co*, [1916] 1 AC 175 (PC) (vente d'actions) ; *Campbell Mostyn (Provisions) Ltd v Barnett Trading Co* [1954] 1 Lloyd's Rep 65 (CA) (vente de jambon sud-africain) ; *Rodocanachi Sons & Co v Milburn Bros*, (1887) 18 QBD 67 (CA) (livraison d'un cargo de coton perdu en mer).

⁶⁶⁷ R. STEVENS, « Damages and the Right to Performance: A Golden Victory or Not? », *op. cit.*, spéc. p. 193 : « As we have seen, however, the rules on remoteness, mitigation, incidental benefits, timing of assessment and quantification are all different for the two heads of damage ».

⁶⁶⁸ Sur laquelle, v. *infra*, spéc. n° 235 et s.

⁶⁶⁹ Sur laquelle, v. *supra*, spéc. n° 47.

⁶⁷⁰ R. STEVENS, « Damages and the Right to Performance: A Golden Victory or Not? », *op. cit.*, spéc. p. 180 et s.

damages » avec un champ d'application original⁶⁷¹ ; nous ne la détaillerons pas ici car elle apporte peu à la théorie contractuelle (son but étant volontairement de transcender la distinction contrat – délit) et elle embrasse des sanctions qui, selon nous, ne sont pas toutes de même nature⁶⁷². D'autres auteurs, tout en mettant en exergue le droit du créancier à l'exécution, ont considéré celui-ci matérialisé par une autre mesure de dommages et intérêts.

2. Les substitutionary damages de Stephen Smith et Charlie Webb

124. Distinction des *substitutive damages* et des *substitutionary damages*. Pour Robert Stevens, les *damages* qui traduisent le droit à l'exécution sont ceux calculés sur la base de la différence de valeur entre ce qui a été promis et ce qui a été reçu (*diminution in value*). Pour d'autres auteurs, au contraire, ces dommages et intérêts là sont compensatoires, et c'est la mesure alternative des dommages et intérêts qui s'appuie sur le coût de remplacement ou de réparation (*cost of cure*) qui traduit le droit à l'exécution. Stephen A. Smith explique que ces derniers sont une « forme d'exécution forcée par substitution »⁶⁷³. Il propose de les appeler « *substitutionary specific relief damages* » ou plus simplement « *substitutionary damages* »⁶⁷⁴.

Charlie Webb également voit dans les dommages et intérêts calculés sur le *cost of cure* la traduction du droit à l'exécution du créancier⁶⁷⁵. Il les appelle « *performance interest damages* » pour insister sur leur objet, qui est de remplir l'intérêt à l'exécution du créancier, tandis que les dommages et intérêts compensatoires (*compensatory damages*) sont orientés, pour leur part, vers un deuxième intérêt du créancier : celui de ne pas être atteint, ne pas se retrouver « défavorisé » (*not to be left worse off*) par l'inexécution. La dualité des dommages et intérêts traduit ainsi, selon l'auteur, une dualité d'intérêts conférés au créancier par le contrat :

« le demandeur a deux intérêts dont on peut dire qu'ils découlent du contrat [...] Premièrement, un contractant a un intérêt à obtenir l'exécution du contrat. Cet intérêt est un intérêt primaire. [...] C'est l'intérêt à l'exécution. Deuxièmement, un contractant a un intérêt à ne pas se retrouver défavorisé en conséquence de l'inexécution par le défendeur. [...] Cet

⁶⁷¹ D. PEARCE, R. HALSON, « Damages for Breach of Contract; Compensation, Restitution and Vindication », (2008) 28 OJLS 73 (vol. 1).

⁶⁷² En particulier la restitution des profits, que nous rattachons à la fonction de peine privée, v. *infra*, le chapitre consacré à cette sanction.

⁶⁷³ S. A. SMITH, *Contract Theory*, *op. cit.*, spéc. p. 421 : « a form of substitute specific performance ».

⁶⁷⁴ S. A. SMITH, « Substitutionary Damages », in : *Justifying Private Law Remedies*, dir. C. RICKETT, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 91.

⁶⁷⁵ C. WEBB, « Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation », (2006) 26 OJLS 41.

intérêt est un intérêt secondaire que l'on peut commodément appeler intérêt à la réparation. »⁶⁷⁶

Les dommages et intérêts mesurés à l'aune du coût de remplacement permettent de satisfaire l'intérêt du créancier à obtenir l'exécution (*performance interest*). Si le créancier subit des dommages consécutifs à l'inexécution, des dommages et intérêts compensatoires viendront satisfaire son intérêt à obtenir réparation (*compensation interest*)⁶⁷⁷. L'intérêt à l'exécution et l'intérêt à la réparation, « loin d'être exclusifs, sont installés confortablement l'un à côté de l'autre en droit anglais »⁶⁷⁸. Ensemble, ils forment le fameux *expectation interest* dégagé par Fuller et Perdue⁶⁷⁹.

125. Les répercussions sur le régime du *cost of cure*. Stephen A. Smith et Charlie Webb ne se contentent pas de souligner la différence de nature entre les dommages et intérêts se substituant à l'exécution et les dommages et intérêts strictement compensatoires. Ils relèvent également des spécificités de régime. Les règles de limitation du préjudice réparable sont écartées pour les dommages et intérêts traduisant le droit à l'exécution du créancier⁶⁸⁰, tout comme Robert Stevens les avait écartées pour ses *substitutive damages*⁶⁸¹. Plus étonnamment, Stephen A. Smith et Charlie Webb s'attaquent à une règle que l'on croirait inébranlable en droit anglais : celle de la liberté d'affectation des dommages et intérêts⁶⁸². Selon eux, puisque les dommages et intérêts calculés sur la base du *cost of cure* ne sont qu'un substitut à l'exécution, ils doivent nécessairement être affectés à cette exécution. Autrement dit, l'octroi de ces dommages et intérêts devrait être conditionné par l'affectation effective de ceux-ci au remplacement. Il appartiendrait dès lors au juge de le refuser chaque fois que le remplacement ne saurait être effectué, soit qu'il ne soit plus possible, soit que le demandeur n'ait pas l'intention de le réaliser⁶⁸³. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette proposition qui

⁶⁷⁶ *Ibid.*, spéc. p. 45, trad. libre de : « [...] the claimant has two interests which can be said to derive from the contract [...] First, a contracting party has an interest in having the contract performed. This interest is a primary interest. [...] This is the performance interest. Second, a contracting party has an interest in not being left worse off as a result of the defendant's failure to perform. [...] This interest is a secondary interest and may usefully be referred to as a compensation interest. »

⁶⁷⁷ Charly Webb écrit que le demandeur peut « alternativement » (*alternatively*) intenter une *performance interest claim* ou une *compensatory claim*, v. C. WEBB, *ibid.*, spéc. p. 57. Il va de soi qu'il peut aussi cumuler les deux actions dès lors que les *performance interest damages* peuvent laisser subsister un dommage à réparer, ce que l'auteur admet d'ailleurs explicitement par la suite, v. C. WEBB, *ibid.*, spéc. p. 69.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, spéc. p. 42, trad. libre de : « Far from being mutually exclusive, these interests sit comfortably side by side in English Law. »

⁶⁷⁹ *Ibid.*, spéc. p. 48.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, spéc. p. 64 et s.

⁶⁸¹ Comp. *supra*, spéc. n° 123.

⁶⁸² Sur ce principe, v. nos dev. *infra*, spéc. n° 194.

⁶⁸³ V. S. A. SMITH, *Contract Theory, op. cit.*, spéc. p. 422 et s. ; C. WEBB, « Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation », *op. cit.*, spéc. p. 61 et s.

entraînerait une différence de régime importante entre les dommages et intérêts à fonction de paiement et ceux à fonction de réparation⁶⁸⁴.

3. La voie de la synthèse ouverte par David Winterton

126. David Winterton et la perspective d'une réconciliation. Si des auteurs anglais ont été séduits par l'idée d'une double orientation des dommages et intérêts vers l'exécution et la compensation, la frontière entre ce qui relève de l'une et de l'autre fonction reste toujours incertaine. Alors que pour Robert Stevens, ce sont les dommages et intérêts à hauteur de la diminution de valeur entre le « promis » et le « reçu » (*diminution in value*) qui traduit la fonction de paiement, pour Stephen A. Smith et Charlie Webb (ou encore Brian Coote⁶⁸⁵), c'est dans la mesure du coût de remplacement (*cost of cure*) que s'exprime le droit à l'exécution du créancier. Les visions de Robert Stevens et de Stephen A. Smith et Charlie Webb semblent toutefois pouvoir – et même devoir – être combinées pour obtenir une vision complète des dommages et intérêts à fonction de paiement. C'est dans ce sens d'une réconciliation des *substitutive* et des *substitutionary damages* que s'inscrit une thèse récente consacrée aux « Money Awards in Contract Law »⁶⁸⁶. L'auteur, David Winterton, admet ainsi que les deux mesures évoquées puissent traduire le droit à l'exécution du créancier, mais il propose une autre classification des dommages et intérêts qui se substituent à l'exécution⁶⁸⁷. Selon lui, pour calculer les dommages et intérêts qui se substituent à l'exécution, le juge dispose d'une mesure principale et d'une mesure alternative en cas d'échec de la première. La mesure principale, c'est le « *cost of substitute performance* », c'est-à-dire la mesure de remplacement ou de réparation la moins coûteuse⁶⁸⁸. Si celle-ci n'est pas raisonnable, il faut recourir à une deuxième mesure qui est celle du « *price of 'release' from future performance* »⁶⁸⁹. Celle-ci consiste à estimer le montant que le créancier aurait accepté pour libérer le débiteur de ses engagements futurs au moment de la violation du contrat⁶⁹⁰. Dans de nombreuses hypothèses, cette mesure rejoint la formule de la perte de valeur (*diminution in*

⁶⁸⁴ V. *infra*, spéc. n° 195.

⁶⁸⁵ B. COOTE, « Contract Damages, Ruxley and the Performance Interest », [1997] 56 *Cambridge Law Journal* 637, spéc. p. 542.

⁶⁸⁶ D. WINTERTON, *Money Awards in Contract Law* », Oxford, Hart Publishing, 2015.

⁶⁸⁷ V. également reprenant cette démonstration et l'illustrant de plusieurs exemples jurisprudentiels : D. WINTERTON, « Money Awards Substituting for Performance », [2012] LMCLQ 446.

⁶⁸⁸ D. WINTERTON, *Money Awards in Contract Law* », *op. cit.*, spéc. p. 179 et s.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, spéc. p. 201 et s.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, spéc. p. 15.

value). Elle permet aussi, dans certains cas, d'expliquer le prononcé de *restitutionary damages* qui traduisent, en fait, un mécanisme de redevance fictive⁶⁹¹.

La synthèse proposée par David Winterton semble prometteuse et il reste à voir quel accueil lui sera réservé. D'ores et déjà, il est possible d'affirmer que la double fonction des dommages et intérêts contractuels a pris ses marques en droit anglais⁶⁹². En va-t-il de même en droit allemand ?

§2. La dualité des dommages et intérêts depuis la réforme du droit allemand des obligations

127. La distinction entre *Schadenersatz statt der Leistung* et *Schadenersatz neben der Leistung* : fonction de paiement et fonction de réparation ? Avec la réforme d'ampleur du droit des obligations entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2002, le BGB a accueilli une notion unitaire de l'inexécution : la « violation d'une obligation » (*Pflichtverletzung*) que nous avons présentée⁶⁹³. Le droit du *Schadenersatz* a été profondément remodelé, l'idée étant d'instaurer des règles de portée générales susceptibles de s'appliquer à tous les rapports engendrant des obligations (*Schuldverhältnisse*) : le contrat, naturellement, mais aussi des rapports précontractuels ou encore légaux⁶⁹⁴. C'est d'ailleurs une raison pour laquelle le terme de *Pflichtverletzung* a été préféré à l'inexécution (*Nichterfüllung*) ou la violation du contrat (*Vertragsverletzung*). Dans le même temps, le législateur a distingué deux types de dommages et intérêts pouvant résulter de la *Pflichtverletzung* : les « dommages et intérêts en lieu et place de la prestation » (*Schadenersatz statt der Leistung*) et les « dommages et intérêts en marge de la prestation » (*Schadenersatz neben der Leistung*)⁶⁹⁵.

La question qui se pose est évidemment de savoir si la distinction que le législateur allemand a introduite entre les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation et les dommages et intérêts en marge de l'exécution correspond à la distinction mise en évidence par la doctrine, en France et en Allemagne, entre la fonction de paiement et la fonction de réparation de la responsabilité contractuelle. Pour y répondre, nous présenterons dans un premier temps le nouveau droit des dommages et intérêts dans sa double composante (A),

⁶⁹¹ Sur lesquels v. *infra*, spéc. n° 425 et s.

⁶⁹² V. encore les nombreux auteurs classiques cités *infra*, spéc. n° 157 qui utilisent la distinction entre le dommage direct (*direct loss*) et le dommage consécutif (*consequential loss*).

⁶⁹³ Sur cette notion, v. *supra*, spéc. n° 34.

⁶⁹⁴ V. not. le §311 al. 2 et al. 3 BGB.

⁶⁹⁵ Nous empruntons ici la trad. proposée par C. WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2013, spéc. p. 128.

pour nous interroger, dans un second temps, sur le parallèle qui peut (ou ne peut pas) être fait avec la double fonction de paiement et de réparation que nous avons dégagée en droit français et anglais (B).

A. Les dommages et intérêts du nouveau droit de l'inexécution

1. Les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation

128. La règle générale du §280 al. 1^{er} BGB. Le §280 al. 1^{er} pose le principe général d'un droit à des dommages et intérêts en ces termes :

« Lorsque le débiteur viole une obligation découlant du rapport d'obligation, le créancier peut réclamer la réparation du préjudice qui en résulte. La règle ne joue pas si le débiteur n'a pas à répondre de cette violation. »⁶⁹⁶

A première vue, la disposition ne semble pas très différente de l'art. 1147 du Code civil⁶⁹⁷, si ce n'est que l'imputabilité que l'on teste, en droit français, sous l'angle des causes étrangères, devient une exigence positive (mais présumée !) de culpabilité. Nous avons déjà eu l'occasion de nuancer l'apparente opposition entre les droits français et allemand sur cette question de l'exigence d'une faute⁶⁹⁸. Une différence plus fondamentale se situe ailleurs. Alors que l'art. 1147 constitue le fondement textuel des dommages et intérêts en droit français, le §280 al. 1^{er} BGB n'est qu'une base, sur laquelle se greffent d'autres dispositions venant encadrer la prétention à des dommages et intérêts. Autrement dit, le droit du *Schadensersatz* n'est pas contenu dans le §280 al. 1^{er} BGB, il est seulement introduit par cette disposition, à laquelle des dispositions ultérieures viennent ajouter des conditions supplémentaires. Pour ce qui est des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation, l'al. 3 du §280 BGB ajoute ainsi :

« Le créancier ne peut réclamer des dommages-intérêts en lieu et place de la prestation que si les conditions supplémentaires du §281, du §282 ou du §283 sont remplies »⁶⁹⁹.

Chacun des §281, §282 et §283 BGB concerne un cas particulier d'inexécution. Le §284 offre au créancier une alternative aux dommages et intérêts en lieu et place de la prestation que nous présenterons ultérieurement⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ §280 al. 1^{er} BGB, trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁶⁹⁷ Art. 1147 du Code civil : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

⁶⁹⁸ V. *supra*, spéc. n° 40.

⁶⁹⁹ §280 al. 3 BGB, trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁷⁰⁰ V. *infra*, spéc. n° 212.

129. L'inexécution et la mauvaise exécution (§280 al. 1^{er}, al. 3, §281). Le §281 BGB concerne l'hypothèse la plus classique :

« (1) Dans la mesure où le débiteur ne fournit pas la prestation échue ou ne la fournit pas comme elle était due, le créancier peut, aux conditions du §280, al. 1, réclamer des dommages-intérêts en lieu et place de la prestation, s'il a imparti au débiteur, sans succès, un délai raisonnable pour l'exécution convenue ou l'exécution corrective. [...] »⁷⁰¹

Cette disposition a vocation à s'appliquer à l'inexécution au sens strict, c'est-à-dire « la prestation non fournie », mais aussi à la mauvaise exécution ou encore l'exécution partielle, appréhendés comme des cas de « prestation non fournie comme elle était due »⁷⁰². Le calcul des dommages et intérêts pourra s'avérer différent dans la deuxième hypothèse (où l'on distinguera les « petits dommages et intérêts » des « grands dommages et intérêts »)⁷⁰³ mais le régime juridique sera le même dans les deux cas. Il faut, pour obtenir des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation, réunir les conditions du §280 al. 1^{er} – à savoir un rapport d'obligation, la violation d'une obligation, l'imputabilité au défendeur et le dommage⁷⁰⁴ – plus la condition du §281 al. 1^{er} qui est l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution au débiteur, la fameuse *Nachfrist*⁷⁰⁵. Il existe toutefois des cas particuliers dans lesquels cette dernière condition tombe (§281 al. 2 et al. 3 BGB)⁷⁰⁶.

130. L'impossibilité d'exécution (§280 al. 1^{er}, al. 3, §283). L'autre hypothèse dans laquelle le créancier peut vouloir obtenir des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution est celle où l'exécution est impossible. Comme sous l'empire du droit antérieur à la réforme⁷⁰⁷, le BGB distingue l'impossibilité qui existait déjà au moment de la conclusion (*anfängliche Unmöglichkeit*) et l'impossibilité qui survient ultérieurement (*nachträgliche Unmöglichkeit*). Dans le premier cas, ce ne sont pas les §280 et s. BGB qui s'appliquent car l'impossibilité affecte alors la formation du contrat plus que son exécution : ce qui est reproché au débiteur n'est pas de n'avoir pas exécuté, c'est d'avoir promis ce qu'il ne pouvait

⁷⁰¹ §281 al. 1^{er} BGB, trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁷⁰² Selon le titre même du §281 BGB : « Dommages et intérêts en lieu et place de la prestation non fournie ou non fournie comme elle était due », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁷⁰³ Sur cette distinction, v. M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2004, spéc. p. 176 et s.

⁷⁰⁴ V. D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 12^e éd., München, Franz Vahlen, 2014, spéc. n° 410 et s.

⁷⁰⁵ La *Nachfrist* a été présentée *supra*, v. spéc. n° 53.

⁷⁰⁶ §281 al. 2 et 3 BGB : « (2) La fixation du délai est inutile si le débiteur se refuse sérieusement et définitivement à exécuter ou si des circonstances justifient, eu égard aux intérêts des deux parties, l'exercice immédiat du droit à dommages-intérêts. (3) Si la fixation d'un délai n'est pas envisageable à raison de la nature de la violation de l'obligation, une mise en garde la remplace. », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁷⁰⁷ Comp. *supra*, spéc. n° 33.

tenir⁷⁰⁸. Le créancier sera tout de même fondé à réclamer des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, mais en s'appuyant sur les §275 et §311 a BGB⁷⁰⁹. A l'inverse, si l'impossibilité survient postérieurement à la conclusion du contrat, il s'agit bien d'un trouble dans l'exécution du contrat. Octroyer au débiteur un délai supplémentaire d'exécution serait vain. Aussi, en vertu des §280 al. 1^{er}, 280 al. 3 et 283 BGB, le créancier pourra faire valoir son droit à des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation sans *Nachfrist*⁷¹⁰.

131. La violation d'une obligation accessoire (§280 al. 1^{er}, al. 3, §282, §241 al. 2). Enfin, il existe une dernière hypothèse dans laquelle le créancier peut exiger des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, qui est celle de la violation d'une obligation accessoire (*Nebenpflichten* ou *Schutzpflichten*). Ces obligations sont visées au §241 al. 2 BGB :

« Le rapport d'obligation peut, selon son contenu, obliger chaque partie à prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie. »⁷¹¹

L'artisan qui repeint mon plafond, par exemple, a l'obligation accessoire de veiller à ce que mon patrimoine ne soit pas dégradé par son intervention. En principe, la violation d'une obligation accessoire n'ouvre pas droit à des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation puisque, ce remède constitue un palliatif à l'absence de prestation. Or, le fait qu'une obligation accessoire ait été bafouée ne signifie pas que la prestation principale n'a pas été ou ne peut plus être exécutée. Il est tout à fait possible qu'après le passage du peintre, mon plafond soit superbe et ma moquette ruinée. Le non-respect d'une obligation accessoire ne préjuge pas du succès de la prestation principale. Toutefois, il peut expliquer que le créancier perde confiance dans le débiteur et ne souhaite plus le laisser continuer à exécuter. C'est pour résoudre ce conflit qu'a été introduit le §282 BGB :

« Lorsque le débiteur viole une obligation selon le §241, al. 2, le créancier peut réclamer des dommages-intérêts en lieu et place de la prestation aux conditions prévues par le §280, al. 1, si l'on ne peut plus exiger de lui que cette prestation lui soit fournie par le débiteur. »⁷¹²

Ainsi, exceptionnellement, les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation pourront être octroyés en raison de la violation d'une obligation accessoire⁷¹³. Le plus souvent, toutefois, celle-ci n'ouvrira droit qu'à des dommages et intérêts en marge de la prestation.

⁷⁰⁸ V. D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2012, spéc. n° 342.

⁷⁰⁹ V. en détails D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, op. cit., loc. cit., H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 39^e éd., München, Beck, 2015, spéc. §22, n° 64 et s.; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, op. cit., spéc. n° 622 et s.

⁷¹⁰ V. en détails H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, op. cit., spéc. §22, n° 50 et s.; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, op. cit., spéc. n° 613 et s.

⁷¹¹ §241 al. 2 BGB, trad. R. LEGEAS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, op. cit.

⁷¹² §282 BGB, trad. R. LEGEAS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, op. cit.

2. Les dommages et intérêts en marge de la prestation

132. Les dommages et intérêts pour retard d'exécution (§280 al. 1^{er}, al. 2, §286). Les dommages et intérêts en marge de la prestation n'ont pas de définition positive. Il s'agit des « autres » dommages et intérêts, ceux qui ne sont pas accordés en lieu et place de la prestation. Le BGB prévoit expressément un cas, le retard d'exécution, aux §280 al. 2 et 286⁷¹⁴. En vertu du premier de ces textes :

« Le créancier ne peut réclamer des dommages-intérêts pour retard dans l'exécution de la prestation que si la condition supplémentaire du §286 est remplie. »⁷¹⁵.

Cette condition supplémentaire du §286 BGB est une mise en demeure (*Verzug*). L'exigence d'une mise en demeure a pour conséquence non négligeable que tous les frais déboursés par le créancier du fait de l'inexécution *antérieurement* à la mise en demeure ne pourront être mis à la charge du débiteur. Ainsi, si la voiture que j'ai achetée n'est pas livrée le 1^{er} du mois, que je loue un véhicule de remplacement le 2, que je mets mon débiteur en demeure d'exécuter le 9, et que je reçois le véhicule le 15, les frais de location du 2 au 8 resteront à ma charge, et le vendeur me versera des dommages et intérêts seulement à hauteur des frais de location du 9 et au 15. Les alinéas 2 à 4 du §286 BGB prévoient toutefois plusieurs hypothèses dans lesquelles le créancier peut faire l'économie d'une mise en demeure, notamment celle où l'exécution est due pour une date fixe⁷¹⁶. Il faut noter enfin que le retard de paiement d'une obligation monétaire engendre des conséquences particulières : comme en France, des intérêts moratoires (*Verzugszinsen*) seront dus au créancier en vertu du §288 BGB⁷¹⁷.

La distinction entre les dommages et intérêts pour retard et les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution n'est pas toujours évidente en pratique. La question qu'il convient de se poser est la suivante : le dommage dont le créancier cherche la réparation a-t-il été définitivement subi, ou le débiteur peut-il encore le faire disparaître en exécutant⁷¹⁸ ? Si

⁷¹³ V. en détails D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 605 et s. ; H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht, op. cit.*, spéc. §25, n° 19.

⁷¹⁴ Malgré son régime particulier, il s'agit bien de dommages et intérêts en marge de la prestation, v. en ce sens D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 529 et D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 354 : « [...] auch der Verzögerungsschaden [stellt] der Sache nach einen Fall des Schadensersatz „neben“ der Leistung [dar] ».

⁷¹⁵ §280 al. 2 BGB, trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁷¹⁶ §286 al. 2 BGB : « La mise en demeure est inutile (1.) lorsqu'un terme est fixé selon le calendrier pour l'exécution de la prestation [...] », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁷¹⁷ Sur les intérêts moratoires, v. nos dév. détaillés *infra*, spéc. n° 325 et s.

⁷¹⁸ V. not. S. LORENZ, « Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die „Zauberformel“? », in : *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus. Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012*, dir. M. HÄUBLEIN, S. UTZ, Berlin, De Gruyter, 2012, p. 147, spéc. p. 151

l'exécution ou plus exactement l'exécution corrective⁷¹⁹ (*Nacherfüllung*) peut encore faire disparaître le dommage, il convient d'octroyer au créancier un délai supplémentaire pour y parvenir (*Nachfrist*) et ce sont les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui constituent le remède approprié. A l'inverse, si le dommage est déjà définitivement survenu et que l'exécution n'y changera rien, ce sont les dommages et intérêts pour retard qui seront mis en jeu⁷²⁰. Ainsi, dans l'exemple que nous avons donné, le fait que la voiture soit finalement livrée le 15 ne change rien au fait que des frais de location ont été engagés jusqu'à cette date. C'est donc au titre des dommages et intérêts pour retard que je dois en réclamer la réparation.

133. Les « simples » dommages et intérêts en marge de l'exécution (§280 al. 1^{er}). Enfin, le §280 al. 1^{er} BGB peut, lorsqu'aucun des cas particuliers envisagés aux alinéas 2 et 3 ne trouve à s'appliquer, servir de fondement textuel autonome à l'octroi de dommages et intérêts. La doctrine parle alors de « simples » dommages et intérêts en marge de la prestation⁷²¹. Ceux-ci ne sont soumis à aucune condition supplémentaire à celles du §280 al. 1^{er} BGB⁷²². Il peut s'agir de la violation d'une obligation accessoire au sens du §241, al. 2 BGB. Dans l'exemple évoqué plus haut, ce sont des dommages et intérêts en marge de la prestation que le peintre doit verser du fait de la dégradation de la moquette à l'occasion des travaux. La violation d'une obligation accessoire constitue l'hypothèse la plus fréquente des « simples » dommages et intérêts du §280 al. 1^{er} BGB⁷²³. Néanmoins, il existe aussi des dommages et intérêts en marge de l'exécution qui sont plus directement liés à la prestation principale. Selon une doctrine majoritaire⁷²⁴ à laquelle s'est récemment rallié le *Bundesgerichtshof*⁷²⁵, ce sont bien des dommages et intérêts en marge de l'exécution fondés exclusivement sur le §280 al. 1^{er} BGB que fait valoir le créancier lorsqu'il réclame, suite à la livraison d'un matériel défectueux, l'indemnisation du préjudice lié aux pertes d'exploitation (*Nutzungsausfälle*)

et s. ; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 528 ; D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 352.

⁷¹⁹ Selon la trad. retenue par R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*, spéc. §281 al. 1^{er}.

⁷²⁰ V. à nouveau S. LORENZ, « Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die „Zauberformel“? », *op. cit.*, spéc. p. 151 et s. ; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 528 ; D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 352.

⁷²¹ « Einfacher Schadensersatz statt der Leistung », par ex. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, spéc. n° 1025, D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 354 ou encore D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 532 : « Was unter einfachem Schadensersatz zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht näher beschrieben. Negativ lässt sich formulieren, dass §280 I in seinem selbständigen Anwendungsbereich alle Schaden umfasst, für welche die beiden folgenden Absätze keine zusätzlichen Voraussetzungen aufstellen. ».

⁷²² Ces conditions étant, rappelons-le, le rapport d'obligation (*Schuldverhältnis*), la violation d'une obligation (*Pflichtverletzung*), la faute (*Vertretenmüssen*) et le dommage (*Schaden*).

⁷²³ D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 533.

⁷²⁴ V. D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 546 et les réf. citées.

⁷²⁵ BGH, 19 juin 2009, V ZR 93/08, NJW 2009, 2674.

jusqu'à la livraison d'un matériel en état de fonctionnement. La qualification est résolument favorable au créancier, puisque son gain manqué sera indemnisé sans qu'il doive auparavant mettre le débiteur en demeure⁷²⁶.

B. Confrontation à la théorie du paiement et de la réparation

1. Une démarche distincte

134. Le point de départ théorique : la double nature des obligations contractuelles. La distinction entre les deux catégories de dommages et intérêts en droit allemand prend appui sur la diversité des obligations que le contrat met à la charge des parties, plutôt que sur une pluralité de fonctions du remède contractuel. Nous savons que la réforme avait regroupé les différentes formes d'inexécution (impossibilité, retard, violation positive du contrat, etc.) au sein d'une notion unitaire : la violation de l'obligation (*Pflichtverletzung*)⁷²⁷. Dans le même temps, elle a introduit une distinction importante entre deux catégories d'obligations : les obligations principales orientées vers la prestation (*Leistungspflichten*) et les obligations accessoires (*Nebenpflichten* ou *Schutzpflichten*)⁷²⁸. Cette dichotomie des obligations allait se répercuter au niveau des remèdes. En rebaptisant « dommages et intérêts en lieu et place de la prestation » les anciens « dommages et intérêts pour inexécution » (*Schadensersatz wegen Nichterfüllung*)⁷²⁹, le nouveau droit souligne que ces dommages et intérêts viennent en remplacement non de l'exécution, mais de l'obligation primaire ou principale à la prestation que le contrat met à la charge des parties (*primäre geschuldete Leistung*)⁷³⁰. La double nature des dommages et intérêts s'inscrit ainsi dans la continuité de la double nature des obligations.

Que l'on ne s'y méprenne toutefois pas, l'obligation violée ne nous dit rien, à elle seule, du remède qui devra être mis en jeu. Ainsi, les §280 al. 3 et §282 BGB prévoient expressément la possibilité de réclamer des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation alors même que l'obligation violée ne serait qu'accessoire⁷³¹. Inversement, on ne peut déduire du fait que l'obligation principale à la prestation a été violée que ce sont des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation qui seront attribués. Comme nous l'avons expliqué, tout dépend, en fait, du point de savoir si le dommage dont le créancier

⁷²⁶ Ce qu'il aurait dû faire en application du §286 BGB si l'on avait considéré qu'il s'agissait d'un préjudice imputable au retard de livraison d'une machine exempte de vice.

⁷²⁷ V. *supra*, spéc. n° 34.

⁷²⁸ V. à nouveau *supra*, spéc. n° 34.

⁷²⁹ Comp. les §325 et §326 BGB dans leur rédaction antérieure à la réforme.

⁷³⁰ E. KLUNZINGER, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 14^e éd., München, Verlag Vahlen, 2009, spéc. p. 324

⁷³¹ V. *supra*, spéc. n° 131.

cherche la réparation a été définitivement subi, ou si le débiteur peut encore le faire disparaître en exécutant⁷³². Or, la violation d'une seule et unique obligation d'exécution peut entraîner des dommages qui peuvent disparaître avec une exécution corrective – par exemple le remplacement d'une machine défectueuse par une machine en état de fonctionnement – et d'autres qui ne le peuvent pas – telles les pertes d'exploitation de la machine jusqu'au remplacement. Pis, un seul et même type de dommage engendré par la violation d'une seule et même obligation peut tantôt entrer dans la catégorie des dommages et intérêts en marge de la prestation et tantôt dans celle des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation⁷³³. Ainsi, si la nouvelle machine n'est finalement pas livrée et que le créancier résout le contrat, les pertes d'exploitation survenues *après* la résolution seront indemnisées par des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation, et celles d'*avant* la résolution par des dommages et intérêts en marge de la prestation⁷³⁴.

Dès lors, même si la double nature de l'obligation est certainement le point de départ de la consécration des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation et des dommages et intérêts en marge de la prestation, elle ne permet pas d'établir une démarcation pertinente entre les deux. A cet égard, la fonction remplie par ces dommages et intérêts fournirait certainement un modèle explicatif plus pertinent.

135. L'enjeu pratique : le régime plus sévère des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation. La démarche allemande se démarque encore de l'approche fonctionnelle des dommages et intérêts sur le plan du régime juridique attaché aux différents dommages et intérêts. En France, Philippe Rémy a « découvert » l'exécution par équivalent pour *enlever* une condition aux dommages et intérêts : le dommage. Selon lui, il n'était nul besoin d'exiger que le créancier ait subi un dommage pour lui donner des dommages et intérêts ; il suffisait de démontrer qu'il n'avait pas reçu l'exécution. A l'inverse, en droit allemand, les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation viennent *ajouter* une condition aux dommages et intérêt : la *Nachfrist*. Ainsi, les dommages et intérêts à fonction de paiement en droit français seraient plus faciles à obtenir que les dommages et intérêts à fonction de réparation, alors que ce serait précisément l'inverse en droit allemand⁷³⁵. De surcroît, l'introduction d'un régime

⁷³² V. *supra*, spéc. n° 132.

⁷³³ V. D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, spéc. n° 353a qui donne l'exemple de la perte des profits qu'auraient dû générer la revente et qui sont dus au titre des dommages et intérêts en lieu en marge de l'exécution si la revente n'est plus possible (un bien saisonnier par exemple) ou des dommages et intérêt en lieu et place de l'exécution si la revente est encore envisageable.

⁷³⁴ V. not. S. LORENZ, « Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die „Zauberformel“? », *op. cit.*, spéc. p. 149.

⁷³⁵ Il n'est toutefois pas certain que la *Nachfrist* soit si défavorable au créancier, comp. *infra*, spéc. n° 174.

des dommages et intérêts dans lequel la condition de dommage disparaîtrait ne serait pas envisageable en droit allemand. Non qu'elle le soit beaucoup plus en droit français, mais le fait est que le droit allemand retient une vision très extensive du dommage qui peut sans difficulté absorber la seule perte de la prestation promise. Tel est d'ailleurs précisément l'objet des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation – et c'est cet objet qui rapproche *in fine* la démarche allemande de notre approche fonctionnelle.

2. Un rapprochement certain

136. L'impossible cumul des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation avec l'exécution en nature révélant une fonction commune. La distinction entre les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation et les dommages et intérêts en marge de la prestation ne repose pas, à première vue, sur la fonction de paiement ou de réparation qu'ils remplissent. Pourtant, lorsqu'on examine de plus près les spécificités du *Schadensersatz statt der Leistung*, il apparaît que sa fonction de substitut à l'exécution joue un rôle déterminant dans sa caractérisation. Le premier indice nous est fourni par l'al. 4 du §281 BGB :

« Le droit à la prestation est exclu dès que le créancier a réclamé des dommages-intérêts en lieu et place de la prestation. »⁷³⁶

Cette disposition, quand bien même elle mentionne la prestation, tranche, en fait, la question de l'articulation de l'exécution en nature (*Erfüllungsanspruch*) avec la prétention à des dommages et intérêts (*Schadensersatzanspruch*)⁷³⁷. Il en ressort que les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation sont un remède alternatif à l'exécution en nature. Autrement dit, les dommages et intérêts en lieu et place de la *prestation* sont des dommages et intérêts en lieu et place de *l'exécution*. L'exécution et les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation sont deux mesures qui « satisfont » le créancier sur un même plan : celui de la prestation promise qui constitue leur objet commun. En outre, alors que le *Schadensersatz* englobe par principe tant la réparation en nature qu'en argent⁷³⁸, la doctrine affirme que les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ne sauraient, pour leur part, consister qu'en une somme d'argent, sans quoi ils se confondraient avec l'exécution elle-même⁷³⁹. Tout

⁷³⁶ §281 al. 4 BGB, trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁷³⁷ V. D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 597 le a) intitulé « Das Verhältnis von Erfüllungs- und Schadensersatzanspruch ».

⁷³⁸ V. *supra*, spéc. n° 39.

⁷³⁹ V. en ce sens H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht, op. cit.*, spéc. §23, n° 50 : « Der Anspruch ist auch auf Grundlage des §281 jedenfalls grundsätzlich auf Geldleistung beschränkt. Durch Naturalrestitution (§249 I) würde nämlich die Wertung des §281 IV umgangen. »

ceci témoigne bien de ce que les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation constituent un substitut à l'exécution.

137. La fonction de paiement du coût de substitution confirmée par l'arrêt du BGH du 3 juillet 2013. Le §281 al. 4 BGB prive le créancier qui a réclamé des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation de la possibilité de prétendre ensuite à l'exécution. Le *Bundesgerichtshof* a eu récemment à se prononcer sur l'hypothèse inverse d'un créancier qui réclamait des dommages et intérêts *après* avoir obtenu l'exécution en nature. Le cas était simple : un contrat de vente de biocarburant n'avait pas été honoré par le vendeur si bien que l'acheteur, qui avait conclu un contrat de substitution à un prix plus élevé, réclamait au vendeur des dommages et intérêts à hauteur des frais supplémentaires occasionnés par l'opération de substitution (*Mehrkosten des Deckungskaufs*). La difficulté de l'espèce tenait à ce que l'acheteur avait déjà obtenu, avant d'intenter cette action, la condamnation du vendeur à l'exécution des livraisons suspendues. Pouvait-il encore réclamer des dommages et intérêts ? Tout dépendait du point de savoir si l'indemnisation des surcoûts du contrat de substitution relevait des dommages et intérêts en marge de la prestation ou des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation. Les juges du fond, suivant une doctrine minoritaire, avaient décidé que le surcoût de l'opération de remplacement pouvait être considéré comme un dommage imputable directement au retard et dont la réparation, fondée sur les §280, al. 1, al. 2, §286 BGB, pouvait dès lors être cumulée avec l'exécution⁷⁴⁰. Le *Bundesgerichtshof*, dans un arrêt du 3 juillet 2013, se rallia à la doctrine majoritaire et décida en sens inverse que :

« Les surcoûts d'un contrat de substitution conclu personnellement par l'acheteur ne sont pas réparables au titre des dommages et intérêts pour retard selon le §280, al. 1, al. 2, §286 BGB. Il s'agit d'un dommage qui survient à la place de la prestation, dont le créancier ne peut prétendre à l'indemnisation qu'aux conditions prévues aux §280, al. 1, al. 3, §281 BGB et qu'il ne peut donc pas demander aux côtés de l'exécution en nature. »⁷⁴¹

La justification principale avancée par la Haute Cour est particulièrement révélatrice de la fonction qu'elle attribue aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Octroyer au créancier l'indemnisation du surcoût de l'opération de substitution en *sus* de l'exécution reviendrait, selon elle, à donner au créancier une deuxième fois les bénéfices attendus du contrat : « comme s'il pouvait réclamer la quantité de carburant commandée au prix convenu

⁷⁴⁰ LG Kiel, 18 mars 2011, 16 O 24/10 ; OLG Schleswig, 4 mai 2012, 14 U 39/11.

⁷⁴¹ BGH, 3 juil. 2013, VIII ZR 169/12, NJW 2013, 2959, spéc. *Leitsatz*, trad. libre de : « Mehrkosten eines eigenen Deckungskaufs des Käufers sind nicht als Verzögerungsschaden nach §280 Abs. 1, 2, §286 BGB ersatzfähig. Es handelt sich um einen an die Stelle der Leistung tretenden Schaden, den der Gläubiger nur unter den Voraussetzungen von §280 Abs. 1, 3, §281 BGB und somit nicht neben der Vertragserfüllung beanspruchen kann. ».

contractuellement deux fois »⁷⁴². C'est donc précisément parce que les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution donnent au créancier les mêmes avantages que l'exécution qu'ils ne peuvent être cumulés à l'exécution en nature. Cette argumentation montre bien que ce qui fait la spécificité des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation, c'est qu'ils remplissent, comme l'exécution, une fonction de paiement au sens où nous l'avons définie⁷⁴³.

138. Les fonctions de paiement et de réparation illustrées par les *Mangelschäden* et *Mangelfolgeschäden*. Peut-on affirmer que les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation remplissent une fonction de paiement et les dommages et intérêts en marge de la prestation une fonction de réparation ? La réponse à cette question est délicate et l'on ne prétendra pas y répondre dans les quelques lignes qui suivent. Dans certains cas, le lien entre la fonction et la sanction se déduit assez facilement. Ce peut être la livraison d'un bien vicié ou défectueux, notamment. Dieter Medicus et Stephan Lorenz en donnent une illustration originale⁷⁴⁴ et tirée de faits réels⁷⁴⁵ : une éleveuse amateur de chats achète un mâle reproducteur qui se révèle atteint d'une mycose. La maladie se propageant aux autres animaux qu'elle possède, l'acheteuse doit assumer des frais de vétérinaire pour soigner l'ensemble des animaux, frais qu'elle espère imputer au vendeur. Pour que son indemnisation couvre à la fois des frais destinés à la guérison du mâle reproducteur « défectueux » que ceux acquittés pour guérir ses premiers animaux, l'acheteuse doit agir cumulativement sur deux fondements. Les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation des §280, al. 1, al. 3, §281 BGB lui permettront de recouvrer les frais qui lui ont permis de remédier au vice lui-même (*Mangelschäden*), autrement dit de requinquer le chat vicié ; les autres frais de soin seront couverts par les dommages et intérêts en marge de la prestation du §280 al. 1 qui réparent les dommages consécutifs au vice (*Mangelfolgeschäden*). Ici, les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation remplissent bien une fonction de paiement puisqu'ils permettent *in fine* à l'acheteuse d'obtenir le chat « sain » qui lui avait été promis. Quant aux dommages et intérêts en marge de la prestation, parce qu'ils sont dirigés vers la préservation de l'intégrité physique et patrimoniale du créancier (*Integritätsinteresse*), leur visée est nécessairement indemnitaire.

⁷⁴² BGH, 3 juil. 2013, *ibid*, spéc. n° 28, trad. libre de : « Wie die Revision zutreffend ausführt, wäre der Kläger, falls ihm neben der im Vorprozess erfolgreich geltend gemachten Vertragserfüllung ein Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten des eigenen Deckungskaufs zugebilligt würde, zum Nachteil der Beklagten so gestellt, als hätte er die bestellte Dieselmenge zu dem vertraglich vereinbarten Preis doppelt zu beanspruchen. ».

⁷⁴³ V. *supra*, spéc. n° 112.

⁷⁴⁴ D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, spéc. n° 353.

⁷⁴⁵ BGH, 11 juil. 2007, VIII ZR 110/06, NJW 2007, 2619.

139. La (nouvelle) frontière des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation et des dommages et intérêts en marge de la prestation à l'aune de la double fonction. Les difficultés surgissent lorsque le créancier demande la réparation de bénéfices que l'exécution aurait dû lui apporter. Il peut s'agir notamment de pertes d'exploitations (*Nutzungsausfälle*), telle l'impossibilité de générer une portée de chatons dans l'exemple précité, ou encore les profits attendus d'une revente programmée (*Anschlussgeschäft*). Ces dommages affectent l'intérêt à l'exécution du créancier (*Erfüllungsinteresse* ou *Äquivalenzinteresse*)⁷⁴⁶, ce qui pourrait inciter à les rattacher aux dommages et intérêts en lieu et place de la prestation. C'est d'ailleurs en ce sens que le droit antérieur à la réforme décidait⁷⁴⁷. Cependant, comme l'observe très justement Stephan Lorenz, la transformation du *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* en *Schadensersatz statt der Leistung* impose de reconsidérer le champ d'application de ces dommages et intérêts de manière réductive⁷⁴⁸. Tous les dommages orientés vers l'intérêt à l'exécution n'ont plus vocation à être compensés par les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation, mais seulement les dommages qui sont directement imputables à la perte définitive de la prestation⁷⁴⁹. La frontière entre les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation et les dommages et intérêts en marge de la prestation est toujours discutée, mais un consensus se dessine en faveur du critère du caractère définitivement acquis du dommage (au sens où l'exécution corrective ne le ferait plus disparaître)⁷⁵⁰. Ce critère est venu restreindre le champ des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation et l'a resserré autour de l'intérêt à l'exécution au sens strict, « l'indemnisation du dommage d'inexécution au sens propre » comme l'appelle Ulrich Huber⁷⁵¹. Plus ce resserrement sera étroit, mieux les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution coïncideront avec la fonction de paiement.

Pour l'heure, il serait inexact de conclure que la double nature des dommages et intérêts du droit allemand répond à la double fonction de paiement et de réparation. Les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation remplissent bien *toujours* une fonction de paiement, mais pas *exclusivement*. Les dommages et intérêts en marge de la prestation sont

⁷⁴⁶ Sur ces notions, v. *infra*, spéc. n° 203.

⁷⁴⁷ S. LORENZ, « Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die „Zauberformel“? », *op. cit.*, spéc. p. 150.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, spéc. p. 150 et s.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, Stephan Lorenz compare ce critère de distinction à une « formule magique », v. spéc. p. 152.

⁷⁵⁰ Comp. nos dev. *supra*, spéc. n° 132.

⁷⁵¹ U. HUBER, « Schadensersatz statt der Leistung », AcP 210 (2010), 319, spéc. p. 320, trad. libre de : « Ersatz des Nichterfüllungsschadens im eigentlichen Sinn ».

toujours et exclusivement indemnitaires, mais certains dommages très étroitement liés à la prestation leur échappent tout de même.

Conclusion du chapitre 2

140. La responsabilité contractuelle « en effervescence ». On aurait pu croire la controverse qui secoue la responsabilité contractuelle depuis un petit quart de siècle limitée à l'Hexagone. Il n'en est rien. La doctrine anglaise, plus récemment, s'est interrogée à son tour sur les questions de la nature et des fonctions des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution. Ce débat, tout comme en France, a révélé plusieurs visions des dommages et intérêts et, plus fondamentalement, différentes façons de penser le contrat lui-même. La synthèse est encore en construction. Les similarités sont frappantes entre le mouvement français et le mouvement anglais. Au commencement était la même question : pourrait-il y avoir des dommages et intérêts sans dommage ? Au final était le même constat : certains dommages et intérêts, au moins, remplissent une fonction de substitut à l'exécution. Cette idée de substitution à l'exécution n'est pas étrangère non plus à la vision allemande des dommages et intérêts contractuels. La réforme du droit des obligations de 2002 est en effet venue consacrer la double nature des dommages et intérêts. Il y a, d'une part, les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation, d'autre part les dommages et intérêts en marge de la prestation. Certes, dans la vision allemande, l'une et l'autre sanctions sont indemnitaires par nature : le *Schadensersatz* est là pour réparer les dommages et rien d'autre. Pourtant, ce régime binaire des dommages et intérêts conforte l'idée que la responsabilité contractuelle remplit bien un double rôle, qui est à la fois d'offrir un substitut à l'exécution et de compenser les pertes consécutives à l'inexécution.

141. Pour une vision plurale de la responsabilité contractuelle. Loin de disqualifier la responsabilité contractuelle, les débats entre opposants et défenseurs de la responsabilité contractuelles ont finalement permis de révéler toute sa spécificité et, par là, sa pertinence. Comme l'a relevé Claude Witz :

« Chacune des deux thèses présente une part de vérité. Incontestablement, l'assaut mené contre le concept de responsabilité contractuelle a eu le grand mérite de mettre en exergue la spécificité des dommages et intérêts contractuels [...] »⁷⁵².

La leçon qui peut être tirée de ces débats, c'est que la responsabilité contractuelle échoue à être appréhendée comme un mécanisme « simple ». Elle n'est pas « simple réparation », puisqu'avant même de s'intéresser au dommage, elle cherche à fournir au créancier un substitut d'exécution. Elle n'est pas non plus « simple paiement », puisque le substitut en

⁷⁵² C. WITZ, « La faute contractuelle – Rapport français », *op. cit.*, spéc. p. 663.

argent qu'elle octroie au créancier dépasse la valeur de la prestation pour couvrir les pertes subies et le gain manqué consécutifs à l'inexécution. Il faut en conclure que :

« La responsabilité contractuelle n'est donc pas un « faux concept. » C'est un concept *complexe*, mais bien *réel*, et qui a sa place à côté de celui de responsabilité délictuelle. »⁷⁵³

Comme le relevait déjà Jérôme Huet, c'est là « toute l'ambiguïté de la notion de responsabilité contractuelle »⁷⁵⁴. C'est là aussi son intérêt. Parfois, la responsabilité contractuelle vient remplacer l'exécution en proposant un substitut pécuniaire destiné à rétablir l'équilibre rompu par le contrat. Elle remplit alors une fonction de paiement. D'autre fois, elle s'intéresse au préjudice né de l'inexécution et cherche à le compenser. Elle remplit alors une fonction de réparation. Souvent, les dommages et intérêts octroyés par le juge offrent à la fois un équivalent en argent de la prestation inexécutée et une indemnisation des pertes subies et les gains manqués par le créancier. La responsabilité contractuelle accomplit alors ses deux fonctions de paiement et de réparation. Seule une vision plurielle de la responsabilité contractuelle permet de surmonter l'opposition apparente entre la théorie de l'exécution par équivalent et la vision indemnitaire de la responsabilité.

⁷⁵³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2013, spéc. n° 178.

⁷⁵⁴ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 23, p. 28 : « [...] cela montre toute l'ambiguïté de la notion de responsabilité contractuelle : celle-ci ne saurait être considérée ni comme un simple paiement par équivalent d'une dette préexistante, ni seulement comme la source d'une obligation de réparation parfaitement nouvelle. Elle constitue tantôt l'un, tantôt l'autre, voire l'un et l'autre à la fois. ».

Conclusion du Titre 1

142. De la double nature à la double fonction de la responsabilité contractuelle. Un raisonnement en deux temps a permis de révéler la double fonction de paiement et de réparation de la responsabilité contractuelle. Dans un premier temps, l'étude de la place de la responsabilité contractuelle au sein des sanctions de l'inexécution a montré la double nature de la responsabilité contractuelle. Tantôt, elle constitue une sanction complète et autonome de l'inexécution. Tantôt, elle s'ajoute à une autre sanction – exécution forcée ou réparation – qu'elle ne fait que compléter. Dans un second temps, cette double nature de la responsabilité contractuelle a été expliquée par la dualité des fonctions qu'elle remplit. Comme l'exécution ou la résolution, la responsabilité contractuelle offre d'abord une solution à l'inexécution elle-même. Les dommages et intérêts ont alors pour dessein de donner au créancier de l'obligation inexécutée un équivalent en argent de ce que le contrat lui promettait et qu'il n'a pas reçu : c'est la fonction de paiement. La responsabilité contractuelle va cependant plus loin. Elle ne s'arrête pas au sort du contrat mais s'intéresse également au sort du créancier. Les dommages et intérêts accordés au créancier ont donc également pour objectif de compenser les pertes qu'il a subies et le gain qu'il a manqué par suite de l'inexécution : c'est la fonction de réparation. Ensemble, la fonction de paiement et la fonction de réparation participent à la mission générale de la responsabilité contractuelle, qui est le rétablissement du créancier. Pour replacer le créancier dans une situation patrimoniale comparable à celle qui serait la sienne si le contrat avait été exécuté, la responsabilité contractuelle accorde au créancier une somme d'argent correspondant, si elle est demandée à titre exclusif, à un substitut de l'exécution et, en toute hypothèse, à une réparation du préjudice contractuel subi par le créancier.

143. De la double fonction à la double sanction de la responsabilité contractuelle. Bien que participant ensemble à la mission générale de rétablissement de la responsabilité contractuelle, les deux fonctions de paiement et de réparation doivent être distinguées. A chacune de ces fonctions correspond une sanction autonome et à laquelle devrait correspondre un régime propre. C'est déjà partiellement le cas, et ce que l'on a pu analyser comme des incohérences de la jurisprudence n'est parfois que le reflet de cette diversité des fonctions de la responsabilité contractuelle. Cependant, si la thèse de la double fonction de la responsabilité contractuelle reçoit un écho grandissant en doctrine, le pas qui mène à une double sanction de la responsabilité contractuelle est encore loin d'être franchi. Il est pourtant

indispensable. Pour remplir efficacement les fonctions de paiement et de réparation qui sont les siennes, la responsabilité contractuelle doit se décliner en plusieurs sanctions assorties chacune d'un corps de règles propres. Ce sont ces sanctions de la responsabilité contractuelle traduisant le paiement et la réparation qui feront l'objet du titre second.

TITRE 2. LES SANCTIONS TRADUISANT LE PAIEMENT ET LA RÉPARATION

144. D'une dualité de fonctions à une dualité de sanctions. Les dommages et intérêts octroyés par le juge au titre de la responsabilité contractuelle répondent à un double enjeu : d'une part rétablir l'équilibre dévoyé par l'inexécution en fournissant au créancier un équivalent en argent de la prestation promise, d'autre part compenser le créancier en l'indemnisant des pertes et des gains manqués résultant de l'inexécution. La démonstration de la double fonction remplie par la responsabilité contractuelle a fait l'objet du premier titre. On ne peut toutefois s'arrêter à la démonstration d'une *double fonction* sans rechercher si celle-ci aboutit à une *double sanction*. Vérifier la pertinence de la double fonction et construire un régime qui en tire les enseignements théoriques et pratiques : tel est l'enjeu de ce second titre. Il nous amènera à constater que le double objectif de la responsabilité contractuelle est accompli par les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui réalisent la fonction de paiement, ainsi que par les dommages et intérêts compensatoires qui réalisent la fonction de réparation.

145. Le choix terminologique des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Comment désigner, pour commencer, les dommages et intérêts qui remplissent une fonction de paiement ? Comme nous l'avons vu, la notion d'exécution par équivalent est ambiguë, elle occulte la nature même de la sanction des dommages et intérêts et il est préférable de l'écartier⁷⁵⁵. Philippe Stoffel-Munck parle simplement de « dommages et intérêts de paiement »⁷⁵⁶. L'inconvénient de cette terminologie, c'est que les dommages et intérêts sont bien un substitut au paiement, mais ils ne sont pas un paiement à proprement parler⁷⁵⁷, ce qui ne manque pas de donner à l'expression une sonorité d'oxymore⁷⁵⁸. Pour les mêmes raisons, le qualificatif de « satisfactoire » suggéré par Mireille Bacache-Gibeili n'emporte pas notre adhésion⁷⁵⁹. Nous avons choisi de nous inspirer de la notion allemande de « dommages et

⁷⁵⁵ V. *supra*, spéc. n° 111.

⁷⁵⁶ PH. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », *chron.*, *RDC*, 2004, p. 280.

⁷⁵⁷ V. *supra*, spéc. n° 112.

⁷⁵⁸ Comp. E. SAVAUX., R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs, Réflexions à partir du contrat de bail », in : *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 271, spéc. p. 281, note 36, selon lesquels : « la formule est *a priori* insolite [...] ».

⁷⁵⁹ V. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, Traité de Droit civil*, dir. N. MOLFESSIS, t. 5, 2^e éd., Paris, Economica, 2012, spéc. n° 72, qui parle de « double fonction satisfactoire et compensatoire ».

intérêts en lieu et place de la prestation » (*Schadenersatz statt der Leistung*). Si le législateur allemand parle de dommages et intérêts en lieu et place de la « prestation », nous lui préférons l'expression de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution pour trois raisons. D'abord, la formule souligne que cette sanction constitue un substitut (« en lieu et place ») à l'autre sanction qu'est l'exécution – autrement dit que l'une et l'autre sanction se situent sur un même plan et sont alternatives. La « prestation » est, d'abord, une notion inconnue de certains droits, notamment du droit anglais. Même dans les pays qui l'utilisent, elle demeure un concept assez mal défini (est-ce l'obligation principale ? l'obligation caractéristique ? l'obligation essentielle ? l'obligation réciproque dans le contrat synallagmatique ?). Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats propose de donner une place plus importante à cette notion qu'il utilise beaucoup⁷⁶⁰. S'il ne la définit pas, il semble la tenir pour synonyme de l'objet de l'obligation⁷⁶¹, ce qui laisse la question entière : est-ce l'objet de toute obligation ou seulement de l'obligation principale ? Il est incontestable que la notion de « prestation » est utile pour décrire les dommages et intérêts à fonction de paiement, et il nous arrivera de l'utiliser. Nous tiendrons alors cette notion pour synonyme de l'objet du contrat. La prestation est en quelque sorte *l'objet* de l'exécution, quand l'exécution est le *moyen* d'aboutir à cet objet. Dès lors, il apparaîtra évident que les dommages et intérêts à fonction de paiement sont mieux désignés par l'expression de dommages et intérêts en lieu et place de « l'exécution ». Ce n'est pas l'objet de l'exécution qui change, quand les dommages et intérêts sont demandés, mais uniquement le moyen de l'obtenir, qui « passe » de l'exécution aux dommages et intérêts. C'est pourquoi la notion de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution apparaît, somme toute, la plus appropriée.

146. Le choix terminologique des dommages et intérêts compensatoires. La désignation des dommages et intérêts à fonction de réparation soulève moins de difficultés. Le qualificatif « compensatoire » est à la fois le plus répandu et le plus limpide. Selon le Vocabulaire

⁷⁶⁰ V. Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015, spéc. les art. 1110 (contrat à exécution instantanée), art. 1131 et 1132 (erreur sur les qualités essentielles de la prestation), art. 1134 (erreur sur les motifs), art. 1135 et 1138 (erreur sur la valeur), art. 1147 (nullité pour incapacité), art. 1162 (objet du contrat), art. 1163 (fixation unilatérale du prix), art. 1166 (qualité de la prestation), art. 1169 (à propos du déséquilibre significatif), art. 1178 (restitution des prestations suite à la nullité), art. 1206 (stipulation pour autrui), art. 1220 (suspension de l'exécution), art. 1229 (restitution des prestations suite à la résolution), art. 1306 (obligation cumulative), art. 1307 à 1307-5 (obligation alternative), art. 1308 (obligation facultative), art. 1309 et 1319 (obligation à prestation indivisible), art. 1320 (définition du paiement), art. 1320-4 (paiement partiel), art. 1323-1 (consignation), art. 1328 (impossibilité d'exécuter), art. 1353-1 (restitution d'une somme d'argent).

⁷⁶¹ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *op. cit.*, spéc. art. 1162, al. 1^{er} : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future ».

juridique de l'Association Henri Capitant, les dommages et intérêts compensatoires désignent la :

« Somme d'argent destinée, en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle, à réparer exactement le préjudice (not. celui qui résulte de l'inexécution de l'obligation), de telle sorte que la victime n'en retire ni profit, ni perte. »⁷⁶²

La compensation et la réparation seront ainsi tenues pour synonymes tout au long de l'étude⁷⁶³. Le droit anglais parle également de *compensatory damages*. En droit allemand, l'idée de compensation est déjà exprimée par le mot lui-même de *Schadenersatz*, qui signifie littéralement substitut ou remplacement du dommage.

147. L'enjeu : la construction des deux régimes de dommages et intérêts. L'étude des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et des dommages et intérêts compensatoires soulève un certain nombre de difficultés méthodologiques. Si l'idée se fait aujourd'hui de plus en plus prégnante que les dommages et intérêts remplissent non seulement une fonction de réparation, mais aussi une fonction de « paiement » (selon la terminologie française) ou de « substitut à l'exécution » (selon les terminologies anglaise et allemande), cette dualité de fonction ne se traduit pas encore ouvertement au stade des sanctions. L'Allemagne a certes consacré la distinction entre les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation (*Schadenersatz statt der Leistung*) et dommages et intérêts en marge de la prestation (*Schadenersatz neben der Leistung*), mais nous avons vu qu'elle ne recoupe pas exactement la distinction entre la fonction de paiement et la fonction de réparation⁷⁶⁴. La difficulté est accrue en France et en Angleterre, où il n'existe qu'une seule catégorie de dommages et intérêts, qui assume tantôt une fonction de paiement, tantôt une fonction de réparation, et tantôt les deux. Il a alors été nécessaire d'analyser en détails ces dommages et intérêts – leur objet, leur mesure, leur régime – afin de procéder au partage entre ce qui relève des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et ce qui relève des dommages et intérêts compensatoires. L'exercice s'étant révélé fructueux, il est possible de présenter l'une et l'autre catégorie de dommages et intérêts de manière autonome. La sanction principale⁷⁶⁵ à l'inexécution que sont les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sera exposée en

⁷⁶² G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, sous « Compensatoire ».

⁷⁶³ D'autres auteurs, au contraire, distinguent la compensation de la réparation, la première se rapprochant de ce que nous décrivons comme la fonction de paiement, v. not. A. BENABENT, note sous Com., 30 juin 1992, *D.*, 1994, p. 454.

⁷⁶⁴ V. *supra*, spéc. n° 134.

⁷⁶⁵ Sur le sens de « sanction principale », v. *supra*, spéc. n° 81.

premier (chapitre 1), la sanction complémentaire⁷⁶⁶ des dommages et intérêts compensatoires en second (chapitre 2).

Chapitre 1. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

Chapitre 2. Les dommages et intérêts compensatoires

⁷⁶⁶ Sur le sens de « sanction complémentaire », v. *supra*, spéc. n° 82.

Chapitre 1. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

148. Définition des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution peuvent être définis comme une :

la sanction de la responsabilité contractuelle qui oblige le débiteur à payer au créancier victime de l'inexécution un substitut en argent à l'exécution en nature du contrat

Cette définition met l'accent sur la notion de « substitut » sur le modèle des *substitutive et substitutionary damages* de la doctrine anglaise⁷⁶⁷. On pourrait aussi parler « d'équivalent » en argent à l'exécution, mais cela nous ramènerait à la notion « d'exécution par équivalent » dont nous avons déjà fait la critique⁷⁶⁸. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ne sont pas une mesure d'exécution, fut-elle par équivalent, ils sont « autre chose » qui intervient en lieu et place de celle-ci : un remplacement, un substitut. C'est tout le sens de leur nom de dommages et intérêts « en lieu et place de l'exécution ».

149. Divergences sur l'étendue des dommages et intérêts à fonction de paiement.

Aujourd'hui, comme nous l'avons vu, les auteurs sont nombreux à considérer que les dommages et intérêts remplissent une fonction de paiement, d'exécution par équivalent ou de substitut d'exécution, soit de manière exclusive, soit aux côtés de la fonction de réparation. Néanmoins, les opinions divergent considérablement quand il s'agit de savoir ce qu'ont vocation à couvrir ces dommages et intérêts. Jérôme Huet, qui fut le premier à distinguer les fonctions de paiement et de réparation, illustre le « droit au paiement » par les exemples suivants :

- les malfaçons affectant une construction ;
- la détérioration de la chose déposée ;
- l'impossibilité d'utiliser les lieux loués ;
- la non-conformité de la chose vendue ;
- la mauvaise qualité d'une prestation de service quelconque⁷⁶⁹.

A l'inverse, relevaient selon lui du « droit à réparation » :

- le préjudice corporel résultant d'un vice de construction ;
- le vol subi par le client d'un hôtel dans cet établissement ;
- la détérioration des meubles entreposés dans les locaux loués ;
- le dommage physique subi par le passager d'un train accidenté ;

⁷⁶⁷ V. *supra*, spéc. n° 121 et s. sur ces deux notions.

⁷⁶⁸ V. *supra*, spéc. n° 111.

⁷⁶⁹ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, dacty., 1978, spéc. n° 29, p. 35.

- plus généralement, les atteintes à la sécurité d'un contractant dans sa personne physique ou dans ses biens autres que ceux faisant l'objet de la convention, si elles entrent parmi les suites commandées par l'équité au sens de l'art. 1135 du Code civil⁷⁷⁰.

Il est frappant de noter que la liste établie à propos du droit à réparation ne vise que des atteintes à l'intégrité physique ou la propriété de la victime, autrement dit son *statu quo*. La distinction entre la fonction de paiement et la fonction de réparation que propose Jérôme Huet recoupe, en fait, la distinction entre *l'intérêt positif* et *l'intérêt négatif*⁷⁷¹. Tout ce qui est une conséquence de l'inexécution appartient au paiement ; seuls sont exclus les dommages dont le contrat ne constitue qu'une trame de fond et qui touchent le contractant dans sa personne ou ses autres biens. Cela devient très clair lorsqu'il donne l'exemple du voyageur qui, en raison du retard, manque un rendez-vous important (souligné dans l'original) :

« [...] il nous semble que le préjudice causé, en l'occurrence, constitue un manque à gagner qui doit être, encore, considéré comme la perte du bénéfice escompté de l'opération par le créancier. Certes, les dommages-intérêts alloués au transporteur seront supérieurs au simple prix du transport. Mais cette considération n'est pas déterminante. Il ne faut pas voir dans l'exécution par équivalent un décalque du coût que représente l'exécution en nature. [...] L'important est de savoir si l'indemnisation tend à compenser l'absence des avantages particuliers que le créancier attend du contrat et en vue desquels il a conclu l'accord : et c'est bien ce qui se produit lorsque le voyageur n'arrive pas à destination au moment prévu. »⁷⁷²

Cette fonction de paiement entendue par Jérôme Huet est donc fort différente de celle mis en avant par les initiateurs de la controverse des années 1990⁷⁷³. En effet, pour Philippe Rémy, comme pour Philippe Le Tourneau, l'exécution par équivalent doit au contraire être à l'exacte mesure de l'exécution en nature. Selon le premier auteur :

« [les dommages et intérêts] procurent au créancier réclamant cette forme de satisfaction l'équivalent de ce que lui aurait procuré l'exécution en nature - mais rien de plus »⁷⁷⁴

Le second rappelle quant à lui que :

« l'équivalent ne peut pas dépasser le promis »⁷⁷⁵.

Aussi la fonction de paiement est-elle entendue dans un sens beaucoup plus étroit par ces deux auteurs que par Jérôme Huet. Pour Philippe Rémy et Philippe Le Tourneau, la fonction de paiement se reflète uniquement dans le bénéfice attendu de la prestation, ce que l'on

⁷⁷⁰ *Ibid.*, spéc. n° 29, p. 36.

⁷⁷¹ Sur cette distinction, v. *infra*, spéc. n° 203 et s.

⁷⁷² J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 29, p. 36 et 37.

⁷⁷³ Sur laquelle v. *supra*, spéc. n° 91 et s.

⁷⁷⁴ PH. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323, spéc. n° 41, p. 351.

⁷⁷⁵ PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2014, spéc. n° 1037.

appelle aussi le dommage « intrinsèque »⁷⁷⁶ ou « consubstantiel » à l'inexécution⁷⁷⁷. Pour Jérôme Huet, la fonction de paiement est plus large et inclut toutes les suites de l'inexécution pourvu qu'elles puissent être rattachées au bénéfice attendu du contrat, donc également une partie du dommage « extrinsèque » ou « consécutif » à l'inexécution⁷⁷⁸.

150. Que veut-on faire avec la fonction de paiement ? L'enjeu de la reconnaissance de la fonction de paiement n'est pas le même pour Philippe Rémy et Jérôme Huet et c'est ce qui explique, selon nous, qu'ils ne retiennent pas la même définition. Si Jérôme Huet retient une acception large de la fonction de paiement, c'est que celle-ci suffit à sa démonstration. L'enjeu de sa thèse n'a jamais été de décrire les fonctions de la responsabilité contractuelle, mais de délimiter la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle⁷⁷⁹. S'il a érigé la double fonction de paiement et de réparation en un « principe d'analyse », c'était parce qu'elle devait s'avérer « fondamentale, aussi bien pour mesurer l'opposition de nature entre les deux responsabilités que, par la suite, lors de la délimitation de leurs domaines respectifs »⁷⁸⁰. A l'inverse, distinguer, à l'intérieur des dommages et intérêts à fonction de paiement, ceux qui portaient sur le paiement au sens strict, c'est-à-dire le bénéfice de la prestation promise, de ceux orientés vers les avantages attendus de l'exécution, n'aurait rien apporté au raisonnement. Aussi la fonction de paiement pouvait-elle être entendue dans ce sens large. La démarche de Philippe Rémy est différente, même si lui aussi s'intéresse à la frontière entre le contrat et le délit. Ce qui a amené Philippe Rémy à prôner le « resserrement du contrat » et à « réduire [...] à sa fonction d'exécution forcée » la responsabilité contractuelle, c'était son intention de « redonner [au délit] compétence exclusive pour la réparation des dommages »⁷⁸¹. Tel est l'enjeu majeur présenté dès le début de son article⁷⁸² et repris en conclusion⁷⁸³. Dès lors, puisqu'il s'agit de transmettre à la responsabilité délictuelle toute la réparation, la fonction de paiement assumée par la responsabilité contractuelle ne peut

⁷⁷⁶ V. *infra*, spéc. n° 154 et s.

⁷⁷⁷ V. not. P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris, dacty., 2000, spéc. n° 392 et s., qui oppose le dommage consubstantiel à l'inexécution au dommage consécutif à l'inexécution ; F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 403, spéc. note 39 de la p. 413, qui oppose le dommage consubstantiel à l'inexécution aux préjudices subséquents.

⁷⁷⁸ Une partie seulement car les atteintes à l'intégrité physique de la personne ou à ses autres biens sont aussi des dommages consécutifs à l'inexécution, mais ils appartiennent, eux, à la fonction de réparation.

⁷⁷⁹ Selon le titre même de son étude :

⁷⁸⁰ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 11, p. 11.

⁷⁸¹ PH. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, spéc. n° 47, p. 355.

⁷⁸² *Ibid.*, spéc. n° 1, p. 323.

⁷⁸³ *Ibid.*, spéc. n° 47, p. 355.

être conçue que de manière restrictive : elle ne visera « ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée – l'avantage promis et non reçu »⁷⁸⁴.

151. La fonction de paiement comme outil de construction des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Le but que l'on poursuit marque nécessairement son empreinte sur les outils que l'on développe pour l'atteindre. Le nôtre n'est pas de tracer une frontière entre le contrat et le délit ; il n'est pas non plus de déplacer cette frontière. Ce qui nous anime est le lien entre les fonctions et les sanctions de la responsabilité contractuelle. Ce que nous cherchons, c'est à mettre en concordance une théorie et une pratique. La fonction de paiement constitue l'un des fils directeurs que nous utilisons pour relier la théorie et la pratique. D'une part, la fonction de paiement permet de *décrire* les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution (section 1). D'autre part, elle contribue à *construire* le régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution (section 2).

Section 1. La détermination des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

Section 2. La construction d'un régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

⁷⁸⁴ *Ibid.*, spéc. n° 41, p. 351.

Section 1. La détermination des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

152. Que « couvrent » les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ? L'objet des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution est contenu dans la définition qui en a été donnée : c'est « un substitut en argent à l'exécution »⁷⁸⁵. Cela ne révèle toutefois pas directement son étendue, qui dépend encore de ce que l'on entend par « substitut » et par « exécution ». S'agit-il uniquement de procurer au créancier un équivalent de la prestation promise, ou bien ces dommages et intérêts s'étendent-ils aux suites de l'inexécution, telles que les dépenses inutiles, les gains manqués, les pertes de profits, les préjudices économiques, les préjudices moraux ? Comme Philippe Rémy, nous pensons que la fonction de paiement ne doit viser que le bénéfice attendu de la promesse. C'est seulement dans ce bénéfice entendu strictement (l'objet de l'exécution ou la prestation) que se perpétue, selon nous, le droit au paiement. C'est aussi une raison plus pragmatique qui motive notre choix : si l'on devait y inclure les dommages et intérêts consécutifs à l'inexécution, la distinction entre le paiement et la réparation ne présenterait plus d'intérêt. Du moins n'en aurait-elle plus dans l'objectif qui est le nôtre, et qui consiste à démontrer qu'à la fonction de paiement correspondent des dommages et intérêts d'un type particulier et différent des dommages et intérêts compensatoires. Il suffit de penser au critère du dommage : il n'y a que pour l'équivalent de la prestation que l'on peut s'affranchir de sa démonstration, alors que les pertes subies et les gains manqués qui sont les suites de l'inexécution sont précisément le dommage reflété par les dommages et intérêts compensatoires. La ligne de partage se situe entre l'équivalent de la prestation et les avantages attendus de celle-ci, non seulement en théorie, mais également en pratique.

C'est donc le dommage « intrinsèque » ou « consubstantiel » à l'exécution que « couvrent » les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, mais si cette image est utile, elle reste simpliste (§1). En réalité, l'objet des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution est de fournir un substitut à l'exécution corrective, ce qui, nous le verrons, n'est pas tout à fait la même chose (§2).

⁷⁸⁵ V. *supra*, spéc. n° 148.

§1. La vision simplifiée : l'indemnisation d'un dommage intrinsèque

153. L'objet des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution recoupant l'objet du contrat. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sont un substitut à l'exécution. Ils doivent fournir au créancier un équivalent de « ce à quoi » il avait droit en vertu du contrat. L'objet des dommages et intérêts recoupe donc l'objet du contrat lui-même, ce à quoi le créancier avait droit en vertu du contrat, sa prétention, ou encore la « prestation » promise. Cet objet est parfois présenté comme un « dommage intrinsèque » ou, en droit anglais, un « dommage immédiat » (*direct loss*). Ces descriptions donnent un premier aperçu de ce en quoi consistent les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution (A), mais le recours à la notion de « dommage » est inapproprié et il doit être écarté (B).

A. La fonction de paiement confondue avec l'indemnisation d'un dommage intrinsèque

1. Le dommage intrinsèque selon Pothier

154. Le dommage intrinsèque : du droit romain à Pothier. La distinction entre le dommage intrinsèque et le dommage extrinsèque remonte au droit romain. On trouve ainsi dans les écrits de Paul l'indication que le dommage réparable par l'*actio empti* correspond à l'équivalent à la valeur de l'objet du contrat (*circa ipsa rem*) et dans ceux d'Ulpien que si le vendeur connaissait le vice et l'a tu, il devra réparer la totalité du dommage qui découle de sa mauvaise exécution⁷⁸⁶. Ce n'est toutefois qu'à partir du Moyen-Âge, sous l'influence des glossateurs, que se développe la distinction entre *interesse circa ipsa rem* et *interesse extra rem*⁷⁸⁷. Il faudra encore l'influence du droit naturel pour que cette distinction soit mise en relation avec l'idée de promesse et pour que l'on trouve dans l'étendue de la volonté du débiteur la justification de l'étendue de l'indemnisation à laquelle il devait être tenu⁷⁸⁸. Ce lien entre la volonté (explicite ou implicite) du débiteur et l'étendue de l'indemnisation à laquelle il s'expose est essentiel dans la conception de Pothier. Il écrit ainsi que :

⁷⁸⁶ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, OUP, 1996, spéc. p. 830 et s., et les réf. citées.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ P. PICHONNAZ, « Prévisibilité du dommage et *damnum extra rem* », in : *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel*, R. VAN DEN BERGH, G. VAN NIEKERK, P. PICHONNAZ, et al. (dir), Pretoria, University of South Africa Press, 2014, p. 702, spéc. p. 710 et s.

« Ordinairement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourroit souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens : c'est pourquoi, dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation [...] »⁷⁸⁹.

En principe, le débiteur n'est donc tenu que des dommages et intérêts intrinsèques parce que telle est la seule conséquence qu'il a entendu assumer. Pothier introduit toutefois des nuances : le débiteur devra tout de même indemniser le dommage extrinsèque s'il apparaît qu'il « s'en est expressément ou tacitement chargé »⁷⁹⁰, ce qu'il est supposé avoir fait notamment s'il est « homme de métier »⁷⁹¹. Si enfin le débiteur s'est rendu coupable de dol, il devra indemniser le créancier tant du dommage intrinsèque que du dommage extrinsèque⁷⁹². Intervient alors l'exemple célèbre de la vache infectée :

« Par exemple, si un marchand m'a vendu une vache qu'il s'avoit être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non-seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion [...] car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage »⁷⁹³.

155. Distinction du dommage intrinsèque et du dommage prévisible. La limitation au dommage intrinsèque proposée par Pothier appelle tout de suite chez le juriste moderne la limitation au dommage prévisible – et l'influence de la première sur la seconde est certaine⁷⁹⁴. Il n'en demeure pas moins que, contrairement à ce que soutient Philippe Rémy⁷⁹⁵, la limitation au dommage prévisible de l'art. 1150 du Code civil n'est pas la limitation au dommage intrinsèque de Pothier⁷⁹⁶. Ou bien Pothier en serait déçu, car cela aboutirait à un résultat bien différent de celui qu'il avait défendu. Dans le cas d'un tonnelier qui vend de mauvais tonneaux, par exemple, le tonnelier doit être tenu, selon le jurisconsulte, non seulement du prix des tonneaux, mais aussi du prix du vin qui y a été mis⁷⁹⁷. A l'inverse, si l'on devait interpréter l'article 1150 du Code civil comme limitant l'indemnisation au seul

⁷⁸⁹ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle éd. par J. BERNARDI, t. 1, Paris, Letellier, 1805, spéc. n° 161.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, spéc. n° 162 et s.

⁷⁹¹ *Ibid.*, spéc. n° 163 et s.

⁷⁹² *Ibid.*, spéc. n° 166 et s.

⁷⁹³ *Ibid.*, spéc. n° 166.

⁷⁹⁴ V. not. la proximité des formules utilisées par F. BIGOT DE PREAMENEU dans la « Présentation au Corps législatif et exposé des motifs » du Titre « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général », in : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, dir. P.-A. FENET, Paris, 1827, t. 13, p. 232 et s.

⁷⁹⁵ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323, spéc. p. 350 et s.

⁷⁹⁶ V. en particulier la démonstration d'Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, spéc. n° 101 aboutissant au constat que : « L'assimilation du dommage prévisible au dommage intrinsèque est historiquement sans fondement, théoriquement inexacte et pratiquement guère opportune ».

⁷⁹⁷ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 162.

dommage intrinsèque, c'est uniquement du coût du tonneau dont serait redevable le tonnelier. La règle de prévisibilité du dommage est bien inspirée de Pothier, mais d'un autre enseignement, selon lequel les dommages et intérêts doivent se limiter au « dommage dont le risque a été prévu, et auquel je suis sensé m'être tacitement soumis »⁷⁹⁸. Ainsi, Pothier poursuit :

« [...] si j'ai mis dans un tonneau un vin étranger, ou une autre liqueur d'un prix immense, qui est perdue par le vice du tonneau, le tonnelier qui me l'a vendu, ne doit pas être condamné à m'indemniser de cette perte en entier, mais seulement jusqu'à concurrence du prix d'un tonneau du meilleur vin du pays, car en me vendant ce tonneau, il n'a pas entendu se charger d'autre risque, n'ayant pu prévoir que j'y mettrois une liqueur d'un prix plus considérable »⁷⁹⁹.

Voilà où s'exprime la règle de prévisibilité du dommage, et non dans le dommage intrinsèque. Nous laissons donc de côté la disposition de l'article 1150 du Code civil, sur laquelle nous reviendrons à l'occasion de l'étude des dommages et intérêts compensatoires⁸⁰⁰, pour nous tourner vers les exemples que Pothier fournit du dommage « qui n'a rapport qu'à la chose qui a fait l'objet du contrat »⁸⁰¹.

156. Les illustrations du dommage intrinsèque données par Pothier. La première illustration est la suivante :

« [...] supposons que j'ai vendu à quelqu'un un cheval, que je me suis obligé de lui livrer dans un certain tems, et que je n'ai pu lui livrer. Si dans ce tems les chevaux étoient augmentés de prix, ce que l'acheteur a été obligé de payer de plus qu'il n'avoit acheté le mien, pour en avoir un autre de pareille qualité, est un dommage dont je suis obligé de l'indemniser [...] »⁸⁰².

Dans cet exemple, c'est à l'aune du coût de substitution qu'est mesurée l'indemnisation du dommage intrinsèque. Il en va de même dans le deuxième exemple développé par Pothier, d'un locataire évincé avant l'échéance du bail et fondé à réclamer les frais de son relogement⁸⁰³. Le coût de substitution ne semble toutefois pas être la seule mesure du dommage consistant dans « la chose même qui a fait l'objet du contrat », comme le montre un troisième exemple :

« Une personne m'a vendu des pièces de bois ; je m'en suis servi pour étayer mon bâtiment, qui s'est écroulé par le défaut des pièces de bois, qui étoient pourries. Si le vendeur n'étoit pas homme du métier, et qu'il m'ait vendu de bonne foi ces pièces de bois, dont il ignoroit le défaut, les dommages et intérêts résultans de ce que les bois qu'il m'a vendus se sont trouvés défectueux, ne consisteront qu'à me faire une déduction sur le prix, de ce que je les ai achetés de trop, en achetant pour bon ce qui étoit défectueux [...] »

⁷⁹⁸ *Ibid.*, spéc. n° 162

⁷⁹⁹ *Ibid.*, spéc. n° 165.

⁸⁰⁰ V. *infra*, spéc. n° 229 et s.

⁸⁰¹ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 161.

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ *Ibid.*

Cette « réduction sur le prix » est bien due à titre de dommages et intérêts. Elle reflète ce que nous appelons aujourd'hui la mesure de la « perte de valeur »⁸⁰⁴.

Les exemples indiqués par Pothier des dommages et intérêts qui couvrent « la chose qui a fait l'objet du contrat » sont autant d'illustrations de ce que nous entendons viser par les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. On trouve un proche parent de ce dommage intrinsèque en Angleterre : le *direct loss*.

2. Le dommage immédiat (*direct loss*) du droit anglais

157. Intérêt à l'exécution (*performance interest*) et dommage immédiat (*direct loss*).

Bien que nous n'ayons cité que quelques auteurs parmi les défenseurs de la double fonction des dommages et intérêts en Angleterre⁸⁰⁵, l'idée selon laquelle les *damages* ne cherchent pas seulement à compenser les dommages imputables à l'inexécution mais remplissent également une fonction de substitut à l'exécution est aujourd'hui largement répandue en droit anglais. Ewan McKendrick propose ainsi de dépasser la vision classique des dommages et intérêts comme compensation des pertes patrimoniales consécutives à l'inexécution pour considérer plutôt les dommages et intérêts comme fournissant au demandeur un substitut à l'exécution pour laquelle il avait contracté⁸⁰⁶. John Cartwright également décrit les *damages* comme un « substitut à l'exécution » (*substitute for performance*)⁸⁰⁷ et il ne cache pas une certaine sympathie pour l'idée défendue par la « *performance interest analysis* » selon laquelle l'inexécution pourrait en elle-même constituer un dommage réparable⁸⁰⁸. Guenter Treitel écrit dans la même lignée que, à moins que le défendeur apporte la preuve contraire :

« le simple fait que le demandeur n'ait pas obtenu ce qu'il avait négocié est considéré comme un dommage. »⁸⁰⁹

⁸⁰⁴ Sur laquelle v. *infra*, spéc. n° 180.

⁸⁰⁵ V. *supra*, spéc. n° 115 et s.

⁸⁰⁶ E. MCKENDRICK, « The Common Law at Work: The Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd », (2003) 3 *Oxford University Commonwealth Law Journal* 145.

⁸⁰⁷ J. CARTWRIGHT, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, spéc. p. 263 : « The fact that English law seeks to protect the claimant's 'expectation' by an award of damages calculated to put him into the position in which he would have been if the contract had been performed points toward the use of damages as a substitute for performance. » et p. 264 : « So although [...] English courts rarely award specific performance of the contract, they use the award of damages for breach as a monetary substitute. ».

⁸⁰⁸ J. CARTWRIGHT, « Compensatory Damages: Some Central Issues of Assessment », », in : *Commercial Remedies, Current Issues and Problems*, dir. A. BURROW, E. PEEL, Oxford, OUP, 2003, p. 3, spéc. p. 16 ; *adde*

⁸⁰⁹ G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, spéc. n° 80, trad. libre de : « In the absence of such evidence, the mere fact that the plaintiff did not get what he bargained for is regarded as a loss. »

Plus exactement, toujours selon le même auteur, les dommages et intérêts couvrent deux attentes distinctes du créancier (c'est nous qui soulignons) :

« Un contrat peut [...] donner naissance à **deux attentes bien distinctes** : recevoir la prestation promise et pouvoir lui attribuer une utilisation particulière. [...] Si le vendeur ne livre pas, l'acheteur a droit à des dommages et intérêts basés sur la valeur des biens qu'il aurait dû recevoir (« **dommage immédiat** ») et aussi à des dommages et intérêts pour la perte des profits (« **dommages et intérêts consécutifs** ») subie du fait de n'avoir pas reçu la livraison promise. »⁸¹⁰

La distinction entre le dommage immédiat⁸¹¹ (*direct loss*) et le dommage consécutif à l'inexécution (*consequential loss*) est aujourd'hui courante en droit anglais⁸¹². Mindy Chen-Wishart enseigne ainsi qu'il y a trois composantes à prendre en compte pour calculer les dommages et intérêts, ce qu'elle illustre avec l'exemple, inspiré de l'arrêt *H. Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd*⁸¹³, de la livraison d'une trémie d'alimentation défectueuse livrée à un fermier, causant l'intoxication mortelle de plusieurs porcs. Ce fermier devra être indemnisé cumulativement :

(1) du fait de ne pas avoir reçu une trémie d'alimentation en état de fonctionnement – ce que l'auteur rattache au *performance interest* ;

(2) la perte des porcs décédés, qui correspond à un dommage consécutif à l'inexécution sous forme d'une perte subie (« *consequential loss in being made worse off* ») ;

(3) enfin la perte de la possibilité de générer un profit de la revente des animaux, qui traduit un dommage consécutif à l'inexécution sous forme de gains manqués (« *consequential loss in not being made better off* »)⁸¹⁴.

L'exemple n'est pas sans rappeler celui de la vache infectée mis en avant par Pothier⁸¹⁵, et il révèle une similitude frappante entre le dommage intrinsèque et le *direct loss*. Par ailleurs, il est intéressant de noter que Mindy Chen-Wishart rattache le *direct loss* à l'intérêt à

⁸¹⁰ G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, spéc. n° 20-026, trad. libre de : « A contract can [...] give rise to two quite separate expectations: that of receiving the promised performance and that of being able to put it to some particular use. [...] If the seller fails to deliver, the buyer is entitled to damages based on the value of the goods that he should have received (“direct loss”) and also to damages for loss of profits (“consequential loss”) suffered as a result of not receiving the promised delivery. »

⁸¹¹ Nous préférons traduire « direct loss » par « dommage immédiat » plutôt que par « dommage direct » afin d'éviter toute confusion avec ce que le droit français entend par dommage direct, en référence à l'art. 1151 du Code civil ; un auteur français utilise d'ailleurs l'expression de « dommage immédiat » pour désigner le dommage intrinsèque : I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, th. Paris II, 1979, spéc. n° 187 et s.

⁸¹² Elle est également utilisée par les juges, v. par ex. *Farley v Skinner* [2001] 3 WLR 899.

⁸¹³ *H. Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd* [1978] QB 791.

⁸¹⁴ M. CHEN-WISHART M., *Contract Law*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2015, spéc. p. 509.

⁸¹⁵ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle éd. par J. BERNARDI, t. 1, Paris, Letellier, 1805, spéc. n° 166, cité *supra*, spéc. n° 154 ; une différence non négligeable doit être soulignée, qui est que l'indemnisation du dommage extrinsèque n'est pas soumise à la condition de dol.

l'exécution au sens strict (*performance interest*) ou ce que l'on pourrait appeler l'intérêt à obtenir la prestation promise. Elle semble ainsi conforter l'analyse qu'avait faite Brian Coote de l'*expectation interest* dégagé par Fuller et Perdue⁸¹⁶. Selon cet auteur, le *expectation interest* se composerait en fait de deux éléments : l'intérêt à la prestation elle-même (*performance interest*) et la compensation des dommages consécutifs à l'inexécution (*consequential loss*)⁸¹⁷. Le *direct loss* serait donc l'expression de l'intérêt à l'obtention de la prestation elle-même (*performance interest*), où l'on reconnaît la même idée directrice que la fonction de paiement.

Si le dommage intrinsèque et le *direct loss* offrent une illustration parlante de ce en quoi vont consister les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, ils restent inadéquats par leur référence au « dommage » qui doit disparaître.

B. La nécessité d'abandonner la référence au dommage

1. Le dommage intrinsèque exclu de la définition actuelle du dommage

158. Le préjudice contractuel recouvrant le préjudice consécutif à l'inexécution, à l'exclusion du préjudice intrinsèque. Dans la doctrine moderne, il n'est plus si courant de faire référence aux dommages intrinsèque et extrinsèque. La raison en est fort simple : il n'y a (apparemment) plus d'intérêt à distinguer l'un de l'autre. Alors que pour Pothier, il était indispensable d'isoler le dommage intrinsèque, toujours réparable, du dommage extrinsèque, dont ne répondait que celui qui en avait assumé le risque, et en particulier l'« homme de métier »⁸¹⁸, dans le système du Code civil, tout dommage intrinsèque et extrinsèque est réparable, pourvu qu'il soit direct (article 1151) et prévisible (article 1150).

Quoique l'image soit évocatrice, les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ne doivent pas, selon nous, être définis comme « l'indemnisation d'un dommage intrinsèque ». Parler « d'indemnisation » et de « dommage » est trompeur et risque d'entraîner des confusions avec la fonction de réparation qui ressort des seuls dommages et intérêts compensatoires. Pour commencer, la notion de dommage intrinsèque ne « cadre » plus avec la

⁸¹⁶ L. L. FULLER, W. R. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936-1937) 46 Yale L.J. 52 (Part. I), 373 (Part. II), sur lequel v. *supra*, spéc. n° 116.

⁸¹⁷ B. COOTE, « Contract Damages, Ruxley and the Performance Interest », [1997] 56 *Cambridge Law Journal* 637, spéc. p. 542.

⁸¹⁸ V. *supra*, spéc. n° 154.

définition du préjudice contractuel. Dans la vision de Pothier, et à sa suite dans celle de Jérôme Huet, l'inexécution et le dommage intrinsèque se confondent largement, sans que cela soulève de difficulté. Pour le second, le « surcroît d'obligations », le « quelque chose de plus »⁸¹⁹ auquel le contrat engage est à la fois l'inexécution et la mesure des dommages et intérêts :

« C'est ce résultat particulier que le débiteur n'a pas atteint lorsqu'il y a inexécution, et c'est lui, avant tout, que la responsabilité contractuelle a pour objet d'assurer, par équivalent, au créancier. Dans cette optique, les notions de faute et de dommage purement contractuels ont tendance à se fondre dans celle d'inexécution : le dommage est l'absence de la satisfaction promise, tout comme la faute est le fait de ne pas l'avoir fournie. »⁸²⁰

Selon Paul Grosser, cela revient à dire que l'inexécution et le dommage sont une seule et même chose, et c'est pourquoi il qualifie ce dommage de « consubstantiel à l'inexécution »⁸²¹. L'expression a du vrai, dans la mesure où ce dommage « consubstantiel » est directement impliqué par l'inexécution, sans qu'il soit nécessaire de prouver aucune suite néfaste de l'inexécution. Or, aujourd'hui, la doctrine insiste de plus en plus sur la distinction qui doit être faite entre l'atteinte et ses suites⁸²². Ainsi, en matière contractuelle, il semble clair que :

« Le préjudice est le mal qu'engendre l'inexécution et non l'inexécution même »⁸²³.

Pareillement en droit anglais :

« L'inexécution du contrat peut causer un dommage, mais il n'y a pas de sens à dire qu'elle est en elle-même un dommage. Lorsque l'on se réfère au dommage dans le contexte de l'inexécution du contrat, on se réfère à l'incidence de quelque dommage personnel ou patrimonial »⁸²⁴

Si le dommage, ou plus exactement le préjudice⁸²⁵, ne recouvre que les *conséquences* patrimoniales ou extrapatrimoniales engendrées par l'inexécution, il ne peut plus viser la perte de la prestation elle-même. Le dommage intrinsèque est en quelque sorte exclu de la définition moderne du préjudice contractuel. Ce n'est pas forcément une mauvaise chose. Le

⁸¹⁹ J. HUET, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, *op. cit.*, spéc. n° 674, p. 639.

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, *op. cit.*, spéc. n° 392.

⁸²² V. en particulier sur cette question J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in : *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 213.

⁸²³ PH. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », *RDC*, 2009/1, p. 333, spéc. n° 22.

⁸²⁴ *Panatow Ltd v Alfred McAlpine Construction Ltd* [2000] 4 All ER 97, spéc. 111 par LORD CLYDE, trad. libre de : « A breach of contract may cause a loss, but is not in itself a loss in any meaningful sense. When one refers to a loss in the context of a breach of contract, one is referring to the incidence of some personal or patrimonial damage. ».

⁸²⁵ Sur la distinction entre dommage et préjudice, v. *infra*, spéc. n° 247.

« substitut à l'exécution » que recouvre l'indemnisation du dommage intrinsèque n'est pas un dommage et il y a de nombreux avantages à le libérer de l'emprise de ce mot.

2. L'abandon de la référence au dommage

159. Le recours inapproprié au « loss » en droit anglais. Les auteurs qui s'attachent à révéler la dualité de nature des dommages et intérêts insistent tous sur la nécessité de libérer la fonction de paiement du vocabulaire attaché à la réparation, afin de prendre pleinement conscience de la dualité des dommages et intérêts et de leur régime juridique⁸²⁶. En Angleterre, le fait de raisonner en termes de « *loss* » à propos des *damages* qui constituent un substitut à l'exécution aboutit à des résultats incohérents, le premier étant l'application des règles de modération du dommage (*mitigation*) ou de proximité du dommage (*remoteness*) alors qu'elles n'ont aucun rôle à jouer lorsque c'est un substitut à l'exécution qui est réclamé. Les auteurs qui voient la fonction de substitut à l'exécution dans le *cost of cure* comme ceux qui la voient dans la différence de valeur refusent en bloc l'application de *mitigation* et de *remoteness*⁸²⁷. Selon Robert Stevens, non seulement ces deux règles, mais aussi la date d'évaluation des dommages et intérêts, les principes de leur calcul, le traitement des circonstances postérieures à l'exécution seraient d'application différente selon la nature des dommages et intérêts⁸²⁸. A l'évidence, il y a un enjeu non seulement théorique mais aussi pratique à éradiquer la référence au dommage de la description des dommages et intérêts à fonction de paiement.

160. La condition inopportune du « dommage » en droit français. En France aussi, raisonner en termes de dommage peut aboutir à des résultats indésirables. Nous avons déjà pu le voir à propos, par exemple, de l'indemnisation du commerçant dont le système de surveillance est défectueux mais qui ne subit pas pour autant de dommage⁸²⁹. Philippe Stoffel-Munck est l'un des auteurs à avoir critiqué le rôle du dommage dans les dommages et intérêts qui « n'[ont] pas pour objet de sanctionner une responsabilité mais, simplement, de

⁸²⁶ V. en droit anglais not. R. STEVENS, « Damages and the Right to Performance: A Golden Victory or Not? », in : *Exploring Contract Law*, dir. N.J. NEYERS, R. BRONAUGH, S. G. A. PITEL, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 171, spéc. p. 173 ; C. WEBB, « Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation », (2006) 26 OJLS 41.spéc. p. 53 et s.

⁸²⁷ V. *supra*, spéc. n° 123 et n° 125 et les réf. citées.

⁸²⁸ R. STEVENS, « Damages and the Right to Performance: A Golden Victory or Not? », *op. cit.*, spéc. p. 181 et s. et p. 193 : « As we have seen, [...] the rules on remoteness, mitigation, incidental benefits, timing of assessment and quantification are all different for the two heads of damage ».

⁸²⁹ Nous avons déjà pu le voir à travers la question de l'indemnisation du commerçant dont le système de surveillance est défectueux mais qui ne subit pas pour autant de dommage, v. *supra*, spéc. n° 20.

rétablir, en argent, l'équilibre convenu du contrat »⁸³⁰. Il fournit des exemples très révélateurs dans lesquels il est évident que cette mission ne peut être remplie que si la condition de dommage disparaît. L'abonné à la télévision qui reçoit 80 chaînes au lieu des 100 souscrites dans son abonnement peut-il prétendre à des dommages et intérêts ? Selon nous, la réponse est positive, dès lors que l'inexécution est caractérisée et que le créancier n'a pas à démontrer qu'il a souffert de la perte des 20 chaînes non livrées. Bien sûr, il serait possible de justifier ce résultant en arguant que le « surcoût » payé pour les vingt chaînes non reçues constitue une perte affectant le patrimoine, autrement dit un dommage matériel. Ou encore, on pourrait présumer un dommage extrapatrimonial résidant dans la perte de l'agrément des vingt chaînes de télévision. La solution serait artificielle. La somme versée à titre de dommages et intérêts est un substitut à la prestation non fournie, et non la compensation d'un dommage. S'il s'agissait d'un dommage, le débiteur serait fondé à démontrer que le créancier n'a subi aucune perte, ni matérielle, ni morale. Il pourrait réfuter la perte d'agrément en arguant que le créancier n'était nullement intéressé par les 20 chaînes manquantes, ou bien qu'il n'aurait regardé que le chaîne 84 qui était celle diffusant des match de cricket qu'il était de toute façon toujours invité à suivre chez un ami anglais. Quant au préjudice matériel, il pourrait le balayer en argumentant que de perte il n'y a pas eu puisque le créancier, ayant bénéficié à la conclusion du contrat d'une remise de 20%, en a finalement eu pour son comptant. Ni l'une, ni l'autre ligne d'argumentation ne paraît acceptable. De même que l'on n'exige pas du créancier qu'il apporte la démonstration d'un dommage lorsqu'il demande l'exécution forcée en nature, on ne doit pas l'exiger de lui lorsqu'il ne demande rien d'autre qu'un équivalent en argent de ce qui lui avait été promis et qu'il n'a pas reçu⁸³¹. Raisonner en termes de dommage est donc non seulement superflu, mais peut aussi aboutir à des résultats fâcheux.

En conclusion à ce qui précède, on peut dire que le dommage « intrinsèque », « consubstantiel »⁸³² à l'inexécution ou « immédiat »⁸³³ peut aider à se former une idée sur

⁸³⁰ PH. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », chron., *RDC*, 2004, p. 280, spéc. p. 285 et 286.

⁸³¹ V. en ce sens J. HUET, « Observations sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC*, 2007, p. 31, spéc. p. 35 : « Et, si l'on n'a jamais songé à exiger la preuve d'un dommage pour demander l'exécution en nature d'un contrat, on ne voit pas pourquoi on devrait le faire lorsqu'on demande une indemnité en raison de sa mauvaise exécution ».

⁸³² Selon l'expression utilisée par P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, op. cit., spéc. n° 392 et s., qui oppose le dommage consubstantiel à l'inexécution au dommage consécutif à l'inexécution et F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », op. cit., spéc. note 39 de la p. 413, qui oppose le dommage consubstantiel à l'inexécution aux préjudices subséquents.

⁸³³ A l'instar non seulement du droit anglais, mais aussi de I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, op. cit., spéc. n° 187 et s., qui oppose le dommage immédiat au dommage médiat.

ce que recouvrent les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Il nous montre que les dommages et intérêts remplissant une fonction de paiement ne « sortent pas de nulle part », mais qu'ils sont déjà plus ou moins connus de nos droits. En revanche, le recours au vocable de « dommage » ou de « *loss* » est inapproprié et trompeur. Il faudra donc définir les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution autrement que par référence au dommage.

§2. La description pertinente : un substitut à l'exécution corrective

161. De l'obligation primaire au droit à l'exécution corrective. Comment définir les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution autrement que par référence au dommage ? Une première piste à explorer est celle de la nature de l'obligation violée. Ainsi que nous l'avons vu, les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sont une sanction que l'on peut qualifier de « principale »⁸³⁴. Ils sont dirigés vers ce que nous venons d'appeler « l'intérêt à la prestation elle-même », le *performance interest* au sens étroit⁸³⁵. Aussi pourrions-nous simplement considérer que ce qui caractérise les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, c'est le fait qu'ils trouvent à s'appliquer lorsque c'est l'obligation principale, celle contenant la prestation caractéristique, ou essentielle, de l'opération contractuelle, qui a été violée. Cette première piste se heurte toutefois à des difficultés qui nous conduiront à l'abandonner (A). C'est de la notion de « substitut à l'exécution » que l'on pourra le plus facilement et le plus pertinemment extraire les clés de compréhension des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution (B).

A. Le rejet du critère de l'obligation principale

1. La distinction des obligations principales et accessoires

162. La distinction entre obligations primaires et obligations secondaires proposée de Marianne Faure-Abbad. Marianne Faure-Abbad dans sa thèse consacrée au fait générateur de la responsabilité contractuelle, propose de distinguer deux catégories d'obligations, distinctes par leur finalité⁸³⁶. Les obligations principales ou « primaires » du contrat sont celles qui sont indispensables à la réalisation de l'objectif recherché par les parties et c'est en

⁸³⁴ V. *supra*, spéc. n° 81.

⁸³⁵ V. *supra*, spéc. n° 157.

⁸³⁶ M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Paris, LGDJ, 2003, spéc., n° 43 et s.

elles que se concentre l'utilité économique du contrat⁸³⁷. Les obligations accessoires ou « secondaires », à l'inverse, ne sont là que pour « optimiser » la réalisation du but contractuel⁸³⁸. L'un des intérêts de la distinction serait le suivant : la violation des obligations primaires entraînera systématiquement le versement de dommages et intérêts, tandis que pour les obligations secondaires, ce n'est « que si leur inexécution a effectivement compromis la réalisation de l'objectif contractuel » qu'elles sera sanctionnée⁸³⁹.

163. L'obligation primaire comme modèle explicatif des dommages et intérêts sans dommage ? Pour Marianne Faure-Abbad :

« La question de la nécessité du dommage dans la mise en œuvre du droit à dommages et intérêts contractuels devrait toujours se poser de la manière suivante : le créancier a-t-il ou non reçu l'avantage espéré du contrat ? »⁸⁴⁰

Aussi, lorsqu'on refuse les dommages et intérêts au créancier, c'est très souvent « parce que l'obligation était secondaire et ne l'a pas empêché de retirer l'utilité attendue du contrat »⁸⁴¹. Il y aurait donc un autre intérêt pratique à distinguer l'obligation primaire de l'obligation secondaire : la première ouvrirait droit automatiquement à des dommages et intérêts (sans démonstration du dommage), à l'inverse de la seconde. Le parallèle avec nos dommages et intérêts à fonction de paiement est alors tentant. On pourrait considérer que si l'obligation violée est une obligation principale, elle ouvre droit à des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution du seul fait du manquement, parce qu'elle empêche nécessairement la réalisation de l'objectif contractuel⁸⁴².

Philippe Stoffel-Munck⁸⁴³ a procédé à semblable transposition pour tenter de réconcilier deux arrêts contradictoires rendus à un mois d'intervalle par la Cour de cassation, le premier étant l'arrêt « Bolmont » acceptant d'indemniser le bailleur pour le manquement du preneur aux réparations locatives même en l'absence de préjudice⁸⁴⁴ et le second refusant les

⁸³⁷ *Ibid.*, spéc., n° 44 et s.

⁸³⁸ *Ibid.*, spéc. n° 65 et s.

⁸³⁹ *Ibid.*, spéc. spéc., n° 2 du « Corollaire » des « Positions de thèse », p. 494.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, spéc. n° 234.

⁸⁴¹ *Ibid.*, spéc. n° 88.

⁸⁴² Nous continuerions en disant que si l'obligation est accessoire ou secondaire, à moins que sa violation ait effectivement empêché le but contractuel de se réaliser, le créancier n'a droit qu'à des dommages et intérêts compensatoires et qu'à la condition de démontrer qu'il a subi un dommage ; nous irions alors tout à fait à contresens de la démonstration de Marianne Faure-Abbad qui considère au contraire que, à moins d'un dol, les dommages et intérêts contractuels comme l'ensemble des remèdes à l'inexécution ne suppose jamais la démonstration d'un dommage (*ibid.*, spéc. n° 228 et s.) et, au reste, selon elle, si l'inexécution n'a pas menacé la réalisation du but contractuel, elle doit tout simplement restée non indemnisée (*ibid.*, spéc. n° 234).

⁸⁴³ PH. STOFFEL-MUNCK, « L'apport des contrats spéciaux à la théorie de la responsabilité contractuelle ou comment savoir quand on peut obtenir des dommages et intérêts sans démontrer de préjudice » *chron. de Civ. 3^e*, 30 janv. 2002 et *Civ. 1^{ère}*, 26 févr. 2002, *LPA*, 2002, n° 30, p. 7, spéc. p. 10 et s.

⁸⁴⁴ *Civ. 3^e*, 30 janv. 2002, « Bolmont », pourvoi n° 00-15784, *Bull. civ.*, III, n° 17, p. 13, cité *supra*, spéc. n° 103.

dommages et intérêts dans le cas du manquement d'un avocat à une clause de non-rétablissement⁸⁴⁵. Tout en reconnaissant qu'il est « douteux que les magistrats l'aient pratiquée en conscience »⁸⁴⁶, Philippe Stoffel-Munck propose d'interpréter ces arrêts à l'aune de la distinction proposée par Marianne Faure-Abbad. En essence : si le bailleur est indemnisé sans avoir à prouver un quelconque préjudice, c'est parce que l'obligation d'entretien du preneur est une « obligation primaire » du contrat, alors que la clause de non-rétablissement constituant une « obligation secondaire », elle « ne donnait lieu à sanction qu'autant que le transfert de la clientèle en était affecté », ce dont la preuve n'avait pas été rapporté⁸⁴⁷.

2. L'incapacité de l'obligation principale à caractériser les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

164. L'obligation primaire inapte à caractériser les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Si la démonstration est séduisante, on peut lui adresser deux critiques, la première visant spécialement l'utilisation de la distinction des obligations primaires et secondaires proposée par Philippe Stoffel-Munck et la seconde ayant une portée plus générale. En ce qui concerne l'application de la distinction aux arrêts précités de la Cour de cassation, il ne nous semble pas relever de l'évidence que l'obligation d'entretien du bailleur est une obligation primaire. Marianne Faure-Abbad ne l'indique pas parmi les exemples qu'elle en donne, et elle qualifie même l'obligation d'entretien du *bailleur* d'obligation accessoire⁸⁴⁸. A l'instar de Eric Savaux et Rose-Noëlle Schütz, nous doutons que l'obligation d'entretien du preneur mérite mieux la qualification d'obligation primaire que le non-rétablissement de l'associé qui apparaît être « essentiel pour la cession de la clientèle et du fonds »⁸⁴⁹. De manière plus générale, la distinction proposée par Marianne Faure-Abbad ne semble pas très facile à mettre en œuvre. Il n'est pas toujours aisé de tracer une frontière nette entre les obligations primaires et secondaires, comme le montrent les deux exemples précités. D'ailleurs, la jurisprudence a été renversée sur chacun des deux terrains depuis, si bien que si l'on appliquait la distinction aujourd'hui, elle aboutirait à requalifier l'obligation d'entretien

⁸⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 26 févr. 2002, pourvoi n° 99-19053, *Bull. civ.*, I, n° 68, p. 51, *RTD civ.*, 2002, p. 809, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *LPA*, 2002, n° 30, p. 7, chron. PH. STOFFEL-MUNCK, cité *supra*, spéc. n° 105.

⁸⁴⁶ PH. STOFFEL-MUNCK, « L'apport des contrats spéciaux à la théorie de la responsabilité contractuelle ou comment savoir quand on peut obtenir des dommages et intérêts sans démontrer de préjudice », *op. cit.*, spéc. n° 7.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, spéc. n° 5.

⁸⁴⁸ M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 78.

⁸⁴⁹ E. SAVAUX., R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs, Réflexions à partir du contrat de bail », *op. cit.*, spéc. p. 277.

du preneur en obligation secondaire⁸⁵⁰ et l'obligation de non-rétablissement du professionnel libéral en obligation primaire⁸⁵¹ ! De surcroît, même si la distinction de l'obligation primaire et de l'obligation secondaire était aisée, elle ne constituerait pas un critère fiable de caractérisation des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Nous adhérons à la position de Philippe Stoffel-Munck quand il écrit que :

« [...] l'action en paiement et l'ensemble des remèdes qui sont offerts en cas de défaillance [au créancier] visent simplement à permettre au contrat de développer, malgré le débiteur, l'utilité économique qui devait être la sienne. »⁸⁵²

Nous rejoignons également Marianne Faure-Abbad quand elle explique que :

« [...] les dommages et intérêts représentant l'exécution par équivalent de l'obligation violée, leur versement ne se justifie que si, et seulement si, l'inexécution invoquée a empêché le créancier d'obtenir l'avantage attendu du contrat. »⁸⁵³

Cependant, il ne nous semble pas que la distinction des obligations primaire et secondaire apporte grand chose de plus à ces descriptions. Elle permet seulement de « présumer » que l'avantage attendu du contrat est perdu si l'obligation est primaire, mais elle ne permet pas d'écarter cette hypothèse si l'obligation est secondaire. Le critère de l'obligation primaire n'est donc pas décisif. Malaisé à mettre en œuvre, il ne s'avère pas un critère pertinent des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.

B. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution comme substitut à l'exécution corrective

1. Le critère de l'exécution corrective dans le droit allemand

165. Le modèle allemand : les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation conditionnés par la possibilité d'une exécution corrective. C'est le droit allemand qui semble offrir le critère le plus à même de caractériser et de délimiter les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Le droit allemand ne distingue pas les dommages directs ou

⁸⁵⁰ Comp. Civ. 3^e, 3 déc. 2003, pourvoi n° 02-18033, *Bull.*, III, n° 221, p. 196, *RTD civ.*, 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN ; *RDC*, 2004, p. 280, obs. PH. STOFFEL-MUNCK, qui refuse cette fois au bailleur l'indemnisation à défaut de démonstration d'un dommage, cité *supra*, spéc. n° 104.

⁸⁵¹ Comp. à propos de clauses de non-concurrence les arrêts Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, pourvoi n° 02-15910, *Bull.*, I, n° 201, p. 170 et Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, pourvoi n° 05-19978, *Bull.*, I, n° 212 tranchés sur le fondement de l'art. 1145 du Code civil, cités *supra*, spéc. n° 105.

⁸⁵² PH. STOFFEL-MUNCK, « L'apport des contrats spéciaux à la théorie de la responsabilité contractuelle ou comment savoir quand on peut obtenir des dommages et intérêts sans démontrer de préjudice », *op. cit.*, spéc. n° 4.

⁸⁵³ M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 65.

intrinsèques des dommages consécutifs ou extrinsèques⁸⁵⁴. La distinction qu'il propose ne se situe pas au niveau du dommage, mais au niveau des dommages et intérêts eux-mêmes. Plutôt que de se référer au *type* de dommage subi, le droit allemand regarde si le dommage subi peut ou non être encore rétabli par une exécution corrective (*Nacherfüllung*). Si, par exemple⁸⁵⁵, un propriétaire de chevaux achète une nourriture qui s'avère contenir des graines empoisonnées, il peut réclamer indemnisation au vendeur pour la nourriture elle-même au titre des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution (*Schadensersatz statt der Leistung*)⁸⁵⁶ et pour la mort des chevaux qui l'ont ingéré au titre des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution (*Schadensersatz neben der Leistung*)⁸⁵⁷. Ce n'est pas la nature du dommage qui décide de cette répartition. Le critère décisif est tout autre : il s'agit de vérifier si l'exécution corrective (*Nacherfüllung*) pourrait encore apporter satisfaction au créancier, ou si le dommage est définitivement acquis⁸⁵⁸. Comme l'explique Dirk Looschelders, le dommage lié à la mort des chevaux doit être indemnisé par des dommages et intérêts en marge de l'exécution puisque la livraison d'une nourriture non viciée ne saurait les « ressusciter »⁸⁵⁹. A l'inverse, c'est au titre des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution que le créancier peut se plaindre du défaut de la nourriture et demander à en être dédommagé, car le débiteur pourrait sur ce point encore satisfaire le créancier en lui livrant une nourriture non viciée⁸⁶⁰. Tel est le critère des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation (*Schadensersatz statt der Leistung*) en droit allemand : ils ne s'appliquent que pour les inconvénients de l'inexécution qui peuvent encore être effacés par une exécution corrective.

166. La pertinence du critère de la possibilité de l'exécution corrective. On sait les raisons pratiques qui motivent le choix du critère de l'exécution corrective en droit allemand : si celle-ci est encore possible, le débiteur doit en principe se voir octroyer un délai supplémentaire d'exécution, la *Nachfrist*, pour « corriger » sa défection⁸⁶¹. Le critère n'est

⁸⁵⁴ V. toutefois la distinction doctrinale entre *Mangelschäden* et *Mangelfolgeschäden* qui s'en rapproche, supra, spéc. n° 138.

⁸⁵⁵ Le cas est inspiré de RG, 09 juil.1907, II 115/07, RGZ 66, 289.

⁸⁵⁶ Sur le fondement des §280, al. 1^{er} et al. 3, §281, reliés aux §434 et §437, n° 3 BGB.

⁸⁵⁷ Sur le fondement des §280, al. 1^{er}, relié au §437, n° 3 BGB.

⁸⁵⁸ V. supra, spéc. n° 132 et s. et les réf. citées, not. S. LORENZ, « Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die „Zauberformel“? », in : *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus. Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012*, dir. M. HÄUBLEIN, S. UTZ, Berlin, De Gruyter, 2012, p. 147, spéc. p. 151 et s. ; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, op. cit., spéc. n° 528 ; D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2012, spéc. n° 352.

⁸⁵⁹ D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 12^e éd., München, Franz Vahlen, 2014, spéc. n° 542.

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ Sur la *Nachfrist*, v. supra, spéc. n° 53 et pour son adoption en droit français, infra, spéc. n° 173.

toutefois pas seulement fonctionnel, il est aussi fondé en théorie. Dès lors que l'on considère les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution comme un *substitut* à l'exécution forcée en nature, et non comme un *palliatif* à celle-ci, il n'est pas illogique de demander au créancier de vérifier qu'il pourrait demander l'exécution corrective avant de le laisser opter alternativement pour les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. A l'inverse, si l'exécution corrective ne change rien à la situation du créancier, c'est bien que celui-ci a d'ores et déjà définitivement essuyé une perte. Il est alors adéquat de parler de « dommage » et de l'inciter à en obtenir la réparation par le biais des dommages et intérêts à fonction de réparation : les dommages et intérêts en marge de la prestation (*Schadenersatz neben der Leistung*). Le critère permet donc de tracer une frontière utile et pertinente entre deux catégories de dommages et intérêts qui remplissent des fonctions différentes. Il peut dès lors servir d'inspiration à la délimitation des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et des dommages et intérêts compensatoires.

2. Le sens retenu du substitut à l'exécution corrective

167. Deux critères : le substitut à l'exécution corrective et le droit au paiement. Nous avons défini les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution comme un « substitut à l'exécution ». Or, ces dommages et intérêts constituent un substitut non pas à l'exécution primitive prévue au contrat, mais à l'exécution corrective, autrement dit l'exécution en nature que pourrait réclamer le créancier en justice. C'est ce que permet de révéler la comparaison avec le droit allemand. La solution s'impose, aussi, au regard de la date à laquelle se positionne le juge pour évaluer le montant des dommages et intérêts. Il ne s'agit pas de la date du contrat ou du moment où l'exécution était due, mais bien de celle de l'inexécution ou du jour où le juge se prononce⁸⁶². Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ne se mesurent pas à l'aune de l'exécution *promise*, mais à l'aune de l'exécution *corrective* que le créancier aurait pu demander, et pour laquelle ils constituent un substitut. L'objectif des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution est d'atteindre la valeur patrimoniale de l'exécution au jour de la demande en justice. C'est pourquoi nous pouvons les définir comme un substitut à l'exécution corrective.

Une précision importante doit cependant être ajoutée. Si les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sont plus parfaitement décrits comme un substitut à l'exécution corrective qu'en référence à l'exécution « spontanée » de l'obligation prévue au contrat, cela

⁸⁶² V. *infra*, spéc. n° 179 sur le calcul du coût de substitution et spéc. n° 180 sur le calcul de la perte de valeur.

ne doit toutefois pas conduire à oublier que tant l'exécution en nature que les dommages et intérêts qui s'y substituent trouvent leur source dans un seul et même fondement, qui est le droit au paiement. C'est le droit au paiement qui fonde les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. C'est ce droit au paiement dont ils doivent permettre *in fine* la réalisation. Aussi ne faut-il pas comprendre le parallèle avec l'exécution corrective comme un critère strict, mais plutôt l'appréhender comme un indice du fait qu'il existait bien un « droit au paiement » auquel les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution pourront donner effet. Si l'exécution était prévue pour un moment précis, il est fort possible qu'elle ne soit rattrapable d'aucune manière. Il conviendra toutefois d'appliquer les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution dès lors qu'il est avéré que le créancier possédait bien un « droit au paiement » à l'égard de cette obligation particulière, qu'il aurait pu faire valoir à un moment donné. L'exemple typique est la violation d'une obligation de non-concurrence. L'exécution corrective n'est pas possible une fois la violation établie, mais ce sont tout de même des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui doivent être demandés, car le contrat avait bien conféré au créancier un droit à l'exécution de cette obligation que le créancier aurait pu « actionner » en justice⁸⁶³. A l'inverse, les obligations de sécurité adjointes au contrat ne peuvent jamais être réglées par des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. A l'évidence, je ne peux pas assigner mon médecin ou mon transporteur en justice pour lui demander de respecter mon intégrité physique. L'obligation de sécurité ne confère pas un « droit à ». Le critère du droit au paiement permet ainsi d'écarter certaines obligations accessoires⁸⁶⁴, mais aussi l'ensemble des dommages consécutifs à l'inexécution (les pertes subies et les gains manqués ne correspondent pas non plus à un « droit à ») qui relèvent ensemble du domaine exclusif des dommages et intérêts compensatoires.

Le droit au paiement et l'exécution corrective constituent ainsi les éléments déterminants des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Il reste à examiner le régime particulier qui doit leur être appliqué, si l'on accepte de consacrer leur autonomie.

⁸⁶³ La différence s'exprimera, en revanche, sur le plan des conditions puisque le délai supplémentaire d'exécution pourra être écarté, comme le décide le droit allemand sur le fondement du §281, al. 3 BGB, sur lequel v. *infra*, spéc. n° 177.

⁸⁶⁴ Sans recouper pour autant le critère de l'obligation principale, qui est plus étroit, v. *supra*, spéc. n° 162 et s. sur la distinction entre obligation principale et obligation accessoire.

Section 2. La construction d'un régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

168. Un régime à construire. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution assument une fonction de paiement. Ils sont dirigés vers la satisfaction d'un but préétabli par le contrat et constituent un substitut à l'exécution en nature que pourrait demander le créancier. Aussi rappellent-ils l'exécution elle-même, à laquelle ils empruntent de nombreux traits. Dans le même temps, les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ne sont pas une exécution, mais bien des dommages et intérêts. Or, la nature de cette sanction marque sur leur régime une influence elle aussi déterminante. Comme le notent les auteurs d'un manuel renommé (c'est nous qui soulignons) :

« Il y a [...] une relation de continuité entre l'obligation contractuelle initiale et la condamnation à dommages-intérêts qui en sanctionne, le cas échéant, l'inexécution. Cela explique l'**ambivalence de ce régime** de responsabilité – **exécution et réparation** [...] »⁸⁶⁵.

Le régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution est en quelque sorte un régime hybride, mêlant le droit de l'exécution aux règles classiques des dommages et intérêts. Ce régime hybride est partiellement acquis et partiellement à construire. On trouve déjà dans certaines jurisprudences la volonté de traiter différemment les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution des dommages et intérêts compensatoires. Cela aboutit parfois à des inconsistances que la création d'un régime autonome des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution aura l'avantage de balayer. La doctrine aussi a donné quelques lignes directrices, les auteurs favorables à la fonction de paiement des dommages et intérêts ayant mis en avant certaines particularités de leurs conditions ou de leurs effets⁸⁶⁶. Aucun n'a cependant proposé de véritable régime juridique des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, autonome et distinct des dommages et intérêts compensatoires⁸⁶⁷. Aussi la détermination du régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution procède-t-elle d'une démarche essentiellement constructive.

Suivant un plan classique, le régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sera présenté à travers ses conditions (§1) et ses effets (§2).

⁸⁶⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2013, spéc. n° 178.

⁸⁶⁶ V. les auteurs cités *infra*, en particulier Jérôme Huet et Boris Starck.

⁸⁶⁷ Qu'il soit permis de rappeler ici que le premier défenseur de la double fonction, Jérôme Huet, avait une ambition différente et n'utilisait la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle qu'aux fins de tracer sa délimitation de la responsabilité délictuelle, v. nos dev. *supra*, spéc. n° 149.

§1. Les conditions des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

169. Suppression de la condition de dommage, maintien de l'inexécution et ajout d'un délai supplémentaire d'exécution. Au stade des conditions des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, c'est le droit au paiement qui exerce l'influence la plus prégnante. Cela n'a rien d'étonnant. L'exécution et son substitut se situent sur le même plan, ils sont en quelque sorte équipollents, et donc logiquement soumis à semblables conditions. Le dommage, d'abord, a vocation à disparaître. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution traduisent la dette de paiement et non une dette de réparation : le dommage n'y a dès lors aucune place et il doit disparaître. Il faut à l'inverse considérer que les dommages et intérêts sont dus, pour reprendre une formule connue, « du seul fait de l'inexécution »⁸⁶⁸. Les conditions des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sont au nombre de deux. Il faut, d'abord que soit démontrée une inexécution. Alors qu'elle est une simple condition de mise en œuvre pour l'exécution forcée, l'inexécution est « plus » à l'égard des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution : elle constitue son fait générateur (A). La deuxième condition pourra surprendre, car elle n'est pas familière au droit français. Elle consiste à faire dépendre le droit du créancier à prétendre à des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution à l'octroi infructueux d'un délai supplémentaire d'exécution, sur le modèle de la *Nachfrist* du droit allemand (B).

A. L'inexécution

1. L'inexécution comme condition commune des sanctions de l'inexécution

170. L'inexécution distincte de la faute. L'inexécution n'est pas une faute. De notre point de vue, hors le cas où elle vise à infliger au débiteur une peine privée⁸⁶⁹, la responsabilité contractuelle, qu'elle soit dirigée vers le paiement ou vers la réparation, n'exige jamais la démonstration d'une faute. Nous avons déjà évoqué l'opposition entre la conception subjective allemande de la faute et la conception objective française de l'inexécution et relevé qu'elle ne semblait pas aboutir à des divergences pratiques considérables⁸⁷⁰. C'est toujours de l'inexécution dont répond le débiteur. Il n'y change rien, d'ailleurs, que l'obligation soit de

⁸⁶⁸ Comp. l'art. 1145 du Code civil.

⁸⁶⁹ V. *infra*, notre deuxième partie.

⁸⁷⁰ V. *supra*, spéc. n° 40.

résultat ou de moyens. Les obligations de moyens invitent à observer le comportement du débiteur, mais pas dans la fin d'établir sa faute : ce que l'on cherche, c'est toujours à vérifier si le « promis » (un comportement ou un résultat) correspond bien au « reçu »⁸⁷¹. Comme l'écrit Claude Witz :

« [...] le débiteur d'une obligation de moyens s'engage également à un résultat, l'utilisation des moyens qu'il s'est engagé à mettre en œuvre »⁸⁷².

Rechercher si l'obligation est de résultat ou de moyens sert à déterminer ce à quoi le débiteur s'est engagé précisément pour pouvoir le comparer à ce qui a été fourni⁸⁷³. Chaque fois que la concordance ne sera pas au rendez-vous, l'inexécution sera ainsi caractérisée. Raisonner en termes de faute n'apporte rien⁸⁷⁴. L'inexécution devra certes être *imputable* au débiteur, mais la question de sa *culpabilité* ne se pose que s'il s'agit de faire jouer aux dommages et intérêts un rôle de peine privée⁸⁷⁵. C'est l'inexécution qui constitue le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Cette inexécution peut elle-même être définie comme un décalage entre le « programme d'obligations » (*Pflichtenprogramm*) que le débiteur a assumé et la réalité de ce qu'il a apporté⁸⁷⁶.

171. L'inexécution, condition commune à toutes les sanctions. Dans sa thèse consacrée au fait générateur de la responsabilité contractuelle, Marianne Faure-Abbad présente l'inexécution comme une condition commune à l'ensemble des sanctions contractuelles de

⁸⁷¹ V. par ex. PH. REMY, « Les dommages et intérêts », in : *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRE, Paris, Dalloz, 2009, p. 281, spéc. p. 283 : « [...] à proprement parler, le débiteur de « moyens » ne s'exonère donc pas en prouvant son absence de faute – il établit seulement qu'il a exécuté son obligation en accomplissant les diligences dues [...] ».

⁸⁷² C. WITZ, « La faute contractuelle – Rapport français », in : *Droit français et droit brésilien, Perspectives nationales et comparées*, Actes du colloque réalisé dans le cadre de l'« Année de la France au Brésil », Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 659, spéc. p. 667 et 668.

⁸⁷³ Comp. P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats* (actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'Institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet), Paris, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. p. 252 : « [...] il y a une autre manière de penser la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, qui consiste à la situer sur le terrain du fond du droit : même si on admet que, par principe, la responsabilité contractuelle n'est pas liée à la faute, mais à la seule inexécution de l'obligation, encore faut-il se demander dans quels cas il y a inexécution. Or la réponse à cette question dépend de ce à quoi était tenu le débiteur, et c'est ici qu'on peut introduire une distinction entre les cas où il devait produire un résultat, et les cas où il devait simplement mettre en œuvre des moyens pour y parvenir. ».

⁸⁷⁴ Situer la différence entre les obligations de moyens et de résultat dans la charge de la preuve n'est pas non plus convaincant puisque « [...] en vérité, quelle que soit l'étendue de l'obligation, c'est toujours au créancier qui réclame l'exécution forcée d'établir qu'il n'a pas reçu la prestation promise (art. 1315 al. 1) et c'est toujours au débiteur qui se prétend libéré de prouver le fait qui a produit l'extinction de son obligation (art. 1315 al. 2). », PH. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323, spéc. p. 343.

⁸⁷⁵ V. *infra*, notre deuxième partie.

⁸⁷⁶ Nous empruntons ici les mots du législateur de la réforme allemande du droit des obligations de 2002, selon lequel l'inexécution (*Nichterfüllung*) et la violation de l'obligation (*Pflichtverletzung*) expriment toutes deux la condition que le débiteur soit resté en-deçà du programme d'obligation imposé par la relation d'obligation (*hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses zurückgeblieben ist*), v. Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, Drucksache 14/6040, spéc. p. 134.

l'inexécution⁸⁷⁷. Pour autant, elle ne considère pas qu'il s'agisse à proprement parler du fait générateur de la responsabilité contractuelle. L'affinité qu'elle porte à la thèse de l'exécution par équivalent la conduit au contraire à considérer que la dette de dommages et intérêts trouve sa source, et donc son fait générateur véritable, dans le contrat lui-même :

« L'obligation initiale et la dette de dommages et intérêts ont la même cause pour le créancier : l'accomplissement de sa propre prestation ; elles ont le même objet pour le débiteur : la contrepartie de la prestation reçue. Une fois les dommages et intérêts versés, l'équilibre constitué par l'existence de prestations réciproques est restitué. Le contrat a épuisé ses effets ; les obligations sont payées. »⁸⁷⁸

La dette de dommages et intérêts se confondant avec l'obligation initiale, il n'y aurait pas novation⁸⁷⁹ si bien qu'on ne pourrait qualifier l'inexécution de « fait générateur »⁸⁸⁰.

Nous rejoignons l'auteur sur le constat que l'inexécution est une condition commune à toutes les sanctions contractuelles. D'ailleurs, l'inexécution constitue le point de départ de l'article 1217 du projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats, qui recense les sanctions à la disposition de la partie envers laquelle « l'engagement n'a pas été exécuté ou l'a été imparfaitement »⁸⁸¹. Cependant, pour les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, l'inexécution constitue non seulement une condition de mise en jeu des dommages et intérêts, mais plus fondamentalement la condition même de son existence. La dette de dommages et intérêts n'est pas déjà contenue dans le contrat, c'est l'inexécution qui la génère.

2. L'inexécution comme fait générateur des dommages et intérêts

172. L'obligation secondaire constituée par les dommages et intérêts. La dette de dommages et intérêts ne doit pas être confondue avec l'obligation initiale. Les dommages et intérêts ne sont que le « prolongement du droit au paiement »⁸⁸², mais ils ne sont pas le paiement. Le substitut d'exécution fourni sous la forme de dommages et intérêts ne peut pas et ne doit pas être placé sur le même plan que l'exécution spontanée. Cela reviendrait, sinon, à dire que le créancier pourrait à sa convenance, et avant même la date convenue pour l'exécution, informer le créancier qu'il préfère tout compte fait une exécution en argent. Le

⁸⁷⁷ M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, *op. cit.*, spéc., n° 2 des « Positions de thèse », p. 492.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, spéc. n° 267.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, spéc. n° 257 et s.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, spéc. n° 357.

⁸⁸¹ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *op. cit.*, spéc. art. 1217.

⁸⁸² J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 11, p. 11.

droit positif s'y oppose évidemment⁸⁸³. La dette de dommages et intérêts constitue nécessairement une obligation nouvelle, on pourrait dire « mutée » par l'inexécution. Comme l'exprime simplement Christian Larroumet :

« [...] la dette de dommages-intérêts [ne naît pas] du contrat. Elle ne lui est pas contemporaine. Elle suppose une inexécution. C'est cette inexécution qui opère la substitution et, par conséquent, constitue le fait générateur de la dette de dommages-intérêts [...]. »⁸⁸⁴

L'obligation de verser des dommages et intérêts, déclenchée par l'inexécution, est toujours une obligation *secondaire* et ne se confond pas avec l'obligation primaire d'exécuter⁸⁸⁵. Même le droit anglais, pourtant influencé par la doctrine de Holmes⁸⁸⁶, considère les dommages et intérêts comme une obligation secondaire générée par le *breach*⁸⁸⁷.

Le fait générateur de la dette de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution n'est donc pas le contrat, mais bien l'inexécution. Une deuxième condition est encore nécessaire pour que les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution puissent être réclamés : l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution.

B. L'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution

1. L'opportunité du délai supplémentaire d'exécution

173. Les avantages classiques du délai supplémentaire d'exécution. En droit allemand, le créancier ne peut prétendre à des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation (*Schadenersatz statt der Leistung*) que :

« [...] s'il a imparti au débiteur, sans succès, un délai raisonnable pour l'exécution convenue ou l'exécution corrective. »⁸⁸⁸

Le mécanisme de la « *Nachfrist* »⁸⁸⁹ a pour objet de laisser au créancier une dernière chance de « se rattraper ». Il rappelle un peu le délai de grâce que peut accorder le juge, à son bon

⁸⁸³ V. par ex. C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 547 et 548 : « La notion d'exécution par équivalent ne suppose pas que, dès la conclusion du contrat, l'exécution puisse consister, au choix du créancier, en une exécution en nature ou bien une exécution par la substitution d'une somme d'argent. La seconde n'est envisageable qu'en cas d'inexécution consommée de la première [...]. Cette condition ne peut être passée sous silence et il ne sert à rien d'affirmer qu'il y a exécution par équivalent et non pas responsabilité civile, puisqu'il faudra toujours constater une inexécution en nature de la part du débiteur pour permettre au créancier de recourir à l'exécution par équivalent. »

⁸⁸⁴ C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 547.

⁸⁸⁵ Contra : M. FAURE-ABBAD, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, *op. cit.*, spéc. n° 267.

⁸⁸⁶ Sur laquelle v. *supra*, spéc. n° 57.

⁸⁸⁷ V. *supra*, spéc. n° 58.

⁸⁸⁸ §281, al. 1 BGB (extrait), trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010.

⁸⁸⁹ Sur lequel v. *supra*, spéc. n° 53.

vouloir, au débiteur sommé d'exécuter⁸⁹⁰. Il n'est pas sans rappeler, non plus, la faculté de correction dont le projet de réforme dirigé par François Terré proposait l'introduction⁸⁹¹. En pratique, il ressemble toutefois davantage à une mise en demeure⁸⁹². Il n'est pas toujours évident de fixer précisément le moment à partir duquel l'inexécution est acquise. Le délai supplémentaire d'exécution permet de fixer ce moment et de signaler qu'à partir de celui-ci le débiteur ne peut plus ignorer qu'il est en défaut. Ce que le doyen Carbonnier écrivait à propos de la mise en demeure vaut pareillement pour le délai supplémentaire d'exécution : c'est un « moyen de pression » et un « moyen de preuve », permettant de « mettre [le débiteur] dans son tort, en lui ôtant tout prétexte tiré d'une négligence ou tolérance de son créancier »⁸⁹³. L'un des intérêts du délai supplémentaire d'exécution est ainsi de rendre l'inexécution imputable au créancier. Le créancier en retire un avantage direct : une fois le délai échu, c'est le débiteur exclusivement qui répondra du risque d'impossibilité d'exécution⁸⁹⁴. Le Code civil attache déjà cette conséquence à la mise en demeure, mais seulement à propos de l'obligation de livrer un corps certain⁸⁹⁵, et non de manière générale⁸⁹⁶. Par rapport à la mise en demeure, le délai supplémentaire d'exécution offre une meilleure sécurité juridique en fixant précisément le délai pendant lequel le débiteur doit s'exécuter sous peine de voir sa responsabilité engagée. Enfin et surtout, l'avantage que retire le créancier de la fixation d'un délai supplémentaire d'exécution réside dans le fait que, passé le délai, il ne peut plus être contraint d'accepter l'exécution. Or il ne s'agit pas là que d'un détail, comme nous allons le voir.

174. Une faveur au créancier autant qu'au débiteur. Le délai supplémentaire d'exécution est communément présenté comme une faveur au débiteur. En réalité, il représenterait, s'il était introduit en droit français, une faveur au créancier. Une jurisprudence récente de la Cour de cassation est en effet venue remettre en cause le droit du créancier d'obtenir des dommages et intérêts de manière beaucoup plus drastique que ne le ferait une *Nachfrist*. Depuis deux arrêts rendus en 2012 et en 2013, il semblerait que le juge puisse décider que le créancier devra se contenter d'une exécution en nature quand bien même il

⁸⁹⁰ V. not. les art. 1244-1 à 1244-3 du Code civil et 510 à 513 du Code de procédure civile ; PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013, spéc. n° 1224.

⁸⁹¹ Sur lequel v. *supra*, spéc. n° 54.

⁸⁹² V. not. l'art. 1146 du Code civil.

⁸⁹³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, spéc. n°168, p. 316 et s.

⁸⁹⁴ V. pour le droit allemand O. PALANDT (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 74^e éd., München, Beck, 2015, spéc. §281, n° 16.

⁸⁹⁵ V. les art. 1138 al. 2 et 1302 al. 1^{er} du Code civil.

⁸⁹⁶ Comp. le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *op. cit.*, art. 1322-1 : « La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà. ».

réclame des dommages et intérêts et en remplit les conditions⁸⁹⁷. La chambre commerciale a d'abord décidé, dans un arrêt rendu le 10 janvier 2012 à propos d'un compte liquidé à tort par une banque négligente, que les clients devaient se contenter d'une reconstitution du portefeuille à l'identique, sans pouvoir prétendre à des dommages et intérêts⁸⁹⁸. La troisième chambre civile, ensuite, dans un arrêt rendu le 27 mars 2013, a décidé que le preneur qui recherchait la responsabilité du bailleur pour défaut d'exécution de son obligation d'entretien « ne pouva[it] refuser l'offre de ce dernier d'exécuter son obligation en nature », si bien qu'il « ne pouvait demander une réparation en équivalent »⁸⁹⁹. Rejetant le moyen arguant d'une modification de l'objet du litige, les juges du Quai de l'horloge se sont ainsi autorisés à substituer aux dommages et intérêts auxquels se limitait la prétention du demandeur, à la sanction non demandée de l'exécution en nature proposée (bien tardivement !) par le défendeur⁹⁰⁰. Il n'est plus possible, à la suite de ces arrêts, de dire qu'il n'existe pas de hiérarchie des sanctions en droit français. A partir du moment où le juge peut imposer au créancier une autre sanction que celle qui lui a été demandée – et alors même que les conditions de chacune sont remplies et que l'une et l'autre sont possibles – c'est que celle qui est favorisée par le juge jouit d'une priorité⁹⁰¹. Cette jurisprudence revient à considérer que le débiteur peut à *tout moment* retourner sa veste et *imposer* au créancier une exécution dont il ne veut plus. La solution est inquiétante pour le créancier, et, somme toute, bien plus défavorable que ne l'est l'exigence de la *Nachfrist*. En effet, le délai supplémentaire d'exécution oblige le créancier à se contenter de l'exécution en nature, mais *seulement pendant un temps limité*. Elle apparaît dès lors beaucoup plus respectueuse des intérêts de chacune des deux parties. Le créancier fait un pas vers le débiteur en lui accordant une seconde chance. S'il ne l'a saisi pas, le débiteur doit accepter la manière dont le créancier décide de régler le sort du contrat à ses dépens : la résolution (si elle est possible), l'exécution forcée ou les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.

175. Un mécanisme équilibré et favorable au règlement amiable des litiges. Le délai supplémentaire d'exécution se révèle ainsi un mécanisme équilibré au service des deux parties. Dans certaines circonstances, il présente de surcroît l'avantage d'inciter les parties à

⁸⁹⁷ Sur ces deux arrêts, v. déjà nos dév. *supra*, spéc. n° 55.

⁸⁹⁸ Com., 10 janv. 2012, pourvoi n° 10-26837, inédit, *RDC*, 2012, p. 782, obs. Y.-M. LAITHIER.

⁸⁹⁹ Civ. 3^e, 27 mars 2013, pourvoi n° 12-13734, *Bull.*, 2013, III, n° 40, *Gaz. Pal.*, n° 157 du 6 juin 2013, p. 17, chron. M. MEKKI ; *RDC*, 2013, p. 890, note T. GENICON, p. 903, note G. VINEY, p. 974, obs. J.-B. SEUBE ; *RTD civ.*, 2013, p. 603, obs. H. BARBIER.

⁹⁰⁰ Il est en revanche douteux que la même solution puisse être atteinte si aucune des deux parties ne formule cette demande, v. *supra*, spéc. n° 55 *in fine*.

⁹⁰¹ V. déjà *supra*, spéc. n° 52.

régler leur litige à l'amiable. Chaque fois que le débiteur utilise le délai supplémentaire pour exécuter, le recours au juge devient inutile, sauf à ce que le créancier ait subi un dommage du fait du retard d'exécution (il s'agira alors de dommages et intérêts compensatoires). Le délai supplémentaire d'exécution peut également inciter le débiteur et le créancier à renégocier les conditions de l'exécution, ou même à acter de l'inexécution et décider ensemble des conséquences à lui donner. Prenons un entrepreneur qui commande et paie d'avance 1 000 poutres métalliques d'un dessin particulier, n'est livré qu'aux trois quart, mais n'a plus besoin du quart restant car, au cours du chantier, les plans ont été révisés⁹⁰². Selon Philippe Stoffel-Munck qui formule cet exemple⁹⁰³, le créancier a droit à des dommages et intérêts du simple fait qu'il a reçu 750 poutres alors qu'il en a commandé et payé 1 000. Pourtant, si le créancier n'a plus d'intérêt à l'exécution, ce n'est pas par la faute du débiteur, mais en raison d'un changement interne à sa propre sphère d'influence. Est-il légitime de le laisser recourir directement aux dommages et intérêts ? D'un côté, le vendeur est en défaut. En ne livrant que 750 pièces sur les 1 000 à temps, il prend un risque de se voir refuser les 250 restantes. D'un autre côté, pour l'entrepreneur, la non-livraison se transforme en aubaine, car si le contrat avait été exécuté correctement, c'est à lui qu'il serait incombée la charge de trouver un nouveau preneur pour les 250 poutres « d'un dessin particulier » (!) non utilisées, et ce à un prix qui lui permette de rentrer dans ses frais. Doit-on lui laisser retirer ce bénéfice de l'inexécution alors même que le vendeur semblait pouvoir considérer comme acquis qu'il avait venu 1 000 poutres et non 750 ? Selon nous, la solution du délai supplémentaire est une solution qui ménage les intérêts antagonistes des deux parties. S'il ne veut pas laisser de deuxième chance au débiteur d'exécuter, le créancier devra chercher un compromis directement avec le débiteur. A défaut, il devra d'abord demander l'exécution au débiteur, avant de pouvoir saisir le juge.

2. La mise en œuvre du délai supplémentaire d'exécution

176. La création du délai supplémentaire d'exécution. Le délai supplémentaire d'exécution ne consacre donc pas la primauté de l'exécution forcée sur les autres sanctions de l'inexécution. A l'inverse, sa consécration marquerait le recul de l'exécution forcée, puisque le créancier pourrait, à l'issue du délai, recourir à la sanction de son choix sans que le juge puisse lui imposer l'exécution. Ce n'est pas l'exécution forcée qu'il favorise, mais l'exécution

⁹⁰² PH. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », *chron.*, *RDC*, 2004, p. 280, spéc. p. 284.

⁹⁰³ *Ibid.* ; la solution est également approuvée par E. SAVAUX., R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs, Réflexions à partir du contrat de bail », *op. cit.*, spéc. p. 282 et 283.

spontanée (incitée, certes, mais non forcée). Opportune, la solution a fait école sur la scène internationale. On la retrouve dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise (CVIM)⁹⁰⁴, dans les Principes du droit européen du contrat (PEDC)⁹⁰⁵, ou encore dans les Principes UNIDROIT⁹⁰⁶. Néanmoins, ce délai supplémentaire d'exécution n'est pas conçu comme un prérequis aux différentes sanctions de l'inexécution, mais comme une simple option du créancier, ce qui en diminue nettement l'intérêt⁹⁰⁷.

Faire de l'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution une condition des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution est très facile. Il suffit de reprendre le mécanisme de la mise en demeure et d'y ajouter un délai. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats a déjà franchi le pas à propos de la résolution. On peut ainsi lire à l'art. 1226 que (c'est nous qui soulignons) :

« Art. 1226 - Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Il doit préalablement **mettre en demeure** le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement **dans un délai raisonnable**.

La mise en demeure mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. [...] »⁹⁰⁸

Cette disposition transforme d'ores et déjà la mise en demeure en délai supplémentaire d'exécution comparable à la *Nachfrist* allemande. Il aurait peut-être été préférable, tout en s'inspirant de la mise en demeure, de séparer plus clairement les deux mécanismes qui n'ont pas les mêmes effets. Le délai supplémentaire d'exécution a en tout cas vocation à intégrer le Code civil français d'ici peu, comme préalable à la résolution par notification du contrat. Il pourrait opportunément et sans difficulté être élargi à l'ensemble des sanctions qui règlent le sort des contrats⁹⁰⁹ : l'exécution, la résolution et les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.

177. Les limites nécessaires à l'exigence du délai supplémentaire d'exécution. Le délai supplémentaire d'exécution ne saurait être imposé au créancier comme préalable aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution que lorsque celui-ci a du sens. Le droit

⁹⁰⁴ Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, art. 47 pour le délai supplémentaire d'exécution que peut accorder l'acheteur au vendeur et art. 63 pour le délai supplémentaire d'exécution que peut accorder le vendeur à l'acheteur.

⁹⁰⁵ Commission pour le droit européen du contrat, O. LANDO (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, trad. G. ROUHETTE (dir.), Paris, SLC, 2003, art. 8 :106.

⁹⁰⁶ Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2010), art. 7.1.5.

⁹⁰⁷ Sur les incertitudes soulevées par cette faculté, v. spéc. V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2000, spéc. n° 412 et s.

⁹⁰⁸ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *op. cit.*, art. 1226 al. 1^{er} et 2.

⁹⁰⁹ Sur cette notion, v. *infra*, spéc. n° 79 et s.

allemand énumère ainsi une série de circonstances dans lesquelles le créancier est dispensé du délai supplémentaire d'exécution :

- (1) « le débiteur se refuse sérieusement et définitivement à exécuter » (§281 al. 2 BGB)
- (2) « des circonstances justifient, eu égard aux intérêts des deux parties, l'exercice immédiat du droit à dommages-intérêts » (§281 al. 2 BGB) ;
- (3) « la fixation d'un délai n'est pas envisageable à raison de la nature de la violation de l'obligation » (par exemple la violation d'une obligation de ne pas faire⁹¹⁰) auquel cas « une mise en garde la remplace » (§281 al. 3 BGB)⁹¹¹.

Ces trois cas de dispense de la *Nachfrist* sont repris au §323 BGB à propos de la résolution, mais celui-ci en ajoute un supplémentaire :

- (4) « s'il ne fournit pas la prestation à la date fixée ou dans le délai déterminé par le contrat, alors que le créancier a lié le maintien de son intérêts pour cette prestation au respect de cette date ou de ce délai » (§323 al. 2 BGB)⁹¹².

Il peut paraître surprenant que cette dernière hypothèse, non des moins fréquentes en pratique, ait été « oubliée » à propos des dommages et intérêts. C'est d'autant plus étonnant qu'il s'agit de la seule envisagée comme cause de dispense de la mise en demeure par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats⁹¹³. L'explication est qu'une distinction est faite, dans la doctrine, entre les contrats à échéance fixe qui sont d'une rigueur absolue par leur nature même (*absolute Fixgeschäfte*) et ceux pour lesquels, quoique le créancier ait insisté sur l'importance de la ponctualité de l'exécution⁹¹⁴, il se peut qu'une exécution corrective puisse encore satisfaire le créancier (*relative Fixgeschäfte*)⁹¹⁵. Dans ce dernier cas, le législateur allemand a souhaité n'autoriser que la résolution sans délai, et imposer au contraire au créancier d'accorder une nouvelle échéance au débiteur avant de recourir aux dommages et intérêts⁹¹⁶. A l'inverse, si le contrat est par nature un contrat qui doit être exécuté à temps – ce que l'on appelle « Just-in-time-Vertrag » – le créancier est dispensé de la

⁹¹⁰ M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2004, spéc. n° 216, p. 173.

⁹¹¹ Trad. des §281 al. 2 et al. 3 BGB empruntées à R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, *op. cit.*

⁹¹² §323 al. 2 BGB, trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, *op. cit.*

⁹¹³ V. le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *op. cit.*, art. 1231 : « Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. ».

⁹¹⁴ Par une clause similaire à la clause anglaise de « time is of the essence ».

⁹¹⁵ V. sur cette distinction D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, München, Beck, 2012, spéc. n° 420 et s. et H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 39^e éd., München, Beck, 2015, §23, n° 63.

⁹¹⁶ V. H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, *op. cit.*, spéc. §23, n° 44.

Nachfrist à la fois pour la résolution (§323 al. 2 BGB) et pour les dommages et intérêts, puisqu'il s'agit alors de « circonstances [qui] justifient, eu égard aux intérêts des deux parties, l'exercice immédiat du droit à dommages-intérêts » au sens du §281 al. 2 BGB⁹¹⁷.

La distinction est complexe. Si le délai supplémentaire d'exécution doit être introduit en droit français, il semble préférable de l'assortir des quatre exceptions que nous avons recensées et qui seraient applicables pareillement à la résolution et aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution⁹¹⁸.

L'inexécution étant caractérisée et le délai supplémentaire d'exécution resté infructueux, le créancier peut demander au juge la « liquidation » de son droit au paiement sous la forme de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, dont il convient maintenant de présenter les effets.

§2. Les effets des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

178. De la détermination des dommages et intérêts à leur utilisation finale. C'est sur le plan des effets que les différences les plus marquantes apparaissent entre les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et les dommages et intérêts compensatoires. Pour commencer, l'étendue des dommages et intérêts n'est évidemment pas la même. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sont mesurés non à l'aune d'un dommage, mais à l'aune de la valeur de la prestation inexécutée au jour du jugement (A). Par ailleurs, cette valeur ne peut pas être limitée à l'avance par le contrat : les clauses limitatives de dommages et intérêts ne peuvent toucher que la réparation, mais elles sont sans effet à l'égard des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution (B). Ensuite, l'inscription de la dette de dommages et intérêts dans le prolongement de la dette d'exécution a des influences pratiques très concrètes (C). A l'inverse, la fonction de paiement s'efface de la sanction générique qui est finalement prononcée : les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sont eux-mêmes le substitut à l'exécution et il n'est nullement requis de leur bénéficiaire qu'il les utilise à des fins particulières (D).

⁹¹⁷ C'est ce que prévoit expressément l'exposé des motifs de la réforme, v. Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, Drucksache 14/6040, spéc. p. 140.

⁹¹⁸ Ainsi éventuellement qu'à la demande en exécution forcée si le délai supplémentaire d'exécution devait être formulé comme une condition générale pour tous les remèdes relatifs au sort du contrat.

A. L'étendue des dommages et intérêts

1. Le coût de substitution

179. La mesure des dommages et intérêts à l'aune du coût de substitution. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution constituent un substitut en argent à l'exécution corrective du contrat. Deux mesures peuvent servir de base à leur calcul. Le « meilleur » substitut, en ce sens qu'il est le plus fidèle à la promesse exprimée par le contrat, est l'octroi d'une somme correspondant au « coût de substitution » (*cost of cure*). Cette mesure permet en effet au créancier d'obtenir *in fine* ce qu'il attendait – quoiqu'il ne soit pas obligé d'utiliser effectivement le montant perçu à titre de dommages et intérêts à l'acquisition d'un substitut⁹¹⁹. La seconde mesure, dite de la « perte de valeur » (*diminution in value*), sera présentée dans un second temps. On peut noter, déjà, que les deux mesures étaient celles mises en avant par Pothier pour l'indemnisation du dommage intrinsèque⁹²⁰. Quant à la doctrine anglaise favorable à la consécration des *substitute* ou *substitutionary damages*, elle s'intéressait également à ces deux mesures comme pouvant concrétiser l'intérêt du créancier à obtenir l'exécution (*performance interest*)⁹²¹.

Le coût de substitution correspond donc à la somme d'argent permettant au créancier d'obtenir d'un tiers ce que le contrat lui promettait. Il s'agira, le plus souvent, d'une somme d'argent correspondant à la valeur d'un bien de remplacement ou d'une prestation équivalente sur le marché. C'est la fameuse « *market price rule* », base de calcul des *damages* la plus populaire en droit anglais⁹²². A ce coût de substitution *stricto sensu*, il faut assimiler le coût de réparation, au sens premier de rectification. Lorsque le remplacement et la réparation aboutissent à un résultat identique pour le créancier, le juge doit pouvoir favoriser la solution la moins onéreuse⁹²³. En toute hypothèse, le coût de remplacement ou de réparation doit être évalué au jour de la demande en dommages et intérêts et non au jour du contrat⁹²⁴. En effet,

⁹¹⁹ Sur ce principe de libre disposition des dommages et intérêts, v. *infra*, spéc. n° 194.

⁹²⁰ V. *supra*, spéc. n° 156.

⁹²¹ V. *supra*, spéc. n° 121 et s.

⁹²² V. sur celle-ci, v. not. M. BRIDGE, « The Market Rule of Damages Assessment », in : *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, dir. D. SAIDOV, R. CUNNINGTON, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 431.

⁹²³ Il se peut toutefois que l'une mesure ne vaille pas l'autre et que seule l'une d'elle soit effectivement satisfaisante pour le créancier, v. à ce sujet not. T. GENICON, « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », note sous Civ. 3°, 27 mars 2012, pourvoi n° 11-11798 et Com., 7 févr. 2012, pourvoi n° 10-20937, *RDC*, 2012, p. 773.

⁹²⁴ V. en ce sens not. Com., 5 oct. 1993, pourvoi n° 90-21146, *Bull. civ.*, IV, n° 313, *RTD com.*, 1994, p. 343, obs. BOULOC : « ayant relevé que l'exécution en nature n'était plus possible en raison de l'arrêt de la fabrication du modèle du véhicule vendu, c'est à bon droit que la cour d'appel condamne le vendeur à exécuter son obligation

les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution jouent un rôle de substitut à l'exécution *corrective*, et non à l'exécution spontanée⁹²⁵.

2. La perte de valeur

180. La mesure des dommages et intérêts à l'aune de la perte de valeur. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution peuvent aussi être mesurés à l'aune de la perte de valeur de l'exécution. Ils résultent alors d'un calcul simple : à la valeur de ce qui était promis par le débiteur est soustraite la valeur de ce qui a été reçu par le créancier⁹²⁶. Le fait que l'indemnisation de la perte de valeur puisse représenter un substitut à l'exécution ne « coule pas de source ». En accordant au créancier des dommages et intérêts à hauteur du coût de substitution, on lui permet effectivement d'obtenir la prestation voulue, ce qui n'est pas le cas avec la formule de la perte de valeur. On verrait presque plutôt dans celle-ci une révision du contrat « à la baisse », le rétablissement d'un équilibre contractuel qui n'est pas l'équilibre originel, mais qui s'aligne au contraire sur l'état de fait imposé par le débiteur au créancier. En somme, il pourrait s'agir d'une résolution partielle dont les restitutions seraient appelées « dommages et intérêts »⁹²⁷.

Cependant, les dommages et intérêts à hauteur de la perte de valeur de la prestation ne poursuivent pas un objectif restitutoire, mais bien satisfactoire. En effet, parmi les arguments qui ont permis à la doctrine anglaise de souligner la fonction de substitut au paiement du *cost of cure*⁹²⁸, il en est un que l'on peut transposer à la *diminution in value*. Selon Charlie Webb, le fait que la mesure du coût de substitution donne effet à l'intérêt à l'exécution est attesté notamment par le fait que les juges considèrent cette mesure et l'exécution en nature elle-même (*specific performance*) comme équivalentes⁹²⁹. Les dommages et intérêts évalués à l'aune du coût de substitution accomplissent nécessairement le même rôle que l'exécution en

de délivrance en deniers en payant à son acheteur une indemnité équivalente à la valeur actuelle de la chose vendue ».

⁹²⁵ V. *supra*, spéc. n° 167.

⁹²⁶ Plus exactement, il s'agit de la valeur *au jour de la demande en dommages et intérêts* de ce qui a été promis moins la valeur de ce qui a été reçu *au jour de la demande en dommages et intérêts*, conformément aux règles classiques qui président à l'évaluation des dommages et intérêts.

⁹²⁷ Comp. PH. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », *chron.*, *RDC*, 2004, p. 280 : « la résolution partielle ou la réfaction [...] ne visent souvent qu'à permettre l'obtention par le créancier partiellement frustré d'une somme d'argent, ce qui revient exactement au même que l'obtention de dommages et intérêts de paiement ».

⁹²⁸ V. *supra*, spéc. n° 124.

⁹²⁹ C. WEBB, « Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation », (2006) 26 *OJLS* 41, spéc. p. 51 et s. ; il faut toutefois souligner que, pour cet auteur, la *diminution in value*, bien que « reliée de manière plus étroite » à l'intérêt à l'exécution du demandeur que les autres dommages et intérêts, n'est pas l'expression de l'intérêt à l'exécution du créancier dès lors qu'elle ne permet pas au créancier d'obtenir *in fine* ce pour quoi il a contracté, v. spéc. p. 54 et s.

nature puisqu'ils peuvent se substituer l'un à l'autre. Or, le *cost of cure* et la *diminution in value* sont des mesures alternatives et celui qui obtient la première ne saurait réclamer la seconde. Il faut donc en conclure que la perte subie aussi concrétise le droit à l'exécution du créancier. De surcroît, quand les juges refusent d'accorder au demandeur le *cost of cure* et qu'ils lui accordent la *diminution in value*, « ils n'ont pas l'impression de donner moins au demandeur que ce à quoi il avait droit en vertu du contrat » mais cherchent au contraire « à déterminer quel est le moyen le plus juste de donner effet à son intérêt contractuel »⁹³⁰. Enfin, si la formule de la perte de valeur ne permet pas au créancier d'obtenir le bénéfice de l'exécution elle-même, elle lui accorde tout de même la « valeur économique de l'exécution »⁹³¹. Le coût de substitution et la perte de valeur poursuivent donc le même intérêt : la satisfaction du droit à l'exécution du créancier, auquel ils offrent un substitut⁹³².

B. L'inapplicabilité des clauses limitatives de réparation

1. Obligation essentielle, Kardinalpflichten, interprétation *contra proferentem*

181. La validité encadrée des clauses limitatives et exclusives de réparation. Notre propos n'est pas ici d'exposer le détail des conditions de licéité des clauses limitatives et exclusives de réparation. Ce que nous souhaitons mettre en avant, c'est l'acceptation générale, par chacun des droits français, allemand et anglais, du principe de validité des clauses qui ont pour effet de restreindre ou de supprimer la réparation due par le débiteur en cas d'inexécution, et surtout les limitations qui leurs sont imposées afin qu'elles ne viennent vider de leur substance la dette d'exécution.

Alors qu'en droits allemand et anglais, les clauses limitatives et exclusives de réparation sont licites même en matière extracontractuelle, le droit français n'admet leur validité qu'en matière contractuelle, mais les projets de réforme du droit de la responsabilité

⁹³⁰ *Ibid.*, spéc. p. 64 : « [...] when the courts limit the claimant to recovery of damages reflecting the difference in value [...] they do not see this as giving the claimant anything less than what he was entitled to under the contract. On this basis hardship to the defendant is not regarded as trumping the claimant's right to performance but as determining what is the fairest way to fulfil his contractual (expectation) interest. ».

⁹³¹ E. MCKENDRICK, *Contract Law. Text, Cases and Materials*, 6^e éd., Oxford, OUP, 2014, spéc. p. 817 : « There are two principal methods [chosen by the court to fulfil the performance interest]. The first is to award the claimant the difference in value between the performance for which he contracted and the performance which he received. This measure is committed to putting the claimant in the financial position which he would have been in had the contract been performed according to its terms (in the sense that the expected increase in his wealth will be protected). The alternative is to award the claimant damages assessed on a 'cost of cure' basis. On this basis, the claimant is given the sum of money needed in order to enable him to obtain the performance for which he contracted. This measure is committed to enabling the claimant to obtain performance itself rather than the economic value of performance (as is the case in the diminution in value measure). »

⁹³² Sur la question du choix entre ces deux mesures alternatives, v. *infra*, spéc. n° 196.

civile envisagent leur extension à la matière extracontractuelle⁹³³. Pour nous limiter aux clauses contractuelles, des limites à la licéité ont été posées, tantôt par la loi, tantôt par la jurisprudence. Elles l'ont été pour protéger les parties faibles⁹³⁴, au premier rang les consommateurs⁹³⁵, mais aussi pour assurer le respect de l'intégrité physique⁹³⁶ et enfin pour empêcher que soit réduite à néant la force obligatoire du contrat. C'est cette dernière motivation qui nous intéresse ici et qui justifie, selon nous, leur inapplicabilité aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution⁹³⁷. Nous laisserons de côté les législations spécifiques pour ne regarder que ce qui forme le droit commun des clauses limitatives de réparation.

182. France : « Faurecia » et l'obligation essentielle. Dans chacun des droits étudiés, il existe des mécanismes qui permettent d'exclure les clauses limitatives de réparation lorsqu'elles mettent à mal l'effet obligatoire de la promesse. En France, après la « saga Chronopost »⁹³⁸, le premier arrêt « Faurecia » rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 13 février 2007 avait prescrit l'éradication automatique de ces clauses en cas de manquement à une obligation essentielle du contrat pour absence de cause au visa de l'art. 1131 du Code civil⁹³⁹. On ne se contentait plus d'encadrer les conditions dans lesquelles les clauses limitatives de réparation pouvaient jouer, on soustrayait purement et simplement le cœur de la responsabilité contractuelle de leur champ d'action. Cette voie systématique et

⁹³³ V. P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006, spéc. art. 1382, 1382-1 et 1382-4 ; Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n° 657 présentée par L. Béteille et enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010, spéc. art. 1386-33 et 1386-37 et F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, spéc. art. 48.

⁹³⁴ La « partie faible » étant généralement celle qui n'a pas été en mesure de négocier les termes du contrat.

⁹³⁵ V. not. à l'échelle du droit de l'Union européenne la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁹³⁶ Sont à ce titre illicites les clauses qui limitent la réparation du dommage corporel, v. par ex. la première clause figurant sur la « liste noire » en annexe à la Directive 93/13/CEE, *ibid.*

⁹³⁷ Une autre question intéressante dans une perspective comparative est celle de l'étendue du contrôle des clauses limitatives de réparation et du rôle déterminant qu'est amené à jouer le caractère non négocié de la clause, v. à ce sujet B. FAUVARQUE-COSSON, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », *RDC*, 2013, p. 671.

⁹³⁸ D. MAZEAUD « Clauses de responsabilité, la fin de la saga ? », *D.*, 2010, p. 1832.

⁹³⁹ Com., 13 févr. 2007, « Faurecia », pourvoi n° 05-17407, Bull. 2007, IV, n° 43, *D.*, 2007, p. 654, obs. X. DELPECH et p. 2966, panorama S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2007, p. 567, obs. B. FAGES ; *RDC*, 2007, p. 707, obs. D. MAZEAUD, et p. 746, obs. S. CARVAL.

critiquée⁹⁴⁰ a été abandonnée par l'arrêt dit « Faurecia 2 » rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 29 juin 2010⁹⁴¹. Aux termes de celui-ci :

« [...] seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »⁹⁴².

Le passage de la violation de l'obligation essentielle à la *portée* de cette obligation est significatif. Ce n'est plus le caractère essentiel du manquement qui emporte l'illicéité de la clause. Il faut au contraire, et sans même encore s'intéresser à la violation, apprécier concrètement l'effet de la stipulation sur la portée de l'engagement – et l'écarter si elle contredit ostensiblement la promesse. Le critère de l'obligation essentielle retenu par la Cour de cassation a été critiqué par plusieurs auteurs, certains formulant des propositions alternatives⁹⁴³. Il ne semble toutefois pas qu'il soit dans l'intention du législateur de l'abandonner, puisque le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats propose au contraire une codification de la règle de « Faurecia 2 » sans passer par le détour de la cause :

« Article 1168 – Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »⁹⁴⁴

183. Angleterre : du *fundamental breach* à l'interprétation *contra proferentem*. En Angleterre a eu lieu un développement qui présente d'étonnantes similitudes avec l'évolution à laquelle on a assisté en France⁹⁴⁵. La théorie du manquement fondamental au contrat (*fundamental breach*) a permis un temps au juge d'écarter de manière quasi-automatique les clauses limitatives dès lors que le débiteur s'était rendu coupable d'une violation fondamentale du contrat⁹⁴⁶. Développée par Lord Denning pour protéger les consommateurs

⁹⁴⁰ V. not. la chron. de PH. STOFFEL-MUNCK, *JCP G*, 2007, I, 185 et le dossier « Vices et vertus du régime des clauses de responsabilité en droit positif », *RDC*, 2008, p. 979 (contributions de PH. DELEBECQUE, T. GENICON, O. DESHAYES, D. HOUTCIEFF, D. MAINGUY et C. AUBERT DE VINCELLES).

⁹⁴¹ Com. 29 juin 2010, « Faurecia 2 », pourvoi n° 09-11841, *Bull.*, 2010, IV, n° 115, *D.*, 2010, p. 1707, obs. X. DELPECH et p. 1832, note D. MAZEAUD ; *D.*, 2011, p. 35, obs. P. BRUN et O. GOUT, et p. 472, panorama S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2010, p. 555, obs. B. FAGES ; *JCP G*, 2010, 787, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2010, 1790, comm. PH. STOFFEL-MUNCK ; comp. déjà en ce sens : Com., 18 déc. 2007, n° 04-16069, *Bull.* 2007, IV, n° 265, *D.*, 2008, p. 154, obs. X. DELPECH et p. 1776, chron. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2008, p. 310, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2008, I, 125, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

⁹⁴² *Ibid.*

⁹⁴³ V. not. O. DESHAYES, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC*, 2008/3, p. 1008 ; T. GENICON, « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC*, 2008/3, p. 982 et Y.-M. LAITHIER, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle », *RDC* 2010/3, p. 1091.

⁹⁴⁴ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *op. cit.*, art. 1168.

⁹⁴⁵ V. mettant en relation ces deux évolutions B. FAUVARQUE-COSSON, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », *op. cit.*

⁹⁴⁶ Pour un exposé en français de cette théorie et de son abandon, v. H. BEALE, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit anglais », in : *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, dir. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1991, p. 153, spéc. p. 160 et s.

avant l'adoption du *Unfair Contract Terms Act 1977*⁹⁴⁷, elle a été abandonnée peu de temps après celle-ci par l'arrêt *Photo Production v Securicor Transport Ltd*⁹⁴⁸. Le contrôle mis en œuvre par le juge en dehors de l'application des textes spéciaux repose aujourd'hui sur une interprétation *contra proferentem*, c'est-à-dire qu'en cas de doute, la clause doit être interprétée de manière défavorable à celui qui en demande le bénéfice⁹⁴⁹. A la différence de la « règle de droit » (*rule of law*) qui reliait automatiquement le sort de la clause au manquement fondamental, l'actuelle « règle d'interprétation » (*rule of construction*) limite l'intervention du juge aux seules hypothèses dans lesquelles la clause d'exonération n'est pas parfaitement claire et rend nécessaire une interprétation⁹⁵⁰. Il faut toutefois apporter deux tempéraments. D'une part, si officiellement la limpidité de la clause barre la route à toute démarche interprétative, en pratique il semble plutôt que ce soit par l'interprétation de la clause que l'on aboutisse au résultat de sa limpidité, si bien que toute clause même parfaitement rédigée peut tomber sous le coup de l'interprétation⁹⁵¹. D'autre part, le sort de la clause continue de dépendre indirectement de la gravité de la violation du contrat. Comme le souligne les auteurs du Traité de Droit des contrats fondé par Guenter Treitel (en italique dans l'original) :

« Quoique la doctrine du manquement fondamental ait été abrogée, il demeure que, *sur le fondement de l'interprétation*, plus la violation sera sérieuse, plus les cours regarderont avec attention toute clause d'exonération pour déterminer si l'intention des parties était bien d'exclure ou de limiter la responsabilité. C'est l'application pure et simple du principe de l'interprétation *contra proferentem* des clauses d'exonération [...] »⁹⁵²

L'interprétation *contra proferentem* invite le juge à vérifier concrètement si la violation qui a eu lieu était effectivement envisagée (*contemplated*) par les parties au moment de la conclusion et s'ils ont entendu l'inclure dans le champ de la clause. Or, plus la violation est grave, moins pareille interprétation est probable, et plus la clause a de risques d'être écartée.

⁹⁴⁷ Ce texte sera complété par le *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* applicable spécifiquement aux consommateurs aux fins de transposition de la directive 93/13/CEE, *op. cit.*

⁹⁴⁸ *Photo Production v Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827 ; v. déjà en ce sens : *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. NVV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361.

⁹⁴⁹ *Contra proferentem* ne signifie donc pas contre celui qui l'a introduite dans le contrat, comme on pourrait le croire ; sur cette double acception, v. G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, spéc. n° 7-015.

⁹⁵⁰ V. insistant à cet égard sur l'importance de la formulation de la clause, E. MCKENDRICK, *Contract Law*, 11^e éd., London, Palgrave Macmillan, 2015, spéc. p. 193.

⁹⁵¹ V. tout particulièrement G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, spéc. n° 7-015 et son analyse du raisonnement de Gross J. dans l'arrêt *Frans Maas (UK) Ltd v Samsung Electronics (UK) Ltd* [2004] EWHC 1502] en note 64.

⁹⁵² G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, spéc. n° 7-026, trad. libre de : « Although the doctrine of fundamental breach may have been abrogated, it is still the case, *as a matter of construction*, that the more serious the breach the more closely the courts will look at any exemption clause to determine if it was the intention of the parties to exclude or restrict liability. This is simply the application of the principle of *contra proferentem* to the interpretation of exemption clauses. »

184. Allemagne : Kardinalpflichten. En droit allemand, enfin, il existe plusieurs dispositions qui viennent encadrer la validité des clauses limitatives de réparation dans le but de protéger l'effet obligatoire du contrat. La première est le §276 BGB dont l'al. 3 dispose que « le débiteur ne peut pas être exonéré par avance de sa responsabilité pour faute intentionnelle »⁹⁵³. Ensuite, le 9 décembre 1976 a été promulguée une loi sur les conditions générales contractuelles – *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* ou plus simplement « *AGB-Gesetz* ». Cette loi a par la suite été intégrée dans le Code civil allemand à l'occasion de la réforme du droit des obligations de 2002 aux §305 et suivants BGB qui organisent un contrôle étroit des clauses insérées par le débiteur dans des conditions générales contractuelles (*allgemeine Geschäftsbedingungen*)⁹⁵⁴. Parmi la « liste noire » des conditions générales contractuelles contenue au §309 BGB, on trouve au n° 7, lettre b la clause qui exclut ou limite la responsabilité du stipulant en cas de négligence grossière (*grobe Fahrlässigkeit*) de sa part, ou pour la faute intentionnelle ou imputable à une négligence grossière de l'un de ses préposés (§309, n° 7, lettre b BGB)⁹⁵⁵. La règle générale d'appréciation de la validité des clauses des conditions générales contractuelles se situe deux dispositions plus haut, au §307 BGB :

« Les clauses des conditions générales contractuelles sont inefficaces si, contrairement aux exigences de la bonne foi, elles désavantagent de manière inappropriée le cocontractant du stipulant [...] »⁹⁵⁶.

Or, toujours selon la même disposition, il y a notamment lieu d'admettre qu'il en est ainsi :

« [...] lorsqu'elle restreint les droits et obligations essentiels découlant de la nature du contrat, de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacée »⁹⁵⁷.

Ces droits et obligations essentiels sont aussi appelés « obligations cardinales » (*Kardinalpflichten*)⁹⁵⁸. Il s'agit avant tout des obligations principales d'exécution (*Hauptleistungspflichten*) mais la notion est plus large⁹⁵⁹. L'atteinte à une obligation cardinale

⁹⁵³ §276 al. 3 BGB, trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁹⁵⁴ Selon le §305 al. 1 BGB : « Les conditions générales contractuelles sont toutes les conditions contractuelles formulées par avance pour une multitude de contrats, que l'une des parties (stipulant) impose à l'autre lors de la conclusion du contrat. Il est indifférent de savoir si les clauses forment une partie spéciale extérieure au contrat ou si elles sont incorporées dans le document contractuel lui-même, quelle étendue elles ont, quel est leur mode d'écriture, quelle est la forme du contrat. Ne constituent pas des conditions générales les conditions contractuelles négociées dans le détail entre les parties. », trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁹⁵⁵ Sauf pour certains contrats, v. §309, n° 7, *in fine* ; §309, n° 7, lettre a BGB déclare pour sa part inefficaces les limitations de réparation en cas d'atteinte à la vie, au corps ou à la santé.

⁹⁵⁶ §307 al. 1 BGB (extrait), trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁹⁵⁷ §307 al. 2, n° 2 BGB (extrait), trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

⁹⁵⁸ V. not. P. W. TETTINGER, « Zu den Freizeichnungsmöglichkeiten des Verkäufers einer mangelhaften Sache. Überprüfung der Kardinalpflichtenrechtsprechung zu fahrlässig verursachten Schäden », AcP 205 (2005), 1.

⁹⁵⁹ H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht, op. cit.*, spéc. §4, n° 51.

n'emporte pas en soi le rejet de la clause limitative, mais elle incite le juge à vérifier si au moins le préjudice normalement prévisible pour le type de contrat en question (*der vertragstypische vorhersehbare Schaden*) reste couvert. Si ce n'est pas le cas, le juge en déduira que la réalisation du but contractuel est menacée, que cela crée un désavantage inapproprié et contraire à la bonne foi au sens du §307 BGB, et la clause sera sanctionnée d'inefficacité⁹⁶⁰. Le critère de la « menace du but contractuel » pourrait d'ailleurs pareillement expliquer le §276 al. 3 BGB ou le §309, n° 7, lettre b BGB : si le débiteur pouvait s'exonérer à l'avance d'une violation intentionnelle ou lourde, il ne serait plus incité à fournir les mêmes efforts pour atteindre le but contractuel promis. Toutes ces dispositions concourent donc au même but : la protection du but contractuel ou, plus concrètement, de la dette d'exécution.

2. La protection de la dette d'exécution

185. La protection de la dette d'exécution comme objectif commun. Si les droits français, anglais et allemand sont réticents à donner effet à une clause exonératoire de réparation qui touche aux obligations essentielles, fondamentales, cardinales du contrat, c'est qu'ils ont conscience du paradoxe qu'elles génèrent au sein de l'accord des parties. Peut-on encore parler de contrat si, en même temps que je m'engage à faire ou donner quelque chose, je me réserve la possibilité de ne pas le faire sans avoir à en répondre ? N'est-ce pas alors plutôt un engagement sur l'honneur qu'un engagement juridique ? Les juges anglais décident que si la clause d'exonération aboutit à transformer le contrat en simple déclaration d'intention, une interprétation restrictive doit lui être appliquée⁹⁶¹. La solution est en vigueur depuis plus d'un siècle en matière de transport maritime de marchandise⁹⁶² et elle est régulièrement rappelée depuis :

⁹⁶⁰ V. not. les arrêts suivants tranchés sous l'empire du §9 AGB-Gesetz : BGH, 11 nov. 1992, VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335 : « Die Begrenzung der Haftung für die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten auf einen Höchstbetrag ist in AGB auch gegen Kaufleuten dann nicht wirksam, wenn der Höchstbetrag die vertragstypischen vorhersehbaren Schäden nicht abdeckt » (illicéité d'une clause limitative de réparation insérée dans un contrat de service – *Dienstvertrag*) ; BGH, 27 sept. 2000, VIII ZR 155/99, BGHZ 145, 203, NJW 2001, 292 (illicéité de plusieurs clauses de conditions générales « modèle » établies par l'industrie automobile pour les contrats de vente d'automobiles neuves) ; BGH, 14 nov. 2000, X ZR 211/98, NJW-RR 2001, 342 (illicéité d'une clause écartant l'indemnisation de « n'importe quel dommage » sauf faute intentionnelle, négligence grossière ou la garantie de certaines qualités dans un contrat de réparation qui est un *Werkvertrag*).

⁹⁶¹ V. not. les propos célèbres (et approuvés par l'ensemble de la chambre des Lords) de LORD ROSKILL dans l'arrêt *The TFL Prosperity*, [1984] 1 W.L.R. 48, spéc. 58-59 : « [...] the charter virtually ceases to be a contract for the letting of the vessel and the performance of services by the owners [...] and becomes no more than a statement of intent to the owners in return for which the charterers are obliged to pay large sums by way of hire, though if the owners fail to carry out their promises as to description or delivery, are entitled to nothing in lieu. »

⁹⁶² V. par ex. *Glynn v Martgetson & Co* [1893] A.C. 351.

« On peut dire avec certitude que les parties ne peuvent pas, dans un contrat, avoir envisagé que la clause aurait une portée si large qu'il priverait en fait les engagements de l'une d'elles de toute force contractuelle : l'accepter réduirait le contrat à une simple déclaration d'intention. »⁹⁶³

Comme l'expliquent les auteurs du célèbre traité *Chitty on Contracts*, l'interprétation de la clause doit permettre d'éviter l'incohérence avec le but principal du contrat (*inconsistency with main purpose of the contract*)⁹⁶⁴. Le droit allemand, qui raisonne similairement en termes de menace du but contractuel, le rattache à la bonne foi⁹⁶⁵. On peut y voir l'expression du principe de cohérence contractuelle ou d'interdiction de se contredire⁹⁶⁶. Ou peut-être les deux à la fois⁹⁶⁷. Si les enjeux théoriques sont considérables, ils ne doivent pas faire oublier que la motivation principale poursuivie par les juges français avec l'obligation essentielle, les juges anglais à travers l'interprétation et les juges allemands lorsqu'ils vérifient la préservation du but contractuel est la même. Il s'agit toujours d'empêcher que le contrat se transforme en coquille vide, de protéger ce qui constitue le noyau, la matière principale de l'engagement. Autrement dit :

« [...] la seule chose qui importe est [...] de savoir si la réparation à laquelle le débiteur sera tenu est suffisante pour l'inciter à exécuter [...] »⁹⁶⁸

C'est la protection de la dette d'exécution qui justifie la mise à l'écart des clauses qui violent l'obligation essentielle, fondamentale, cardinale du contrat.

186. L'inapplicabilité des clauses limitatives ou exonératoires de réparation aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Deux arguments plaident en faveur d'un refus de l'application des clauses limitatives ou exonératoires de réparation aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Le premier tient à la communauté de but

⁹⁶³ *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. NVV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361, 482, par LORD WILBERFORCE, trad. libre de : « One may safely say that the parties cannot, in a contract, have contemplated that the clause should have so wide an ambit as in effect to deprive one party's stipulations of all contractual force : to do so would be to reduce the contract to a mere declaration of intent. »

⁹⁶⁴ V. H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, spéc. n° 14-007, par A. G. GHEST.

⁹⁶⁵ §307 al. 1^{er} BGB cité *supra*.

⁹⁶⁶ V. soulevant cette piste : B. FAUVARQUE-COSSON, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », *op. cit.*, spéc. p. 681 et s.

⁹⁶⁷ V. not l'avis de Monsieur De Goutte, avocat général, à propos de l'arrêt Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, pourvois n° 02-18.326 et n° 03-14.112, *Bull.*, 2005, mixte, n° 3, p. 9 et *Bull.*, 2005, mixte, n° 4, p. 10, publié sur le site de la Cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/gouttes_premier_524.html (lien vérifié le 14 juil. 2015) : « [la question] soulève à nouveau le débat classique entre le principe de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats, d'une part, et l'impératif de justice ou d'équité contractuelle, d'autre part, inspiré par le souci d'égalité, de proportionnalité et de contrepartie réelle dans les contrats ».

⁹⁶⁸ Avis de Monsieur MOLLARD, avocat général, à propos de l'arrêt Com. 29 juin 2010, « Faurecia 2 », pourvoi n° 09-11841, *Bull.* 2010, IV, n° 115, *op. cit.*, cité par PH. STOFFEL-MUNCK, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », *JCP E*, 2010, 1790.

des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et de l'exécution forcée en nature. Alain Bénabent souligne que l'un des intérêts à distinguer l'exécution forcée de la réparation réside dans le fait que (en italique dans l'original) :

[...] – les clauses relatives aux dommages-intérêts (clauses pénales ou clauses de non responsabilité) ne concernent que le montant de la *réparation* : elles sont donc sans application à l'égard des mesures d'exécution forcée (par exemple, si le contrat limite la responsabilité de l'entrepreneur à une somme de 100 000, cela n'empêchera pas qu'on puisse lui ordonner d'effectuer des réfections même si elles excèdent ce seuil, car il s'agit d'exécuter son obligation et non de réparer un préjudice) [...] ⁹⁶⁹

Les clauses exonératoires s'appliquent donc aux dommages et intérêts compensatoires et non à l'exécution forcée. L'explication donnée par Alain Bénabent ne repose pas sur la forme de la mesure (les dommages et intérêts), mais bien sur la fonction qu'elle remplit. C'est parce qu'elle n'a pas pour objet de réparer un préjudice, mais au contraire de donner effet à l'obligation que l'exécution forcée n'est pas touchée par la clause. Aussi devrait-il en aller de même des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, puisqu'ils ne visent pas non plus la réparation, mais sont au contraire un prolongement du droit à l'exécution.

Le deuxième argument en faveur du refus d'application des clauses limitatives de réparation aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution nous ramène à l'objectif général de protection de la dette d'exécution à laquelle s'est soumis le débiteur en contractant. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sont précisément ceux qui permettent à l'obligation essentielle du contrat de se réaliser (par un équivalent en argent). A l'inverse des dommages et intérêts compensatoires orientés vers la réparation des préjudices consécutifs à l'inexécution, les dommages et intérêts en lieu et place ne font que concrétiser le droit du créancier à l'exécution – et même plus précisément à l'exécution de l'obligation essentielle prévue par le contrat (la livraison de la chose vendue, le service commandé, etc.). Il est dès lors possible de considérer qu'empêcher la clause limitative d'atteindre l'obligation essentielle, fondamentale ou cardinale du contrat, c'est réserver le jeu des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui constituent le prolongement du droit à l'exécution du créancier.

187. De l'exclusion de la clause qui limite la portée de l'obligation essentielle à l'impossibilité d'atteindre les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. L'idée que nous suggérons est la suivante : on ne pourra considérer que le débiteur a véritablement entendu respecter l'obligation essentielle du contrat qu'à partir du moment où il était prêt à

⁹⁶⁹ A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., Paris, LGDJ, 2014, spéc. n° 403-1.

garantir que, s'il ne devait plus fournir cette prestation, il donnerait tout au moins au créancier les moyens d'obtenir ce qui lui a été promis par un tiers (coût de substitution) ou d'être indemnisé de la différence entre la prestation promise et celle qu'il a finalement reçue (perte de valeur). L'interdiction faite à la clause d'atteindre l'obligation essentielle peut être interprétée comme une interdiction d'atteindre les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui ont précisément pour objet de préserver cette obligation. Il n'est alors plus besoin de rechercher quel montant de dommages et intérêts est suffisamment incitatif pour ne pas contredire la portée de l'obligation essentielle⁹⁷⁰ : la clause respectera nécessairement la portée de l'obligation essentielle dès lors qu'elle n'affectera pas les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. En d'autres termes, ce n'est plus le fait que la clause maintienne une incitation à l'exécution qui protège la dette d'exécution, mais le fait que le débiteur sera toujours tenu, au minimum, de fournir un équivalent monétaire à ce qu'il avait promis. L'enjeu reste la protection de la dette d'exécution (ou de l'obligation fondamentale) mais, en quelque sorte, au lieu d'être garantie par l'effet incitatif sur le débiteur, elle l'est par l'effet satisfaisant pour le créancier.

Une précision est importante : il ne s'agit pas de calculer le montant des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, pour ensuite valider la clause qui prévoit un montant supérieur et écarter celle qui prévoit un montant inférieur au résultat. Il faut purement et simplement déclarer la clause inapplicable aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, et appliquer le plafond qu'elle prévoit aux seuls dommages et intérêts compensatoires. En somme, il faut redonner à la clause son vrai sens : celui d'une clause limitative de *réparation* et non de « responsabilité ». La liberté contractuelle fonde les parties à aménager la dette de réparation, mais elle ne les laisse pas atteindre la dette d'exécution. Tel est ce qui explique que la clause puisse aménager les dommages et intérêts compensatoires, mais qu'elle ne puisse jouer ni pour l'exécution forcée, ni pour les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.

188. Les effets pratiques. Si la proposition de déclarer les clauses exonératoires inapplicables aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution possède, il nous semble, une assise théorique solide et une facilité de mise en œuvre séduisante, ses conséquences pratiques resteront limitées. A l'évidence, le test est différent de celui mis en œuvre actuellement et il n'aboutit pas exactement aux mêmes résultats. A première vue, il

⁹⁷⁰ V. soulevant les difficultés de cette évaluation, not. lorsque le prix payé ne peut être déterminé qu'après l'extinction du contrat, PH. STOFFEL-MUNCK, « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », *op. cit.*

peut paraître plus sévère envers les clauses, en ce qu'il les écarte automatiquement pour les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, sans même regarder si le débiteur n'était pas suffisamment incité à l'exécution, ni vérifier si le créancier n'avait pas reçu une contrepartie à l'insertion de la clause qui aurait justifié de lui donner application⁹⁷¹. En réalité, il est certainement plus libéral, car en situant la question de l'obligation essentielle uniquement sur le terrain des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, il signifie que la clause pourra jouer à sa guise pour les dommages et intérêts compensatoires. Autrement dit, toute clause limitative de réparation, même d'un montant dérisoire, pourra venir limiter les dommages et intérêts compensatoires. Cette solution nous paraît justifiée. D'abord, sur le plan de la théorie, s'il existe de bonnes raisons de protéger la dette d'exécution de l'incursion des parties parce qu'elle forme l'essence du contrat et que l'on ne saurait s'en départir sans mauvaise foi, il n'existe pas d'impératif équivalent pour la dette de réparation⁹⁷². On peut craindre qu'une partie impose à une autre une limitation dérisoire, et il est légitime de le combattre, mais l'obligation essentielle n'est pas l'instrument appropriée. Ensuite, sur le plan de la pratique, il est très fréquent que les parties conviennent d'une réparation limitée au prix convenu pour la prestation ou au prix payé par le créancier⁹⁷³. Cette évaluation ne correspond certes pas au montant des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, mais elle s'en rapproche en tant qu'elle évalue la valeur de la prestation, mais au moment du contrat au lieu de le faire au moment de l'action en justice. C'est en quelque sorte le montant évaluable au jour de la conclusion qui se rapproche le plus des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Cela montre que les acteurs économiques semblent disposés à garantir la dette d'exécution. On peut également citer l'arrêt anglais *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd* dans lequel la Chambre des Lords a donné effet à une clause qui limitait la réparation du vendeur au remplacement ou au remboursement du prix payé alors qu'il avait livré des graines de choux de variété d'automne

⁹⁷¹ Comme l'ont relevé quelques auteurs, c'est en effet un double contrôle que propose l'arrêt « Faurecia 2 » : la portée de l'obligation essentielle serait appréciée non seulement à l'aune de son effet incitatif sur le débiteur, mais également relativement aux avantages reçus en contrepartie par le créancier (expliquant l'argument tiré de la remise commerciale de 49% dont avait bénéficié Faurecia mis en avant par la Cour d'appel et la Cour de cassation), v. les obs. de O. DESHAYES, *RDC*, 2010, p. 1253 et Y.-M. LAITHIER, *RDC* 2010, p. 1220 sous l'arrêt Com., 29 juin 2010, « Faurecia 2 », *Bull.*, 2010, IV, n° 115, *op. cit.*

⁹⁷² En particulier, il n'existe pas d'impératif de réparation intégrale en matière contractuelle à proprement parler, v. *infra*, spéc. n° 245.

⁹⁷³ C'est d'une telle clause dont il était question à la fois dans les arrêts Chronopost et Faurecia, v. pour le transporteur de prix l'arrêt classique Com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 93-18632, *Bull.*, 1996, IV, n° 261, p. 223 (« prix du transport ») et pour le prestataire informatique CA Paris, ch. 25, section A, 26 nov. 2008, n° 07/07221, *Jurisdata*, 2008-006565 (« prix payé »).

au lieu d'hiver, causant la perte de la récolte⁹⁷⁴. Pareille clause peut être interprétée comme autorisant les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, mais écartant toute réparation. C'est à l'inverse la dette de réparation, et notamment les sommes extravagantes constituées par les gains manqués, qu'ils tentent de contenir à l'aide des clauses de réparation⁹⁷⁵. Enfin, la Cour de cassation elle-même a montré une plus grande bienveillance à l'égard des clauses qui limitent la réparation au prix du contrat⁹⁷⁶. Notre proposition d'écarter l'application des clauses limitatives de réparation des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et de les laisser prospérer à l'égard des dommages et intérêts compensatoires s'inscrit dans ce même mouvement. Elle est fondée sur les principes de la force obligatoire et de la bonne foi qui justifient la préservation de la dette d'exécution, et sur le principe de la liberté contractuelle qui supporte l'aménagement de la dette de réparation.

Il n'en demeure pas moins que les clauses limitatives de réparation ne devraient pas pouvoir prospérer lorsqu'elles ont été imposées à l'autre partie sans négociation, même à un autre professionnel, mais ce contrôle est tout à fait différent et c'est au législateur de l'organiser. La voie a été ouverte par l'art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce⁹⁷⁷. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoit à sa suite de généraliser le contrôle des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties :

« Art. 1169. – Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »⁹⁷⁸

Nous n'émettrons qu'une remarque sur cette disposition en nous demandant s'il n'aurait pas mieux valu, à l'instar d'une solution éprouvée depuis bientôt quarante ans en Allemagne, limiter ce contrôle aux clauses non-négociées⁹⁷⁹.

⁹⁷⁴ *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.*, (1983) 2. A.C. 803.

⁹⁷⁵ V. par ex. l'arrêt CA Paris, ch. 25, section A, 26 nov. 2008, n° 07/07221, *op. cit.*, où l'on peut lire que la société Oracle réclamait à la société Faurecia 48 millions d'euros pour les économies informatiques et les gains de productivité dont l'absence de livraison du logiciel l'aurait privée.

⁹⁷⁶ V. not. Civ. 3^e, 23 mai 2013, pourvoi n° 12-11652, inédit, *D.*, 2013, p. 2142, note D. MAZEAUD, et Com., 3 déc. 2013, pourvoi n° 12-26412, inédit, *RDC*, 2014/2, p. 176, obs. T. GENICON.

⁹⁷⁷ Art. L. 442-6 du Code de commerce : « I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties [...] » ; sur cette disposition, v. not. M. BEHAR-TOUCHAIS, « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, 2009, p. 202.

⁹⁷⁸ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *op. cit.*, art. 1169.

⁹⁷⁹ Sur l'essor du critère de la négociation de la clause en droit comparé, v. à nouveau B. FAUVARQUE-COSSON, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », *RDC*, 2013/2, p. 671.

Il convient de se tourner maintenant vers la dette de dommages et intérêts elle-même, afin de souligner les traits particuliers dans lesquels se reflète, à nouveau, l'influence du droit au paiement.

C. La dette de dommages et intérêts

1. La répartition de la dette (solidarité)

189. Absence de condamnation *in solidum* à moins d'une dette solidaire. Les points que nous allons aborder ici peuvent paraître accessoires, mais ils ont souvent une importance pratique non négligeable. Il s'agit de relever certaines caractéristiques de la dette de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Nous avons déjà vu que la dette de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution avait pour fait générateur l'inexécution⁹⁸⁰. Dans le même temps, son objet est un paiement, et c'est ce qui rend cette dette « spéciale ». La première spécificité de la dette de dommages et intérêts répond à la question centrale de la personne à condamner. *A priori*, la réponse est évidente : c'est le débiteur en défaut. Néanmoins, il se peut que l'inexécution soit imputable à plusieurs personnes. Peut-il y avoir une condamnation *in solidum* de celles-ci, comme on la connaît en matière délictuelle ? Selon Boris Starck :

« Au cas de pluralité de débiteurs, la condamnation aux dommages-et-intérêts ne pourra être poursuivie *solidairement* contre eux si leur dette elle-même n'était pas solidaire »⁹⁸¹.

Pour lui, la règle s'applique à toute la responsabilité contractuelle, qui assume une fonction unique de « garantie »⁹⁸². Il cite à son appui un arrêt de la chambre des requêtes de 1921⁹⁸³. La règle découlerait au demeurant de l'art. 1202 al. 1^{er} du Code civil selon lequel « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée »⁹⁸⁴. A l'inverse, pour Alain Bénabent, c'est à l'exécution en nature seulement que s'appliquerait cette règle tandis qu'il pourrait y avoir condamnation *in solidum*, même sans solidarité stipulée, dans le cas de la responsabilité contractuelle⁹⁸⁵.

⁹⁸⁰ *Supra*, spéc. n° 171.

⁹⁸¹ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, spéc. p. 291.

⁹⁸² *Ibid.*, p. 269 et s.

⁹⁸³ Req., 27 déc. 1921, *D.*, 1922, 1, 109.

⁹⁸⁴ Art. 1202, al. 1^{er} du Code civil.

⁹⁸⁵ A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., Paris, Montchrestien, 2014, spéc. n° 403-1.

Selon nous, la solution est à trouver dans la distinction des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et des dommages et intérêts compensatoires. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution concrétisent le droit au paiement du créancier. Que le créancier poursuive l'exécution ou qu'il réclame des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, il ne pourra obtenir le bénéfice d'une condamnation solidaire que si la dette de paiement était elle-même solidaire. A l'inverse, si l'(in-)exécution du contrat est l'occasion d'un dommage causé par plusieurs protagonistes, une condamnation *in solidum* peut bien être prononcée, puisqu'il s'agit alors de condamner les auteurs ayant concouru à un même *dommage*. Tel est ce qui explique, selon nous, les deux tendances que l'on a pu relever dans la jurisprudence à partir de la deuxième moitié du XXème siècle. Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck notent ainsi que :

« La jurisprudence admet une obligation *in solidum* dans la responsabilité contractuelle qui pèse sur les différents débiteurs d'obligations contractuelles distinctes ; elle suppose que la faute de chacun a concouru à la réalisation du dommage »⁹⁸⁶.

Comme le souligne le vocabulaire employé par les juges (faute, dommage)⁹⁸⁷, c'est une logique de réparation qui s'applique, et qui justifie la condamnation *in solidum*. Si, à l'inverse, ce sont des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui sont demandés, il convient d'appliquer à la dette de dommages et intérêts les restrictions qui seraient appliquées au créancier s'il avait choisi l'exécution forcée : la condamnation ne pourra être solidaire que si la dette d'exécution elle-même l'était. C'est en ce sens que la Cour de cassation a pu également affirmer, au visa de l'art. 1147 (et de l'art. 1228) du Code civil, que :

« plusieurs débiteurs ne peuvent être engagés *in solidum* qu'autant que l'obligation de chacun soit identique à celles des autres et que sa pleine exécution puisse être réclamée par le créancier indifféremment à l'un et à l'autre »⁹⁸⁸

La distinction des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et des dommages et intérêts compensatoires permet de réconcilier les deux lignes de la Cour de cassation, l'une favorable à la condamnation *in solidum* et s'appuyant sur la contribution de chacun au dommage, l'autre défavorable à la condamnation *in solidum* et s'appuyant sur l'absence de solidarité de la dette d'exécution. C'est au demeurant déjà la solution qu'avait préconisée Jérôme Huet (souligné dans l'original) :

⁹⁸⁶ PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 1378.

⁹⁸⁷ V. par ex : Civ. 1^{ère}, 14 oct. 1958, *Bull. civ.*, I, n° 430 : « l'architecte et l'entrepreneur ont commis des fautes qui ont concouru à la réalisation de l'entier dommage subi par [le propriétaire] ».

⁹⁸⁸ Com., 8 janvier 1991, pourvoi n° 89-15439, *Bull. civ.*, IV, n° 20.

« on ne saurait admettre la solidarité (ou une condamnation in solidum) des codébiteurs contractuels dans toute la mesure où l'indemnisation tend à sanctionner le droit au paiement du créancier ;

les débiteurs contractuels doivent répondre solidairement de leur défaillance (par le biais d'une condamnation in solidum) lorsque le créancier est victime d'un dommage causé à l'occasion de l'exécution et se prévaut, ainsi, de son droit à réparation. »⁹⁸⁹

La distinction entre les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et les dommages et intérêts compensatoires révèle ici l'un de ses atouts.

2. La protection de la dette (garanties, sûretés, assurances)

190. Le rattachement des sûretés aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Un deuxième avantage de la distinction se révèle lorsqu'il s'agit de déterminer quelles garanties (au sens large, incluant les sûretés réelles et personnelles, et les assurances) ont vocation à s'appliquer à la dette de dommages et intérêts. Tout comme les dommages et intérêts peuvent être orientés soit vers l'inexécution elle-même, soit vers les dommages qui en résultent, les mécanismes de garantie des créances peuvent avoir pour objet soit les risques d'inexécution, soit la survenance de dommages. Partant, les sûretés qui garantissent l'exécution doivent logiquement s'appliquer aux dommages et intérêts qui traduisent la fonction de paiement, mais ne sauraient couvrir la compensation du préjudice. A l'inverse, l'assurance de responsabilité ne devrait jouer que pour les dommages, et donc à l'exclusion des dommages et intérêts qui ont pour mesure la valeur de la prestation inexécutée. On trouve ce principe exprimé très clairement par Alain Bénabent, mais à propos de l'exécution en nature (en gras dans l'original) :

« Il y a **plusieurs intérêts** à distinguer entre l'exécution forcée et la réparation :

[...]

– les **sûretés** qui garantissent la dette contractuelle ne semblent pas s'appliquer aux dommages et intérêts

[...]

– les **assurances** qui peuvent garantir une responsabilité ne couvrent pas une exécution ;

[...] »

La règle peut, et doit, selon nous, être transposée aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Il est logique que les assurances de responsabilité civile, qui ne couvrent que la réparation des *dommages*, n'aient vocation à s'appliquer qu'aux dommages et intérêts compensatoires (contractuels et/ou délictuels, selon ce qui est prévu par la police d'assurance). Il est également logique que les garanties qui s'appliquent lorsque le créancier

⁹⁸⁹ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, op. cit., spéc. n° 102, p. 109.

demande l'exécution en nature s'appliquent également aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui, d'une part, ne constituent qu'un substitut à l'exécution et, d'autre part, représentent la même valeur patrimoniale que l'exécution en nature⁹⁹⁰.

191. Illustrations jurisprudentielles. L'application des sûretés aux dommages et intérêts a été consacrée par les tribunaux dès le XIX^{ème} siècle⁹⁹¹. A la fois Boris Starck⁹⁹² et Jean Carbonnier⁹⁹³ y lisent le témoignage de ce que le contrat « se perpétue » dans les dommages et intérêts. Un exemple des plus révélateurs a été fourni par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation rendu le 4 décembre 2002 que nous avons déjà évoqué⁹⁹⁴. Les faits étaient les suivants : des salariés d'une entreprise s'étaient vus allouer pour méconnaissance de la législation du travail relative à la délivrance de bulletins de salaire et de certificats de travail des indemnités qu'ils ne parvenaient pas à se faire payer. L'organisme de garantie des créances salariales (l'AGS) refusait de les régler au motif qu'il ne s'agissait pas de sommes dues *en exécution du contrat de travail*. La Cour de cassation, confirmant le raisonnement de la Cour d'appel, estima au contraire que :

« les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire »⁹⁹⁵.

Cette jurisprudence n'est pas isolée et sa solution a été réitérée depuis⁹⁹⁶. Dans une espèce similaire récente, la Cour d'appel de Montpellier, tranchant dans le même sens, avait tout de même exclu de la garantie l'indemnisation du préjudice moral imputable à la carence du liquidateur à délivrer des documents sociaux⁹⁹⁷. Il nous semble que la solution était justifiée, précisément parce que ces dommages et intérêts là étaient des dommages et intérêts compensatoires, et non des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. L'arrêt fut toutefois cassé, amenant un commentateur à s'inquiéter de l'interprétation « trop extensive » qui était ici retenue et revenait à inclure « peu ou prou [...] tous les dommages et intérêts »,

⁹⁹⁰ Sur la mesure des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, v. *supra*, spéc. n° 179 et s.

⁹⁹¹ V. Req., 8 mai 1881, *S.*, 1882, 1, 150 e Req., 20 mars 1922, *D.*, 1923, 1, 21.

⁹⁹² B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, spéc. p. 91 pour les sûretés et p. 92 pour la citation : « C'est vraiment l'ancienne obligation qui se perpétue dans la condamnation à des dommages-et-intérêts ».

⁹⁹³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 154, p. 294 : « En décidant que les dommages-intérêts sont garantis *de plano* par les sûretés qui assortissaient le contrat [la jurisprudence] laisse bien entendre qu'en eux le contrat se perpétue ».

⁹⁹⁴ V. *supra*, spéc. n° 103.

⁹⁹⁵ Soc., 4 déc. 2002, pourvoi n° 00-44303, *Bull.*, V, n° 368, p. 363, *RTD civ.*, 2003, p. 711, obs. P. JOURDAIN, *RDC*, 2003, p. 54, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

⁹⁹⁶ V. par ex. Soc., 1^{er} mars 2006, pourvoi n° 03-45210, inédit.

⁹⁹⁷ CA Montpellier, 15 févr. 2012, cassé par Soc., 12 févr. 2014, pourvoi n° 12-29168, inédit.

sans plus avoir aucune considération pour le champ matériel de la garantie⁹⁹⁸. L'AGS ne garantit que les sommes dues « en exécution du contrat de travail », il apparaît logique qu'elle n'ait à répondre que des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, à l'exclusion des dommages et intérêts compensatoires. Voici, selon nous, une clarification opportune que pourrait apporter la distinction proposée entre les deux catégories de dommages et intérêts.

3. La date de naissance de la dette (prescription)

192. Date de naissance de la dette de dommages et intérêts et procédure collective. Il demeure la question de la « date de naissance » de la créance de dommages et intérêts⁹⁹⁹. Celle-ci peut avoir un rôle décisif lorsque le créancier est placé en redressement judiciaire. Les créances antérieures à l'ouverture de la procédure collective doivent en effet être déclarées au passif et jouissent de chances de recouvrement moins favorables que celles qui sont nées après l'ouverture de la procédure¹⁰⁰⁰. En matière de vente, la Cour de cassation a décidé que la créance née de la garantie des vices cachés ou d'un défaut de conformité de l'objet vendu « a[vait] son origine au jour de la conclusion de la vente »¹⁰⁰¹. Selon Jérôme Huet, « la solution se justifie par le rôle de paiement par équivalent que peut jouer la responsabilité contractuelle »¹⁰⁰². Il est vrai que le point de départ de la dette de dommages et intérêts peut être révélateur de la fonction de paiement ou de réparation qu'assume la responsabilité contractuelle. Toutefois, la matière du droit des entreprises en difficulté appréhende la question de la date de naissance de des créances d'une manière assez

⁹⁹⁸ G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, note sous Soc., 12 févr. 2014, pourvoi n° 12-29168, *L'essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 2 mai 2014, n° 5, p. 7.

⁹⁹⁹ Sur cette question, déjà évoquée *supra*, spéc. n° 107, v. spéc. les actes du colloque organisé par le Centre d'études et de recherche en droit des affaires et de gestion (CEDAG) de l'Université Paris Descartes le 25 mars 2004, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance des créances », *LPA*, 9 nov. 2004.

¹⁰⁰⁰ Si la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a atténué les différences entre les créances antérieures et postérieures à l'ouverture du jugement, ce « clivage [...] reste déterminant pour le sort du créancier », v. A. LIENHARD, note sous Com., 2 oct. 2012, pourvoi n° 10-25633, *D.*, 2012, p. 2387.

¹⁰⁰¹ Com., 8 juin 1999, pourvoi n° 96-18840, *Bull.*, IV, n° 121, p. 99 pour la garantie des vices cachés et Com., 2 oct. 2012, pourvoi n° 10-25633, *Bull.*, IV, n° 177 pour le défaut de conformité.

¹⁰⁰² J. HUET, « Observations sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *op. cit.*, spéc. n° 7, à propos de l'arrêt Com. 8 juin 1999, *op. cit.* ; v. déjà en ce sens sa thèse *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 31, p. 38 et s.

particulière¹⁰⁰³ qui n'en fait pas un terrain propice à une généralisation sur la nature de la responsabilité contractuelle¹⁰⁰⁴. Nous laisserons donc de côté cette question.

193. Le point de départ de la prescription. Comme l'a montré Jean-Sébastien Borghetti, le point de départ de la prescription est un élément révélateur de la date de naissance des dommages et intérêts et, partant, du rôle de paiement ou de réparation qu'ils ont vocation à jouer¹⁰⁰⁵. L'auteur souligne la tension entre la thèse du paiement, qui fixe le point de départ de la prescription au moment où l'obligation est devenue exigible, et la thèse de la réparation, qui fait courir la prescription à compter de la réalisation du dommage¹⁰⁰⁶. Cette tension existe au sein de la distinction des dommages et intérêts que nous proposons, mais en des termes légèrement différents. La dette de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ne se confond pas, selon nous, avec la dette primaire d'exécution¹⁰⁰⁷. C'est l'inexécution qui constitue le fait générateur des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, et c'est donc seulement à compter de l'inexécution que peut commencer à courir la prescription (ou à compter de l'échéance du délai supplémentaire d'exécution si celui-ci s'applique). Le point de départ de la prescription des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution n'est donc pas le moment de l'exigibilité de l'obligation prévue par le contrat. Il est tout de même différent de celui applicable aux dommages et intérêts compensatoires, qui correspond au moment de la survenance du dommage.

Dès lors que l'action en dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et l'action en dommages et intérêts compensatoires ont vocation à devenir deux actions autonomes, il n'y a plus d'obstacle à assigner un point de départ différent au délai de prescription de chacune des deux actions. Il suffit, d'ailleurs, d'appliquer à la lettre l'article 2226 du Code civil :

« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰³ On y trouve des théories ignorées du droit commun, telle l'approche dite « matérialiste », qui fait naître la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la contre-prestation, v. par ex. A. LIENHARD, note sous Com., 2 oct. 2012, pourvoi n° 10-25633, *D.*, 2012, p. 2387, et les réf. citées.

¹⁰⁰⁴ L'auteur d'une thèse récente a d'ailleurs proposé de distinguer la créance « économique » de la créance « juridique », afin notamment de rendre compte de ces particularités, v. R. NOIROT, *Les dates de naissance des créances*, thèse Paris V, dacty., 2013.

¹⁰⁰⁵ V. J.-S. BORGHETTI, « Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contractuelle », chron., *RDC*, 2006/4, p. 1217, spéc. p. 1218 : « à travers la question du point de départ de l'action en responsabilité contractuelle, c'est en fait celle de la nature de cette responsabilité qui se pose [...] ».

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, spéc. p. 1218 et s. ; v. également *supra*, spéc. n° 107.

¹⁰⁰⁷ V. *supra*, spéc. n° 172.

¹⁰⁰⁸ Art. 2226 du Code civil.

Le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où les conditions de l'action de l'action en dommages et intérêts sont réunies (ce qui rejoint l'adage *actioni non natae non praescribitur*). Or, ces conditions ne sont pas les mêmes pour les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et pour les dommages et intérêts compensatoires. Pour les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, le délai de prescription commencera donc à courir à compter de l'inexécution, ou à la fin du délai supplémentaire d'exécution s'il est applicable. Pour les dommages et intérêts compensatoires, c'est le dommage qui continuera de marquer le point de départ de la prescription. La solution n'est guère plus inconfortable pour le demandeur que lorsqu'il demande à la fois l'exécution en nature et des dommages et intérêts pour le préjudice imputable au retard d'exécution. Elle permet au demeurant d'éviter qu'une partie « profite » de ce qu'un dommage est survenu postérieurement à l'inexécution pour demander, passé le délai de prescription de l'action en paiement, des dommages et intérêts qui constituent, au moins partiellement, un équivalent de ce paiement auquel elle n'a plus droit. Ce risque avait été souligné par Jean-Sébastien Borghetti comme l'un des inconvénients de « l'unification procédurale de l'action en paiement et de l'action en réparation »¹⁰⁰⁹. Notre distinction des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et des dommages et intérêts compensatoires se propose d'y remédier¹⁰¹⁰.

Si, jusqu'à présent, le régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution a montré surtout ses parentés avec celui de l'exécution forcée, sur un dernier point il s'en distingue fondamentalement : celui de l'affectation de la sanction.

¹⁰⁰⁹ J.-S. BORGHETTI, « Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contractuelle », *chron.*, *RDC*, 2006/4, p. 1217, spéc. p. 1220.

¹⁰¹⁰ Pour y remédier parfaitement, il faudrait aligner précisément les délais de l'action en exécution forcée et de l'action en dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Le droit allemand offre une solution intermédiaire en décidant que, si le délai de prescription des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation (*Schadenersatz statt der Leistung*) commence bien, en principe, à la fin du délai supplémentaire d'exécution (*Nachfrist*), il doit tout de même être considéré comme échu si l'obligation d'exécution elle-même est prescrite ; v. not. O. PALANDT, (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, *op. cit.*, §199, n° 15 : « Mit dem Anspruch auf die Primärleistung muss [...] auch der Schadenersatzanspruch verjähren, der an seine Stelle tritt [...] ».

D. La libre disposition des dommages et intérêts

1. La libre disposition des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

194. Le principe de libre disposition des dommages et intérêts. Une deuxième particularité de régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et qui est imputable à la nature même de la sanction concerne ses effets. Il est de principe que celui qui reçoit des dommages et intérêts peut en faire l'usage de son choix. Ce « principe de libre disposition des dommages et intérêts », comme l'appelle Philippe Brun¹⁰¹¹ est régulièrement rappelé par la Cour de cassation¹⁰¹². En Angleterre, il est dit que ce que le demandeur propose de faire des dommages et intérêts est une chose qui ne regarde pas le droit (« *res inter alios acta* »)¹⁰¹³. Ce n'est pas parce que les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sont mus par une visée de paiement qu'il doit en aller différemment. Ils sont et demeurent une sanction générique, et le devoir du juge s'arrête à l'évaluation de leur montant. C'est d'ailleurs là ce qui les distingue fondamentalement d'une avance de frais telle que celle qui peut accompagner le prononcé d'une condamnation à l'exécution en nature par un tiers. Ainsi, lorsque le créancier obtient l'autorisation judiciaire de faire détruire la chose érigée en contravention à une obligation de ne pas faire (article 1143 du Code civil) ou de procéder à une opération de substitution aux dépens du débiteur (article 1144 du Code civil), l'avance de frais qui peut lui être faite ne doit pas être confondue avec des dommages et intérêts car cette somme d'argent doit nécessairement être affectée à l'exécution. La solution est justifiée dès lors que l'avance de frais ne possède aucune autonomie. Elle est ordonnée concomitamment à l'autorisation de procéder à l'exécution et n'existe que par elle et pour elle. Aussi bien doit-elle nécessairement aboutir au remplacement ou à la destruction¹⁰¹⁴. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, pour leur part, ne sont pas destinés à fournir la prestation au créancier, mais seulement un *substitut* à cette prestation. En quelque sorte, ils ont rempli leur

¹⁰¹¹ PH. BRUN, « La réparation du dommage », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 129, spéc. p. 142.

¹⁰¹² Pour une application récente en matière extracontractuelle, v. Crim., 2 juin 2015, pourvoi n° 14-83967, à paraître au bulletin : « Attendu que le principe de la réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime qui en conserve la libre utilisation [...] »

¹⁰¹³ V. par ex. *Darlington Borough Council v Wiltshier Northern Ltd*, [1995] 1 WLR 68 spéc. 80, par STEYN L.J. : « [...] in the field of building contracts, like sale of goods, it is no concern of the law what the plaintiff proposes to do with his damages. It is also no pre condition to the recovery of substantial damages that the plaintiff does propose to undertake the necessary repairs. In this field English law adopts an objective approach to the ascertainment of damages for breach of contract. ».

¹⁰¹⁴ Rappelons à cet égard que dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc., l'art. 1222 qui reprend les facultés de remplacement et de destruction ainsi que l'avance de frais est situé dans une sous-section intitulée « l'exécution forcée en nature ».

mission dès l'instant où ils sont versés *en argent* au créancier, et non à partir du moment où le créancier les utilise aux fins d'obtenir la prestation.

Le principe de libre disposition des dommages et intérêts s'applique donc aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, et les distingue de l'avance des frais octroyée au créancier aux fins d'obtenir une prestation de substitution¹⁰¹⁵. La solution vaut d'ailleurs pareillement en droit allemand. La somme octroyée au créancier en application du §887 ZPO doit être affectée à la prestation puisqu'elle est réglée à titre d'exécution forcée¹⁰¹⁶. A l'inverse, la condamnation du débiteur à fournir au créancier « au lieu du rétablissement en nature, la somme nécessaire pour le réaliser » au sens du §249 al. 2 BGB laisse le créancier libre de l'affectation de ces dommages et intérêts, selon la doctrine majoritaire¹⁰¹⁷. Toutefois, si ce que le créancier fait effectivement de ses deniers ne regarde pas la cour, ce qu'il a *l'intention* d'en faire peut avoir une influence sur le prononcé de la sanction, plus exactement sur le choix entre la mesure du coût de substitution et la mesure de la perte de valeur.

2. L'influence de l'affectation sur le choix entre le coût de substitution et la perte de valeur

195. Les propositions de Stephen A. Smith et Charlie Webb. En Angleterre, il n'existe pas d'équivalent à l'article 1144 du Code civil ou au §887 de la ZPO allemande. Lorsque le créancier réclame à la cour une somme d'argent correspondant au montant qu'il lui en coûterait pour faire réparer ou remplacer le bien ou la prestation défectueuse, cette demande est nécessairement une demande en dommages et intérêts. Or, le principe de libre disposition des dommages et intérêts existant aussi en Angleterre, le créancier qui obtient des *damages* à hauteur du *cost of cure* n'est jamais obligé d'utiliser effectivement cet argent pour la réparation ou le remplacement qui a servi de base de calcul aux dommages et intérêts. A moins que le créancier n'ait pris l'engagement (*undertaking*) devant le Cour d'utiliser effectivement toute somme d'argent qui lui serait accordée à cette fin précise. Or, quelques auteurs sont venus supporter l'idée que le juge devrait toujours, lorsqu'il ordonne le *cost of*

¹⁰¹⁵ A l'inverse de l'avance de frais, le remboursement demandé *a posteriori* par le créancier qui a procédé à l'opération de substitution peut s'analyser en une demande en dommages et intérêts (mais la question de l'affectation ne se pose pas alors, puisque les frais ont déjà été déboursés).

¹⁰¹⁶ Sur cette disposition, v. *infra*, spéc. n° 37.

¹⁰¹⁷ S. LORENZ, S. PACHE, « La réparation du dommage en droit allemand », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1009, spéc. p. 1016 et les réf. citées ; les auteurs ajoutent toutefois que « cette solution ne s'applique pas aux lésions corporelles, car le créancier pourrait sinon faire de ses dommages moraux un marché, ce qui est prohibé par le §253 BGB » alors que la Cour de cassation lutte au contraire pour imposer le principe de la libre disposition même dans ce cas.

cure, demander au créancier cet engagement. Il s'agit précisément d'auteurs qui ont introduit en Angleterre la théorie d'une double fonction des dommages et intérêts¹⁰¹⁸. Ainsi, pour Charlie Webb, le demandeur ne saurait voir sa demande en dommages et intérêts calculée sur le *cost of cure* aboutir que s'il s'engage devant la Cour à dépenser la somme qu'il recevra dans l'achat d'un substitut ou les frais d'une réparation – et il devra la restituer s'il ne tient pas parole¹⁰¹⁹. Stephen A. Smith pousse l'analyse de l'intention des parties encore un cran plus loin en invitant les juges à vérifier si le demandeur réclame bien ces dommages et intérêts pour obtenir le bénéfice de l'exécution et non simplement « de mauvaise foi », par exemple dans le seul but de « punir » le défendeur¹⁰²⁰. En conclusion, les *damages* à hauteur du *cost of cure* devraient être refusés chaque fois que le remplacement ne saurait être effectué, soit qu'il ne soit plus possible, soit que le demandeur n'ait pas réellement (et légitimement) l'intention de le réaliser¹⁰²¹. Dans de telles hypothèses, le droit à des dommages et intérêts ne serait pas fermé, mais le créancier devrait se contenter de l'autre mesure des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution : la perte de valeur.

196. L'influence de l'intention sur le choix entre le coût de substitution et la perte de valeur. Les propositions de Charlie Webb et Stephen A. Smith trouvent un appui limité dans le droit positif. Dans l'arrêt *Tito v Waddell*¹⁰²², où il était question (entre autres) de la violation par les colons anglais de l'engagement qu'ils avaient pris auprès des populations indigènes de replanter les terres dont ils exploitaient les richesses minières, les coûts de la replantation furent refusés aux habitants de l'île du Pacifique au motif qu'ils n'avaient pu établir leur intention réelle de procéder à cette reforestation¹⁰²³. Le cas reste toutefois isolé. En réalité, l'octroi du *cost of cure* est soumis par les juges à un test du caractère raisonnable de la mesure (*reasonableness test*) qui prend en compte au moins autant des considérations objectives que l'intention subjective du demandeur. Ainsi, dans le célèbre arrêt *Ruxley*¹⁰²⁴, si le coût de reconstruction de la piscine a été refusé au demandeur alors même que celui-ci promettait de l'affecter à cette fin, c'est parce que le remplacement de la piscine aurait

¹⁰¹⁸ V. *supra*, spéc. n° 121 et s.

¹⁰¹⁹ C. WEBB, « Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation », (2006) 26 OJLS 41, spéc. p. 63.

¹⁰²⁰ S. A. SMITH, *Contract Theory*, Oxford, OUP, 2004, spéc. p. 422 et s.

¹⁰²¹ V. S. A. SMITH, *Contract Theory*, *op. cit.*, spéc. p. 422 et s. ; C. WEBB, « Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation », *op. cit.*, spéc. p. 61 et s.

¹⁰²² *Tito v Waddell (No 2)* [1977] Ch 106.

¹⁰²³ *Ibid.*, spéc. 332 : « [...] if the plaintiff [...] has no intention of applying any damages towards carrying out the work contracted for, or its equivalent, I cannot see why he should recover the cost of doing work which will never be done. It would be a mere pretence to say that this cost was a loss and so should be recoverable as damages. ».

¹⁰²⁴ *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*, [1996] AC 344 (HL).

représenté un gâchis économique sans pareil¹⁰²⁵. Les propositions de Robert Stevens et de Stephen A. Smith de conditionner l'octroi du coût de substitution à leur affectation effective à une opération substitution ne sont qu'une proposition et doivent être comprises comme telles. Nous n'y adhérons pas, car nous pensons que pareille exigence serait trop rigide et difficilement praticable, non seulement au stade de la détermination de l'intention subjective des parties mais surtout en ce qui concerne le contrôle que serait obligé d'exercer le juge après la condamnation pour en vérifier l'application. Toutefois, il nous semble qu'à la fois la *possibilité* de procéder à l'exécution et l'*intention* qu'a le créancier d'y consacrer effectivement les ressources qui lui seront accordées peuvent légitimement influencer le juge dans son choix d'appliquer la formule du coût de substitution ou celle de la perte de valeur pour quantifier les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Or, ce résultat semble d'ores et déjà pouvoir être atteint par le *reasonableness test* pratiqué par le juge anglais, ou par l'appréciation souveraine des juges du fond du *quantum* des dommages et intérêts pour le juge français. L'idée est donc séduisante, mais la solution actuelle, à la fois flexible et respectueuse du principe de libre affectation des dommages et intérêts nous paraît préférable.

¹⁰²⁵ Sur cet arrêt, v. *infra*, spéc. n° 221.

Conclusion du chapitre 1

197. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution comme substitut de l'exécution corrective. Le créancier victime de l'inexécution, à moins qu'il n'opte pour la résolution, tire du contrat un droit au paiement qu'il peut « liquider » de deux manières. Il peut demander l'exécution forcée du contrat. Cette exécution en nature n'est plus identique à l'exécution spontanée, elle est « corrective », mais demeure satisfaisante pour le créancier. En lieu et place de cette exécution corrective, le créancier peut demander des dommages et intérêts. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution peuvent être définis comme :

la sanction de la responsabilité contractuelle qui oblige le débiteur à payer au créancier victime de l'inexécution un substitut en argent à l'exécution en nature du contrat

Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution étant un « substitut » de l'exécution, leur régime ne doit pas fondamentalement différer de celui de l'exécution en nature. A gros traits : ce qui vaut pour le principal doit valoir pour le substitut. C'est la comparaison avec l'exécution en nature qui permet d'expliquer, notamment, la date d'évaluation des dommages et intérêts (au jour de la demande en justice) et leur mesure à l'aune des formules du coût de substitution et de la perte de valeur. C'est encore le fait que l'exécution en nature ne l'exige pas qui explique que la condition d'un dommage tombe. C'est enfin la comparaison avec l'exécution corrective qui aide à préciser le détail du régime des dommages et intérêts, de l'application des sûretés et des garanties de l'exécution aux dommages et intérêts, à l'inefficacité des clauses limitatives de réparation et des assurances de responsabilité civile, en passant par l'exigence d'une dette solidaire pour procéder à une condamnation solidaire. Pour toutes ces questions, le régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution est accordé à celui de l'exécution en nature, précisément parce qu'il en constitue un substitut.

198. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution comme sanction autonome et subsidiaire à l'exécution corrective. Pour autant, les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ne se confondent pas avec l'exécution en nature. C'est évident lorsqu'ils sont calculés à l'aune de la perte de valeur de la prestation, car alors le créancier ne se retrouve pas *in fine* dans une situation équivalente à celle qui serait résultée de l'exécution. Ce n'est pas l'équilibre originel qui est rétabli, mais un équilibre « au rabais »¹⁰²⁶. Même lorsque les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution sont calculés à l'aune de la

¹⁰²⁶ La mesure se rapproche alors davantage d'une réduction du prix ; elle demeure cependant beaucoup plus vaste que celle-ci car elle englobe les prestations de toute nature et non seulement monétaires et peut s'appliquer encore après que le prix a été entièrement versé.

formule du coût de substitution, ils ne se confondent pas avec une mesure d'exécution. Les dommages et intérêts conservent en effet un trait de régime qui leur est propre : le principe de leur libre affectation. Le créancier qui perçoit une somme à titre de dommages et intérêts n'est nullement contraint d'utiliser effectivement cette somme pour corriger l'exécution. Le résultat auquel aboutissent les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution demeure donc différent de l'exécution elle-même. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ne sont pas l'exécution, ils en sont seulement un substitut. Cette qualité de substitut explique enfin un dernier trait de leur régime. N'étant qu'un *ersatz* de l'exécution, la priorité devrait être donnée, quand elle est possible, à l'exécution corrective. C'est pourquoi il doit d'abord être accordé au créancier un délai supplémentaire pour corriger son exécution. L'introduction de ce mécanisme, emprunté à la *Nachfrist* allemande, a déjà séduit les instruments européens et internationaux par son efficacité et par l'équilibre qu'elle réalise entre les intérêts de chacune des parties. Elle pourrait sans difficulté être substituée à la mise en demeure du droit français, comme l'envisage déjà en demi-teinte le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

Chapitre 2. Les dommages et intérêts compensatoires

199. Les dommages et intérêts compensatoires et le rétablissement du créancier. Que l'on se situe en droit français, allemand ou anglais, la fonction première des dommages et intérêts, c'est la compensation du préjudice né de l'inexécution. C'est ainsi que l'on parle, en droit anglais, de *compensatory damages*. En matière contractuelle, les *damages* visent :

« [la] compensation en argent pour le fait que le demandeur n'a pas reçu la prestation pour laquelle il avait négocié »¹⁰²⁷

En droit allemand, le *Schadensersatz* s'avère plus large. Il est plus juste de le traduire par « réparation des dommages »¹⁰²⁸ que par dommages et intérêts puisque, comme nous l'avons vu, cette réparation peut se faire non seulement en argent, mais aussi en nature¹⁰²⁹. Le *Schadensersatz*, qui signifie littéralement compensation ou substitut du dommage, est expliqué par le §249 al. 1^{er} BGB :

« Celui qui est tenu à la réparation d'un dommage doit rétablir l'état des choses qui aurait existé si le fait d'où résulte l'obligation de réparer n'était pas survenu. »¹⁰³⁰

Cet emploi du verbe « rétablir » (« *herstellen* » dans la version originale) est évocateur. Pourtant, en France, Marie-Eve Roujou de Boubée, a soutenu à l'inverse que la réparation était inapte à offrir un véritable « rétablissement » du créancier¹⁰³¹ et qu'elle « ne [pouvait] jamais procurer au créancier qu'une compensation »¹⁰³². Dans cette opposition entre rétablissement et compensation on entend résonner en écho une autre distinction, dégagée par Henri et Léon Mazeaud, entre les mesures qui « parv[iennent] à supprimer, à effacer le dommage »¹⁰³³ et celles qui ne peuvent que le « compenser [en procurant] à la victime un avantage qui soit l'équivalent du préjudice souffert »¹⁰³⁴. Nous pensons au contraire que rétablissement du créancier et compensation du préjudice expriment la même idée. Plus exactement, la réparation du préjudice œuvre au rétablissement du créancier, rétablissement

¹⁰²⁷ G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, spéc. n°20-001: « a claim for damages is one for compensation in money for the fact that the claimant has not received the performance for which he bargained »

¹⁰²⁸ Telle est la traduction retenue notamment par R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010, par ex. au §249.

¹⁰²⁹ V. *supra*, spéc. n° 39.

¹⁰³⁰ §249 BGB, trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, *op. cit.*

¹⁰³¹ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974, *passim*, par ex. p. 267.

¹⁰³² *Ibid.*, spéc. p. 157.

¹⁰³³ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 5^{ème} éd., *op. cit.*, spéc. n° 2303.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, spéc. n° 2302.

que l'on peut nommer ainsi même s'il est par définition imparfait et qu'il ne fera que *simuler* la situation qui eût été celle de la victime si l'exécution était intervenue. En droit français aussi on parle en ce sens de dommages et intérêts « compensatoires », ce qui signifie :

« destiné[s] à compenser, à rétablir un équilibre, une situation entière »¹⁰³⁵.

Compenser et rétablir participent bien de la même idée. La réparation est dirigée vers le rétablissement du créancier. Le rétablissement complet du créancier ne peut intervenir que si, d'abord, un substitut à ce qui lui avait été promis lui est fourni. Tel est l'objet de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Même alors, le créancier peut avoir subi des pertes ou manqué des gains que l'exécution aurait dû lui procurer. L'objet des dommages et intérêts compensatoires consiste à les lui indemniser. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et les dommages et intérêts compensatoires participent, ensemble, à la mission de rétablissement de la responsabilité contractuelle¹⁰³⁶. Les premiers règlent le sort du contrat, et les seconds celui du créancier¹⁰³⁷.

200. Les dommages et intérêts compensatoires et la réparation. En écho à la démarche suivie à propos des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, les dommages et intérêts compensatoires pourraient être explicités dans un premier temps et leur régime détaillé dans un second. La présentation des dommages et intérêts compensatoires des droits français, allemand et anglais serait alors complète, mais prendrait des allures de manuel. A l'inverse du régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui est encore en construction, le régime des dommages et intérêts compensatoires est mieux connu. Les divergences de position de principe entre le droit allemand et les droits français et anglais sur l'exigence d'une faute ont déjà été évoqués et relativisés¹⁰³⁸. On aurait pu approfondir cette réflexion sur le fait générateur des dommages et intérêts contractuels et observer notamment que la distinction de René Demogue entre les obligations de moyens et les obligations de résultat se retrouve en filigrane dans la doctrine anglaise¹⁰³⁹ et dans la loi allemande¹⁰⁴⁰. On aurait également pu s'interroger sur la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, sur son

¹⁰³⁵ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « compensatoire ».

¹⁰³⁶ V. déjà *supra*, spéc. n° 113.

¹⁰³⁷ Selon la distinction proposée par P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris, dacty., 2000, entre les remèdes réglant le sort du contrat et les remèdes réglant le sort du créancier, sur laquelle v. *supra*, spéc. n° 79.

¹⁰³⁸ V. *supra*, spéc. n° 40.

¹⁰³⁹ V. par ex. J. CARTWRIGHT, « Compensatory Damages : Central Issues of Assessment », *op. cit.*, spéc. p. 7 qui distingue selon que l'obligation violée est une « *strict obligation* » ou une simple « *contractual duty of care* ».

¹⁰⁴⁰ Nous pensons ici à la distinction, parmi les contrats de service, entre ceux dans lesquels l'entrepreneur s'engage à un résultat, appelés « *Werkverträge* » et ceux dans lesquels il ne s'engage qu'à fournir des efforts adéquats en vue de celui-ci, appelés « *Dienstverträge* », v. respectivement les §631 et s. et les §611 et s. BGB.

autonomie et sa distinction de la manière dont on répond d'autrui en matière délictuelle. Il y aurait certainement eu des points intéressants à développer également sur le fait libérateur de la responsabilité, telle la distinction entre le concept de force majeure et celui d'impossibilité du droit allemand ou de *frustration* du droit anglais¹⁰⁴¹. A l'évidence, un chapitre n'aurait pas suffi. Surtout, le fil de notre démonstration aurait risqué de s'y perdre. L'objectif du présent travail est de mettre en relief les spécificités fonctionnelles des différentes catégories de dommages et intérêts. Les dommages et intérêts compensatoires ont comme spécificité d'être orientés vers la réparation. C'est cet objectif de réparation et la manière dont il est réalisé qui concentreront notre attention. La nature, les conditions et les effets des dommages et intérêts ne seront détaillés que dans la mesure où ils permettent d'éclairer la relation des dommages et intérêts compensatoires avec la fonction de réparation. C'est ainsi que sera mise en lumière l'ambiguïté du lien qui unit les dommages et intérêts compensatoires à la réparation. En effet, la réparation est bien la raison d'être des dommages et intérêts compensatoires et elle en détermine tant la nature que l'objet. Dans le même temps, la réparation est aussi contenue par les dommages et intérêts compensatoires à travers de nombreuses limitations. Autrement dit, la réparation se trouve à la fois réalisée par les dommages et intérêts compensatoires (section 1), mais aussi encadrée par eux (section 2).

Section 1. La réparation réalisée par les dommages et intérêts compensatoires

Section 2. La réparation encadrée par les dommages et intérêts compensatoires.

¹⁰⁴¹ V. par ex. H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2010, spéc. p. 1091 et s.

Section 1. La réparation réalisée par les dommages et intérêts compensatoires

201. Traits classiques, traits particuliers de la réparation. La réparation correspond au « dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement »¹⁰⁴². En matière de responsabilité contractuelle, la réparation consiste à placer le créancier dans une situation comparable, en termes patrimoniaux, à celle qu'il occuperait si le contrat avait été correctement exécuté. C'est ce que les droits anglais et allemand appellent le rétablissement de « l'intérêt positif » du contrat (§1). La réparation peut aussi présenter des traits plus originaux, lorsqu'elle indemnise des préjudices d'un type particulier (§2).

§1. Les éléments classiques de la réparation

202. Variété et combinaison des approches. La doctrine et le juge anglais raisonnent en termes d'« intérêts » pour mesurer la réparation. En France, le code civil contient une indication générale selon laquelle les dommages et intérêts doivent prendre en compte les pertes subies (*damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*). En Allemagne, l'une et l'autre approche sont combinées. C'est une double approche qui est favorisée également par les Principes du droit européen du contrat qui, pour fixer la mesure des dommages et intérêts, enseignent d'abord que les dommages et intérêts doivent placer le créancier dans la situation qui serait la sienne si le contrat avait été exécuté (définition de l'intérêt positif) et précisent ensuite qu'il faut tenir compte de la perte que le créancier a faite et du gain dont il a été privé¹⁰⁴³. La combinaison de ces deux éléments permet d'obtenir la définition la plus complète des dommages et intérêts compensatoires. Les dommages et intérêts compensatoires poursuivent une visée générale, qui est le rétablissement de l'intérêt positif du créancier. Cette notion d'intérêt positif mériterait d'être consacrée en droit français car elle éclaire les spécificités de la réparation contractuelle (A). La perte subie et le gain manqué n'en restent

¹⁰⁴² G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, « Réparation », sens 1.

¹⁰⁴³ Principes du droit européen du contrat, spéc. art. 9:502 : « Les dommages et intérêts sont en règle générale d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. Ils tiennent compte tant de la perte qu'il a subie que du gain dont il a été privé. », Commission pour le droit européen du contrat, O. LANDO (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, trad. G. ROUHETTE (dir.), Paris, SLC, 2003 ; *adde* dans le même sens la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011), 635, spéc. art. 160 : « Les dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par l'inexécution d'une obligation sont en règle générale d'un montant qui permette de placer le créancier dans la situation où il se serait trouvé si l'obligation avait été dûment exécutée ou, en cas d'impossibilité, de le rapprocher autant que possible de cette situation. Ils tiennent compte tant de la perte que le créancier a subie que du gain dont il a été privé. ».

pas moins des critères pertinents pour déterminer le montant qui permettra de rétablir l'intérêt positif du créancier (B).

A. Le rétablissement de l'intérêt positif

1. La distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif

203. La distinction des intérêts en droits anglais et allemand. Comme l'écrivent les auteurs d'un célèbre traité de droit anglais, la responsabilité délictuelle sanctionne le fait d'avoir « rendu les choses pires » quand la responsabilité contractuelle reproche au défendeur de « ne pas les avoir rendues meilleures »¹⁰⁴⁴. Les dommages et intérêts compensatoires de la responsabilité contractuelle n'ont pas pour objectif de revenir sur le passé, mais de procurer au créancier le futur qui lui était dû. Le principe a été posé par Parke J. dans le célèbre arrêt *Robinson v Harman* en 1848 :

« [...] lorsqu'une partie subit un dommage en raison de la violation du contrat, elle doit être placée, autant que l'argent le peut, dans la même situation à l'aide de dommages et intérêts que si le contrat avait été exécuté. »¹⁰⁴⁵

C'est cette mesure des dommages et intérêts que Fuller et Perdue¹⁰⁴⁶ ont ensuite appelé l'« *expectation interest* », par opposition au « *reliance interest* » qui prend pour modèle la situation dans laquelle serait le créancier si le contrat n'avait pas été conclu¹⁰⁴⁷. Jhering semble avoir inspiré les deux auteurs¹⁰⁴⁸. Aussi n'est-il pas étonnant qu'on retrouve la même distinction, en droit allemand, entre le *Erfüllungsinteresse* (intérêt à l'exécution) et le *Vertrauensinteresse* (littéralement intérêt de confiance)¹⁰⁴⁹. L'intérêt à l'exécution y est aussi

¹⁰⁴⁴ J. BEATSON, A. BURROW, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, OUP, 29^e éd., 2010, p. 23 : « Contractual liability, reflecting the constitutive function of contract, is generally for failing to make things better (by not rendering the expected performance), liability in tort is generally for action (as opposed to omission) making things worse ».

¹⁰⁴⁵ *Robinson v Harman* (1848) 1 Ex Rep 850, spéc. 855, par Parke B, trad. libre de : « [...] where a party sustains loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed. »

¹⁰⁴⁶ L. L. FULLER, W. R. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936-1937) 46 Yale L.J. 52 (Part. I), 373 (Part. II).

¹⁰⁴⁷ Les auteurs distinguent également un troisième intérêt, le « *restitutionary interest* » que nous laissons ici de côté, pour plus de détails v. *supra*, spéc. n° 116.

¹⁰⁴⁸ Jhering est cité à plusieurs reprises : L. L. FULLER, W. R. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », *op. cit.*, spéc. p. 86 et s., p. 380, p. 411 et s., p. 416 et p. 420 ; comp. sur cette influence Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 106 et s.

¹⁰⁴⁹ Ces deux termes étaient d'ailleurs déjà utilisés à l'époque de Fuller et Perdue par la doctrine allemande, v. L. ENNECERUS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1, 6^e-8^e éd., Marburg, Elwert, 1912, spéc. p. 28, cité par D. FRIEDMANN, « The Performance Interest in Contract Damages », (1995) 111 *LQR* 628, spéc. p. 633, note 30.

appelé « intérêt positif » (*positives Interesse*), à la suite de Jhering¹⁰⁵⁰. On dit encore qu'il vise le *statu ad quem* de la victime, à l'inverse de l'intérêt négatif (*negatives Interesse*) qui, en plaçant la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait jamais existé, est dirigé vers le *statu quo ante*.

204. Vers la reconnaissance de l'intérêt positif en droit français. La richesse du vocabulaire développé pour décrire la responsabilité contractuelle en droits anglais et allemand (intérêt positif, intérêt à l'exécution, *statu ad quem*) reflète l'importance que ces systèmes attachent à la matière. A l'inverse, en France, la théorie des dommages et intérêts apparaît mince. Elle ferait « injustement figure de tapisserie » selon un auteur allemand¹⁰⁵¹. Certains auteurs anglais seraient quant à eux frappés par son « état embryonnaire »¹⁰⁵². Pourtant, la distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif a reçu un certain écho en France. L'intérêt positif est aujourd'hui mentionné dans plusieurs thèses¹⁰⁵³, articles¹⁰⁵⁴ ou notes¹⁰⁵⁵, et même dans des ouvrages plus généraux¹⁰⁵⁶, à l'instar du manuel de droit des obligations de Muriel Fabre-Magnan¹⁰⁵⁷. Sans parler expressément d'intérêt positif, le groupe de recherche dirigé par François Terré avait d'ailleurs donné une définition des dommages et intérêts contractuels qui n'en était que la description¹⁰⁵⁸. Quoique le projet d'ordonnance

¹⁰⁵⁰ R. VON JHERING, « *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen* », 1860, trad. O. de Meulenaere, « *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* », in : *Œuvres choisies*, Paris, Maresq., 1893, p. 1.

¹⁰⁵¹ U. MAGNUS, *Schaden und Ersatz, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen*, Tübingen, Mohr, 1987, spéc. p. 329 (« unberechtigtes Mauerblümchensein »).

¹⁰⁵² Selon des propos rapportés par Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., spéc. n° 107, note 419, p. 158 et les réf. citées.

¹⁰⁵³ V. tout particulièrement Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., spéc. n° 106 et s. ; *adde* : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, LGDJ, 2007, spéc. n° 995 et s. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, LGDJ, 1992, spéc. n° 128 et s. et n° 180 et s. ; A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, Paris, LGDJ, 2007, spéc. n° 46 pour l'introduction de la distinction et *passim* (par ex. n° 96 à propos de la perte de valeur, n° 100 à propos de la perte de marge, n° 102 à propos du coût de substitution, n° 108 à propos de la perte de dépenses, n° 111 à propos de la perte d'opportunité, n° 114 à propos de l'enrichissement injuste) ; L. REISS, *Le juge et le préjudice, Étude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, spéc. n° 413 et s.

¹⁰⁵⁴ V. not. récemment F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 403, spéc. p. 413 et p. 417 ; PH. REMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *La sanction du droit : mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 121, spéc. p. 123 et s.

¹⁰⁵⁵ V. T. GENICON, « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », note sous Civ. 3^e, 27 mars 2012, pourvoi n° 11-11798 et Com., 7 févr. 2012, pourvoi n° 10-20937, *RDC*, 2012, p. 774.

¹⁰⁵⁶ V. not. H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », *Rép. droit civil*, ressource électronique, Dalloz, mars 2014 (actualisation avril 2015), spéc. n° 461 et s.

¹⁰⁵⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012, spéc. p. 680 et s. et p. 703 et s.

¹⁰⁵⁸ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, art. 118 (première phrase) : « Les dommages et intérêts sont, en règle générale, d'un montant qui place le créancier dans la situation où il se trouverait si le contrat avait été dûment exécuté, en considérant la perte qu'il a faite et le gain dont il a été privé. ».

portant réforme du droit des contrats ne reprenne pas cette proposition¹⁰⁵⁹, il est clair pour la Cour de cassation que les dommages et intérêts contractuels doivent placer le créancier dans la situation qui serait la sienne si le contrat avait exécuté¹⁰⁶⁰, ce n'est rien d'autre que la définition de l'intérêt positif¹⁰⁶¹.

2. L'évaluation de la réparation contractuelle à l'aune de l'intérêt positif

205. L'intérêt positif visant l'utilité du contrat, les bénéfices et avantages attendus de l'exécution. Yves-Marie Laithier a fourni une étude détaillée de l'intérêt positif, dans une perspective à la fois historique et contemporaine, pratique (analysant de nombreux arrêts) et théorique (confrontant la force obligatoire et de l'efficacité du contrat), et comparative (des droits français, anglais et américain). Son analyse riche et fine ne saurait être reprise entièrement ici¹⁰⁶². L'auteur insiste tout particulièrement sur « l'utilité escomptée du contrat » que permettent de réaliser les dommages et intérêts¹⁰⁶³. Le juge qui les octroie « garantit par définition l'utilité que l'exécution de l'obligation devait procurer au créancier » écrit-il encore¹⁰⁶⁴. Il ne s'agit donc plus seulement de fournir un substitut à la chose promise elle-même : c'est ce que font déjà les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Les dommages et intérêts compensatoires vont « au-delà » et visent l'ensemble des avantages et bénéfices que le créancier entendait retirer de l'exécution. Les dommages et intérêts compensatoires viennent en quelque sorte parfaire l'intérêt à l'exécution en procurant au créancier non plus la prestation elle-même, mais une compensation de *l'utilité*, des *avantages*, des *bénéfices* qu'il comptait en retirer. On y retrouve les dommages extrinsèques décrits par Pothier¹⁰⁶⁵.

206. L'explication du cumul de la résolution et des dommages et intérêts par la notion d'intérêt positif. La consécration en droit français de la notion d'intérêt permettrait de donner une description plus pertinente de la réparation contractuelle. Elle soulignerait, d'abord, ses

¹⁰⁵⁹ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015, v. not. l'art. 1231-2 qui reprend la formule de l'actuel art. 1149 du Code civil.

¹⁰⁶⁰ V. not. les arrêts recensés par F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.* spéc. p. 413, note n° 38.

¹⁰⁶¹ V. par ex. la définition donnée par Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 110 : « L'intérêt positif peut être défini comme l'intérêt du créancier à l'exécution régulière de l'obligation contractuelle. Il consiste, en d'autres termes, à placer le cocontractant dans la même situation patrimoniale que celle où il se serait trouvé si l'obligation avait été complètement et ponctuellement exécutée. »

¹⁰⁶² V. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 106 et s.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, spéc. n° 113, p. 166.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, spéc. n° 135, p. 194.

¹⁰⁶⁵ Qui ont été décrits *supra*, spéc. n° 154.

spécificités par rapport à la réparation délictuelle. Fabrice Leduc souligne ainsi que la réparation extracontractuelle procède d'une « démarche *rétrospective* » puisque son « centre de gravité [...] réside [...] dans la situation antérieure au fait dommageable »¹⁰⁶⁶. A l'inverse, la réparation contractuelle s'inscrit « dans une démarche *prospective* puisqu'il s'agit en définitive de reconstituer une situation post-contractuelle qui ne s'est pas réalisée »¹⁰⁶⁷. L'intérêt positif qui guide la réparation contractuelle est distinct de l'intérêt négatif qui s'applique non seulement aux délits et quasi-délits, mais encore en cas de nullité de la convention¹⁰⁶⁸. La distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif s'applique ainsi à la distinction des vices de formation et des vices d'exécution du contrat. Elle explique notamment pourquoi les juges français accordent au créancier des dommages et intérêts à hauteur de l'intérêt positif en complément de la résolution, quand la doctrine majoritaire soutient qu'ils ne devraient pas dépasser l'intérêt négatif¹⁰⁶⁹. En effet, même si cette sanction met fin au contrat, elle porte sur un vice d'exécution et non un vice de formation du contrat : les avantages et bénéfices de l'exécution étaient acquis au créancier dès la conclusion non viciée, si bien que leur perte doit logiquement être compensée¹⁰⁷⁰. La mesure des dommages et intérêts demandés en complément de la résolution à l'aune de l'intérêt positif est donc justifiée, et c'est également celle appliquée par les droits allemand et anglais¹⁰⁷¹.

207. Les autres avantages d'un raisonnement en termes d'intérêts. D'autres bénéfices pourraient encore être tirés de la consécration de la distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif. Jean-Sébastien Borghetti a montré comment la notion d'« intérêt » pouvait aider non seulement à définir mais aussi à encadrer la réparation du préjudice extracontractuel¹⁰⁷². Le préjudice, selon cet auteur, désigne la « lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé »¹⁰⁷³. La vision du préjudice contractuel comme celui lésant l'intérêt du créancier à l'exécution pourrait être affinée en distinguant, parmi les différents bénéfices que le créancier attendait du contrat, ceux que le droit protège et ceux qu'il ne protège pas. En particulier, le droit ne protège-t-il que l'intérêt à l'exécution qui a une valeur économique, ou bien peut-il

¹⁰⁶⁶ F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.*, spéc. p. 412.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, spéc. p. 414.

¹⁰⁶⁸ V. not. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 109 et s., p. 82 et s.

¹⁰⁶⁹ V. au sujet de cette opposition les dév. détaillés et les riches références jurisprudentielles et bibliographiques citées par F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.*, spéc. p. 414 à 419.

¹⁰⁷⁰ V. déjà en ce sens PH. REMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *La sanction du droit : mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p. 121.

¹⁰⁷¹ V. pour un aperçu de cette question en droit comparé R. WINTGEN, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC*, 2006, p. 543.

¹⁰⁷² J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in : *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 213.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, spéc. p. 155.

s'agir d'un intérêt plus psychologique, moral ? Nous reviendrons évidemment à cette question¹⁰⁷⁴. Le recours à la notion d'intérêt à l'exécution ou d'intérêt positif permet en tout cas d'apporter des éclaircissements bienvenus sur le sens de la réparation contractuelle. Il faut toutefois se garder de confondre cette notion avec celle de gain manqué¹⁰⁷⁵. Le gain manqué et la perte subie sont au contraire les deux éléments qui permettent, ensemble, de reconstituer l'intérêt positif du créancier.

B. Les pertes subies et les gains manqués

1. Aperçu de la double mesure

208. Définition des pertes subies et gains manqués. Le droit anglais ne connaît pas de règle selon laquelle la réparation intégrale du dommage suppose la compensation tant des pertes subies que des gains manqués¹⁰⁷⁶. C'est l'intérêt positif qui suffit à guider la réparation¹⁰⁷⁷. En France, on ne part pas de l'objectif poursuivi pour en fixer : comme l'écrit un auteur, « la fonction des dommages et intérêts [...] se déduit de leur mesure et non l'inverse »¹⁰⁷⁸. L'article 1149 du Code civil dispose ainsi que :

« Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »¹⁰⁷⁹

Cette distinction du *lucrum cessans* et du *damnum emergens* trouve ses racines dans le droit romain¹⁰⁸⁰. Le droit allemand la reprend de manière moins directe, en précisant seulement que le dommage peut aussi consister en un gain manqué. On lit au §252 BGB que :

« Le dommage qu'il s'agit de réparer comprend également le gain manqué. Est considéré comme gain manqué celui que l'on pouvait vraisemblablement espérer d'après le cours normal des choses ou d'après les circonstances particulières, telles que notamment les arrangements et dispositions arrêtés. »¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁴ V. *infra*, spéc. n° 220 et s.

¹⁰⁷⁵ La confusion des deux concepts pourrait expliquer que l'on n'ait pas jugé utile de reprendre l'expression d'« intérêt positif » en droit français, v. en ce sens Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution*, *op. cit.*, spéc. n° 108.

¹⁰⁷⁶ V. G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, spéc. n° 84.

¹⁰⁷⁷ Comp. soulignant l'inutilité de ces notions, Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution*, *op. cit.*, spéc. n° 113, selon lequel la distinction de la perte subie et du gain manqué est « juridiquement superflue mais théoriquement rationnelle ».

¹⁰⁷⁸ A. PINNA, La mesure du préjudice contractuel, *op. cit.*, spéc. n° 32, p. 34.

¹⁰⁷⁹ Art. 1149 du Code civil.

¹⁰⁸⁰ V. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta & Co, 1990, spéc. p. 826 et s.

¹⁰⁸¹ §252 BGB, trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, *op. cit.*

Le Doyen Carbonnier décrit le gain manqué de manière toute simple : « sans l'évènement, le patrimoine se serait accru »¹⁰⁸². C'est cette augmentation du patrimoine qui aurait dû se produire « d'après le cours normal des choses »¹⁰⁸³ que l'on désigne par le gain manqué. A l'inverse, si « le patrimoine, après l'évènement, pèse moins qu'il ne pesait d'abord »¹⁰⁸⁴, le préjudice s'analyse en une perte subie.

Le gain manqué et la perte subie ne doivent pas être confondus avec la perte de la prestation elle-même¹⁰⁸⁵. Pour reprendre une distinction chère à Pothier, c'est du dommage *extrinsèque* dont il est ici question, et non de la perte de la chose même qui fait l'objet du contrat¹⁰⁸⁶. Le fait de n'avoir pas obtenu la chose promise (objet ou prestation) ne s'assimile ni une perte subie, ni un gain manqué. Ce sont les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui y remédient et il n'est ni utile, ni pertinent, d'appréhender cette *substitution* à l'exécution comme une réparation¹⁰⁸⁷. Il n'est d'ailleurs pas rare que les tribunaux distinguent, dans le montant des dommages et intérêts, ce qui représente la valeur de l'exécution elle-même pour mieux la distinguer de la perte subie¹⁰⁸⁸ ou du gain manqué¹⁰⁸⁹. La perte subie et le gain manqué constituent donc bien la mesure du préjudice consécutif¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., spéc. n° 206.

¹⁰⁸³ Selon la formule du §252 BGB précité.

¹⁰⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., spéc. n° 206.

¹⁰⁸⁵ *Contra* : A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, op. cit., spéc. n° 97, p. 111 qui englobe dans la mesure de la perte de valeur tant la valeur de la prestation (préjudice intrinsèque) que la perte de profits (gains manqués).

¹⁰⁸⁶ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle éd. par J. BERNARDI, t. 1, Paris, Letellier, 1805, spéc. n° 161 ; v. nos dév. *supra*, spéc. n° 154 et s.

¹⁰⁸⁷ V. *supra*, spéc. n° 159 et s.

¹⁰⁸⁸ V. par ex. CA Aix en Provence, 26 nov. 2010, maintenu par Civ. 3^e, 25 sept. 2012, pourvoi n° 11-11936, inédit, qui ordonne à l'architecte négligeant de verser à ses clients à titre de dommages et intérêts des sommes traduisant les honoraires perçus, soit 3 946,80 euros (perte de valeur de la prestation) et d'autres reflétant l'augmentation des coûts de construction, soit 15 000 euros (pertes subies) ; CA Aix en Provence, 14 janv. 1987, maintenu par Com., 18 oct. 1988, pourvoi n° 87-13108, inédit, qui condamne le fournisseur de tapisseries murales insuffisamment opaques à payer des dommages et intérêts à hauteur des frais de sous-couche de peinture, soit 96 445,52 francs (coût du rétablissement de la prestation) et du « préjudice de trésorerie » évalué à 10 000 francs (pertes subies).

¹⁰⁸⁹ V. par ex. CA Bordeaux, 12 janv. 2011, maintenu par Com., 30 mai 2012, pourvoi n° 11-13253, inédit, qui évalue les dommages et intérêts dus à raison de la livraison d'un broyeur forestier déficient à 3 200 euros nécessaires pour la réparation du broyeur (coût du rétablissement de la prestation), à quoi s'ajoutent 81 168 euros et 4 020 euros respectivement pour la perte de chiffre d'affaires liée aux pannes et la perte sur les transferts (gains manqués) ; CA Caen, 22 oct. 2009, cassé partiellement (mais non sur ce point) par Com., 3 nov. 2010, pourvoi n° 09-72029, *Bull.*, 2010, IV, n° 166, qui condamne l'acheteur qui n'a pas respecté l'obligation de mettre le navire acquis à disposition du vendeur à l'occasion de salons nautiques à des dommages et intérêts correspondant d'une part à la remise de 581 500 euros qui lui avait été accordée en contrepartie de cet engagement (perte de valeur de la prestation) et d'autre part à 200 000 euros pour la perte d'opportunité de conclure des ventes (gains manqués).

¹⁰⁹⁰ Selon l'expression utilisée par P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris, dacty., 2000, spéc. n° 392 et s., qui oppose le dommage consubstantiel à l'inexécution au dommage consécutif à l'inexécution.

ou subséquent¹⁰⁹¹ à l'inexécution et ils ne doivent pas être confondus avec les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.

2. Le gain manqué

209. Illustrations de gains manqués. Le gain manqué n'est donc pas l'objet non livré ou la prestation non exécutée, mais l'ensemble des bénéfices que le créancier projetait de retirer de l'utilisation de ce bien ou de cette prestation¹⁰⁹². Par exemple, un acheteur acquiert un bien pour le revendre. Si le bien ne lui est pas livré, il peut réclamer des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Ceux-ci lui permettront de se procurer un bien équivalent sur le marché (s'il existe), mais non de récupérer le profit net qu'il attendait de la revente (à supposer que la substitution ne lui ait pas permis d'y procéder). Ce profit net constitue le gain manqué qu'indemnisent les dommages et intérêts compensatoires¹⁰⁹³. La difficulté tient à ce que les juges ne distinguent pas toujours clairement les deux catégories de dommages et intérêts, et octroient parfois à titre d'indemnisation globale le prix de la revente dans son entier (*resale price*)¹⁰⁹⁴. En apparence, la solution est plus facile à mettre en œuvre et aboutit bien à rétablir l'intérêt positif du créancier. Le raccourci n'est toutefois pas sans inconvénients. D'abord, il méprise les spécificités de régime qui devraient s'appliquer à la dette de dommages et intérêt en lieu et place de l'exécution¹⁰⁹⁵. Ensuite, il risque d'aboutir à un résultat inexact, le prix proposé au tiers n'étant qu'une approximation imparfaite de la somme du coût de la prestation non reçue et du profit net escompté de la revente¹⁰⁹⁶. Il apparaît dès lors préférable de considérer comme un chef de préjudice autonome la perte du profit net escompté de la revente. La chambre commerciale de la Cour de cassation a d'ailleurs déjà eu l'occasion d'approuver pareille décomposition des dommages et intérêts¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹¹ Selon l'expression utilisée par F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.*, p. 403, spéc. note 39 de la p. 413, qui oppose le dommage consubstantiel à l'inexécution aux préjudices subséquents.

¹⁰⁹² On retrouve ici le critère de l'utilité de l'exécution qui caractérise l'intérêt positif, comp. *supra*, spéc. 205.

¹⁰⁹³ A la condition, évidemment, que soit remplie l'exigence de prévisibilité, v. *infra*, spéc. n° 229.

¹⁰⁹⁴ La solution est classique en droit anglais, où le « resale price » constitue une mesure reconnue du préjudice contractuel, v. not M. BRIDGE, « The Market Rule of Damages Assessment », in : *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, dir. D. SAIDOV, R. CUNNINGTON, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 431.

¹⁰⁹⁵ Sur ce régime, v. *supra*, spéc. n° 168 et s.

¹⁰⁹⁶ En particulier, le prix de revente peut inclure des frais de port ou d'autres services (une garantie par exemple) qui ne devraient pas être supportés par le débiteur, dans la mesure où le revendeur n'aura pas à les assurer.

¹⁰⁹⁷ Com., 23 juin 1992, pourvoi n° 90-16650, inédit, cité par A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.*, n° 98, p. 112 : rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel (CA Paris, 29 mars 1990) qui sanctionne la rupture abusive d'un contrat de concession exclusive de vente par des dommages et intérêts calculés sur la base du coût des pièces détachées que le concessionnaire avait acquises et ne pourra plus revendre, d'une part, et de la perte de profits de revente, d'autre part, plutôt que de retenir le coût global à la revente desdites pièces.

La perte des bénéfiques qui auraient été retirés de la « mise en production » de la chose constitue une autre illustration de gain manqué¹⁰⁹⁸. Si la machine livrée est déficiente et ne permet pas la poursuite de la production, elle entraîne ce que les allemands appellent des pertes d'exploitation (*Nutzungsausfälle*)¹⁰⁹⁹ et que l'on indemniserait, en France, au titre d'une perte de chiffre d'affaires¹¹⁰⁰. L'interruption d'un contrat de distribution aussi peut entraîner une perte de chiffre d'affaires et éventuellement une perte de clientèle pour le distributeur agréé qui constituent des gains manqués¹¹⁰¹. Ou encore, le non-respect par l'acheteur de l'engagement qu'il avait pris de mettre le navire acquis à disposition du vendeur à l'occasion de plusieurs salons nautiques peut faire perdre à ce dernier l'opportunité de conclure des ventes¹¹⁰². Les exemples de gains manqués sont nombreux¹¹⁰³.

L'avantage que le créancier comptait retirer de l'exécution ne s'exprime toutefois pas toujours (ou seulement) en termes économiques. La question de savoir si le gain *subjectif* que le créancier attendait de l'exécution peut également être réparé au titre des dommages et intérêts compensatoires sera traitée ultérieurement¹¹⁰⁴. Si l'on exclut temporairement cette hypothèse, le gain manqué se résume simplement : il s'agit du profit net que le créancier aurait retiré de l'exécution si elle avait été correctement fournie. L'indemnisation du gain manqué participe donc bien au rétablissement de l'intérêt positif du créancier. La réparation devra également prendre en compte, outre ces gains manqués, les pertes infligées au patrimoine du créancier.

3. Les pertes subies

210. Illustrations de pertes subies. La perte subie est une atteinte au patrimoine du créancier, soit que son actif ait été diminué, soit que son passif ait été augmenté. Les pertes subies apparaissent d'une plus grande variété que le gain manqué et toutes ne doivent pas être prises en compte au titre de la réparation de l'intérêt positif. Nous distinguerons trois catégories.

¹⁰⁹⁸ Y.-M. LAITHIER, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, *op. cit.*, spéc. n° 117.

¹⁰⁹⁹ BGH, 19 juin 2009, V ZR 93/08, NJW 2009, 2674 ; comp. *supra*, spéc. n° 133.

¹¹⁰⁰ Com., 30 mai 2012, pourvoi n° 11-13253, inédit

¹¹⁰¹ Com., 25 mars 1991, pourvoi n° 89-15003, inédit.

¹¹⁰² Com., 3 nov. 2010, pourvoi n° 09-72029, *Bull.*, 2010, IV, n° 166 ; dans cette affaire, la Cour d'appel (CA Caen, 22 oct. 2009) parle de « gain manqué », la Cour de cassation de « perte de chance » : il faut considérer que si les ventes étaient certaines, le préjudice constitue un gain manqué, si elles n'étaient qu'hypothétique, il s'agit d'une seule perte de chance, comp. *infra*, spéc. n° 215.

¹¹⁰³ V. encore ceux cités par Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 117.

¹¹⁰⁴ V. *infra*, spéc. n° 220 et s.

La première catégorie de pertes ne soulève pas grande difficulté : ce sont les pertes directement imputables à l'inexécution. Il s'agit d'abord de « toutes les dépenses exposées par le créancier pour limiter, diminuer ou faire disparaître le dommage »¹¹⁰⁵ qui entraînent une augmentation du passif du créancier. Par exemple, le véhicule loué qui se trouve accidenté, oblige le preneur (et son assureur) à indemniser le bailleur des frais de remorquage¹¹⁰⁶. Si du fait de l'inexécution le créancier doit avancer des frais, un « préjudice de trésorerie » peut parfois être caractérisé¹¹⁰⁷. Enfin, les pertes subies peuvent correspondre à ce que le créancier a lui-même dû verser à ses propres créanciers du fait de l'inexécution, que ces sommes soient dues au titre d'une clause pénale¹¹⁰⁸ ou de dommages et intérêts¹¹⁰⁹, ou encore d'une condamnation judiciaire¹¹¹⁰. Les pertes subies peuvent ensuite correspondre à une diminution de l'actif. Le non-renouvellement d'un contrat de distribution peut entraîner un amoindrissement de la valeur du fonds de commerce, par exemple¹¹¹¹. Cette perte constitue un chef de préjudice distinct du gain manqué (perte de chiffre d'affaires et de clientèle) et qui est bien directement imputable à l'inexécution.

Une deuxième catégorie de pertes subies peut être indemnisée dans le cadre de l'intérêt positif, quoiqu'elle ne soit pas directement imputable à l'inexécution, ni même pour ainsi dire « typiquement contractuelle ». Il s'agit de l'ensemble des atteintes au *statu quo ante* du créancier. Ces pertes là n'auraient pas été subies si le contrat avait été exécuté, mais elles n'auraient pas existé non plus si le contrat n'avait jamais été conclu. C'est pourquoi elles sont indemnisées à la fois dans le cadre de la réparation de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif. L'exemple type est celui de la vache infectée qui contamine le troupeau¹¹¹², de la nourriture empoisonnée à laquelle succombent les chevaux¹¹¹³, de la trémie d'alimentation défectueuse qui cause l'intoxication des porcs¹¹¹⁴, du chat qui véhicule sa mycose aux autres animaux de l'éleveuse¹¹¹⁵. Toute atteinte infligée au patrimoine du créancier à l'occasion de l'exécution du contrat constitue une perte de ce type, tels les dégâts causés aux autres biens du créancier,

¹¹⁰⁵ Y.-M. LAITHIER, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, *op. cit.*, spéc. n° 116.

¹¹⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 30 sept. 1997, pourvoi n° 95-20519, *Bull.*, 1997, I, n° 257, p. 173, cité par Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution*, *op. cit.*, spéc. n° 116.

¹¹⁰⁷ Com., 18 oct. 1988, pourvoi n° 87-13108, inédit.

¹¹⁰⁸ A condition, bien sûr, que ce préjudice soit prévisible, comp. Civ. 3^e, 14 mars 2012, pourvoi n° 11-10695, inédit, *RDC*, 2012, p. 768, obs. Y.-M. LAITHIER.

¹¹⁰⁹ Sur la clause d'indemnisation forfaitaire et sa distinction de la clause pénale, v. *infra*, spéc. n° 317 et n° 319.

¹¹¹⁰ Y.-M. LAITHIER, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, *op. cit.*, spéc. n° 116.

¹¹¹¹ Com., 25 mars 1991, pourvoi n° 89-15003, inédit.

¹¹¹² J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 166, v. *supra*, spéc. n° 154.

¹¹¹³ RGZ, 09 juil. 1907, II 115/07, RGZ 66, 289, v. *supra*, spéc. n° 165.

¹¹¹⁴ M. CHEN-WISHART M., *Contract Law*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2015, spéc. p. 509, v. *supra*, spéc. n° 157.

¹¹¹⁵ BGH, 11 juil. 2007, VIII ZR 110/06, NJW 2007, 2619, *supra*, spéc. n° 138.

ou encore à son intégrité physique. Ces préjudices ne sont pas « typiquement » contractuels et c'est par commodité¹¹¹⁶ et parfois non sans artifice¹¹¹⁷ qu'on les rattache au contrat¹¹¹⁸.

Enfin, les dépenses que le créancier a faites pour permettre l'exécution, et qui du fait qu'il ne l'a pas reçue ont été déboursées en vain, constituent une troisième catégorie de pertes subies. Ces dépenses ne sont pas imputables à l'inexécution, mais à la conclusion du contrat elle-même. Comme elles auraient de toute façon été déboursées si le contrat avait été exécuté, elles ne peuvent être indemnisées au titre de la réparation de l'intérêt positif. Le créancier pourra toutefois exceptionnellement réclamer leur indemnisation, à la condition qu'il renonce à l'intérêt positif. Il s'agit de l'une des mesures exceptionnelles de la réparation vers lesquelles il convient désormais de se tourner.

§2. Les mesures exceptionnelles de la réparation

211. Préjudices patrimoniaux et préjudices moraux. Les dommages et intérêts compensatoires de la responsabilité contractuelle ont en principe pour effet de placer le créancier dans une position équivalente à celle qui serait la sienne si le contrat avait été dûment exécuté. La réparation portera sur les pertes subies et les gains manqués et rétablira ainsi la position patrimoniale du créancier. Plusieurs difficultés peuvent toutefois surgir et pour lesquelles des solutions exceptionnelles ont été développées. L'indemnisation de l'intérêt positif qui vient d'être décrite peut d'abord se révéler inadaptée à la nature particulière du préjudice patrimonial dont le créancier souhaite obtenir réparation (A). C'est ensuite l'évaluation purement économique des pertes subies et des gains manqués qui peut poser problème. Il faut alors s'interroger sur la possibilité, pour le créancier, d'obtenir la réparation des préjudices extrapatrimoniaux imputables à l'inexécution (B).

A. Les préjudices patrimoniaux particuliers

1. La réparation de l'intérêt négatif

212. Le choix du créancier en faveur de la réparation de l'intérêt négatif. Dans certains cas, le créancier peut préférer obtenir des dommages et intérêts qui le placent pécuniairement

¹¹¹⁶ Il s'agit d'éviter que le créancier n'ait à porter deux actions, l'une contractuelle et l'autre délictuelle, pour obtenir une réparation totale de son dommage.

¹¹¹⁷ Fréquemment, ce rattachement est permis par la « découverte » d'une obligation de sécurité.

¹¹¹⁸ V. également *infra*, spéc. n° 224 à propos de l'indemnisation des préjudices moraux résultants d'une atteinte à la personne.

dans une situation comparable à celle qu'il occupait avant la conclusion du contrat (intérêt négatif) plutôt que dans une situation équivalente à celle qui serait la sienne si le contrat avait été exécuté (intérêt positif). Le droit allemand¹¹¹⁹ et le droit anglais¹¹²⁰ autorisent en principe le créancier à obtenir cette indemnisation, à la condition qu'il renonce à la réparation de l'intérêt positif. Le code civil allemand prévoit expressément cette hypothèse :

« §284 Remboursement des dépenses inutiles

En remplacement des dommages-intérêts en lieu et place de la prestation, le créancier peut réclamer le remboursement des dépenses qu'il a engagées ou qu'il pouvait engager à bon droit en prévision de la prestation qu'il devait recevoir, sauf s'il apparaît que le but poursuivi n'aurait pas été atteint même en l'absence de violation par le débiteur de son obligation. »¹¹²¹

Le §284 BGB permet notamment à l'acquéreur qui n'aurait tiré aucun profit évaluable en termes économiques de l'exécution d'obtenir tout de même une indemnisation : par exemple, le remboursement du billet de train et de la chambre d'hôtel qu'il avait réservés pour assister à un concert qui est annulé¹¹²². Ces dépenses que l'inexécution a rendues vaines sont de nature variée : frais de transport, de convoyage d'un véhicule, honoraires de notaire, d'expertises, de conseil, frais de montage, intérêts d'emprunt, travaux destinés à accueillir l'objet du contrat, investissements destinés à le rentabiliser, travail personnel du créancier¹¹²³. En bref : l'ensemble des frais que le créancier a engagés parce qu'il avait « confiance » dans l'exécution du contrat (*Vertrauensinteresse*). La mesure est donc très différente des pertes subies et des gains manqués qui sont indemnisés dans le cadre des dommages et intérêts compensatoires classiques orientés vers l'intérêt positif du créancier. Il se peut même que la somme due au titre de l'intérêt négatif dépasse celle qui serait obtenue sur la base de l'intérêt positif. Cela n'a pas manqué de soulever certaines réserves en Angleterre : se pouvait-il qu'un créancier qui a fait une mauvaise affaire (*bad bargain*) s'en tire à meilleur compte en réclamant des dommages et intérêts calculés sur l'intérêt négatif que ce que l'exécution elle-même aurait jamais pu lui apporter ?¹¹²⁴ Nous laisserons de côté cette question¹¹²⁵ pour

¹¹¹⁹ V. par ex. H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 39^e éd., München, Beck, 2015, spéc. §22, n° 71 et s. ; H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, spéc. n° 1195 et s. ; D. LOOSCHELDERS D., *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 12^e éd., München, Franz Vahlen, 2014, spéc. §30, p. 237 et s.

¹¹²⁰ V. not. H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, spéc. n° 26-022 ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, spéc. n° 20-027 et s. ; v. toutefois *contra* : M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 506, qui considère que (en italique dans l'original) « The modern view [...] is that there is no alternative claim for reliance damages. The aim of compensatory damages for breach of contract is *always* to put the claimant in the same position *as if the contract had been performed* [...] ». »

¹¹²¹ §284 BGB, trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, *op. cit.*

¹¹²² M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2004 spéc. n° 220.

¹¹²³ Exemples cités par H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, *op. cit.*, spéc. §22, n° 76.

¹¹²⁴ V. H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.*, spéc. n° 26-024 ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, spéc. n° 20-029 ; M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 506.

laquelle des solutions existent¹¹²⁶. Une autre difficulté, qui nous retiendra davantage, concerne l'articulation de ces dommages et intérêts particuliers avec les dommages et intérêts compensatoires classiques et avec les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.

213. L'articulation des dommages et intérêts négatifs avec les autres dommages et intérêts de la responsabilité contractuelle. A l'heure actuelle, les juges français n'autorisent que rarement le créancier à demander la réparation de l'intérêt négatif lorsque c'est un vice d'exécution, et non un vice de formation, qui affecte le contrat. Il n'y a que lorsque la demande en dommages et intérêts accompagne la résolution du contrat (avec son effet rétroactif) que la solution est envisagée¹¹²⁷. Si nous voulons laisser cette possibilité au créancier de choisir cette mesure particulière des dommages et intérêts, il faut décider si ce que nous allons appeler, pour simplifier, les « dommages et intérêts négatifs » interviennent en remplacement des dommages et intérêts compensatoires, des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, ou des deux.

Pour le droit allemand, la solution est tranchée par le §284 BGB : le remboursement des dépenses inutiles ne peut être demandé qu' « en remplacement » des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation (*Schadenersatz neben der Leistung*)¹¹²⁸. Toutefois, ces dommages et intérêts n'étant pas identiques aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution¹¹²⁹, on ne peut déduire du caractère alternatif de ceux-ci, le caractère alternatif de ceux-là. A l'inverse, il semble bien plutôt que l'incompatibilité se situe entre les dommages et intérêts négatifs et les dommages et intérêts compensatoires puisqu'ils sont orientés vers l'intérêt positif du créancier. En effet, comment le créancier pourrait-il, dans le même temps, obtenir les bénéfices attendus du contrat et être replacé dans son *statu quo ante* ? Il y a en fait deux dangers distincts à prendre en considération : le risque d'aboutir à une « double » indemnisation (double emploi avec le *Schadenersatz statt der Leistung*) et la menace d'une indemnisation incohérente (incompatibilité de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif). Il s'agit

¹¹²⁵ Pour un exposé en français de cette controverse et de la manière dont les tribunaux anglais règlent la question, v. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 147 et s.

¹¹²⁶ L'intérêt négatif peut être plafonné par l'intérêt positif, à l'instar de ce qui est pratiqué en droit allemand dans le contexte différent de l'annulation du contrat, par exemple (v. §122, al. 1^{er} BGB) et le lien de causalité peut permettre d'exclure de l'assiette de la réparation les pertes que le créancier aurait de toute façon subies parce qu'il avait contracté à perte, v. en ce sens H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, *op. cit.*, spéc. §22, n° 79 ; les juges anglais semblent exploiter les deux voies (v. les manuels cités *supra* et les réf. citées).

¹¹²⁷ Même alors, la jurisprudence tend plutôt vers une indemnisation de l'intérêt positif, quand la doctrine, elle, préconise majoritairement la mesure de l'intérêt négatif, v. à ce sujet not. les dév. et les réf. citées par F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.*, spéc. p. 414 à 419.

¹¹²⁸ §284 BGB (c'est nous qui soulignons) : « Anstelle des Schadenersatzes statt der Leistung kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen [...] ».

¹¹²⁹ V. *supra*, spéc. n° 134 et s.

donc de vérifier si les dommages et intérêts négatifs font double emploi avec les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, et/ou s'ils sont incompatibles avec les dommages et intérêts compensatoires.

214. Le caractère autonome des dommages et intérêts négatifs. Le meilleur moyen de trancher la question est de s'aider d'un exemple : un entrepreneur organise un concert, l'artiste se désiste¹¹³⁰. L'entrepreneur aura déboursé des frais divers en vue de la manifestation : location d'une salle, éventuellement d'un orchestre, de pupitres, de partitions, annonces dans les journaux, affiches, etc. A supposer l'opération rentable¹¹³¹, ces frais auraient été absorbés par les recettes tirées de la vente des places, laissant encore à l'entrepreneur une marge qui correspond à son profit net¹¹³². Chiffrer ce profit, à le supposer établi¹¹³³, n'est pas toujours évident, surtout si l'artiste se désiste avant que les places aient été vendues. Aussi l'entrepreneur est-il fondé à réclamer plutôt l'indemnisation de l'ensemble des dépenses qu'il a vainement réalisées pour la préparation du concert. Cependant, s'il fait ce choix, il ne pourra plus réclamer l'indemnisation de son profit net¹¹³⁴. C'est ce qu'a clairement tranché la *House of Lords* à propos d'un cas similaire de renonciation d'un acteur à la participation à un tournage dans le célèbre arrêt *Anglia Television Ltd v Reed*¹¹³⁵. La solution s'impose avec la force de l'évidence : le créancier ne peut pas dans le même temps être replacé dans son *statu quo ante* et obtenir les bénéfices du contrat. S'il réclame des dommages et intérêts négatifs, il doit renoncer aux dommages et intérêts compensatoires puisque ceux-ci rétablissent l'intérêt positif du créancier.

Les dommages et intérêts négatifs peuvent-ils être cumulés avec des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ? Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution permettent de rééquilibrer le contrat inexécuté, soit que le créancier obtienne les moyens d'acquérir un substitut à l'exécution (coût de substitution), soit qu'il lui soit donné

¹¹³⁰ L'exemple est classique, v. par ex. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges et les hypothèques*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 1923, spéc. n° 247.

¹¹³¹ Cette présomption de rentabilité (*Rentabilitätsvermutung*) était mise en avant pour justifier le remboursement des dépenses inutiles dans la théorie allemande avant la réforme, v. H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, op. cit., spéc. §22, n° 72 et H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, op. cit., spéc. n° 1096 ; elle est encore mise en avant par la doctrine anglaise, v. not. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, op. cit., spéc. p. 506.

¹¹³² Une fois la rémunération de l'artiste et les charges y afférentes soustraites.

¹¹³³ Certains concerts, notamment de « têtes d'affiche », sont déficitaires mais permettent à l'agent de se faire une publicité et de rentabiliser l'opération par la vente d'autres concerts.

¹¹³⁴ *Contra* : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges et les hypothèques*, op. cit., spéc. n° 247 qui considère que les dommages et intérêts peuvent couvrir les dépenses inutiles au titre des « pertes subies » et la perte du profit au titre des « gains manqués ».

¹¹³⁵ *Anglia Television Ltd v Reed*, [1972] 1 Q.B. 60.

une compensation en valeur de la dépréciation de celle-ci (perte de valeur)¹¹³⁶. La première hypothèse serait celle, par exemple, où l'entrepreneur trouverait un autre artiste pour le concert. Il pourrait alors obtenir de l'artiste défaillant qu'il assume les surcoûts de l'engagement du remplaçant. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution permettront au « concert de substitution » d'avoir lieu et l'artiste défaillant pourra être condamné de surcroît à réparer les pertes subies (par exemple les dépenses faites pour informer le public du changement, les modifications des affichages, etc.) et les gains manqués (recettes inférieures à celles qu'auraient engendrées le concert prévu, par exemple) imputables à l'inexécution au titre des dommages et intérêts compensatoires. A l'inverse, il ne saurait être tenu des dommages et intérêts négatifs puisque le concert aura finalement été permis¹¹³⁷. Aussi peut-on conclure que les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, lorsqu'ils sont calculés sur la formule du coût de substitution, ne sont pas compatibles avec les dommages et intérêts négatifs. En va-t-il différemment lorsqu'ils sont calculés sur la formule de la perte de valeur ? Prenons l'hypothèse où l'artiste a reçu 20% de sa rémunération à titre d'acompte. Ayant effectué 0% de la prestation demandée, l'entrepreneur a payé 20 ce qui valait zéro et peut demander des dommages et intérêts à hauteur de la perte de valeur¹¹³⁸. Il pourrait cumuler cette demande avec des dommages et intérêts négatifs si l'une et l'autre indemnisation étaient compatibles. Elles ne le sont pas. Par les dommages et intérêts négatifs, le créancier est replacé dans la situation dans laquelle il était avant la conclusion du contrat. Entrent ainsi en ligne de compte non seulement les dépenses réalisées en vue de l'exécution, mais également l'avance de salaire qui n'aurait pas été octroyée si le contrat n'avait pas été conclu. Celle-ci doit être restituée, soit au titre des dommages et intérêts négatifs (car elle constitue une dépense devenue inutile), soit au titre des restitutions (par suite de la résolution du contrat). De ce fait, le créancier ne peut pas réclamer des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, puisque la perte des 20 est d'ores et déjà compensée.

En conclusion, les dommages et intérêts négatifs ne peuvent pas être cumulés avec les dommages et intérêts compensatoires qui ont des objectifs antagonistes. Ils ne peuvent pas non plus être cumulés avec des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, étant incompatibles avec le coût de substitution et faisant double emploi avec la perte de valeur de

¹¹³⁶ Sur cette double mesure, v. *supra*, spéc. n° 179 et s.

¹¹³⁷ Qu'il soit permis de rappeler que l'utilisation des dommages et intérêts aux fins d'obtenir effectivement la prestation de substitution n'est pas obligatoire, leur affectation restant libre par principe, v. *supra*, spéc. n° 194.

¹¹³⁸ Sur la formule de la perte de valeur, v. *supra*, spéc. n° 180.

la prestation. Les dommages et intérêts négatifs constituent une mesure entièrement autonome et le créancier qui cherche à obtenir des dommages et intérêts négatifs devra renoncer aux dommages et intérêts compensatoires et aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.

2. La perte de chance

215. La perte de chance distincte du gain manqué. Une autre réparation d'un type particulier, mais qui prospère cette fois au sein même de la réparation de l'intérêt positif, est celle de la perte de chance. Une « curiosité française », précise Patrice Jourdain¹¹³⁹. D'emblée il faut distinguer cette perte de chance du gain manqué. Pour être indemnisé, le préjudice doit en principe être certain, c'est-à-dire être avéré ou tout au moins inévitable, s'il est futur¹¹⁴⁰. Le gain manqué est un préjudice ordinaire en ce sens qu'il ne déroge pas à la règle : c'est un préjudice certain car, quoique le gain ait été futur, il aurait été inévitablement acquis par le créancier si le contrat avait été dûment exécuté. Ce gain manqué est indemnisé au même titre que toute perte subie en France, en Allemagne (*entgangener Gewinn*) ou en Angleterre (*loss of profits*)¹¹⁴¹. A l'inverse, la perte de chance, elle, vise un gain qui n'était pas certain mais seulement hypothétique. La correcte exécution du contrat *aurait pu* procurer ce gain, mais elle aurait pu, aussi, ne rien changer du tout.

216. Perte de chance et droit allemand. En Allemagne, le principe du « tout ou rien » (*Alles-oder-nichts-Prinzip*) veut que, soit le préjudice est certain et il doit entièrement être compensé, soit il ne l'est pas et aucune indemnisation ne saurait être octroyée. L'indemnisation d'une perte de chance, qui n'est qu'incertaine, ne peut dès lors pas prospérer¹¹⁴². Cela peut parfois aboutir à des solutions sévères envers le créancier qui ne parvient pas à apporter suffisamment d'éléments probants sur la manière dont se seraient déroulées les choses si le débiteur avait rempli son obligation. Pour y pallier, le *Bundesgerichtshof* estime qu'il ne faut pas poser de trop grosses exigences sur cette démonstration et il désapprouve les juges du fond lorsqu'ils se retranchent derrière le caractère hypothétique du pronostic pour refuser de chiffrer l'indemnisation¹¹⁴³. La perte de

¹¹³⁹ V. P. JOURDAIN, « La perte d'une chance, une curiosité française », in : *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 167.

¹¹⁴⁰ V. par ex. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, Traité de Droit civil*, dir. N. MOLFESSIS, t. 5, 2^e éd., Paris, Economica, 2012, spéc. n° 356 et s.

¹¹⁴¹ V. *supra*, spéc. n° 208.

¹¹⁴² V. par ex. BGH, III. ZS, 23 sept. 1982, NJW 1983, 442 (candidat évincé à tort d'un concours d'architecture)

¹¹⁴³ V. not. BGH, 26 juill. 2005, X ZR 134/04, NJW 2005, 3348 (à propos d'un contrat de collaboration portant sur la production, le développement et la distribution d'un dispositif d'analyse) et BGH, 17 févr. 1998, VI ZR

chance n'existe donc pas, mais l'on apprécie le gain manqué avec une certaine faveur à la victime, qui lui permet de bénéficier d'une indemnisation même lorsque le « cours normal des choses »¹¹⁴⁴ ne peut pas être déterminé avec certitude. La Haute juridiction admet cependant qu'il peut être pratiqué un abattement pour refléter le risque que l'opportunité favorable ne se fut pas réalisée¹¹⁴⁵. C'est un mélange des styles surprenant et qui vient troubler la frontière entre le gain manqué et la perte de chance, l'incertitude du dommage venant finalement tout de même se refléter dans le montant de l'indemnisation.

217. Perte de chance et droit anglais. En Angleterre, la perte de chance n'est pas indemnisée en matière délictuelle¹¹⁴⁶. La question s'est posée principalement à l'occasion de fautes médicales. Il faut rappeler à cet égard que le contrat médical n'existe pas en droit anglais, d'où le fondement délictuel de ces actions¹¹⁴⁷. La *House of Lords* a précisé que le préjudice ne peut être indemnisé qu'à partir du moment où il a au moins 50% de chances de se réaliser. En-deçà de cette probabilité, la victime ne recevra pas de *damages*¹¹⁴⁸.

En matière contractuelle, les juges se montrent plus réceptifs à la perte de chance. L'indemnisation d'une perte de chance a été admise dès le début du XXème siècle. Dans l'arrêt *Chaplin v Hicks*, il s'agissait d'un concours de beauté organisé par le directeur d'un théâtre où étaient invitées à participer des comédiennes, avec à la clé des rôles pour les 12 finalistes. Alors qu'elle était parvenue à faire partie des 50 présélectionnées (parmi 6 000 candidates), la demanderesse s'était vue refuser la possibilité de participer aux sélections finales. La cour d'appel décida que la violation du contrat conclu entre l'organisateur et les participantes devait entraîner des dommages et intérêts calculés sur la perte d'une chance de gagner le concours et d'obtenir un rôle¹¹⁴⁹. Un deuxième arrêt important, *Allied Maples Group Ltd v Simmons*, a reconnu la perte de chance dans le cas d'une négligence de l'avocat qui avait privé ses clients de l'opportunité de négocier une meilleure transaction¹¹⁵⁰. Cet arrêt

342/96, NJW 1998, 1633 (à propos d'une faute médicale ayant contraint un joueur professionnel de football à abandonner sa carrière de joueur et son projet de devenir entraîneur).

¹¹⁴⁴ Selon l'expression du §252 BGB, cité *supra*, spéc. n° 208.

¹¹⁴⁵ V. BGH, 26 juill. 2005, X ZR 134/04, NJW 2005, 3348.

¹¹⁴⁶ *Hotson v East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 2 All ER 909 (à propos d'une erreur de diagnostic médical ayant fait passer le risque d'un handicap permanent de 75% à 100%).

¹¹⁴⁷ Il manquerait en particulier à la validité d'un tel contrat la *consideration* dans la mesure où le médecin fournit un service qui n'est pas directement rémunéré par le patient, mais par la sécurité sociale ou une assurance privée.

¹¹⁴⁸ *Gregg v Scott*, [2005] UKHL 2 (chance de survie d'un patient passée de 42% à 25% du fait du retard de traitement imputable à une faute de diagnostic d'un médecin).

¹¹⁴⁹ *Chaplin v Hicks*, [1911] 2 KB 786.

¹¹⁵⁰ *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons*, [1995] 1 WLR 1602.

est venu réduire la possibilité de demander l'indemnisation de la perte de chance à l'hypothèse où c'est l'intervention d'un tiers qui rend le dommage incertain¹¹⁵¹.

218. La perte de chance en France : l'indemnisation d'un préjudice nécessairement fictif. En France, la perte de chance a été instaurée comme une exception au caractère certain du préjudice il y a plus d'un siècle. Un arrêt de la Chambre des requêtes de 1889 indemnise déjà la perte de la possibilité de gagner un procès lorsqu'un officier ministériel, par sa faute, n'avait pas permis la poursuite d'une procédure¹¹⁵². C'est toutefois l'hypothèse de la perte d'une chance de guérison ou de survie qui a donné lieu à la jurisprudence la plus fournie¹¹⁵³. C'est également celle qui a conduit à s'interroger sur la manière dont la perte de chance bouleverse les conditions classiques de la responsabilité civile¹¹⁵⁴. La perte de chance a ceci de particulier – en matière médicale, c'est même son premier atout – qu'elle permet de pallier les incertitudes pesant sur le lien de causalité. Ainsi, par exemple, lorsqu'on ne peut trancher si l'aggravation de l'état du patient est due à la faute du médecin ou à l'évolution normale de la maladie, il faudrait, à défaut de lien de causalité certain, refuser toute indemnisation du patient. C'est pour éviter cette solution sèche que le juge est invité à procéder à une comparaison des chances de guérison *avant* et *après* la faute du médecin, la différence étant supposée traduire un préjudice autonome. L'exigence de la causalité entre la faute et l'état du patient se trouve ainsi détournée par la découverte d'un *autre* dommage, la perte de chance, dont on admet le lien direct avec la faute.

En réalité, soit l'aggravation de l'état du patient est effectivement l'effet de la faute du médecin et la perte de chance est défavorable à la victime car elle n'est indemnisée que partiellement et non dans son entier préjudice ; soit elle n'est que l'évolution normale de la maladie, et la victime reçoit, à travers la perte de chance, un enrichissement qui ne lui est pas dû. Cet enrichissement éventuel de la victime n'est certes qu'incident. Il ne se produit que pour empêcher la situation inverse, qui serait de n'octroyer aucune indemnisation à une victime qui doit effectivement son infortune à la faute du médecin. C'est donc bien, en ce

¹¹⁵¹ Pour des illustrations dans lesquelles cette condition fait défaut, v. par ex. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 539.

¹¹⁵² Req., 17 juill. 1889, *Recueil Sirey*, 1891, 1, p. 399.

¹¹⁵³ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, spéc. n° 280.

¹¹⁵⁴ V. not. J. BORE, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP*, 1974, I, 2620 ; *adde* P. JOURDAIN, « Les nouveaux usages de la perte d'une chance », *RTD civ.*, 2010, p. 330, qui analyse deux arrêts récents (Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2010, pourvois joints n° 08-20755 et 08-21692, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 19 et Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2010, pourvois joints n° 08-16760 et 08-21562, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 5) comme dévoilant deux nouvelles utilisations de la perte de chance : imputer à une cause étrangère une partie du dommage et indemniser un simple risque de dommage futur.

sens, un but indemnitaire que poursuit la perte de chance. Elle n'en demeure pas moins une dérogation à l'équivalence du dommage et de la réparation puisqu'elle aboutit à une indemnisation partielle du préjudice, alors que soit le dommage dans son entier a été causé par le débiteur, soit il ne lui est pas du tout imputable. Dans un cas comme dans l'autre, la réparation ne correspond pas au dommage effectivement causé par le débiteur. Soit elle sous-indemnise, soit elle sur-indemnise. La perte de chance repose sur une fiction qui ne peut en aucun cas refléter la réalité. Elle est une évaluation du préjudice certainement efficace, mais conceptuellement déviante¹¹⁵⁵.

219. L'avenir de la perte de chance en matière contractuelle. En droit de la responsabilité contractuelle, il existe deux applications classiques de la perte de chance. La première est celle de l'avocat ou de l'avoué qui, négligeant un délai ou une formalité, prive son client de la possibilité de gagner son procès¹¹⁵⁶. La seconde vise le cas du médecin (ou de l'établissement de soins) dont la faute médicale diminue les chances d'amélioration de l'état de santé de son patient¹¹⁵⁷. C'est d'ailleurs dans cette seconde hypothèse que l'introduction d'une « responsabilité proportionnelle » (*Proportionalhaftung*) inspirée (mais distincte) de la perte de chance française avait été proposée par le professeur Gerhard Wagner en Allemagne¹¹⁵⁸. Finalement, le droit allemand a maintenu sa solution originale qui revient à faire peser le doute sur les épaules du médecin quand il s'est rendu coupable d'une faute lourde, et sur celles du patient lorsqu'il n'est victime que d'une faute simple¹¹⁵⁹. Nous verrons ultérieurement que, ce faisant, il a transformé cette indemnisation en peine privée¹¹⁶⁰. Il n'en demeure pas moins que la doctrine allemande s'intéresse de plus en plus à la perte de chance¹¹⁶¹. Son rejet n'est plus non plus unanime du côté de l'Angleterre. Ainsi, dans l'arrêt

¹¹⁵⁵ Elle n'en demeure pas moins un mécanisme indemnitaire et ne constitue pas une peine privée, v. *infra*, spéc. n° 371.

¹¹⁵⁶ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 4 mars 1980, pourvoi n° 78-15968, *Bull. civ.*, I, n° 72 ; Civ. 1^{ère}, 8 juil. 1997, pourvoi n° 95-14067, *Bull. civ.*, I, n° 234 ; Civ. 1^{ère}, 4 avril 2001, pourvoi n° 98-11364, *Bull. civ.*, I, n° 101.

¹¹⁵⁷ V. posant le principe Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1965, *Bull.*, n° 707, *JCP*, 1966, II, 14753, note R. SAVATIER ; confirmé par Civ. 1^{ère}, 18 mars 1969, *Bull.*, n° 117 et Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1970, pourvoi n° 68-12782, *Bull. civ.*, I, n° 37, tous deux annotés au *JCP*, 1970, II, 1970, II, 16422 par A. RABUT ; depuis jurisprudence constante, v. pour une application récente par ex. Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, pourvoi n° 09-69195, *Bull. civ.*, I, n° 200, *RTD civ.*, 2011, p. 128, obs. P. JOURDAIN.

¹¹⁵⁸ G. WAGNER, « Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden », in : *Verhandlungen des sechsendechnzigsten Deutschen Juristentages*, Band I, München, Beck, 2006, Gutachten A, spéc. A53 à A60.

¹¹⁵⁹ V. *infra*, spéc. n° 370.

¹¹⁶⁰ V. en détails *infra*, spéc. n° 369.

¹¹⁶¹ V. not. G. WAGNER, « Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden », *op. cit.*, spéc. A53 à A60 ; G. WAGNER, « Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen », in : *Karlsruher Forum 2006 : Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen*, dir. E. LORENZ, Karlsruhe, VVW, 2006, p. 5, spéc. p. 80 et s. ; G. WAGNER, « Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata », in : *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2008,

Gregg v Scott rendu à propos d'un patient ayant vu ses chances de survie passer de 43% à 25% en raison d'un diagnostic tardif du cancer, la House of Lords avait certes refusé d'indemniser la perte de chance de survie, mais la solution avait été adoptée à seulement trois voix contre deux, Lord Nicholls et Lord Hope ayant rendu une opinion dissidente¹¹⁶². Si elle venait à être introduite en matière délictuelle, sa portée pourrait s'étendre aussi en matière contractuelle, où elle n'a pour l'instant fait que des apparitions ponctuelles¹¹⁶³.

En conclusion, la perte de chance présente selon nous un intérêt tout particulier en matière médicale, non seulement parce que les « affres de la causalité »¹¹⁶⁴ y sont plus marquées, mais aussi et surtout parce que c'est l'intégrité physique des victimes qui est en jeu et que cet intérêt mérite une protection accrue (et qui transcende, d'ailleurs, la distinction contrat – délit)¹¹⁶⁵. Au-delà du contrat médical, le rôle que doit être jouer la perte de chance en matière contractuelle devrait rester contenu, ne serait ce que parce que les gains seulement hypothétiques du créancier ne sauraient entrer par principe dans les prévisions du débiteur¹¹⁶⁶.

La perte de chance demeure une exception particulière aux règles classiques de l'évaluation du préjudice contractuel. Beaucoup plus complexe est la question de l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux.

p. 453 ; H. FLEISCHER, « Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht », *JZ* 1999, 766 ; N. JANSEN, « The idea of a Lost Chance », 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 271 (1999) ; H. KOZIOL, « Schadensersatz für den Verlust einer Chance ? », in : *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, dir. H. HOHLOCH, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 233.

¹¹⁶² *Gregg v Scott*, [2005] UKHL 2, spéc. 90 pour Lord Hoffmann et spéc. 174 pour Lord Philips.

¹¹⁶³ V. encore les exemples cités et analysés par M. G. BRIDGE, « Expectation Damages and Uncertain Future Losses », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, J. BEATSON, D. FRIEDMANN (dir.), Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 427.

¹¹⁶⁴ L'expression est empruntée à P. ESMEIN, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », *D.*, 1964, chron. p. 205.

¹¹⁶⁵ C'est d'ailleurs bien vers un régime autonome de la responsabilité médicale que l'on se dirige depuis la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui est venue transcender les distinctions public – privé et contrat – délit (v. par ex. pour l'obligation d'information les art. L. 1111-1 et s. du Code de la santé publique) ; l'impertinence de la distinction contrat – délit en cas d'atteinte à l'intégrité physique a également été reconnue par l'avant-projet Catala qui, tout en consacrant la règle du non-concours, a proposé de l'écarter pour les dommages corporels, v. P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006, spéc. art. 1341, al. 2.

¹¹⁶⁶ Sur l'exigence de prévisibilité du préjudice contractuel, v. *infra*, spéc. n° 229 et s.

B. Les préjudices extrapatrimoniaux

1. Les préjudices moraux inclus dans l'intérêt positif

220. L'exemple type : les « vacances gâchées ». L'indemnisation du préjudice moral est un phénomène relativement récent, mais en plein essor. Elle bénéficie du soutien de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui va jusqu'à contrôler si la réparation intégrale a bien été appliquée, quitte à ajouter plusieurs dizaines de milliers d'euros à titre de « satisfaction équitable »¹¹⁶⁷ si elle juge que le dommage moral n'a pas été suffisamment indemnisé¹¹⁶⁸. L'Union européenne n'est pas en reste. Elle a joué un rôle important dans la reconnaissance des dommages et intérêts moraux en matière contractuelle. C'est à la Cour de Justice des communautés européennes que l'on doit l'affirmation d'un « droit à la réparation du préjudice moral » du consommateur en cas d'annulation ou de mauvaise exécution par le voyageur des prestations prévues dans le voyage à forfait¹¹⁶⁹. La Directive de 1990 sur les voyages à forfait¹¹⁷⁰ qui ne visait pas expressément ce préjudice moral devrait d'ailleurs être prochainement remplacée par une nouvelle directive pour l'adoption de laquelle le Conseil a donné son accord politique en mai 2015¹¹⁷¹. La proposition de directive¹¹⁷² dispose dans son article 12 al. 2 qu'en cas d'inexécution des services inclus dans le forfait, et outre la réduction du prix à laquelle il peut prétendre (c'est nous qui soulignons) :

¹¹⁶⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, art. 41 « Satisfaction équitable » : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

¹¹⁶⁸ CEDH, *Trévalec c/ Belgique*, 2^e section, 25 juin 2013, n° 30812/07, *D.*, 2013, p. 2106, point de vue P.-Y. GAUTIER, p. 2139, somm. L. SADOUN-JARIN et note O. SABARD, et p. 2658, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER ET S. PORCHY-SIMON ; *RTD civ.*, 2013, p. 807, obs. J.-P. MARGUENAUD ; dans cet arrêt, la CEDH condamne la Belgique à verser au journaliste français blessé par balle par des policiers, dont elle n'a pas assuré la protection du droit à la vie (art. 2 de la Convention) la somme de 50 000 euros à titre de satisfaction équitable de son préjudice moral, alors que le préjudice moral du requérant avait déjà été indemnisé à hauteur de 159 352 euros par la Commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI).

¹¹⁶⁹ Cour de Justice des communautés européennes, *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, 6^e ch., 12 mars 2002, affaire C-168/00 : « L'article 5 de la directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, doit être interprété en ce sens qu'il confère en principe au consommateur un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations constituant un voyage à forfait. ».

¹¹⁷⁰ Directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait.

¹¹⁷¹ Accord politique concernant la directive relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées adopté le 28 mai 2015 par le Conseil de l'Union européenne.

¹¹⁷² Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage assistées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE, et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil, COM/2013/0512 final.

« Le voyageur a droit à un dédommagement de la part de l'organisateur pour tout préjudice, y compris moral, subi en raison de la non-conformité des services fournis. »¹¹⁷³

En quoi consiste précisément le préjudice moral dont il est ici question ? Selon le droit allemand, qui a consacré une disposition entière au sein du Code civil aux dommages et intérêts dus à raison de l'inexécution ou la mauvaise exécution du voyage à forfait (§611f BGB), il s'agit d'une « indemnisation pécuniaire équitable » (*angemessene Entschädigung in Geld*) due « au titre d'un congé pris inutilement » (*wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit*)¹¹⁷⁴. Cependant, le *Bundesgerichtshof* a décidé que son bénéfice ne supposait pas que le voyageur ait effectivement posé de tels congés, ni ne dépendait de la manière dont il avait finalement occupé son temps (s'il avait fait un autre voyage, était resté chez lui ou avait repris son travail)¹¹⁷⁵. Le rattachement aux congés pris inutilement est donc assez artificiel et c'est bien plutôt une perte d'agrément qu'il s'agit de compenser¹¹⁷⁶. L'indemnisation du préjudice moral consécutif aux vacances gâchées souligne que le but dans lequel un contrat est conclu n'est pas toujours, ni exclusivement, un but économique. En Angleterre, cette considération a conduit à la naissance d'un concept : le « consumer surplus ».

221. Le « consumer surplus » du droit anglais. Le droit anglais n'a pas attendu l'intervention du juge et du législateur européens pour indemniser le préjudice d'agrément lié aux vacances gâchées. Dans l'arrêt *Jarvis v Swan Tours* rendu en 1973, il fut décidé que le voyageur dont les vacances avaient été un fiasco sans commune mesure avec le séjour vanté par la brochure, pouvait faire valoir un préjudice de « perte de divertissement et de plaisir » (*loss of entertainment and enjoyment*)¹¹⁷⁷. Des auteurs se sont alors intéressés de plus près à ces contrats qui, sans contenir d'obligation de résultat de plaisir ou de détente, ont tout de même pour objet une satisfaction subjective du consommateur. Dans un très célèbre article, Donald Harris, Anthony Ogus et Jennifer Phillips ont proposé d'introduire la notion de « consumer surplus » pour mettre en avant les intérêts immatériels que peuvent réaliser le contrat¹¹⁷⁸. Ce « consumer surplus » emprunté à la doctrine économique vise :

¹¹⁷³ *Ibid.*, art. 12, al. 2 ; à noter tout de même que la précision « y compris moral » a été supprimée dans l'accord politique du Conseil du 28 mai 2015 précité.

¹¹⁷⁴ §611f, al. 2 BGB (extraits), trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, op. cit.

¹¹⁷⁵ BGH, 11 janv. 2005, X ZR 118/03, BGHZ 161, 389, NJW 2005, 1047 (voyage annulé par le voyageur qui avait pratiqué une surréservation).

¹¹⁷⁶ V. en ce sens la motivation des juges de la CJCE dans l'arrêt *Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, 6^e ch., 12 mars 2002, affaire C-168/00, spéc. n° 22 : « [...] dans le cadre des voyages touristiques, la réparation du préjudice causé par la perte de l'agrément de vacances a pour eux [les consommateurs] une importance particulière. ».

¹¹⁷⁷ *Jarvis v Swan Tours* [1973] QB 233 ; v. aussi *Jackson v Horizon Holidays* [1975] 3 All ER 92.

¹¹⁷⁸ D. HARRIS, A. OGUS, J. PHILLIPS, « Contract Remedies and the Consumer Surplus », (1979) 95 LQR 581.

« l'excédent d'utilité ou la valeur subjective dérivée d'un « bien » au-delà de l'utilité associée à son coût sur le marché »¹¹⁷⁹

Selon les auteurs, la jurisprudence anglaise, confrontée quasi-exclusivement à des contrats commerciaux, n'a pas tenu suffisamment compte du fait que « contrairement aux entreprises, les consommateurs achètent par plaisir ou pour profiter du bien »¹¹⁸⁰. Il est pourtant nécessaire d'intégrer le « consumer surplus » dans le calcul des dommages et intérêts si l'on veut indemniser de manière adéquate les particuliers, inciter les professionnels à tenir leurs engagements et les consommateurs à contracter¹¹⁸¹.

La théorie du « consumer surplus » a été reprise dans l'arrêt *Farley v Skinner*¹¹⁸² qui constitue l'arrêt de principe en matière de réparation du préjudice moral contractuel¹¹⁸³. En l'espèce, un expert avait été mandaté par un particulier qui envisageait d'acheter un bien afin de vérifier (en particulier) si la propriété n'était pas affectée par des troubles sonores liés à la circulation d'avions à proximité. Le particulier ayant acheté la maison, il dut supporter des nuisances qui, contrairement à ce qu'avait conclu l'expert, étaient bien réelles. La *House of Lords* condamna l'expert à l'indemniser de sa « perte de plaisir » (*loss of enjoyment*)¹¹⁸⁴. La théorie du « consumer surplus » a également joué un rôle important dans le célèbre arrêt *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*¹¹⁸⁵. La piscine dont il avait été passé commande s'était avérée mesurer 2,06 mètres de profondeur (*6 feet 9 inches*) au lieu des 2,28 mètres stipulés au contrat (*7 feet 6 inches*) sans qu'il en résulte pour autant une perte de valeur, la piscine livrée n'étant pas moins onéreuse que celle commandée. La *House of Lords*, réticente à accorder le coût faramineux de remplacement de la piscine par une nouvelle aux bonnes dimensions, consola le créancier en lui accordant l'indemnisation de son préjudice d'agrément (*loss of amenity*)¹¹⁸⁶.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, spéc. p. 582, trad. libre de : « the excess utility or subjective value obtained from a « good » over and above the utility associated with its market price ».

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, spéc. p. 583 : « [...] unlike firms, consumers make purchases for the pleasure or utility they confer ».

¹¹⁸¹ *Ibid.*, spéc. p. 610.

¹¹⁸² *Farley v Skinner* (No 2) [2001] UKHL 49, spéc. 21 pour la référence au « consumer surplus », par Lord Steyn.

¹¹⁸³ M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 515.

¹¹⁸⁴ Sur cet arrêt, v. en particulier E. MCKENDRICK, M. GRAHAM, « The Sky's The Limit: Contractual Damages for Non-Pecuniary Loss » (2002) *Lloyds' Maritime and Commercial Law Quarterly* 161.

¹¹⁸⁵ *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* [1996] 1 AC 344, spéc. p. 360 et 361 pour la référence au « consumer surplus », par Lord Mustill.

¹¹⁸⁶ Les arrêts *Farley v Skinner* et *Ruxley Electronics* sont partiellement reproduits et commentés par E. MCKENDRICK, *Contract Law. Text, Cases and Materials*, 6^e éd., Oxford, OUP, 2014, respectivement p. 847 et s. et p. 818 et s. ; pour un aperçu de l'ensemble des principes applicables à l'indemnisation du préjudice moral dans les « contracts for enjoyment or alleviation of distress », v. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 515 et s.

222. La convergence des droits en matière d'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux. En dépit de la « définition indûment restrictive du dommage » et des « difficultés à reconnaître l'existence d'un dommage [...] qui ne serait pas financier par nature » du droit anglais¹¹⁸⁷, celui-ci se montre donc de plus en plus réceptif à l'indemnisation du préjudice moral. Les différences avec le droit français, qui admet la réparation du préjudice moral au même titre que celle du préjudice matériel, tendent à s'estomper en même temps que les exceptions à la règle de l'indemnisation du seul préjudice économique tangible se font plus fréquentes¹¹⁸⁸. Le droit allemand évolue aussi vers une meilleure indemnisation du préjudice moral, mais avec plus de difficultés. Ce n'est que depuis la réforme du droit des obligations de 2002 que le préjudice moral est indemnisé en matière contractuelle¹¹⁸⁹. Or, à moins d'une disposition légale spéciale (à l'instar du §651f BGB à propos du voyage à forfait), le préjudice moral ne peut être indemnisé qu'en cas d'atteinte à un intérêt spécialement protégé (§253 BGB)¹¹⁹⁰. Cet encadrement très strict de l'indemnisation du préjudice moral explique que le droit allemand soit moins enclin à reconnaître les intérêts contractuels extrapatrimoniaux du créancier¹¹⁹¹.

223. L'indemnisation du préjudice moral au titre de l'intérêt positif lorsque le bénéficiaire immatériel est prévu par le contrat. Dans les hypothèses qui ont été décrites, l'intérêt immatériel du créancier (agrément des vacances, utilisation d'une installation de détente, assurance d'une tranquillité dans la future résidence) constituait précisément le but du contrat, si bien qu'il nous semble que l'indemnisation de sa perte devait nécessairement être accordée. Cet intérêt immatériel était bien entré dans le champ contractuel. Il était connu et assumé par le débiteur, et l'on ne voit à quel titre l'indemnisation de son défaut serait refusée¹¹⁹². Il s'agit simplement d'un gain manqué¹¹⁹³ dont le créancier peut obtenir la

¹¹⁸⁷ E. MCKENDRICK, « Breach of Contract and the Meaning of Loss », (1999) 52 *Current Legal Problems* 37, spéc. p. 38.

¹¹⁸⁸ V. le même constat par S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract. A comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford, OUP, 2012, spéc. p. 121 et s.

¹¹⁸⁹ L'indemnisation du préjudice moral, autrefois prévue au §847 BGB, a été déplacée vers la partie générale du droit des obligations, au §253 BGB, ce qui l'a rendue applicable aussi bien à la réparation contractuelle que délictuelle.

¹¹⁹⁰ §253 BGB « Dommage moral » : « (1) Il n'est possible d'exiger une réparation en argent d'un dommage qui n'est pas patrimonial que dans les cas précisés par la loi. (2) Si des dommages-intérêts doivent être versés pour lésion corporelle, atteinte à la santé, privation de liberté ou atteinte à l'autodétermination sexuelle, il est possible d'exiger également une équitable réparation en argent du dommage qui n'est pas patrimonial. », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹¹⁹¹ Les faits à l'origine des arrêts *Ruxley Electronics and Farley v Skinner* n'auraient pas pu fonder une demande en indemnisation d'un préjudice moral en droit allemand, sauf pour le second à considérer que les nuisances sonores constituent une atteinte à la santé, ce qui apparaît délicat.

¹¹⁹² Les difficultés liées à l'évaluation pécuniaire de cet intérêt immatériel sont d'ailleurs beaucoup plus faciles à surmonter en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, v. les théories économiques avancées par D.

réparation par des dommages et intérêts compensatoires. Toutefois, c'est uniquement parce que le contrat était précisément destiné à « enrichir immatériellement » le créancier que cette solution s'impose. Lorsque le contrat est tourné vers un but économique, et que le préjudice moral est subi seulement à l'occasion de son (in-)exécution, le rattachement aux dommages et intérêts compensatoires est plus problématique.

2. Les préjudices moraux résultant d'une atteinte à la personne

224. Une autre forme de préjudice moral : celui qui touche à l'atteinte à la personne.

L'atteinte aux intérêts moraux qui sont entrés dans le contrat est une chose, l'atteinte à des intérêts moraux qui survient à l'occasion du contrat en est une autre. Cette deuxième hypothèse, selon nous, n'a pas véritablement sa place dans le droit de la responsabilité contractuelle. En toute hypothèse, elle doit être bien distinguée de la première. Deux auteurs anglais, Ewan McKendrick et Katherine Worthington, ont proposé une distinction très pertinente entre, d'une part, les dommages moraux qui consistent dans la perte d'un bénéfice immatériel prévu par le contrat (qui viennent d'être présentés) et, d'autre part ceux qui sont imputable à l'inexécution et ses circonstances¹¹⁹⁴. En effet, même lorsque le contrat ne fait qu'organiser les intérêts patrimoniaux des parties, son exécution peut être la scène de dommages qui touchent la personne du créancier. Le contrat de travail, par exemple, poursuit avant tout des objectifs économiques, mais il peut fournir l'occasion d'atteintes à la santé du salarié¹¹⁹⁵. Etonnamment, ces préjudices moraux, qui ne sont qu'accessoires au but principal du contrat, sont plus facilement indemnisés par le droit allemand que la perte d'un bénéfice immatériel promis par le contrat. C'est que le fondement de leur indemnisation n'est plus le contrat lui-même, mais l'atteinte à l'intégrité de la personne. Or, selon le §253 al. 2 BGB :

« Si des dommages-intérêts doivent être versés pour lésion corporelle, atteinte à la santé, privation de liberté ou atteinte à l'autodétermination sexuelle, il est possible d'exiger également une équitable réparation en argent du dommage qui n'est pas patrimonial. »¹¹⁹⁶

Ainsi, en droit allemand, lorsque le préjudice moral accompagne une atteinte à la personne, il peut être indemnisé. Par exemple, si une patiente atteinte d'un cancer consent à l'ablation de son ovaire gauche et que le chirurgien, constatant pendant l'opération l'étendue plus

HARRIS, A. OGUS, J. PHILLIPS, « Contract Remedies and the Consumer Surplus », (1979) 95 LQR 581, spéc. p. 583.

¹¹⁹³ Sur lequel v. *supra*, spéc. n° 209.

¹¹⁹⁴ E. MCKENDRICK, K. WORTHINGTON, « Damages for Non-Pecuniary Loss », in : *Comparative Remedies for Breach of contract*, dir. N. COHEN, E. MCKENDRICK, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 287.

¹¹⁹⁵ V. la jurisprudence relative à l'amiante citée *infra*, spéc. n° 365.

¹¹⁹⁶ §253 al. 2 BGB, trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

importante de la tumeur, procède d'office à l'ablation complète des deux ovaires et de l'utérus, la patiente subit un préjudice moral dont elle peut réclamer l'indemnisation quand bien même une deuxième opération à cet effet aurait été inévitable¹¹⁹⁷. L'atteinte à la santé est d'ailleurs entendue assez largement. Le passager ferroviaire est ainsi fondé à réclamer à la *Deutsche Bahn* l'indemnisation de son préjudice moral constitué par l'inconfort dont il a été victime, ayant dû retenir une envie pressante d'uriner pendant deux heures dans un train à grande vitesse reliant Frankfort à Dresde et dont toutes les toilettes avaient été fermées à clé par le personnel, car elles n'avaient plus d'eau¹¹⁹⁸. Quoique l'on puisse toujours rattacher la protection de la santé du cocontractant à la convention au prétexte d'une obligation de sécurité¹¹⁹⁹, le contrat de transport n'est pas dirigé vers le confort du créancier, mais vers son déplacement d'un point A à un point B. Les dommages et intérêts moraux indemnifiés par le droit allemand sont donc fondamentalement différents de ceux mis en avant par la théorie du *consumer surplus*, qui constituent la déception d'une attente subjective prévue au contrat.

225. Une réparation contractuelle inappropriée. Les préjudices moraux subis à l'occasion de l'(in-)exécution du contrat et qui affectent la personne du créancier relèvent-ils de la réparation contractuelle ? La célèbre phrase du Doyen Carbonnier nous rappelle que :

« [...] ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité : l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat ; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 s. »¹²⁰⁰

Si le bénéfice immatériel en vue duquel le contrat a été conclu mérite, selon nous, le même traitement que l'intérêt pécuniaire attendu du contrat, il n'en va pas de même quand du dommage moral qui est le corollaire d'une atteinte à la personne. Il est certes possible de rattacher ces dommages moraux à la responsabilité contractuelle, mais il n'apparaît ni fondé, ni opportun de le faire. Le rattachement à la responsabilité contractuelle n'est pas fondé, dans la mesure où le respect de l'intégrité corporelle du créancier ne fait pas partie, dans ces hypothèses, de l'intérêt positif du créancier à la réalisation du contrat. Ce n'est pas l'un des

¹¹⁹⁷ BGH, 3 févr. 1967, VI ZR 111/65, VersR 1967, 495 (tranché sur le fondement du §847 BGB car antérieur à la consécration du contrat de soin et à la réforme du droit des obligations), cité par P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin, New York, de Gruyter, 2000, spéc. p. 207 et s.

¹¹⁹⁸ Amtsgericht Frankfurt am Main, 25 avril 2002, 32 C 261/01, NJW 2002, 2253 (tranché par une juridiction administrative du fait de la qualité de transporteur public du défendeur, sur le fondement de l'ancien §847 BGB, précurseur du §253 BGB), cité par S. MARTENS, R. ZIMMERMANN, rapport allemand sur « Non-pecuniary Damages in General », in : *Digest of European Tort Law*, dir. B. WINIGER, H. KOZIOL, B. KOCH, R. ZIMMERMANN, Vol. 2, *Essential Cases on Damages*, Berlin, De Gruyter, 2011, spéc. 11/2, n° 15, p. 501 et s.

¹¹⁹⁹ A l'instar du droit français depuis l'arrêt de principe Civ., 21 nov. 1911, *DP.*, 1913, 1, 249, note L. SARRUT ; S., 1912, 1, 73, note C. LYON-CAEN.

¹²⁰⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, op. cit., spéc. n° 197, p. 691.

bénéfices spécifiquement attendus de l'exécution (*statu ad quem*). Aussi ne peut-on pas qualifier ce préjudice moral de perte subie ou de gain manqué à prendre en considération dans le rétablissement de l'intérêt positif. Le rattachement à la responsabilité contractuelle est de surcroît inopportun, dans la mesure où la réparation contractuelle est contenue, alors que la réparation d'une atteinte à la personne se doit d'être intégrale¹²⁰¹. Les limitations de la réparation contractuelle n'ont pas de raison de s'appliquer aux atteintes à la personne, si le contrat ne constitue que l'occasion et non la raison de leur survenance. Aussi approuvons-nous l'avant-projet Catala, lorsqu'il décide que la règle du non-cumul doit être écartée en cas de dommage corporel, afin de permettre au créancier de se fonder sur la responsabilité délictuelle pour obtenir la réparation de ses préjudices corporels patrimoniaux et extrapatrimoniaux¹²⁰².

En conclusion, le préjudice moral qui consiste dans la perte d'un bénéfice immatériel conféré par le contrat a vocation à être compensé par les dommages et intérêts compensatoires de la responsabilité contractuelle. Il doit être distingué, autant que faire se peut¹²⁰³, du préjudice moral qui accompagne une atteinte à la personne subie à l'occasion de l'inexécution et qui serait mieux réparé par la responsabilité extracontractuelle. Il échapperait alors aux limitations de la réparation contractuelle qu'il s'agit maintenant de présenter.

¹²⁰¹ Sur le principe de réparation intégrale appliqué à la réparation contractuelle, v. *infra*, spéc. n° 245 et s.

¹²⁰² P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006, spéc. art. 1341, al. 2.

¹²⁰³ Pour des illustrations des hypothèses dans lesquelles le partage entre l'une et l'autre catégorie peut s'avérer difficile, v. E. MCKENDRICK, K. WORTHINGTON, « Damages for Non-Pecuniary Loss », *op. cit.*, spéc. p. 313 et s.

Section 2. La réparation encadrée par les dommages et intérêts compensatoires

226. Les limitations de la réparation contractuelle et leur rôle dans l'étude des fonctions de la responsabilité. L'encadrement de la réparation contractuelle semble universel. Comme l'a relevé Guenter Treitel dans son étude comparative des sanctions de l'inexécution :

« Tous les systèmes juridiques s'accordent à poser certaines limites à la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts pour inexécution du contrat. »¹²⁰⁴.

Il ne recense pas moins de sept méthodes dirigées vers la limitation des dommages et intérêts : l'exigence d'une faute, la prévisibilité, la causalité, la liberté d'appréciation du juge, la minimisation du dommage, le caractère certain du dommage et enfin d'autres limitations spécifiques¹²⁰⁵.

Les limitations de la réparation contractuelle intéressent l'étude des fonctions de la responsabilité contractuelle à plusieurs niveaux. Pour commencer, elles soulignent une certaine spécificité contractuelle et montrent que l'inscription de la réparation dans le sillage du contrat ne laisse pas celle-ci indifférente. Elles traduisent, en outre, l'ambiguïté de la relation qui unit la réparation et les dommages et intérêts compensatoire. La réparation détermine les dommages et intérêts compensatoires, en servant de modèle à leur calcul, mais ce sont aussi les dommages et intérêts compensatoires qui déterminent la réparation, en la définissant et en l'encadrant. Par ailleurs, lorsque nous en viendrons à l'étude de la peine privée, il sera à nouveau question de ces limitations dans la perspective, cette fois, de leur dépassement : ces limitations constituent des barrières ordinaires de la réparation qui peuvent « sauter » pour permettre à la peine privée de s'exprimer¹²⁰⁶.

227. Exclusion des limitations conventionnelles de la réparation. L'encadrement des dommages et intérêts compensatoires peut être prévu par les parties elles-mêmes. Les clauses de dommages et intérêts aboutissent parfois à une limitation de la réparation¹²⁰⁷, mais ce sont les clauses limitatives de réparation qui sont précisément dirigées vers ce but. Sans revenir sur ce qui a déjà été dit à leur sujet dans le chapitre précédent, il peut être rappelé que ces clauses

¹²⁰⁴ G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, op. cit., spéc. n° 122.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, spéc. n° 123 et s., p. 144 et s.

¹²⁰⁶ V. *infra*, spéc. n° 338 et s. pour les plafonds et forfaits de réparation et spéc. n° 357 et s. pour la prévisibilité du dommage contractuel.

¹²⁰⁷ V. sur la clause d'indemnisation forfaitaire et sa distinction de la clause pénale *infra*, spéc. n° 317 et n° 319.

qui permettent de limiter les dommages et intérêts compensatoires ne sont pas applicables aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution¹²⁰⁸. Par ailleurs, le test de l'obligation essentielle est inutile dans le modèle proposé, puisque la dette d'exécution est déjà préservée par l'inapplicabilité de la clause aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution¹²⁰⁹. A l'inverse, à moins qu'elle ait été insérée dans un contrat de consommation¹²¹⁰ ou qu'elle génère un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » sanctionné par le Code de commerce¹²¹¹ et peut-être bientôt par le Code civil¹²¹², la clause limitative de réparation qui pose un plafond aux dommages et intérêts compensatoires est en principe valide.

Ce sont les limitations de la réparation prévues par la loi (ou, le cas échéant, la jurisprudence) qui concentreront notre attention. Il s'agira d'abord de répertorier les méthodes utilisées par les droits français, allemand et anglais, pour limiter les dommages et intérêts compensatoires (§1) pour pouvoir analyser, ensuite, la spécificité de la réparation contractuelle que ces limitations révèlent (§2).

§1. Le cantonnement du préjudice contractuel réparable

228. Variété des méthodes. Le préjudice, pour être réparable, doit être certain, personnel, et porter sur un intérêt légitime¹²¹³. La spécificité de l'encadrement du préjudice contractuel, en droit français, tient à l'exigence supplémentaire de sa prévisibilité (A). Les méthodes d'encadrement du préjudice réparable apparaissent plus variées en droit comparé¹²¹⁴ (B).

¹²⁰⁸ V. *supra*, spéc. n° 186

¹²⁰⁹ V. *supra*, spéc. n° 187.

¹²¹⁰ V. spéc. l'art. R. 132-1 du Code de la consommation : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : [...] 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations [...] ».

¹²¹¹ V. spéc. l'art. L. 442-6 du Code de commerce : « I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties [...] ».

¹²¹² V. le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *op. cit.*, spéc. art. 1169 : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. ».

¹²¹³ Sur ces trois caractères du dommage, v. not. M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, Traité de Droit civil*, dir. N. Molfessis, t. 5, 2^e éd., Paris, Economica, 2012.

¹²¹⁴ V. not. G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.*, spéc. « Chapter VI. Methods of limiting damages », n° 122 et s. et H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON,

A. La prévisibilité du dommage contractuel en droit français

1. Les justifications de la règle

229. L'article 1150 du Code civil et le sens du dommage prévisible. En droit français de la responsabilité contractuelle, le dommage réparable est celui qui a été prévu par les parties ou qui était prévisible au moment de la conclusion du contrat¹²¹⁵. C'est ce dont dispose l'article 1150 du code civil :

« Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. »¹²¹⁶

La règle bicentenaire est invoquée principalement dans les contrats de transport ou de dépôt¹²¹⁷. Elle permet notamment de limiter la réparation en cas de perte à la valeur dont le transporteur ou le dépositaire avait connaissance ou qu'il pouvait légitimement supposer au vu des circonstances, même si la valeur réelle est en fait beaucoup plus élevée. Encore faut-il s'entendre sur ce à quoi s'applique la prévisibilité : est-ce la *quotité*, c'est-à-dire le montant du dommage, qui doit être prévisible, ou seulement sa cause, autrement dit sa nature ?¹²¹⁸ Un transporteur n'ignore jamais que ce qu'il transporte peut être détérioré ou perdu, c'est la valeur de ce qui est transporté qu'il ne connaît pas toujours, et donc la valeur du dommage en cas de perte. En 1924, la Cour de cassation renversa la jurisprudence ancienne qui accordait l'indemnisation dès que la cause du dommage était prévisible, en rappelant que l'article 1150 « ne fait aucune allusion à la prévision de la cause du dommage » et que « loin de mettre à la charge du débiteur de bonne foi des dommages et intérêts dont la quotité dépasserait ses prévisions », il dit au contraire qu'il ne doit être tenu que des dommages et intérêts prévus au contrat¹²¹⁹. Elle précisa par la suite que c'est le dommage dans ses « éléments constitutifs » qui doit être prévisible, et non sa valeur monétaire, qui peut subir des variations¹²²⁰. Dit simplement : la prévisibilité s'attache au dommage lui-même¹²²¹ et non aux dommages et

S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2010, spéc. « 21.4 Restrictions on damages recoverable », p. 1002 et s.

¹²¹⁵ Une étude complète a été consacrée à cette exigence de prévisibilité : I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, th. Paris II, 1979.

¹²¹⁶ Code civil, art. 1150.

¹²¹⁷ PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013, spéc. n° 965.

¹²¹⁸ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, spéc. n° 564.

¹²¹⁹ Com., 27 juil. 1924, *S.*, 1925, 1, p. 321, note R. LESCOT.

¹²²⁰ Com., 4 mars 1965, pourvoi n° 60-12767, *Bull.*, n° 171 : « vu l'article 1150 du code civil ; attendu que les dispositions de ce texte, qui limitent la responsabilité du débiteur, concernent seulement la prévision ou la prévisibilité des éléments constitutifs du dommage, et non l'équivalent monétaire destiné à le réparer [...] » ; confirmé par Civ. 1^{ère}, 6 déc. 1983, pourvoi n° 82-14898, *Bull. civ.*, I, n° 287.

¹²²¹ Contrairement à ce que la lettre de l'art. 1150 du Code civil laisse entendre en faisant référence aux dommages et intérêts.

intérêts qui sont l'équivalent monétaire destiné à le réparer¹²²². Il faut encore ajouter que la prévisibilité s'apprécie *in abstracto*, ce qui signifie que « le dommage réparable est celui que pouvait ou devait prévoir un homme ordinaire placé dans les circonstances de l'espèce »¹²²³. La référence aux circonstances n'est pas anodine : il peut être prévisible qu'un client dépose un objet de valeur dans un restaurant de luxe, quand le même dépôt peut être imprévisible dans un autre lieu¹²²⁴.

230. Les fondements de l'exclusion du dommage imprévisible. C'est l'autonomie de la volonté qui sert d'assise théorique à l'exclusion de la réparation du dommage imprévisible¹²²⁵. Selon la doctrine classique, le paiement de dommages et intérêts pour inexécution a été intégré à la convention sous la forme d'un engagement subsidiaire auquel le débiteur a tacitement consenti en même temps qu'à l'obligation principale¹²²⁶. Selon une vision plus moderne, les conséquences de l'inexécution ont tout au moins été envisagées dès la conclusion du contrat par les parties, lesquelles se sont engagées en considération non seulement des bénéfices attendus du contrat, mais aussi des risques encourus en cas d'inexécution¹²²⁷. En dépit des réserves que suscite le rattachement du refus d'indemnisation

¹²²² F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.*, spéc. p. 408 : « En d'autres termes, la prévisibilité a pour objet non pas la réparation mais le dommage. »

¹²²³ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6^e éd., Paris, Litec, 1998, spéc. n° 1668.

¹²²⁴ L'exemple est emprunté à A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., Paris, Montchrestien, 2014, v. spéc. n° 415 et les réf. citées.

¹²²⁵ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2011, spéc. n° 331, qui renvoie à l'étude d'I. ISOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel, op. cit.*

¹²²⁶ C'était la vision de la doctrine au XIX^e siècle, v. not. C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Cours de Code Napoléon XXIV, Paris, Durand, Hachette, 1868, spéc. n° 578, p. 559 et p. 560 « la vraie cause de l'obligation subsidiaire des dommages-intérêts, réside dans une clause tacite de la convention elle-même, par laquelle le débiteur consent à indemniser le créancier pour le cas où l'obligation principale ne serait pas exécutée » ; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 8^e éd., Paris, J. Delamotte, 1892, spéc. n° 521 : « convention accessoire tacitement arrêtée [sur la dette de dommages-intérêts] » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. 1, Paris, 3^e éd., Paris, Recueil J.-B. Sirey et Journal du Palais, 1906, spéc. n° 483, p. 516 : « l'obligation de payer des dommages et intérêts est considérée dans ce cas comme résultant d'une convention tacite » ; l'idée selon laquelle l'inexécution est prévue par les cocontractants est reprise par H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in : *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 643, spéc. p. 651 : « C'est tant l'inexécution du contrat par l'un ou l'autre des contractants que son exécution qui sont prévues par les parties. » et p. 653 : « L'article 1150 du Code civil se justifie, s'impose même par respect des prévisions contractuelles. [...] il ne s'explique que pour elles et par elles. »

¹²²⁷ V. not. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. 2, Obligations : théorie générale. Biens : droit de propriété et ses démembrements*, Paris, Montchrestien, 1956, spéc. n° 629 : « Chacune des parties ne s'engage qu'en prévision des avantages que lui procurera le contrat et des charges qui en résulteront ; elle prévoit l'inexécution des obligations qu'elle assume, et ses conséquences ; elle ne veut pas s'engager au-delà des dommages prévisibles ; elle ne doit pas être tenue à plus. » ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations 2. Contrat*, 6^e éd., Paris, 1998, spéc. n° 1671 : « le débiteur ne pouvait pas vouloir s'engager au-delà de ce qu'il a pu prévoir. L'obligation, même inexécutée, reste attachée à l'accord de volontés qui lui a donné naissance [...] » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 157 : « Cette limitation de la responsabilité au dommage prévisible paraît se rattacher à la notion même de contrat : la satisfaction dont le créancier se trouve privé n'était pas entrée dans le champ des volontés contractuelles. »

du préjudice imprévisible à la volonté des parties¹²²⁸, on peut adhérer à l'idée selon laquelle chacun doit pouvoir prendre la mesure de ce à quoi il s'engage, c'est-à-dire non seulement ce qu'il promet, mais aussi ce à quoi il sera tenu s'il ne tient pas sa promesse. Il n'est pas nécessaire, ni même réaliste, de postuler que le débiteur a, dès l'origine, anticipé ce que l'on pourrait appeler le « coût de sa trahison ». Il est possible, en revanche, de lire dans l'article 1150 du Code civil le souci de lui « évit[er] de trop graves surprises »¹²²⁹. La règle est promotrice de sécurité juridique. Dans le même temps, elle encourage les parties à s'informer réciproquement des enjeux liés à l'exécution pour permettre une allocation efficace des risques entre elles¹²³⁰. Ainsi, le débiteur auquel auront été révélées les enjeux de l'exécution pourra préférer ne pas s'engager « ou il demandera un supplément de prix, destiné à le couvrir d'une assurance qu'il peut contracter à cet effet, à moins qu'il ne préfère, en percevant le supplément, rester son propre assureur »¹²³¹. Enfin, on peut voir dans la règle de l'article 1150 du Code civil une « faveur » exceptionnelle faite au débiteur de bonne foi¹²³², faveur qui trouve son appui non seulement dans des considérations morales¹²³³, mais aussi économiques. La disposition aurait pour effet d'endiguer la menace d'une réparation trop étendue qui découragerait les engagements consensuels et freinerait les échanges¹²³⁴.

Les arguments en faveur de la règle de prévisibilité ne manquent pas¹²³⁵ et la force de l'évidence avec laquelle la règle semble s'imposer contraste avec le faible intérêt qu'elle a suscité dans la jurisprudence française.

¹²²⁸ V. not. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 93.

¹²²⁹ V. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 333.

¹²³⁰ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 94.

¹²³¹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 563.

¹²³² V. not. PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 964, qui renvoie aux premiers commentateurs du Code civil ainsi qu'à G. DURRY, *RTD civ.*, 1976, p. 353.

¹²³³ C'est uniquement le débiteur de bonne foi qui est favorisé par cette limitation, tandis que le débiteur coupable de mauvaise foi ne peut plus en bénéficier (selon la formule même de l'art. 1150 du Code civil ; « [...] lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ») ; sur cette exception v. nos dév. détaillés *infra*, spéc. n° 357 et s.

¹²³⁴ V. not. M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, spéc. p. 305 : « [...] la réparation du seul dommage prévisible peut trouver une nouvelle raison d'être dans des considérations pratiques, dans la nécessité d'un commerce contractuel. Afin de favoriser les transactions, on évite d'accabler le débiteur en répartissant les pertes entre le créancier et lui. » ; l'argument est mis en avant de manière générale pour l'ensemble des mesures de limitation de la réparation contractuelle par G. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A comparative Account*, *op. cit.*, spéc. n° 122 : « The more probable view is simply that the full protection of the expectation and reliance interests would operate either as too strong a disincentive to the assumption of contractual obligations, or to an undue raising of charges to cover such unlimited liability. ».

¹²³⁵ La thèse qui y a été consacrée avait d'ailleurs pour objet d'en souligner les vertus : I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, th. Paris II, 1979, au sous-titre déjà évocateur : « Défense et illustration de l'article 1150 du Code civil ».

2. L'application de la règle

231. Une règle retrouvée. Jusqu'à récemment, l'exigence de prévisibilité du dommage contractuel était présentée comme une règle juste, mais peu utile. La doctrine soulignait qu'elle n'était presque jamais appliquée par les tribunaux¹²³⁶ ; elle la qualifiait de « règle oubliée » par la pratique¹²³⁷. Patrice Jourdain écrivait dans une étude sur « Les dommages-intérêts alloués par le juge » publiée en 2001 que l'article 1150 du Code civil « tend[ait] à tomber en désuétude »¹²³⁸. Depuis, le ton a changé et l'on annonce au contraire sa « résurrection »¹²³⁹. L'article 1150 du Code civil est réapparu dans plusieurs arrêts de cassation rendus à partir de 2011. Le premier à initier la série a été rendu à propos de voyageurs qui mettaient en jeu la responsabilité de la SNCF parce que l'arrivée du train prévu à la gare de Paris Montparnasse en fin de matinée s'était finalement effectuée à la gare de Massy-Palaiseau en début d'après-midi, les privant de la possibilité de poursuivre leur route vers Cuba *via* l'aéroport d'Orly. La juridiction de proximité de Saint-Nazaire avait condamné la SNCF à verser aux clients des dommages et intérêts couvrant les billets de trains et suppléments de changement pour le retour (221,60 euros) et les frais de restauration et de taxi déboursés à Paris dans l'attente du retour (87,90 euros) mais également les frais de voyage et de séjour à Cuba (2 827 euros) ainsi qu'un préjudice moral lié à la déception de n'avoir pu faire le voyage convoité (estimé à 300 euros). La Cour de cassation, par un arrêt de la première chambre civile du 28 avril 2011, cassa la décision au visa de l'article 1150 du Code civil, pour la raison :

« qu'en se déterminant par des motifs généraux, sans expliquer en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale de M. et Mme X... et que ces derniers avaient conclu des contrats de transport aérien, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision »¹²⁴⁰.

¹²³⁶ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil, op. cit.*, spéc. n° 319 et n° 331.

¹²³⁷ A BENABENT, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 415.

¹²³⁸ P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2001, p. 263-305, spéc. p. 282

¹²³⁹ Selon l'expression employée par S. HOCQUET-BERG, « Conditions de la responsabilité : dommage prévisible. Avocat empêché d'assister son client à cause du retard d'un train », note sous Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, pourvoi n° 11-13177, *RCA*, 2012, comm. n° 330.

¹²⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *Bull.*, 2011, I, n° 77, *D.*, 2011, p. 1725, note M. BACACHE ; *RDC*, 2011, p. 1156, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RDC*, 2011, p. 1163, obs. G. VINEY ; *RTD civ.*, 2011, p. 547 ; obs. P. JOURDAIN.

Depuis, la censure des décisions de juridictions du fond octroyant des dommages et intérêts à hauteur du coût du billet d'avion pour le vol manqué à cause du retard d'un train est systématique¹²⁴¹.

Les professionnels du droit ne sont d'ailleurs pas mieux traités que les vacanciers. En 2010 encore, la Cour d'appel de Paris avait octroyé à un avocat contraint de manquer sa plaidoirie et à la société dont il était l'unique associé des dommages et intérêts à hauteur de 500 euros pour le préjudice moral du premier et d'une somme couvrant, pour le second, le billet de train (une dizaine d'euros), la rémunération convenue pour la plaidoirie (1 000 euros), un manque à gagner calculé sur la base du taux horaire de l'avocat (825 euros) et la perte de crédibilité vis-à-vis du client (évaluée à 1 000 euros)¹²⁴². Depuis 2011, l'avocat qui utilise les services de la SNCF dans le but d'assister un client à une audience au tribunal ne peut obtenir l'indemnisation de la perte d'honoraires, de la perte de crédibilité et du préjudice d'inquiétude et d'énervernement engendrés par le retard du transporteur sans attirer l'ire de la Cour de cassation¹²⁴³. Le Professeur de Droit contraint d'annuler son cours à l'Université à cause d'un retard du train qu'il emprunte pour s'y rendre devra pareillement voir ses demandes en indemnisation d'un manque à gagner et d'une perte de réputation écartées, si tant est qu'il parvienne à apporter des preuves tangibles de l'existence de ces préjudices¹²⁴⁴.

232. Le préjudice prévisible ne doit pas être confondu avec le préjudice intrinsèque. Si la règle nous paraît justifiée et sa remise au goût du jour bienvenue, il n'est pas certain que l'application suggérée par la Cour de cassation ne se montre pas trop sévère à l'égard du créancier. Le danger à éviter est celui d'une confusion du préjudice intrinsèque et du préjudice prévisible. Le préjudice intrinsèque que décrivait Pothier¹²⁴⁵, et qui correspond à la perte de la prestation promise¹²⁴⁶, est naturellement toujours prévisible, puisqu'il a été précisément prévu par le contrat dont il en forme l'objet. Comme nous l'avons vu, il est préférable d'abandonner

¹²⁴¹ Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, pourvoi n° 10-11539, inédit ; Civ. 1^{ère}, 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-26522, inédit ; Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, pourvoi n° 12-26975, inédit, tous trois cités par F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.*, spéc. note 34, p. 411.

¹²⁴² CA Paris, 22 sept. 2010, RG n° 08/14438, *D.*, 2011, p. 1445, obs. H. KENFACK ; l'arrêt est notable également en ce qu'il semble admettre que la SNCF est tenue d'une obligation de ponctualité de résultat (la qualification est explicite en 1^{ère} instance et n'est pas remise en cause par la CA, quoiqu'elle n'emploie pas le même vocabulaire).

¹²⁴³ Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, pourvoi n° 11-13177, *Bull.*, 2012, I, n° 185, *RCA*, 2012, comm. n° 330, note S. HOCQUET-BERG.

¹²⁴⁴ L'indemnisation de ces deux chefs de préjudice a été écartée par le tribunal d'instance de Paris du 14^{ème} arrondissement, non sur le motif d'un défaut de prévisibilité mais de l'absence de preuve des préjudices allégués : TI Paris 14^e ardt, 2 nov. 2011, n° 91-11-000024, *D.*, 2012, p. 609, obs. V. AVENA-ROBARDET.

¹²⁴⁵ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 161 et s.

¹²⁴⁶ V. *supra*, spéc. n° 154.

l'assimilation de cette perte consubstantielle à l'inexécution à un « dommage »¹²⁴⁷ et de considérer plutôt que les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution constituent un substitut de l'exécution¹²⁴⁸. Si, dans le même temps, on retient une conception si étroite du préjudice prévisible qu'on le ramène à la seule perte de la prestation promise, on en vient finalement à écarter purement et simplement tous dommages et intérêts compensatoires. Le créancier ne peut rien obtenir d'autre que l'exécution ou un équivalent de sa valeur monétaire ; la responsabilité contractuelle ne remplit plus aucune fonction indemnitaire.

Il ne faut donc pas confondre préjudice intrinsèque et préjudice prévisible. Les dommages et intérêts compensatoires ne visent pas la perte de la prestation elle-même, dont le sort est réglé par les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Les dommages et intérêts compensatoires s'intéressent exclusivement aux suites de l'inexécution, aux préjudices extrinsèques. Comme le souligne Mireille Bacache, il s'agit « d'aller au-delà des dommages et intérêts intrinsèques ou consubstantiels pour réparer une partie des dommages consécutifs ou extrinsèques, ceux qui sont prévisibles pour le débiteur ». Faire coïncider le préjudice prévisible avec le préjudice intrinsèque rendrait l'art. 1150 inutile, alors qu' :

« [e]n revanche, si les dommages et intérêts contractuels ont une véritable fonction indemnitaire, le débiteur responsable devrait en principe réparer tous les préjudices liés par un lien de causalité certain avec la faute contractuelle. L'article 1150 trouve alors tout son sens et acquiert une véritable valeur ajoutée puisqu'il limite la réparation au seul dommage prévisible. Le texte n'exprime plus une règle naturelle voire superfétatoire mais marque la spécificité du régime contractuel. »¹²⁴⁹

Il faut donc veiller à ce que l'exigence de prévisibilité ne soit pas interprétée de manière trop étroite. Or, les arrêts rendus par la Cour de cassation à partir des années 2011 font surgir quelques inquiétudes sur l'étendue du préjudice prévisible qu'il convient de retenir.

233. L'étendue du dommage prévisible. Comme le relève Geneviève Viney, « même si la haute juridiction ne prend pas explicitement parti sur la prévisibilité des différentes composantes des dommages invoqués », qui relève de l'appréciation des juges du fond, « la formule qu'elle emploie ne laisse guère de doute sur le fait qu'elle considère le manquement de la correspondance avec l'avion comme un dommage imprévisible pour la SNCF »¹²⁵⁰. D'ailleurs, dans l'arrêt du 26 septembre 2012, la première chambre civile donne un indice très clair de sa vision lorsqu'elle reproche à la Cour d'appel de n'avoir pas caractérisé la

¹²⁴⁷ V. *supra*, spéc. n° 159 et s.

¹²⁴⁸ V. *supra*, spéc. n° 167.

¹²⁴⁹ M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *D.*, 2011, p. 1725, spéc. p. 1726.

¹²⁵⁰ G. VINEY, « Le dommage imprévisible », obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *RDC*, 2011, p. 1163, spéc. p. 1169.

prévisibilité « si ce n'est quant au coût de celui-ci rendu inutile par l'effet du retard subi »¹²⁵¹. Il semble bien que, pour la Cour de cassation, le dommage prévisible ne devrait comprendre que le coût du transport lui-même, et aucune des suites de l'inexécution. Cette solution n'est pas la bonne¹²⁵². Comme le souligne Geneviève Viney, le manquement d'une correspondance est « un événement très fréquent » et un risque « normal » pour le transporteur¹²⁵³. Il en va de même, il nous semble, du préjudice moral subi par le passager immobilisé dans un train plusieurs heures. Outre la compensation du prix du billet, qui ressort des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, l'inexécution entraîne bien deux préjudices indemnisables : une perte matérielle relative aux coûts de la correspondance ratée et éventuellement un préjudice moral lié au stress et à l'énervement. Ces préjudices sont suffisamment fréquents et classiques pour être validés par le test *in abstracto* de la prévisibilité au jour de la conclusion du contrat. La SNCF doit prévoir que les voyageurs ne terminent pas leur voyage dans la gare, mais le poursuivent éventuellement par voie ferroviaire, maritime ou aérienne¹²⁵⁴. A l'inverse, ce qui se passe à l'issue de la correspondance n'est plus prévisible pour la SNCF. La manière dont le voyageur envisage d'utiliser son temps une fois arrivé à destination (plaider ou profiter d'un séjour) ne la regarde plus. Pareille définition de la prévisibilité appliquée au contrat de transport a déjà été retenue par des juridictions du fond¹²⁵⁵. Elle nous paraît trouver un juste compromis entre l'impératif d'indemnisation des créanciers et le souci de ne pas faire peser une trop lourde charge sur les débiteurs¹²⁵⁶. Autrement dit, elle reflète l'impératif de

¹²⁵¹ Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, pourvoi n° 11-13177, *Bull.*, 2012, I, n° 185, préc. : « Qu'en se déterminant par ces motifs impropres à établir que le dommage invoqué était prévisible lors de la conclusion du contrat de transport, si ce n'est quant au coût de celui-ci rendu inutile par l'effet du retard subi, et constituait une suite immédiate et directe de l'inexécution de ce contrat, la juridiction de proximité a privé sa décision de base légale ».

¹²⁵² V. également S. HOCQUET-BERG, « Conditions de la responsabilité : dommage prévisible. Avocat empêché d'assister son client à cause du retard d'un train », *op. cit.*, qui critique la radicalité de cette position et propose de « reconnaître au juge un pouvoir de modération du *quantum* de la réparation, en considérant qu'il doit exister un certain rapport de proportionnalité entre la valeur de la prestation promise et le montant des dommages-intérêts alloués », spéc. *in fine*.

¹²⁵³ G. VINEY, « Le dommage imprévisible », obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *RDC*, 2011, p. 1163, spéc. p. 1170.

¹²⁵⁴ Il serait possible, si l'on voulait contenir le dommage réparable dans des limites plus étroites, de considérer l'hypothèse d'une correspondance maritime prévisible seulement si la destination est une ville portuaire (Nice, Toulon...) et que celle d'une correspondance aérienne l'est si la gare de destination est un aéroport (Roissy...).

¹²⁵⁵ V. not. CA Paris, 31 mars 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, 1, p. 407, cité par G. VINEY, « Le dommage imprévisible », *op. cit.*, qui juge le manquement de correspondance prévisible et octroie de ce fait le remboursement des billets de remplacement, mais écarte l'indemnisation de la perte de la journée de vacances dont les passagers n'ont pas pu profiter ; v. refusant d'indemniser les conséquences relatives aux activités d'enseignement du Professeur d'Université qui manque son cours, mais acceptant l'indemnisation d'un préjudice moral lié au stress et à l'énervement la décision déjà évoquée TI Paris 14^e ardt, 2 nov. 2011, n° 91-11-000024, *D.*, 2012, p. 609, obs. V. AVENA-ROBARDET.

¹²⁵⁶ V. mettant en avant cet équilibre M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *op. cit.*, spéc. p. 1728 : « L'article 1150 apparaît alors comme un texte de compromis entre les besoins d'indemnisation des victimes et la préservation des intérêts des débiteurs ».

« modération » de la réparation que traduit l'article 1150 du Code civil¹²⁵⁷, tout en donnant aux dommages et intérêts compensatoires un sens et une portée pertinents.

234. L'avenir de l'exigence de prévisibilité. Enfin, si la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'application de l'article 1150 du Code civil a beaucoup concerné la SNCF et les retards de ses trains, il faut noter qu'elle a été appliquée aussi à d'autres litiges¹²⁵⁸. Par ailleurs, tous les projets de réforme du droit des obligations ont conservé l'exigence de prévisibilité¹²⁵⁹, jusqu'au dernier projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats qui reprend l'article 1150 à l'identique¹²⁶⁰. La prévisibilité est également une condition de la réparation du dommage contractuel dans les Principes européens du droit du contrat¹²⁶¹, la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente¹²⁶², la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹²⁶³ et les principes Unidroit¹²⁶⁴. Pourtant, ce critère n'existe en l'état ni en droit anglais, ni en droit allemand.

B. Les méthodes utilisées en droit comparé

1. En droit anglais

235. Le remoteness test et les deux branches dégagées par *Hadley v Baxendale*. En droit anglais, seul est réparable le dommage qui présente une proximité avec le fait générateur. Le lien entre l'un et l'autre ne doit pas être distendu – « remote ». Bien qu'elle fasse d'abord penser au caractère direct du dommage au sens de l'art. 1151 du Code civil, l'exigence de remoteness fonctionne de manière assez similaire à la prévisibilité en droit français¹²⁶⁵. Il

¹²⁵⁷ Y.-M. LAITHIER, « L'article 1150 du Code civil à l'honneur », obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *RDC*, 2011, p. 1156, spéc. p. 1157.

¹²⁵⁸ V. not. Civ. 3^e, 14 mars 2012, pourvoi n° 10-28263, *RDC*, 2012, p. 768, obs. Y.-M. LAITHIER à propos d'un contrat de sous-traitance en matière de construction immobilière.

¹²⁵⁹ P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006, spéc. art. 1366 ; F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, spéc. art. 118, al. 2 ; Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n° 657 présentée par L. Béteille et enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010, spéc. art. 1386-16.

¹²⁶⁰ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, *op. cit.*, art. 1231-3 : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. ».

¹²⁶¹ Principes du droit européen du contrat, art. 9:503.

¹²⁶² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011), 635, spéc. art. 161.

¹²⁶³ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, art. 74.

¹²⁶⁴ Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (2010), art. 7.4.4.

¹²⁶⁵ Les auteurs des manuels utilisent d'ailleurs fréquemment le verbe « prévoir » (*foresee*) ou l'adjectif « prévisible » (*foreseeable*) pour décrire le mécanisme, v. par ex. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 541 : « What must be foreseen ? [...] How foreseeable must the loss be ? [...] », à l'instar de la jurisprudence elle-même.

existe toutefois une différence importante : le *remoteness test* s'applique à la fois aux dommages et intérêts dus à raison de l'inexécution et aux dommages et intérêts du droit délictuel. C'est dans le célèbre arrêt *Hadley v Baxendale* qu'ont été posées les fondements de cette limitation en matière contractuelle. Un meunier avait confié l'arbre de transmission cassé de son moulin à un transporteur pour qu'il le fasse parvenir à un artisan qui en fabriquerait une copie. Le transporteur ayant pris du retard, l'exploitation du moulin resta bloquée plusieurs jours, ce pour quoi ce dernier réclama indemnisation au transporteur. La *Court of Exchequer* posa le principe suivant :

« Quand deux parties ont conclu un contrat que l'une d'elles a violé, les dommages et intérêts que l'autre partie est fondée à recevoir du fait de cette inexécution doivent être ceux dont on peut considérer de manière juste et raisonnable qu'ils découlent naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, d'une telle inexécution elle-même, ou bien ceux dont on peut raisonnablement supposer qu'ils ont été envisagés par les deux parties, au moment où elles ont conclu, comme le résultat probable de l'inexécution. »¹²⁶⁶.

Le test de *remoteness* se décompose depuis en deux branches. Il faut soit que le dommage découle naturellement du cours normal des choses, soit, s'il est plus spécifique, qu'il ait été prévu par les parties. La première branche (*first limb*) invite à une appréciation objective des conséquences « normales » envisageables en cas d'inexécution d'un contrat du type de celui conclu ; la seconde branche (*second limb*) à une appréciation des conséquences effectivement envisagées par les deux parties. Dans l'arrêt *Hadley v Baxendale*, les pertes d'exploitation ne purent être mises à la charge du transporteur dans la mesure où le transporteur n'avait pas été informé par le meunier de ces conséquences particulières (deuxième branche) et qu'il pouvait légitimement penser que le meunier disposait d'une pièce de secours ou pouvait s'en procurer une, ou bien que la production était interrompue à cause d'autres défauts (première branche)¹²⁶⁷.

236. La teneur de la limitation : les précisions apportées par *Victoria Laundry et The Heron II*. Deux autres arrêts importants ont été rendus par la suite, qui sont venus préciser l'application de la *remoteness rule*. L'arrêt *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd*¹²⁶⁸ a tranché la question des profits exceptionnels attendus de l'exécution en

¹²⁶⁶ *Hadley v Baxendale* (1854) 156 ER 145, spéc. 151, par Alderson B. trad. libre de : « Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, *i.e.*, according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. ».

¹²⁶⁷ Il semble que le fait que le transporteur n'ait pas été un transporteur spécialisé ait joué en sa faveur dans cette appréciation, v. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 545.

¹²⁶⁸ *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd* [1949] 2 KB 528.

décidant que seule la perte des profits qui auraient été générés selon le cours normal des choses peut être réparée. En l'espèce, les pertes d'exploitation normales suite au retard de livraison d'une chaudière à la blanchisserie n'étaient pas *remote* et pouvaient être réparées, mais non les pertes liées à des contrats exceptionnellement favorables avec le gouvernement, auxquels la blanchisserie a dû renoncer du fait du retard de livraison. Cette solution est cohérente avec la faveur du droit anglais à la mesure du *market price* plutôt qu'à celle du *resale price* : à moins qu'il ait alerté de l'existence d'un contrat de revente particulièrement lucratif, le débiteur n'est pas censé envisager ces profits particulier, et n'est supposé prévoir que des profits classiques, ceux qui se pratiquent sur le marché¹²⁶⁹.

Un deuxième arrêt important est *The Heron II*. Celui-ci a apporté deux précisions¹²⁷⁰. D'abord, c'est le *type* de conséquences susceptibles d'être engendrées par l'inexécution dont il s'agit de vérifier la prévisibilité, et non le résultat spécifique pour le créancier. Ainsi, le simple fait que l'affréteur n'ait pu ignorer que la marchandise était destinée à la revente (au vu des précédents rapports avec son client et de l'existence d'un marché du sucre au port d'arrivée) suffit à caractériser la prévisibilité du dommage résultant d'une baisse du prix du sucre entre le moment prévu pour la livraison et la date de livraison effective, l'affréteur connaissant alors le type de dommage que son retard était susceptible d'engendrer. Ensuite, *The Heron II* a posé la règle selon laquelle la proximité du dommage doit être appréciée plus strictement en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, puisque les parties ont la possibilité d'attirer l'attention de leur partenaire sur des risques particuliers. En matière contractuelle, le préjudice réparable sur le fondement de la première branche de *Hadley v Baxendale* doit se limiter au préjudice qui est « sérieusement envisageable », qui constitue un « réel danger », qui est « aisément prévisible », alors qu'en matière délictuelle une simple probabilité suffit¹²⁷¹. Il en résulte que le même dommage peut être réparable sur le fondement délictuel et être exclu de la réparation sur le fondement contractuel. Or, il n'est pas rare que la violation du contrat constitue dans le même temps un *tort of deceit*, c'est-à-dire une faute intentionnelle que les juges sanctionnent par l'octroi de dommages et intérêts plus étendus qu'en matière de *negligence* ou même de responsabilité contractuelle¹²⁷². Le concours entre

¹²⁶⁹ V. à ce sujet not. M. BRIDGE, « The Market Rule of Damages Assessment », in : *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, dir. D. SAIDOV & R. CUNNINGTON, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 431, qui relie encore la règle du *remoteness* à la doctrine de l'effet relatif du contrat (*privity of contract*), spéc. p. 434.

¹²⁷⁰ *The Heron II* ou *Koufos v C Czarnikow Ltd*, [1969] 1 A.C. 350.

¹²⁷¹ *Ibid.*, spéc. 414, 415, 425, 383 (« serious possibility », « real danger », « easily foreseeable »).

¹²⁷² J. CARTWRIGHT, « Compensatory Damages: Some Central Issues of Assessment », in : *Commercial Remedies, Current Issues and Problems*, dir. A. BURROW, E. PEEL, Oxford, OUP, 2003, p. 3, spéc. p. 5 et p. 6 (et

ces deux actions étant permis par le droit anglais¹²⁷³, une partie pourrait être incitée à se placer sur le fondement délictuel pour obtenir une plus large indemnisation. Pour éviter cela, il a été suggéré qu'en cas de responsabilités contractuelle et délictuelle concurrentes, l'étendue des dommages réparables ne devrait pas différer selon le fondement choisi¹²⁷⁴.

237. Vers un encadrement plus strict du dommage prévisible ? La *remoteness rule* du droit anglais présente des similitudes importantes avec la règle de prévisibilité du droit français¹²⁷⁵. On trouve notamment la même insistance sur le fait que le type de dommage doit être prévisible et non nécessairement son étendue¹²⁷⁶. L'un et l'autre contrôle aboutissent-ils aux mêmes résultats pour autant ? Il est très délicat de l'affirmer dans la mesure où les arrêts qui ont été portés devant les juges anglais et devant les juges français concernaient des espèces fort différentes. Comment auraient tranché des juges anglais face à l'affaire des époux qui utilisaient le train pour se rendre à Cuba ? Auraient-ils considéré que manquer une correspondance est un risque ordinaire susceptible de se produire selon le cours normal des choses au sens de la première branche de *Hadley v Baxendale* ? Ou bien que ce dommage est trop spécifique et nécessite que le voyageur ait informé le transporteur de l'existence de cette correspondance aérienne et d'un voyage prévu à l'arrivée, au sens de la seconde branche ? On ne saurait le dire avec certitude¹²⁷⁷. L'arrêt *The Achilleas* rendu en 2008 par la *House of Lords* révèle en tout cas une réticence partagée avec le juge français à octroyer de trop larges indemnisations¹²⁷⁸. L'affaire concernait un affrèteur qui avait rendu le navire loué en retard, empêchant la relocation lucrative à un nouvel affrèteur. Alors que la majorité des arbitres

les réf. citées) : « But in deceit the courts are reluctant to limit the claimant's recovery. [...] And there appears to be a greater willingness to allow recovery of damages for intangible losses, such as inconvenience and disappointment, in deceit than in negligence or even than in contract. »

¹²⁷³ Explicitement depuis *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1995] 2 AC 145.

¹²⁷⁴ V. not. G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, spéc. n° 20-113 *in fine* qui considèrent que le *remoteness test* devrait dépendre de la situation factuelle plus que du fondement choisi pour l'action et constate que la jurisprudence est incertaine sur ce point ; dans le même sens : J. CARTWRIGHT, « Compensatory Damages: Some Central Issues of Assessment », *op. cit.*, qui cite à l'appui de cette solution *H Parson (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd* [1978] QB 791 ; *contra* : J. GORDLEY, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, OUP, 2006, spéc. p. 412, pour qui le choix du fondement délictuel permet d'échapper à l'interprétation restrictive du *remoteness test* en matière contractuelle et qui renvoie not. à Lord Denning dans *Doyle v Olby* [1969] 2 All ER 119, spéc. 122 ; v. sur l'ensemble de la question J. CARTWRIGHT, « Remoteness of Damage in Contract and Tort: A Reconsideration », [1996] 55 *Cambridge Law Journal* 488.

¹²⁷⁵ V. not. G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.*, spéc. n° 127 et s. qui traite ensemble la prévisibilité de l'art. 1150 du Code civil et le *remoteness test*.

¹²⁷⁶ V. par ex. *H Parson (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd* [1978] QB 791 où « The type or kind of damage was foreseeable even though the extent of it was not ».

¹²⁷⁷ Bien que l'existence d'une correspondance à l'issue d'un trajet en train nous paraisse constituer un dommage prévisible dans son « type », il nous semble que les juges anglais le qualifieraient plutôt de dommage spécifique nécessitant une information du débiteur au sens de la seconde branche du test de *Hadley v Baxendale*, si bien que les *damages* se limiteraient au prix du billet de train, comme en droit français.

¹²⁷⁸ *The Achilleas* ou *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc* [2008] UKHL 48.

saisis en premier recours et l'ensemble des juges de la Cour d'appel avaient estimé la perte du profit de la relocation comme prévisible pour le débiteur, la *House of Lords* décida autrement. Deux des juges estimèrent le dommage imprévisible et rejetèrent l'indemnisation sur ce fondement¹²⁷⁹. Lord Hoffmann et Lord Hope (rejoints par Lord Walker) estimèrent plus fondamentalement que le test de *remoteness* devait être repensé. Même si le risque était un risque normal susceptible de se produire selon le cours normal des choses, la vraie question était de savoir : quels risques les parties ont-elles entendues assumer ? Il fallait donc vérifier, de surcroît, si l'intention commune des parties était bien de faire assumer le risque de l'échec du contrat avec le second affréteur potentiel sur le premier affréteur ; ils conclurent que ce n'était pas le cas. L'arrêt *The Achilles* ne bouleverse le fonctionnement de la *remoteness rule* que lorsqu'il existe un contexte particulier à prendre en compte (ici les pratiques du transport maritime), comme l'ont précisé des arrêts ultérieurs¹²⁸⁰. Il n'en reste pas moins que la règle, lorsqu'elle est interprétée à l'aune du risque accepté par les parties, ne désigne plus exactement le même dommage contractuel réparable¹²⁸¹.

238. Les autres outils de limitation de la réparation du droit anglais. Il faut noter enfin que la *remoteness rule* n'est qu'un moyen parmi d'autres utilisés pour encadrer la réparation du dommage contractuel. Mindy Chen-Wishart recense non moins de sept mécanismes qui viennent limiter l'indemnisation à laquelle le créancier peut prétendre en droit anglais. Certaines sont classiques et existent également en droits français et anglais : les causes étrangères¹²⁸², la participation du créancier au dommage (*contributory negligence*)¹²⁸³ ou la prescription¹²⁸⁴. D'autres, plus spécifiques, touchent aux caractères du dommage contractuel,

¹²⁷⁹ V. critiquant l'inconsistance de cette appréciation avec celle retenue par les arbitres et par la cour d'appel, G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract, op. cit.*, spéc. n° 20-110 et M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 541.

¹²⁸⁰ V. not. *Supershield Ltd v Siemens Building Technologies FE Ltd*, [2010] EWCA Civ 7 et *John Grimes Partnership Ltd v Gubbins*, [2013] EWCA Civ 37, spéc. n° 24, par Sir David Keene : « Normally, there is an implied term accepting responsibility for the types of losses which can reasonably be foreseen at the time of contract to be not unlikely to result if the contract is broken. But if there is evidence in a particular case that the nature of the contract and the commercial background, or indeed other relevant special circumstances, render that implied assumption of responsibility inappropriate for a type of loss, then the contract-breaker escapes liability. Such was the case in *The Achilles*. ».

¹²⁸¹ V. not. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 541, qui note que le résultat peut être non seulement celui d'une responsabilité plus étroite, mais aussi celui d'une responsabilité élargie.

¹²⁸² V. par ex. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 536 ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract, op. cit.*, spéc. n° 20-095 et s. ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, spéc. n° 26-057 et s., par H. BEALE.

¹²⁸³ Sur cette question en droit anglais, v. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 536 et s. ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract, op. cit.*, spéc. n° 20-123 et s. ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, spéc. n° 26-075 et s., par H. BEALE ; sur cette question en droits français et allemand, v. nos dev. *infra*, spéc. n° 345 et s.

¹²⁸⁴ La prescription en matière contractuelle est de 6 ans (12 ans en cas de promesse scellée, *deed*) à compter du *breach*, selon le *Limitation Act 1980*, v. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 547 et s.

comme l'exigence d'un préjudice certain qui limite la réparation de la perte de chance¹²⁸⁵ et la *remoteness rule* présentée. Les deux mécanismes restants limitent la réparation au seul dommage que l'inexécution a rendu inévitable. Il s'agit d'abord de la règle de minimisation du dommage (*mitigation*) qui prive le créancier de la possibilité de réclamer l'indemnisation d'un dommage qu'il aurait pu raisonnablement éviter¹²⁸⁶. On notera au passage que la Cour de cassation française, tout en affirmant son rejet de la doctrine de la minimisation du dommage¹²⁸⁷, aboutit à des solutions parfois étonnamment parentes¹²⁸⁸. Enfin, la dernière limite relevée est la date d'évaluation du dommage, qui permet notamment d'exclure de l'assiette de la réparation un dommage qui se serait de toute façon produit ultérieurement, même si le *breach* n'était pas survenu¹²⁸⁹. L'arrêt de principe est *The Golden Victory*, où l'affrètement a rendu le bateau quatre ans avant l'expiration du contrat et n'a été contraint d'indemniser son cocontractant que pour une durée de quatorze mois car, à l'issue de ce délai, il aurait pu rompre le contrat légalement, la guerre du golfe ayant été déclenchée, ce qui constituait une cause de résiliation extraordinaire prévue au contrat¹²⁹⁰. Cette limitation assez étonnante, en ce qu'elle repose sur une causalité fictive (le dommage *aurait pu* être imputable à une cause légale plutôt qu'à l'inexécution), fait d'ailleurs également partie de l'arsenal allemand des techniques de limitation du préjudice réparable.

2. En droit allemand

239. La restriction de la réparation par la causalité adéquate (*Adäquenztheorie*). En droit allemand, il n'existe pas d'équivalent à la règle de prévisibilité du dommage. Le droit allemand restreint l'étendue de la réparation principalement de deux manières : par la causalité et par l'interprétation de la norme qui sert de fondement à la responsabilité. Les théories de la causalité ne permettent pas seulement d'établir un lien de cause à effet entre un fait dommageable et une atteinte (*haftungsbegründende Kausalität*), elles sont aussi

¹²⁸⁵ Sur la perte de chance, v. *supra*, spéc. n° 215.

¹²⁸⁶ V. *supra*, spéc. n° 47.

¹²⁸⁷ V. par ex. Civ. 3^{ème}, 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-13851, inédit, qui affirme au visa de l'art. 1147 que « l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » ; le principe a d'abord été posé en matière extra-contractuelle par deux arrêts de principe Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, pourvois n° 01-13289 et n° 00-22302, *Bull.*, 2003, II, n° 203 p. 171, *D.*, 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL.

¹²⁸⁸ V. not. Com., 2 mai 2001, pourvoi n° 97-19300, inédit, qui refuse d'indemniser le client du garagiste pour l'immobilisation du tracteur déficient, au motif qu'il n'a pas entrepris les démarches nécessaires pour sa réparation rapide.

¹²⁸⁹ Sur la question complexe de la prise en compte d'événements ultérieurs au *breach* dans le calcul des *damages*, v. not. D. MCLAUCHLAN, « Expectation Damages: Avoided Loss, Offsetting Gains and Subsequent Events », in : *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, dir. D. SAIDOV, R. CUNNINGTON, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 349.

¹²⁹⁰ *Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kubishika Kaisha* [2007] UKHL 12.

applicables pour déterminer l'étendue de la réparation qui sera due par le défendeur (*haftungsausfüllende Kausalität*)¹²⁹¹. Selon la théorie de l'équivalence des conditions (*Theorie der äquivalente Kausalität*), le dommage réparé est celui qui ne se serait pas produit sans le fait reproché au demandeur (test de la *conditio sine qua non*)¹²⁹². Très peu de dommages doivent leur exclusion à l'application de cette théorie et c'est surtout la théorie de la causalité adéquate (*Adäquenzlehre* ou *Adäquenztheorie*) qui permet de poser des limites à la réparation¹²⁹³. A l'inverse du droit français¹²⁹⁴, la causalité adéquate n'est pas utilisée de manière alternative à l'équivalence des conditions, mais de manière cumulative : le dommage réparable est celui qui « subsiste » à l'issue des deux tests¹²⁹⁵. Par ailleurs, en Allemagne, la causalité adéquate ne vise pas tant à désigner le responsable qu'à déterminer l'étendue de la réparation :

« Selon ce principe, les seuls dommages qui ne doivent pas être réparés sont ceux que raisonnablement l'on ne peut prendre en considération parce qu'ils se trouvent au delà de toute probabilité ou vraisemblance, par rapport à l'évènement qui les a provoqués. Pour être réparé, le dommage doit être *adéquat* à l'acte ; il doit résulter de ce dernier comme une conséquence nécessaire, normale ou habituelle, fut-elle lointaine et indirecte »¹²⁹⁶.

Seul le dommage qui est une suite normale et non improbable du fait reproché au défendeur peut donc être réparé. Il faut que ce fait ait augmenté ou favorisé la « possibilité objective »¹²⁹⁷ qu'un effet de ce type se produise¹²⁹⁸. Le test de la causalité adéquate repose sur une simulation abstraite du cours normal des choses, à l'instar du test anglais de *remoteness*, mais l'appréciation qu'en font les juges allemands apparaît plus favorable à celui qui demande l'indemnisation. Il est rare, en effet, qu'un préjudice soit exclu sur ce fondement¹²⁹⁹. La causalité adéquate a ainsi été considérée comme satisfaite dans le cas d'un

¹²⁹¹ En droit allemand, la distinction entre le fondement de la responsabilité (*Haftungsbegründung*) et le dommage réparable (*Haftungsausfüllung*) est incontournable, pour une explication très claire en français v. S. LORENZ, S. PACHE, « La réparation du dommage en droit allemand », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1009, spéc. p. 1009 et s. et pour l'application à la causalité (*haftungsbegründende Kausalität, haftungsausfüllende Kausalität*) spéc. p. 1021 et s. ; en allemand, v. par ex. H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht, op. cit.*, spéc. §30, n° 4 et s.

¹²⁹² V. par ex. D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2012, spéc. n° 636 ; H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht, op. cit.*, spéc. §30, n° 2 et s.

¹²⁹³ S. LORENZ, S. PACHE, « La réparation du dommage en droit allemand », *op. cit.*, spéc. p. 1023.

¹²⁹⁴ V. par ex. PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 91 et s. ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 860.

¹²⁹⁵ S. LORENZ, S. PACHE, « La réparation du dommage en droit allemand », *op. cit.*, spéc. p. 1025.

¹²⁹⁶ L.-J. CONSTANTINESCO, *Inexécution et Faute contractuelle en Droit comparé*, Stuttgart/Bruxelles, W. Wohlhammer Verlag/Librairie Encyclopédique, 1960, spéc. p. 292.

¹²⁹⁷ RG, 26 nov. 1912, II 359/12, RGZ 81, 359 (« *objektive Möglichkeit* »), cité par D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 638.

¹²⁹⁸ V. qui illustrent la définition de la théorie adéquate par deux formules classiques en jurisprudence.

¹²⁹⁹ V. toutefois RG, 24 avr. 1952, III ZR 100/51, NJW 1952, 1010, cité par G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account, op. cit.*, spéc. n° 137, note 28, où la causalité adéquate est refusée entre

homme qui, blessé par balle, avait attrapé une grippe mortelle à l'hôpital où il était soigné¹³⁰⁰. Ou encore : le *Bundesgerichtshof* a considéré la causalité adéquate établie à l'encontre du propriétaire de l'immeuble l'obligeant à indemniser une perte de salaire d'un passant qui, ayant reçu une brique sur la tête, s'est rendu à l'hôpital, où lui a été diagnostiquée une maladie grave sans rapport aucun avec le choc, qui a rendu nécessaire sa retraite anticipée et causé la perte de revenus¹³⁰¹. Dans ce dernier arrêt, un autre critère a tout de même finalement permis d'écarter la réparation : l'interprétation téléologique.

240. L'interprétation téléologique (*Schutzzweck der Norm*). L'incapacité de la causalité adéquate à restreindre suffisamment la réparation a conduit la jurisprudence à adopter un « filtre » supplémentaire : l'interprétation téléologique du fondement de la réparation (*Schutzzweck der Norm*), que l'on traduit parfois par « causalité aquilienne »¹³⁰². Cette théorie énonce le principe suivant :

« Une obligation à réparation n'existe que si le dommage en question, par sa nature et par la manière dont il est survenu, relève du but visé par la règle violée ; il doit s'agir de pertes qui proviennent de la sphère des risques dont on cherchait à empêcher la réalisation en adoptant la disposition violée ou en introduisant l'obligation contractuelle ou précontractuelle inexécutée. »¹³⁰³

En matière contractuelle, la théorie de l'interprétation téléologique se rapporte à l'obligation contractuelle elle-même (*Schutzzweck einer Vertragspflicht*¹³⁰⁴) et invite à rechercher quels étaient les dommages que l'obligation cherchait précisément à éviter pour y comparer le dommage qui est survenu et pouvoir l'inclure dans la sphère des intérêts protégés par le contrat¹³⁰⁵. Elle a été appliquée notamment dans le domaine médical afin de savoir si le médecin engagé pour pratiquer une interruption volontaire de grossesse (IVG) qui n'avait pas fonctionné devait réparation des dépenses liées à l'entretien de l'enfant. Le *Bundesgerichtshof* a proposé une distinction subtile selon que l'IVG avait été décidée dans le but médical de protéger la mère, auquel cas l'entretien de l'enfant n'était pas un objectif du contrat médical et

l'accident de voiture qui a causé le handicap d'une personne et les tirs d'artilleries auxquels il a succombé douze ans plus tard, n'ayant pu courir pour s'échapper.

¹³⁰⁰ RG, 13 déc. 1922, III 453/22, RGZ 105, 264, cité par L.-J. CONSTANTINESCO, *Inexécution et Faute contractuelle en Droit comparé*, op. cit., spéc. p. 292.

¹³⁰¹ BGH, 07 juin 1968, VI ZR 1/67, NJW 1968, 2287, cité par S. LORENZ, S. PACHE, « La réparation du dommage en droit allemand », op. cit., spéc. p. 1023 et 1024.

¹³⁰² V. par ex. R. LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporain, Approche comparative*, Paris, Litec, 2^e éd., 2008, spéc. p. 326.

¹³⁰³ O. PALANDT (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 74^e éd., München, Beck, 2015, spéc. Vorb. §249, n° 29, trad. libre de : « Eine Schadensersatzpflicht besteht nur, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt ; es muss sich um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte vertragliche oder vorvertragliche Pflicht übernommen worden ist. »

¹³⁰⁴ Selon l'expression utilisée par H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, op. cit., spéc. §30, n° 13.

¹³⁰⁵ *Ibid.*

ne pouvait pas être réparé¹³⁰⁶, ou qu'elle avait été motivée par la précarité sociale de la mère, auquel cas les dépenses liées à l'entretien de l'enfant pouvaient constituer un préjudice réparable au titre de la responsabilité contractuelle, à moins que sa situation se soit entre temps améliorée¹³⁰⁷. Lorsqu'il est reproché au médecin de n'avoir pas diagnostiqué la grossesse, il faut pareillement s'en remettre au but poursuivi par l'examen médical : si l'examen était destiné à vérifier qu'une opération orthopédique pouvait être pratiquée sur la mère, l'erreur de diagnostic du gynécologue ne peut pas l'obliger à réparer les dépenses d'entretien de l'enfant qui sont extérieures au but de son intervention¹³⁰⁸. Les exemples d'application de la *Schutzzweck der Norm* sont multiples dans ce domaine (échec de la contraception prescrite, manquement à l'obligation de conseil du médecin, etc.)¹³⁰⁹. On notera que ce sont toujours les frais d'entretien qui constituent le préjudice dont il est demandé réparation par les parents sur le fondement contractuel, tandis que le « préjudice d'être né » (*wrongful-life-Problematik*¹³¹⁰) de l'enfant lui-même n'est pas davantage reconnu en droit allemand qu'il ne l'est (désormais)¹³¹¹ en droit français¹³¹². Le test de l'interprétation téléologique du contrat permet également de déterminer les préjudices indemnisables en cas de manquement aux obligations d'information et de conseil d'un notaire, d'un conseiller fiscal ou d'un avocat. Par exemple, l'avocat répond en principe des conséquences de ses mauvais conseils, mais ne peut être tenu d'indemniser le préjudice moral lié au sentiment de panique permanente (*Dauerpanik*) dans laquelle se trouve son client depuis l'erreur du professionnel, car l'obligation de conseil ne portait que sur les intérêts patrimoniaux du client¹³¹³. Il semble bien que ce soit le mécanisme de la *Schutzzweck der Norm* qui constitue la limitation la plus efficace du dommage réparable en matière contractuelle¹³¹⁴.

¹³⁰⁶ BGH, 25 juin 1985, VI ZR 270/83, NJW 1985, 2749.

¹³⁰⁷ BGH, 9 juil. 1985, VI ZR 244/83, BGHZ 95, 199, NJW 1985, 2752.

¹³⁰⁸ BGH, 15 févr. 2000, VI ZR 135/99, BGHZ 143, 389, NJW 2000, 1782.

¹³⁰⁹ V. les nombreuses réf. citées par le commentaire O. PALANDT (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, *op. cit.*, spéc. §249, n° 72 et s.

¹³¹⁰ Selon l'anglicisme proposé par le commentaire O. PALANDT, *ibid.*, spéc. Vorb. v. §249, n° 31.

¹³¹¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, art. 1^{er}, repris à l'art. L114-5 du Code de l'action sociale et des familles : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. [...] ».

¹³¹² BGH, 18 janv. 1983, VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240, NJW 1983, 1371.

¹³¹³ BGH, 9 juil. 2009, IX ZR 88/08, NJW 2009, 3025, JZ 2011, 524, note G. SCHIEMANN ; v. D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, spéc. n° 640, note 7 et note 15, peu convaincus par cette application de la *Schutzzweck der Norm* et qui se demandent s'il ne fallait pas considérer que le recours à un avocat ait aussi été motivé par la recherche d'une sécurité susceptible d'apaiser les craintes du client.

¹³¹⁴ Pour d'autres illustrations, v. les dév. très complets de H. LANGE, G. SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, dir. J. GERNHUBER, Band 1, *Schadensersatz*, 3^e éd, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, spéc. p. 101 et s.

241. Les autres limitations : §254 BGB, *rechtmäßiges Alternativverhalten* et *Vorteilsausgleichung*. D'autres mécanismes servent encore à encadrer la réparation. Le §254, al. 2 BGB, d'abord, assimile à la faute de la victime¹³¹⁵ le fait « d'avoir omis d'aviser le débiteur du danger d'un dommage exceptionnellement élevé, danger que le débiteur ne connaissait ni ne devait connaître »¹³¹⁶, ce qui aura une influence négative sur l'étendue de sa réparation¹³¹⁷. Cette règle recoupe au moins partiellement la prévisibilité du dommage du droit français¹³¹⁸ et elle est très proche de la deuxième branche de la *remoteness rule* dégagée par l'arrêt *Hadley v Baxendale*¹³¹⁹. Le §254 al. 2 BGB ne s'arrête d'ailleurs pas là et déclare que la faute du créancier peut aussi consister dans le fait « d'avoir omis d'écartier ou de diminuer son dommage », où l'on reconnaît une obligation de minimiser son dommage (*mitigation*)¹³²⁰. Comme le droit anglais, le droit allemand s'intéresse par ailleurs à la question de savoir si le dommage aurait pu survenir dans d'autres circonstances, même sans la violation du débiteur¹³²¹. L'idée est que l'on ne saurait imputer au débiteur un dommage qui ne peut pas trouver sa source dans l'inexécution puisqu'il se serait produit « de toute façon », même si le débiteur avait rempli fidèlement son engagement. Le débiteur peut, dans un tel cas, se prévaloir d'une exception tirée de « l'effet d'un comportement licite alternatif » (*rechtmäßiges Alternativverhalten*) qui exclura de l'assiette de la réparation le dommage qui aurait pu être causé même sans que le contrat soit violé. Par exemple, le salarié qui rompt son contrat de travail sans respecter le délai légal de préavis ne saurait être tenu de dommages et intérêts à hauteur des coûts d'une annonce publiée par l'employeur aux fins de lui trouver un remplaçant, dès lors que ces dépenses auraient de toute façon été faites à l'issue du délai légal de préavis si l'employé l'avait respecté¹³²². Nous reviendrons sur cette théorie dans le cadre

¹³¹⁵ Sur laquelle v. *infra*, spéc. n° 345 et s.

¹³¹⁶ §254 al. 2 BGB (extrait), trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹³¹⁷ En application de l'alinéa 1^{er} selon lequel « [...] l'obligation de réparer et l'étendue de la réparation à fournir dépendent des circonstances et notamment de la question de savoir dans quelle mesure ce dommage a été causé de façon prépondérante par l'une ou l'autre partie », §254, al. 1^{er} BGB (extrait), R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹³¹⁸ V. soulignant cette ressemblance H. KÖTZ, *Vertragsrecht, op. cit.*, spéc. n° 1045 et J. GORDLEY, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, OUP, 2006, spéc. p. 411.

¹³¹⁹ V. *supra*, spéc. n° 235.

¹³²⁰ §254 al. 2 BGB (extrait), trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹³²¹ Comp. nos dev. *supra*, spéc. n° 238.

¹³²² BAG, 26 mars 1981, 3 AZR 485/78, BAGE 35, 179, NJW 1981, 2430 : « Begeht ein Arbeitnehmer Vertragsbruch, so kann der Arbeitgeber nur dann Ersatz für die Kosten von Stellenanzeigen verlangen, wenn diese Kosten bei ordnungsmäßiger Einhaltung der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist vermeidbar gewesen wären » (1. amtlicher Leitsatz) ; BAG, 23 mars 1984, 7 AZR 37/81, NJW 1984, 2846 : « Die dem Arbeitnehmer arbeitsvertraglich eingeräumte Möglichkeit einer Kündigung berechtigt diesen, sich auf ein hypothetisches rechtmäßiges Alternativverhalten zu berufen mit der Folge, daß der Arbeitgeber nur dann Ersatz für die Kosten von Stellenanzeigen verlangen kann, wenn diese Kosten bei ordnungsgemäßer Einhaltung der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist vermeidbar gewesen wären. » (2. amtlicher Leitsatz).

de l'étude de la peine privée¹³²³. Enfin, une dernière théorie dont peut se prévaloir le débiteur pour réduire le dommage dont il doit répondre est « l'imputation d'avantages » (*Vorteilsanrechnung* ou *Vorteilsausgleichung*). Il s'agit, pour le défendeur, de montrer que le préjudice dont il est demandé réparation est en quelque sorte fictif, puisque la victime n'a pas eu à en supporter le poids, celui-ci ayant été compensé par le bénéfice d'un autre avantage. Cette théorie a notamment servi à refuser l'indemnisation du bailleur qui n'a pas véritablement souffert du fait que son preneur n'a pas réalisé les réparations locatives, dès lors qu'elles ont été prises en charge gracieusement par le nouvel occupant¹³²⁴. Toutefois le *Bundesgerichtshof* a par la suite refusé quant à lui de reconnaître cette compensation du dommage parce qu'elle « déchargerait inopportunément le débiteur »¹³²⁵. Selon Christiane Wendehorst, l'idée sous-jacente est que la négation des dommages et intérêts « dépouillerait le bailleur de son droit contractuel à l'exécution »¹³²⁶. Si la solution est juste, elle traduit surtout le fait que ce que réclame le bailleur, dans pareille hypothèse, c'est un substitut d'exécution, donc des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution¹³²⁷. La *Vorteilsausgleichung* étant un mécanisme régulateur de la *réparation*, il est logique qu'elle ne puisse pas s'appliquer à ces dommages et intérêts qui remplissent une fonction de paiement¹³²⁸. D'ailleurs, même pour les dommages et intérêts compensatoires, son application est à tel point incertaine¹³²⁹ que l'on ne sait plus si elle constitue la règle de détermination du dommage réparable ou son exception¹³³⁰.

¹³²³ Le bénéfice de cette théorie est en effet refusé au débiteur coupable d'une faute d'une certaine gravité, ce qui traduit, selon nous, une peine privée : v. *infra*, spéc. n° 372 et s.

¹³²⁴ OLG Hamm, 17 janv. 1964, 4 U 292/62, NJW 1964, 1373.

¹³²⁵ BGH, 15 nov. 1967, VIII ZR 150/65, BGHZ 49, 56, spéc. p. 62 : « Das schadenmindernde oder schadenbeseitigende Ereignis kann vielmehr als zureichender Grund für die Befreiung des Schädigers von der Ersatzpflicht nur anerkannt werden, wenn seine Berücksichtigung bei Würdigung aller Umstände den Schädiger nicht unbillig entlasten würde [...] »

¹³²⁶ C. WENDEHORST, *Anspruch und Ausgleich, Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, spéc. p. 471 : « Überzeugender wirkt da bereits die Argumentation, daß die Anrechnung den Vermieter seines vertragsmäßigen Rechts auf Erfüllung berauben würde ».

¹³²⁷ C'est à l'occasion de faits similaires que la Cour de cassation a octroyé un temps des dommages et intérêts sans démonstration d'un préjudice et alimenté la thèse de la fonction de paiement, v. *supra*, spéc. n° 103.

¹³²⁸ La démonstration est similaire à celle avancée par les auteurs anglais à propos de la mise à l'écart des règles de *remoteness* ou de *mitigation*, comp. *supra*, spéc. n° 123 et n° 125.

¹³²⁹ V. par ex. les ex. cités par H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht, op. cit.*, spéc. §31, n° 21 et s.

¹³³⁰ D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, op. cit.*, spéc. n° 646 : « Derzeit lässt sich nicht einmal salge, ob die Anrechnung von Vorteilen die Regel oder die Ausnahme bildet ».

Les limitations de la réparation contractuelle sont multiples et variées. Il s'agit maintenant d'observer ce qu'elles nous enseignent sur la nature de la réparation elle-même et sur son articulation avec les dommages et intérêts.

§2. La spécificité de la réparation contractuelle

242. La réparation contractuelle répond-elle au principe de réparation intégrale ? En 2009, le Conseil National des Barreaux organisait un colloque sur le dommage corporel dont la problématique était formulée ainsi : « Réparation intégrale : mythe ou réalité ? »¹³³¹. Philippe Brun concluait qu'il n'y avait guère de suspense et que si la réparation intégrale était une réalité, les intervenants ne seraient pas là pour en parler¹³³². Peut-on dire, au vu de ce qui précède, qu'il existe un principe de réparation intégrale en matière contractuelle ? La Cour de cassation n'y voit apparemment aucune difficulté. Selon elle :

« les dommages-intérêts attribués, tant en matière contractuelle que délictuelle, [...] doivent réparer l'intégralité du préjudice subi par la victime »¹³³³

Elle n'hésite pas à joindre au sein d'un même visa l'art. 1147 du Code civil et « le principe de réparation intégrale »¹³³⁴ et elle utilise les mêmes formules classiques de l'équivalence du dommage et de la réparation et de la prohibition de l'enrichissement de la victime aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle¹³³⁵. Pourtant on peut se demander s'il y a véritablement une équivalence entre le préjudice subi et la réparation accordée, dans la mesure où ce n'est pas *tout* le préjudice qui est réparé, mais seulement celui qui répond à certains caractères. Pour mieux comprendre le sens que peut revêtir la réparation intégrale dans le droit général de la réparation contractuelle (B), une comparaison peut être utile avec les aménagements spéciaux dont la réparation contractuelle peut occasionnellement faire l'objet (A).

¹³³¹ V. la publication des actes à la *Gaz. Pal.*, 9 et 10 avril 2010, n° 99-100.

¹³³² PH. BRUN, « Synthèse des travaux de la matinée », *Gaz. Pal.*, 9 et 10 avril 2010, n° 99-100, p. 31, spéc. p. 31.

¹³³³ Com., 29 nov. 1988, pourvoi n° 87-11371, *Bull. civ.*, IV, n° 329, p. 221.

¹³³⁴ V. pour une application récente, Com., 5 mai 2015, pourvois joints n° 14-11148 et n° 14-15278, à paraître au *Bull.*, *L'essentiel Droit des contrats*, 9 juin 2015, n° 6, p. 1, obs. M. LATINA.

¹³³⁵ V. les arrêts cités par F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.*, spéc. p. 404 à propos des formules « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit » et « les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit. ».

A. Comparaison avec les aménagements spéciaux de la réparation

1. Paliers, plafonds, forfaits : variété de formes et pluralité de buts

243. Buts et variété des aménagements légaux. L'expression « aménagements légaux ou réglementaires de la réparation » est utilisée par Geneviève Viney qui y consacre un sous-titre dans son ouvrage sur les effets de la responsabilité¹³³⁶. Sont visées toutes les dispositions d'origine légale ou réglementaire qui encadrent la réparation, aussi bien celles qui la contiennent dans certaines limites, que celles qui la grossissent pour la transformer en « véritable pénalité civile »¹³³⁷. Des indemnités légales sont ponctuellement consacrées par le législateur sous forme de paliers, forfaits et plafonds d'indemnisation qui soustraient au juge le pouvoir d'appréciation du montant de la réparation¹³³⁸. Quoique l'indemnité n'ait pas de définition autonome bien distincte des dommages et intérêts¹³³⁹, il est plus courant de parler d'indemnité lorsque la réparation n'est pas une somme déterminée par les tribunaux mais fixée, en amont, au moins partiellement par la loi ou les parties.

Les aménagements légaux de la réparation répondent à des objectifs variés et forment une famille hétéroclite. Le législateur pose divers paliers, forfaits et plafonds d'indemnisation par lesquels il fixe à l'avance l'indemnité qui sera due en cas de faute ou, pour ce qui nous intéresse, d'inexécution contractuelle. Lorsqu'un plafond ou un forfait de faible montant est fixé, c'est souvent un impératif d'ordre économique qui la motive : il s'agit de protéger certaines activités contre une responsabilité trop lourde qui risquerait de menacer leur survie, tout en assurant une réparation « minimum » aux victimes (dans la mesure où il ne s'agit pas d'une exonération totale). De telles réglementations sont fréquentes dans ce que l'on qualifie de secteurs à risque, comme le transport (responsabilité du transporteur maritime, ferroviaire, aérien) ou le nucléaire (responsabilité de l'exploitant d'un réacteur ou d'un navire nucléaire)¹³⁴⁰. Elles y sont souvent indispensables, car aucun assureur n'accepterait, sans ces limitations, de prendre en charge les conséquences des accidents éventuels. Il existe

¹³³⁶ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil, op. cit.*, spéc. n° 305 et s.

¹³³⁷ *Ibid.*, spéc. n° 305.

¹³³⁸ Sur la constitutionnalité des aménagements légaux de la réparation, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil, op. cit.*, spéc. n° 306 et s. et G. CANIVET, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », in : *Etudes offertes à Geneviève Viney*, dir. J.-S. BORGHETTI, O. DESHAYES, C. PERES, Paris, LGDJ, 2008, p. 213.

¹³³⁹ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, spéc. « indemnité » : « Somme d'argent destinée à dédommager une victime, à réparer le préjudice qu'elle a subi (du fait d'un délit ou de l'exécution d'un contrat) par attribution d'une valeur équivalente qui apparaît tout à la fois comme la réparation d'un dommage et la sanction d'une responsabilité ».

¹³⁴⁰ Pour un détail des textes, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil, op. cit.*, spéc. n° 310.

également des plafonds d'indemnisation au bénéfice de professionnels dont l'activité ne présente pas de danger propre, sinon l'interaction continue avec le patrimoine d'autrui. On pense au transporteur de plis, dont la responsabilité en cas de perte, détérioration ou spoliation est fixée forfaitairement (par exemple au prix de l'affranchissement)¹³⁴¹ ou encore à l'hôtelier en cas de vol ou de dégradation des objets amenés par ses clients dans l'enceinte de l'établissement¹³⁴². A l'inverse, d'autres textes visent avant tout à faciliter l'indemnisation de la victime : la fixation légale du préjudice prend alors la forme d'un palier ou d'un forfait plus conséquent, qui épargne à la victime la charge de la preuve de l'étendue du préjudice dont elle a souffert. Le règlement CE n° 261/2004¹³⁴³ prévoit ainsi, au bénéfice des passagers aériens victimes de refus d'embarquement ou d'annulation de vol, des forfaits d'indemnisation quasi-automatiques¹³⁴⁴, dont la mise en jeu n'exclut pas, au reste, la prétention à une indemnisation complémentaire du préjudice subi¹³⁴⁵.

On trouve des exemples de ces paliers, forfaits et plafonds dans chacun des systèmes français, allemand et anglais. Le cas particulier des intérêts moratoires sera étudié en détails et nous verrons qu'il témoigne à lui seul de la pluralité de fonctions que peuvent remplir les indemnités légales¹³⁴⁶.

2. L'indemnisation d'un préjudice nécessairement fictif

244. L'absence de prise en compte du préjudice effectivement subi. Le premier point commun de ces indemnités pré-évaluées est qu'elles viennent se substituer aux dommages et intérêts normalement dus au titre de la responsabilité contractuelle, ou tout au moins en perturber le jeu normal en lui imposant un minimum ou un maximum. Le second point commun, c'est que leur déclenchement n'est pas conditionné par la survenance effective d'un préjudice subi par le créancier. Plus exactement, ce préjudice est présumé de manière irréfragable dans son existence et préalablement déterminé dans son étendue par le montant de

¹³⁴¹ V. l'art. 8, al. 2 du Code des postes et des communications électroniques et l'application stricte qui en est faite dans Civ. 1^{ère}, 18 févr. 2009, pourvoi n° 08-12855, *Bull.*, I, n° 35, *RDC*, 2009, p. 1047, note S. CARVAL ; sans oublier les contrats-types approuvés par l'autorité réglementaire, tels que le contrat-type « messagerie » établi par décret du 4 mai 1988 récurrent dans la jurisprudence « Chronopost », v. par ex., Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14112, *Bull.*, 2005, mixte, n° 4, p. 10.

¹³⁴² Art. 1953 al. 3 (dans l'hôtel) et 1954 al. 2 (sur le parking) du Code civil.

¹³⁴³ Règlement CE n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91.

¹³⁴⁴ Entre 250 et 600 euros en fonction de la distance du vol, v. art. 7 du règlement CE n° 261/2004.

¹³⁴⁵ V. l'art. 12 du règlement CE n° 261/2004 et l'interprétation qui en est faite dans l'arrêt CJUE, 13 oct. 2011, n° C-83/10, *Aurora Sousa Rodriguez et autres c/ Air France SA, D.*, 2012 p. 475, obs. G. POISSONNIER.

¹³⁴⁶ V. *infra*, spéc. n° 325 et s.

l'indemnité¹³⁴⁷. Les aménagements légaux de la réparation résultent le plus souvent d'un compromis entre la recherche d'une indemnisation suffisante de la victime, d'une part, et d'une sanction qui soit dissuasive, sans pour autant constituer une charge excessive du côté du responsable, d'autre part. Parfois, l'accent est mis sur la visée dissuasive, et l'indemnité légale se rapproche alors fonctionnellement de la clause pénale¹³⁴⁸. Même lorsque c'est l'indemnisation de la victime qui constitue l'enjeu principal, l'indemnité ne peut *jamais* réparer effectivement le préjudice subi par la victime. Comment pourrait-il en aller autrement, dès lors que ces paliers, forfaits et plafonds sont fixés *a priori*, avant même la survenance du dommage ? Ils ne peuvent représenter, à l'instar de l'évaluation par les parties, qu'une *fiction* du préjudice. C'est ce préjudice fictif qui sert de référence à la fixation du forfait, du palier ou du plafond d'indemnisation ; c'est ce préjudice fictif qu'il « répare » et non le préjudice réel. Aussi, comme le note Patrice Jourdain :

« Lorsqu'elle établit un forfait d'indemnisation, la loi risque d'autoriser aussi bien un excès qu'une insuffisance de réparation »¹³⁴⁹.

Le préjudice *effectivement* subi n'intervient à aucun moment dans l'évaluation finale de la sanction. Si on doit considérer les indemnités légales comme remplissant une fonction de réparation, il ne faut pas oublier cette particularité qui est la leur de n'indemniser qu'un préjudice fictif et non un préjudice réel.

B. Le sens de la réparation contractuelle

1. La réparation intégrale en matière contractuelle

245. Du sens de la réparation intégrale. La comparaison de la responsabilité contractuelle avec les aménagements spéciaux de la réparation fait ressortir que la première représente « mieux », sinon parfaitement, l'impératif de réparation intégrale. Certes, l'encadrement des dommages et intérêts par l'exigence de prévisibilité, la causalité et les autres techniques de modération de la réparation, vient empêcher une stricte équivalence entre le dommage subi et les dommages et intérêts. Certes, l'objectif poursuivi par ces limitations est le même que celui qui anime les paliers, plafonds et forfaits de responsabilité, à savoir la recherche d'un compromis entre une indemnisation suffisante pour la victime et une charge supportable pour le responsable. Il demeure toutefois une différence fondamentale : le préjudice réparé par la

¹³⁴⁷ Au moins partiellement, si l'on est en présence d'une indemnité-plafond ou d'une indemnité-palier.

¹³⁴⁸ Sur celle-ci, v. *infra*, spéc. n° 317 et s.

¹³⁴⁹ P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », *op. cit.*, spéc. p. 283.

responsabilité contractuelle n'est pas fictif, il s'appuie bien sur le dommage subi, quoiqu'il ne lui soit pas identique. Pour considérer que les dommages et intérêts compensatoires sont l'expression du principe de réparation intégrale, il faut adopter de ce dernier une conception souple. Comme le souligne Fabrice Leduc :

« Si on la conçoit comme une stricte équivalence mathématique entre la réparation et le dommage, la réparation intégrale n'est évidemment qu'un mythe mais si l'on veut bien, plus modestement, admettre qu'elle n'est qu'un objectif vers lequel il faut tendre, tout en sachant que, le plus souvent, on ne parviendra pas à l'atteindre pleinement, alors la réparation intégrale représente bel et bien une réalité du droit positif. »¹³⁵⁰.

L'idée selon laquelle la réparation intégrale exprime d'abord un objectif, autrement dit un modèle, un idéal, a été vérifiée dans la première section. Les dommages et intérêts compensatoires cherchent à « copier » la situation qui serait celle du créancier si l'inexécution n'était pas survenue. La mesure des dommages et intérêts compensatoires à l'aune de l'intérêt positif du créancier exprime la maxime de l'équivalence du dommage (les pertes subies et les gains manqués) et de la réparation. Néanmoins, comme le souligne Mindy Chen-Wishart (en italique dans l'original) :

« [...] le but qui a été fixé de placer la partie innocente dans la même position patrimoniale 'que si le contrat avait été exécuté' [...] constitue seulement le *point de départ*. Au bout du compte, le demandeur ne peut recouvrer que ceux de ses préjudices qui sont *inévitables*, dont on peut *prouver* qu'ils sont *directs*, et qui sont aisément *prévisibles* pour le défendeur. »¹³⁵¹.

Les principes destinés à encadrer la réparation qui ont été exposés constituent autant de « facteurs limitant la protection de l'intérêt à l'exécution » du créancier¹³⁵². Alors que le rétablissement de l'intérêt positif, qui constitue la première étape du raisonnement, était bien fidèle au principe de réparation intégrale, la seconde étape, par laquelle il est fixé des limites à la réparation, vient au contraire lui porter un coup.

246. La réparation intégrale « relative » mise en œuvre par la responsabilité contractuelle. Le principe de réparation intégrale ne peut pas être entendu de la même manière lorsqu'il s'applique au contrat qu'en matière délictuelle où, malgré ses déboires, il n'est pas atteint dans sa substance même par une règle comme la prévisibilité (pour se limiter au droit français) qui en empêche la pleine réalisation. C'est pour marquer cette différence

¹³⁵⁰ F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.*, spéc. p. 402.

¹³⁵¹ M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 531, trad. libre de : « [...] the stated aim of putting an innocent party in the same money position 'as if the contract had been performed' [...] is merely the *starting point*. Ultimately, the claimant can only recover such of his or her losses as are *unavoidable*, are *provably caused*, and are readily *foreseeable* by the defendant. »

¹³⁵² *Ibid.*, trad. libre de : « *factors limiting the protection of the expectation interest* ».

que Fabrice Leduc a proposé de distinguer la réparation intégrale « absolue » de la réparation intégrale « relative ».

« La réparation intégrale « absolue » est une réparation qui est intégrale tant dans son entendue que dans son assiette [...] Dans cette acception de la réparation intégrale, l'intégralité s'applique à la fois à la réparation et au dommage. »¹³⁵³

« La réparation intégrale « relative » est une réparation intégrale du point de vue de son étendue mais limitée quant à son assiette. [...] l'intégralité s'applique à la réparation mais pas aux préjudices [...] »¹³⁵⁴

La réparation, en matière contractuelle, est une réparation intégrale « relative », dès lors que :

« [...] la réparation est intégrale quant à son étendue en ce que les chefs de préjudices juridiquement réparables seront réparés de manière pleine et entière (art. 1149 C. civ.) mais elle n'est pas intégrale quant à son assiette en ce que des chefs de préjudices présentant les caractères de base requis ne seront pas réparés s'ils ne répondent pas à l'exigence supplémentaire de prévisibilité (art. 1150 C. civ.). »¹³⁵⁵

Il est donc bien possible de considérer qu'il existe un principe de réparation intégrale en matière contractuelle, mais ce principe ne signifie pas que la réparation se mesure au préjudice *subi*, mais qu'elle se mesure au préjudice contractuel *réparable*. Autrement dit :

« Le principe de l'équivalence entre la réparation et le dommage consiste à réparer dans son intégralité le dommage réparable »¹³⁵⁶.

2. La définition du préjudice contractuel

247. Le préjudice comme notion juridique distincte du dommage subi. Y-a-t-il un sens à dire que la réparation est à l'image du préjudice *réparable* ? Comment la réparation pourrait-elle être mesurée à l'aune d'un préjudice qui est lui-même défini par référence à la réparation ? Le principe de la réparation intégrale n'a de sens que s'il sert de guide à la mesure des dommages et intérêts compensatoires. Or, on pourrait craindre, en définissant le principe de la réparation intégrale par l'équivalence entre les dommages et intérêts et le préjudice contractuel réparable, qu'il n'y ait plus de modèle, et que l'on « tourne en rond ». Autrement dit, s'il est confondu avec le préjudice *réparé*, le préjudice réparable ne peut pas servir de référence à la réparation. Ce n'est que si le préjudice contractuel réparable a une définition propre, autonome, indépendante de la réparation, qu'elle peut servir de guide à la réparation. Or, tel est bien le cas. En droit français, c'est l'article 1150 du Code civil qui se charge de définir le préjudice contractuel réparable (c'est nous qui soulignons) :

¹³⁵³ F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.* spéc. p. 406 et p. 407

¹³⁵⁴ *Ibid.*, spéc. p. 407.

¹³⁵⁵ *Ibid.*, spéc. p. 409.

¹³⁵⁶ F. LEDUC, « Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – principes fondamentaux », *JurisClasseur Civil*, Fasc. 201, 2006, spéc. n° 77.

« L'article 1150 ne limite pas la réparation au montant que le créancier a pu prévoir au moment de la conclusion du contrat, il circonscrit le dommage réparable, lequel doit être non seulement certain, personnel, direct et légitime mais de surcroît prévisible dans sa nature et ses éléments constitutifs lors de la conclusion du contrat. [...] La règle de l'article 1150 ainsi interprétée n'est donc pas une règle relative à l'évaluation de la réparation mais **une règle relative à la détermination du dommage contractuel réparable.** »¹³⁵⁷.

Le préjudice contractuel peut être défini, en droit français, comme l'ensemble des pertes subies et des gains manqués que l'on peut évaluer en argent et dont la quotité était prévisible pour le débiteur lors de la conclusion du contrat. C'est une notion juridique qui ne doit pas être confondue avec le dommage. Pour reprendre l'expression utilisée par Jean-Sébastien Borghetti : le préjudice contractuel est une « réalité juridique », quand le dommage subi est une « réalité factuelle »¹³⁵⁸. Le dommage subi peut servir de référence au principe indemnitaire, mais d'équivalence il n'y aura qu'entre le préjudice défini juridiquement et la réparation. C'est particulièrement visible dans le cas de la responsabilité contractuelle, où le préjudice est visiblement plus étroit que l'ensemble des conséquences de l'atteinte, mais la solution vaut également en matière extracontractuelle. D'ailleurs, en droit allemand et en droit anglais, tous les préjudices ne sont pas indemnisés par la responsabilité extracontractuelle¹³⁵⁹. Peut-être en viendrons-nous aussi à « borner le champ des préjudices réparables » en matière extracontractuelle¹³⁶⁰ et la réparation intégrale pourra alors être définie comme ce qu'elle est vraiment : une équivalence des dommages et intérêts au préjudice, et non au dommage subi.

Le préjudice contractuel est, lui, d'ores et déjà bien défini : c'est l'ensemble des pertes subies et des gains manqués que l'on peut évaluer pécuniairement et que le débiteur a pu prévoir lors de la conclusion du contrat. C'est ce préjudice qui sert de guide à la réparation contractuelle et sur la base duquel sont calculés les dommages et intérêts compensatoires. La réparation ne peut ni être inférieure au préjudice contractuel tel que défini, ni le dépasser. Toute « indemnisation » qui irait au-delà du préjudice contractuel, fut-elle calquée sur le dommage effectivement subi, ne pourrait plus être fondé sur le principe indemnitaire. Elle n'exprimerait plus la réparation, mais nécessairement une autre fonction.

¹³⁵⁷ F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », *op. cit.* spéc. p. 409.

¹³⁵⁸ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 153.

¹³⁵⁹ V. parmi d'autres T. WEIR, « La notion de dommage en responsabilité civile », *in* : *Common Law d'un siècle à l'autre*, dir. P. LEGRAND, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1992, p. 1.

¹³⁶⁰ J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 171.

Conclusion du chapitre 2

248. Les vertus de l'intérêt positif. Dans chacun des systèmes étudiés, les dommages et intérêts compensatoires constituent la sanction de principe de la responsabilité contractuelle. Leur régime est, dans l'ensemble, acquis et éprouvé. Cependant, certaines difficultés persistent, qui pourraient être résolues si l'on précisait leur objet. Tandis que le droit français ne décrit les dommages et intérêts compensatoires que par référence aux pertes subies et au gain manqué, les droits allemand et anglais indiquent qu'ils réparent « l'intérêt positif » du créancier. Cela signifie que les dommages et intérêts compensatoires cherchent à placer le créancier dans une position équivalente à celle qui aurait été la sienne si le débiteur avait exécuté. La formule est banale¹³⁶¹, mais elle a l'intérêt de pointer du doigt la spécificité des dommages et intérêts compensatoires qui sanctionnent l'inexécution. En premier lieu, elle les distingue des sanctions relatives aux vices de formation du contrat, qui sont dirigées vers le rétablissement de la situation qui existait antérieurement à la conclusion du contrat, donc le rétablissement négatif du créancier. La responsabilité contractuelle, parce qu'elle vient sanctionner un problème d'exécution, est tournée vers l'intérêt positif du créancier, et ce même lorsqu'elle est mise en jeu en même temps que la résolution du contrat.

La distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif est utile, en deuxième lieu, pour tracer la frontière entre la responsabilité contractuelle et les responsabilités délictuelle et quasi-délictuelle. Tandis que la responsabilité contractuelle est tournée vers le *statu ad quem* de la victime, la responsabilité extracontractuelle cherche à rétablir son *statu quo*. Dans le prolongement de ceci, la référence à l'intérêt positif permet, en dernier lieu, d'éclairer le traitement qui doit être réservé aux préjudices extrapatrimoniaux subis par le créancier à la suite de l'inexécution. Le théorie anglaise du *consumer surplus* montre que le contrat n'est pas qu'un instrument de répartition des richesses économiques. Il peut aussi conférer au créancier un avantage extrapatrimonial. La perte de cet avantage, bien qu'immatériel, doit être indemnisée par la responsabilité contractuelle dès lors qu'il avait intégré l'intérêt à l'exécution du créancier (par exemple l'agrément des vacances dans le cas de la conclusion d'un contrat de voyage à forfait). C'est un gain manqué dont le créancier peut obtenir la réparation par des dommages et intérêts compensatoires, car il constitue bien l'une des

¹³⁶¹ Elle existe déjà en jurisprudence, n'a pas été reprise par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015, mais son introduction avait été proposée par le projet dirigé par François Terré, v. F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, spéc. art. art. 118 (première phrase).

composantes de l'intérêt positif. Le dommage extrapatrimonial qui survient seulement à l'occasion de l'exécution du contrat et qui touche à la personne du créancier doit en être distingué. Ce n'est plus l'intérêt à l'exécution du créancier qui est en cause, mais le maintien de son intégrité, son *statu quo* et donc son intérêt négatif. La distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif permet ici de souligner que l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux qui sont la conséquence d'une atteinte à la personne du créancier n'est pas du ressort de la responsabilité contractuelle, mais qu'elle devrait bien plutôt être rattachée au droit de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle.

249. La réparation comme idéal, le préjudice réparable comme notion juridique.

L'analyse des dommages et intérêts compensatoires a révélé par ailleurs l'ambiguïté du lien qui unit les dommages et intérêts à la réparation. Les dommages et intérêts compensatoires sont guidés par la réparation, mais dans le même temps, la réparation elle-même est déterminée par eux. Les mécanismes de limitation des dommages et intérêts contractuels mis en place par les droits français, allemand et anglais révèlent qu'il n'existe pas, à proprement parler, de principe d'équivalence entre la réparation et le dommage subi. Il existe, au mieux, une équivalence entre le « préjudice réparable » et la réparation. Dire que la réparation est à l'image du préjudice réparable serait donc plus correct, mais d'un précepte, on glisse vers une tautologie. Le principe indemnitaire, appréhendé sous cet angle, ne *dirige* plus la réparation, il la *décrit*. Si l'on veut garder un sens au principe indemnitaire, il faut cesser d'y chercher une vérité (ce qui exigerait qu'il se plie à la réalité) et le regarder plutôt comme un principe directeur, un fil rouge, un « idéal » vers lequel tendent les dommages et intérêts compensatoires. Pour décrire de manière précise et pertinente les dommages et intérêts compensatoires, ce n'est donc pas à la réparation qu'il faut se référer, mais au préjudice contractuel, comme concept juridique. La définition du préjudice contractuel, elle, est de nature normative : elle dicte la réparation. C'est là l'intérêt de la notion et c'est aussi la raison pour laquelle elle mérite d'être distinguée de la notion factuelle de dommage.

Conclusion du titre 2

250. Une dualité de sanctions pour une dualité de fonctions. Une fois démontrée la double fonction de paiement et de réparation de la responsabilité contractuelle se posait la question de savoir si cette dualité de fonction devait aboutir à la consécration d'une dualité de sanctions. Fallait-il consacrer des dommages et intérêts à fonction de paiement ou laisser les dommages et intérêts, dans leur forme actuelle, régler à la fois le sort du contrat et celui du créancier ? Consacrer deux sanctions distinctes est apparu nécessaire pour plusieurs raisons. La plus importante est que les dommages et intérêts compensatoires sont inaptes à donner effet au droit à l'exécution du créancier. Alors que pour Pothier les dommages et intérêts contractuels devaient se concentrer en priorité sur la « perte de la chose même promise par le contrat »¹³⁶², les dommages et intérêts compensatoires du droit moderne en sont incapables, dès lors qu'ils exigent la démonstration d'un préjudice consécutif à l'inexécution (un préjudice extrinsèque) qui n'est pas toujours présent. L'exemple des réparations qui n'ont pas été effectuées par le preneur avant la restitution des lieux est parlant. Que se passe-t-il si le bailleur n'en subi aucun préjudice ? En France, en Allemagne et en Angleterre, le juge a été confronté à la question et il a hésité. La Cour de cassation française a d'abord donné raison au bailleur, appuyant son droit à l'exécution, puis est revenue à l'exigence d'un préjudice, déconstruisant la thèse de l'exécution par équivalent, comme il a été vu. En Angleterre, la question s'est posée dès la fin du XIX^{ème} siècle. Les juges avaient penché en faveur des *damages*¹³⁶³, mais le législateur est venu renverser cette solution¹³⁶⁴. En Allemagne, c'est dans les années 1960 que les juges ont hésité à leur tour, refusant tantôt toute indemnisation du bailleur¹³⁶⁵, lui accordant tantôt des dommages et intérêts¹³⁶⁶. Le *Bundesgerichtshof* tranchera en faveur des dommages et intérêts au motif qu'à défaut, le débiteur serait « inopportunément déchargé »¹³⁶⁷. Cette argumentation est effectivement la bonne. Si l'on veut prendre au sérieux le droit à l'exécution du créancier, il faut lui reconnaître un droit à des dommages et intérêts qui ne soit pas dépendant de la survenance d'un préjudice extrinsèque. Ce que font les dommages et intérêts en pareille hypothèse, ce n'est pas réparer, mais

¹³⁶² J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit.

¹³⁶³ *Joyner v Weeks* [1891] 2 QB 31 (CA).

¹³⁶⁴ *Landlord and Tenant Act* 1927, section 18 (1).

¹³⁶⁵ OLG Hamm, 17 janv. 1964, 4 U 292/62, NJW 1964, 1373, cité par P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin, New York, de Gruyter, 2000, spéc. p. 238.

¹³⁶⁶ V. par ex. KG NJW 1963, 349 et KG NJW 1964, 725, également cités par P. MÜLLER, *ibid.*

¹³⁶⁷ BGH, 15 nov. 1967, VIII ZR 150/65, BGHZ 49, 56, spéc. p. 62 (« unbillig entlasten »).

« rétablir, en argent, l'équilibre convenu du contrat »¹³⁶⁸. Cela, les dommages et intérêts compensatoires ne peuvent pas le faire. C'est pourquoi les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution doivent être consacrés.

251. La redéfinition de la responsabilité contractuelle à l'aune de la double sanction.

Distinguer les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution des dommages et intérêts compensatoires permet par ailleurs d'aboutir à un régime plus cohérent des sanctions de l'inexécution. L'articulation des différentes sanctions entre elles s'en trouve en effet précisée. Le créancier doit choisir, dans un premier temps, une sanction qui règle le sort du contrat lui-même : exécution forcée, dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution ou résolution. Il peut, dans un second temps, faire valoir son droit à réparation par des dommages et intérêts compensatoires qui le replaceront dans une situation équivalente à celle qui serait la sienne si le contrat avait été exécuté (intérêt positif). Les dommages et intérêts compensatoires eux-mêmes ne risquent plus, pour leur part, d'être malmenés et détournés de leur fonction réparatrice. Enfin, la définition elle-même de la responsabilité contractuelle peut être précisée. Elle peut désormais être définie comme :

l'obligation, pour le débiteur, de répondre de son inexécution en versant au créancier des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution (fonction de paiement) et/ou en compensation de son préjudice consécutif à l'inexécution (fonction de réparation).

Comme l'indique l'emploi des conjonctions « et/ou », la fonction de paiement et la fonction de réparation ne se cumulent pas toujours. Ce n'est que lorsque la responsabilité contractuelle est mise en jeu à titre unique qu'elle permet le cumul de ces deux sanctions, si toutefois les conditions respectives de chacune des actions sont réunies. Parce qu'elles sont autonomes, les deux sanctions peuvent toutefois être mises en jeu séparément. A chacune d'elles correspondent des conditions et des effets propres qui ont été détaillés. Les dommages et intérêts compensatoires pourront donc se cumuler à l'exécution forcée ou à la réparation, ou les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution jouer seuls, si aucun préjudice n'a été subi par le créancier.

¹³⁶⁸ PH. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », *chron.*, *RDC*, 2004, p. 280, spéc. p. 285 et 286.

Conclusion de la première partie

252. Le sort toujours indécis de la responsabilité contractuelle. En 2009, un colloque était organisé à Porto Allegre à l'occasion de l'année de la France au Brésil sur les droits français et brésilien. Un questionnaire préalable avait été remis à chaque rapporteur et celui du rapporteur français auquel avait été confié le thème de la « faute contractuelle »¹³⁶⁹ soulevait notamment les questions suivantes :

« La controverse relative à l'« existence » de la responsabilité contractuelle est-elle encore actuelle en France ? Quelle est sa portée pour le praticien du droit ? »¹³⁷⁰

Après l'étonnement de découvrir que les controverses « voyagent », il peut être répondu rapidement à la deuxième question. Si la controverse resurgit bien ici et là en jurisprudence (on y pense lorsque se pose la question de la date de naissance de la créance de dommages et intérêts ou à propos de l'application de la règle de prévisibilité du dommage, par exemple) elle reste peu décisive, à l'heure actuelle, pour le praticien du droit. Cela pourrait toutefois changer avec la réforme du droit des obligations. D'où la pertinence accrue de la première question. Que reste-t-il de cette controverse, à l'heure où le droit des contrats est en voie d'être réformé par ordonnance et que la responsabilité civile attend son tour ? La responsabilité contractuelle de demain aura-t-elle une fonction de paiement ou de réparation ? Il faut espérer qu'elle aura les deux, dirons-nous. Le projet d'ordonnance, lui, ne dit apparemment rien, ou pas grand chose. Deux indices permettent toutefois de penser que le législateur de la réforme considère bien que la responsabilité contractuelle « existe » : le choix de la réformer dans un second temps, avec la responsabilité civile (si ce choix se confirme effectivement) et le vocabulaire utilisé dans le projet, où il est question de « réparation ». Tout reste encore possible, et le législateur garde à sa disposition deux modèles tout à fait opposés : l'avant-projet Catala, pour qui la responsabilité contractuelle est un mécanisme de réparation parent de la responsabilité délictuelle, et le projet de réforme dirigé par François Terré, qui considère les dommages et intérêts comme un mode d'exécution par équivalent du contrat. La controverse est donc loin d'être enterrée. Selon un auteur, ce serait même elle qui aurait

¹³⁶⁹ Il s'agissait de Claude Witz, v. sa contribution « La faute contractuelle – Rapport français » dans la publication citée à la note suivante, p. 659.

¹³⁷⁰ *Droit français et droit brésilien, Perspectives nationales et comparées*, Actes du colloque réalisé dans le cadre de l'« Année de la France au Brésil », Bruxelles, Bruylant, 2012, v. « Grille d'analyse – questionnaire à l'attention des rapporteurs nationaux », spéc. p. 736.

« favorisé l'enlisement de la réforme » et conduit au choix de procéder par ordonnance¹³⁷¹. La question devrait donc resurgir dans le deuxième volet de la réforme (troisième, si l'on compte la réforme de la prescription adoptée en 2008). Il est donc encore permis d'espérer que les débats auxquels elle donnera encore lieu mèneront au triomphe de la thèse intermédiaire de la double fonction de paiement et de réparation de la responsabilité contractuelle. C'est à la démonstration de cette double fonction que le début de l'étude avait été consacré. Son résultat peut être synthétisé ainsi : la responsabilité contractuelle n'est pas orientée unilatéralement vers la réparation des préjudices subis par le créancier à la suite de l'inexécution (fonction de réparation), elle cherche aussi à fournir au créancier un substitut en argent de l'exécution qui fait défaut (fonction de paiement). Elle remédie à l'inexécution elle-même et règle le sort du créancier.

253. Simplicité et utilité de la reconnaissance des deux sanctions. Après la dualité des fonctions de la responsabilité, c'est une dualité de sanctions qui a pu être dégagée. Il y a quelques années, Christian Larroumet doutait de la faisabilité d'un tel projet :

« En réalité, la distinction entre les deux mécanismes est une pure illusion. Elle prétend mettre de la clarté et simplifier alors qu'elle serait, si elle devait être effectivement consacrée en droit positif, une cause de désordre et de complication inutile. »¹³⁷²

La distinction entre les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et les dommages et intérêts compensatoires apparaissait, il est vrai, bien théorique. Elle a pourtant pris forme et révélé, au delà de sa pertinence théorique, un réel intérêt pratique. Loin de désordonner le droit de l'inexécution, elle s'est révélée tout à la fois simple et utile. Elle est simple, d'abord, parce qu'elle *existe déjà* en droit positif. Elle est pratiquée de manière presque inconsciente par les tribunaux – et c'est aussi une grille de lecture de cette pratique qui a été proposée. Elle est utile, ensuite, parce qu'à l'une et l'autre catégorie de dommages et intérêts correspond un régime juridique propre encore imparfaitement reconnu – régime qui traduit et justifie l'autonomie de chacune des sanctions. La dualité des sanctions de l'inexécution permet ainsi d'expliquer pourquoi des dommages et intérêts peuvent dans certaines hypothèses être accordés sans qu'un préjudice ait été démontré, quand dans d'autres il est une condition *sine qua non* de leur octroi. Elle offre des réponses claires à des questions encore très incertaines

¹³⁷¹ H. BOUCARD, « Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle », in : *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, dir. R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud, Paris, SLC, 2015, p. 153, spéc. p. 153 : « L'inexécution contractuelle est l'un des sujets de discordance dont résulte le curieux processus de réforme du droit français des obligations. En effet, la controverse doctrinale sur la responsabilité contractuelle a concouru à la rivalité des avant-projets Catala et Terré, laquelle a favorisé l'enlisement de la réforme. ».

¹³⁷² CH. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in : *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543, spéc. p. 544.

dans la jurisprudence, quant à l'application à la dette de dommages et intérêts des sûretés, des assurances de responsabilité, de la solidarité ou de la prescription, par exemple. Elle pourrait même libérer le droit français du test fastidieux de l'obligation essentielle duquel dépend aujourd'hui l'efficacité des clauses limitatives de réparation.

Dans le même temps, la distinction des deux sanctions est possible à mettre en œuvre. Elle impliquerait de reconnaître l'autonomie de l'action en dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, ce qui nécessiterait des modifications certaines du droit positif (et précisément recherchées !) mais non insurmontables. Du point de vue du créancier, la différence pratique qui en résulterait serait la condition préalable du délai supplémentaire d'exécution. Or, c'est déjà ce vers quoi semble tendre le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015. Quant au juge, la distinction des deux sanctions l'obligerait principalement à distinguer entre la somme qui constitue un substitut à l'exécution et celle qui correspond à l'indemnisation du préjudice. Or, cette distinction, il y procède déjà au moment du calcul de l'indemnité. Simple et utile, la consécration des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution aux côtés des dommages et intérêts compensatoires marquerait donc une évolution, mais pas une révolution.

DEUXIÈME PARTIE. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ORIENTÉE VERS LE DÉBITEUR : LA PEINE PRIVÉE

254. Une frontière poreuse entre sanction pénale et sanction privée. « L'action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social » ; « L'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé ». C'est en ces termes que le Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4¹³⁷³ consacra en 1795 la distinction entre la répression pénale et la responsabilité civile. Celles-ci poursuivent des objectifs différents – ordre social pour la première, indemnisation pour la seconde – avec des moyens différents – peine d'une part, attribution de dommages-intérêts de l'autre. Toutefois, les deux actions, historiquement confondues, sont restées jusqu'à aujourd'hui intimement liées. Si le principe d'identité des fautes civile et pénale a été formellement rompu, il n'en demeure pas moins que l'action publique domine l'action civile, sur laquelle elle a priorité (« le criminel tient le civil en l'état ») et dont elle dirige l'issue *via* le principe de l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil. L'enchevêtrement est manifeste, surtout, dans la constitution de partie civile¹³⁷⁴, qui permet à la victime d'une infraction d'obtenir réparation « au pénal ». Elle utilise la voie d'une action dite « civile », qui lui permet pourtant de s'arroger les pouvoirs du Ministère public en mettant automatiquement en mouvement l'action publique. La frontière tombe, enfin, lorsque la victime, en se constituant partie civile, ne demande aucune indemnisation : l'action civile, détournée de la réparation, ne vise alors plus que la

¹³⁷³ Respectivement les art. 5, al. 1 et 6, al. 1^{er} du Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4.

¹³⁷⁴ Si le mécanisme est plus développé et plus utilisé en France que la *Adhäsionsverfahren* allemande (§403 à 406c *Strafprozessordnung*) ou le *compensation order* britannique (sections 130 à 134 *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*), l'admission de principe de ces actions en réparation portées devant le juge criminel suffit à souligner l'absence de frontière nette entre la répression publique et la responsabilité civile. En outre, la victime peut déclencher les poursuites par la voie classique de la *private prosecution* en Angleterre ou par le biais de l'une des procédures prévues notamment pour les « petits délits » en Allemagne (*Antragsdelikte, Privatklage, Nebenklage, Klageerzwingungsverfahren*).

répression¹³⁷⁵. En définitive, on ne peut affirmer que l'indemnisation est nécessairement affaire de justice civile, et l'on ne saurait prétendre davantage que l'idée de répression, accaparée par l'action publique, soit nécessairement étrangère au droit de la responsabilité civile.

255. Les peines privées et la doctrine de la peine privée. Ne serait-ce que du point de vue de celui qui est condamné à payer, les dommages et intérêts peuvent être perçus comme une punition – et davantage même qu'une condamnation pénale à une amende d'un plus faible montant. Sans même qu'il soit nécessaire de l'aborder sous le prisme du ressenti du condamné, il arrive qu'une sanction civile soit *objectivement* teintée d'un caractère punitif aussi marqué qu'une sanction pénale. Elle ne se distingue alors fondamentalement de la sanction répressive qu'en ce que les fruits en sont attribués à la victime et non au Trésor public¹³⁷⁶. On parle ainsi de « peine privée ». La peine privée peut être définie comme une condamnation civile au bénéfice de la victime qui, orientée vers la punition du fautif et non vers la réparation de la victime, dépasse la valeur du préjudice ordinairement réparable et dépend de la gravité de la faute de son auteur¹³⁷⁷. Il y a d'abord des sanctions civiles délibérément et ouvertement punitives, des peines privées « officielles », si l'on peut dire. Leur vertu normative est reconnue et assumée. On pense aux dommages et intérêts punitifs ou encore à la clause pénale. Au-delà de ces cas circonscrits, des auteurs se sont demandé si d'autres sanctions civiles jouaient, plus officieusement et peut-être non-exclusivement, un rôle de peine privée. La *doctrine* ou la *théorie* de la peine privée, dont les fondements ont été posés par Louis Hugueney au début du XX^{ème} siècle¹³⁷⁸, consiste à mettre en lumière les aspects punitifs de sanctions apparemment tournées vers un autre but. Appliquée à la responsabilité civile, ainsi que l'a brillamment fait Boris Starck¹³⁷⁹, cette doctrine révèle que les dommages et intérêts ne visent pas toujours – ou pas seulement – à réparer le préjudice

¹³⁷⁵ C'est ce qu'a admis la jurisprudence (v. Crim., 22 janv. 1953, *D.*, 1953, jurispr. p. 109) en permettant à la victime de se constituer partie civile alors même que le juge pénal se trouve privé, par une loi spéciale, de la possibilité de l'indemniser (par ex. lorsque l'infraction, commise par un fonctionnaire, doit être indemnisée par l'administration, ou parce qu'il s'agit d'un accident du travail ou de transport aérien, ou encore parce que la victime est en état de liquidation judiciaire). Geneviève Viney parle ainsi d'« action civile à fin répressive ou vindicative », v. G. VINEY, « Les différentes voies de droit proposées aux victimes », *Archives de politique criminelle*, 2002, n° 24, p. 27, spéc. p. 34.

¹³⁷⁶ Il existe toutefois des « peines semi-privées », sur cette notion, v. *infra*, spéc. n° 450.

¹³⁷⁷ Sur le choix de cette définition, v. *infra* n° 273.

¹³⁷⁸ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, dacty., 1904 ; *adde* : du même auteur, « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^e siècle », in : *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. II « La propriété, contrats et obligations, la vie économique », Paris, LGDJ, 1950, p. 249.

¹³⁷⁹ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947.

subi par le débiteur, mais qu'ils cherchent aussi à punir le responsable. La responsabilité civile inflige un mal en même temps qu'elle en répare un autre.

256. Les deux versants de la peine privée : prévention et punition. A la fonction punitive de la responsabilité civile, on oppose parfois la fonction préventive. La prévention a, elle aussi, fait couler de l'encre ces dernières années¹³⁸⁰. Il est d'ailleurs remarquable que, pour décrire les mêmes phénomènes, les thèses françaises semblent faire davantage référence à la peine privée tandis que les thèses allemandes s'appuient plus volontiers sur l'idée de prévention¹³⁸¹. De manière générale, la fonction préventive de la responsabilité ne soulève pas les mêmes réticences de principe et elle apparaît plus facilement admise comme fonction accessoire à la réparation que la punition. Il n'y a toutefois pas lieu de distinguer entre l'une et l'autre. Prévention et punition sont les deux pendents de la composante normative d'une sanction. La responsabilité contractuelle intervient à un stade où la violation a été consacrée et où, dès lors, il ne peut plus être question que de punition. En amont, la *menace* de la mise en jeu de cette responsabilité, elle, revêt une fonction préventive. La clause pénale est certainement l'exemple le plus révélateur du double aspect préventif et punitif de la sanction. D'abord, c'est la fonction préventive de la clause qui joue, dont on espère qu'elle dissuadera le partenaire contractuel de rompre son engagement. Le cas échéant, d'outil de persuasion la clause pénale se transforme en outil de punition, au sens étroit de châtement, et inflige une peine au débiteur récalcitrant. Prévention et punition sont, pour reprendre une métaphore allemande, « les deux côtés d'une même médaille ». Dans la suite des développements, les notions de « punition » et de « peine privée » seront entendues dans un sens large, dans lesquelles l'aspect préventif devra toujours être sous-entendu. C'est, pour reprendre une expression qui connaît un certain renouveau, la « fonction normative »¹³⁸² de la responsabilité contractuelle qui est ainsi entendue.

¹³⁸⁰ V. not. C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile, Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ? », *RTD civ.*, 1999, p. 561 et l'étude franco-qubécoise de C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, thèse Montréal, dacty., 2009 ; *adde* les thèses allemandes de la note suivante.

¹³⁸¹ V. not. H. LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2000 ; T. DREIER, *Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002 ; K. SCHLOBACH, *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004 ; K. SAILER, *Prävention im Haftungsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2005 ; R. MÖLLER, *Das Präventionsprinzip des Schadensrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006 ; *adde*, proposant l'introduction en droit allemand de dommages et intérêts supra-compensatoires qualifiés de « préventifs » (*Präventivschadensersatz*) plutôt que de « punitifs » (*Strafschadensersatz*) : G. WAGNER, « Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht », in : *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, dir. P. APATHY, R. BOLLENBERGER, P. BYDLINSKI, G. IRO, E. KARNER, M. KAROLLUS, Wien, Jan Sramek Verlag, 2010, p. 925.

¹³⁸² Sur cette notion, v. *infra*, spéc. n° 260.

257. De l'influence de la peine privée aux sanctions qui la réalisent. La problématique de la présente partie peut se résumer en ces termes : la responsabilité contractuelle vise-t-elle, au-delà du paiement et de la réparation, à décourager l'inexécution et, le cas échéant, à la réprimer ? La réponse à cette question est positive. La responsabilité contractuelle remplit bel et bien une fonction de peine privée. Pour le démontrer, la même démarche que celle adoptée dans notre première partie sera reprise : à l'étude de la fonction elle-même (titre 1^{er}) succèdera celle des sanctions qui la réalisent (titre 2).

Titre 1. La fonction de peine privée

Titre 2. Les sanctions traduisant la peine privée

TITRE 1. LA FONCTION DE PEINE PRIVÉE

258. L'application de la théorie de la peine privée à la responsabilité contractuelle.

Depuis une dizaine d'années, la doctrine de la peine privée connaît un certain regain d'intérêt. Plusieurs thèses récentes y ont été consacrées, et ce non seulement en France¹³⁸³, mais aussi et de manière plus surprenante, en Allemagne¹³⁸⁴. En Angleterre¹³⁸⁵, et dans plusieurs autres pays européens¹³⁸⁶, on assiste à une montée en puissance de l'idée d'une diversification des buts du droit de la responsabilité civile. En matière contractuelle toutefois, la fonction de peine privée de la responsabilité reste, jusqu'à aujourd'hui, très peu conceptualisée. En apparence, la responsabilité contractuelle est orientée unilatéralement vers la réparation du préjudice. En réalité, le principe indemnitaire accuse des dérogations qui révèlent l'incapacité des seules fonctions de paiement et de réparation à expliquer de manière satisfaisante les solutions du droit contemporain de la responsabilité. Certes, le constat d'écarts du principe de l'équivalence du dommage et de la réparation ne constitue pas en lui-même la démonstration de l'influence de la peine privée sur le droit de la responsabilité civile en général, et contractuelle en particulier. Tout ce qui n'est pas compensation n'est pas nécessairement peine privée. Appliquer la théorie de la peine privée à la responsabilité contractuelle consiste donc à rechercher et analyser les condamnations qui vont au-delà du principe indemnitaire et qui ne peuvent s'expliquer que par le souci de punir le responsable, et plus généralement de pénaliser son comportement. Il s'agit de démontrer que des condamnations ancrées dans le

¹³⁸³ V. en particulier, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995 ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2005 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris, LGDJ, 2005 ; B. MAZABRAUD, *La peine privée : aspects de droit interne et international*, thèse Paris II, dacty., 2006 ; M. FLAMIA-BIONDETTI, *Réparation et dissuasion : analyse de la dimension punitive de la condamnation civile*, thèse La Rochelle, dacty., 2010.

¹³⁸⁴ V. P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin, New York, W. de Gruyter, 2000 ; S. KLUMPP, *Die Privatstrafe - eine Untersuchung privater Strafzwecke. Zivilrechtlicher Schutz vor Zwangskommerzialisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002 ; I. EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004 ; C. HORTER, *Der Strafgedanke im Bürgerlichen Recht*, Hamburg, Kováč, 2004 ; E. SONNTAG, *Entwicklungstendenzen der Privatstrafen. Strafschadensersatz im antiken römischen, deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006 ; W. A. WELKE, *Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts. Zum gegenwärtigen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2008.

¹³⁸⁵ V. not. J. EDELMAN « The meaning of 'Damages' : Common Law and Equity », in : *The Law of Obligations, Connections and Boundaries*, dir. A. ROBERTSON, Londres, UCL Press, 2004, p. 31 ; adde. sa thèse *Gain-based damages*, Oxford, Portland (Or.), Hart publishing, 2002 et celle de K. BARNETT, *Accounting for Profit for Breach of Contract, Theory and Practice*, Oxford, Portland (Or.), Hart publishing, 2012.

¹³⁸⁶ V. en particulier A. FUCHS, « Schadensausgleich und Verhaltenssteuerung – Rechtsvergleichende Überlegungen zu den Zwecken deliktischer Haftung », in : *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann*, dir. H. KRONKE, K. THORN, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2011, p. 776, et les réf. citées p. 777.

droit de la responsabilité civile, sont empruntées de considérations normatives et visent davantage à dissuader et punir le débiteur fautif qu'à compenser le créancier déçu.

259. Le détour par la responsabilité civile extracontractuelle. Pour décrire la fonction de peine privée, un détour par la responsabilité civile extracontractuelle s'impose. Deux raisons ont motivé ce choix. En premier lieu, la réparation est la mission de la responsabilité civile en général, et pas seulement de la responsabilité contractuelle. Or, la peine privée a *a priori* « plus en commun » avec la responsabilité délictuelle qu'avec la responsabilité contractuelle : l'une et l'autre sanctionnent une faute, c'est-à-dire un comportement illicite (élément objectif), plus ou moins assumé (élément subjectif). Il est donc plus facile, dans un premier temps, d'apercevoir les glissements qui peuvent s'opérer de l'une à l'autre. Si l'on peut vérifier que la peine privée est parvenue à s'implanter d'une manière ou d'une autre dans la responsabilité délictuelle, on pourra alors s'interroger sur l'impact qu'elle a pu avoir sur la responsabilité fondée non plus sur un manquement à la loi, mais sur un manquement à la parole donnée. Si, au contraire, le domaine de la peine privée et celui de la réparation apparaissent impénétrables, alors le rôle que peut être amené à jouer la peine privée dans la responsabilité contractuelle n'en sera que plus incertain. En deuxième lieu, cette perspective élargie offre une vision globale de la place qu'occupe la peine privée dans ce que l'on pourrait appeler « l'imaginaire collectif » des juristes français, allemand et anglais. Or, c'est de cet imaginaire collectif que dépend aussi l'attrait ou le rejet que pourraient susciter des propositions dans le sens d'une admission, voire d'une extension, de la fonction de peine privée de la responsabilité contractuelle.

Dans un premier temps, un regard d'ensemble amènera à considérer la nature des liens qu'entretiennent la peine privée et la responsabilité civile (chapitre 1) tandis que, dans un second temps, c'est la forme et l'ampleur de l'intrusion de la peine privée dans la responsabilité contractuelle en particulier qui sera plus minutieusement sondée (chapitre 2).

Chapitre 1. La peine privée dans la responsabilité civile extracontractuelle

Chapitre 2. La réception de la peine privée par la responsabilité contractuelle

Chapitre 1. La peine privée dans la responsabilité civile extracontractuelle

260. Le rôle normatif de la responsabilité civile. Une proposition peut être faite pour souligner d'entrée de jeu les limites de l'appréhension de la responsabilité civile comme un mécanisme purement compensatoire : supprimons entièrement la responsabilité civile et remplaçons-la par un fonds d'indemnisation¹³⁸⁷. Si l'on reconnaît à la responsabilité civile une fonction unique de réparation, alors il faut en déduire qu'il n'y a rien à perdre, et au contraire tout à gagner, à lui substituer un système encore plus performant en la matière. Personne ne niera que le fonds d'indemnisation est l'outil à la fois le plus simple et le plus efficace au service de la réparation intégrale, après l'assurance et loin devant la responsabilité civile. Ce fonds d'indemnisation prendra en charge à la fois les conséquences des accidents et celles des comportements négligents ou délibérément nuisibles. Abrogeons du même coup la responsabilité contractuelle au profit de ce fonds qui couvrira les effets malheureux des violations négligentes comme lucratives des contrats. On consacrerait ainsi une sorte d'immunité civile, puisqu'une fois le système de responsabilité civile aboli, la faute n'existerait plus qu'en matière pénale¹³⁸⁸. On entend les voix s'élever. Trop cher ! Mais aussi... trop dangereux ? En écho résonnent les inquiétudes suscitées par le recours systématique aux assurances obligatoires. Ne risque-t-on pas d'encourager des comportements irresponsables (dans tous les sens du terme) ? Pourtant, si l'on prend le parti de ne voir dans la responsabilité civile que la fonction indemnitaire, alors il faut considérer qu'un fonds d'indemnisation ferait aussi bien l'affaire, sinon mieux. En puisant les fonds de la réparation dans le patrimoine du responsable plutôt que dans les caisses de l'Etat, on cherche, par le biais de la responsabilité, à

¹³⁸⁷ Notons au passage que la Nouvelle-Zélande a instauré il y a déjà quarante ans (v. le *Accident Compensation Act 1972*) un système global d'indemnisation étatique pour les dommages corporels détaché du concept de faute et qui a supplanté la responsabilité civile (la victime en bénéficiant ne pouvant plus mettre en œuvre la responsabilité civile sauf à réclamer des dommages et intérêts punitifs), v. not. A. TUNC, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Economica, 1989, spéc. n° 94 et s. et du même auteur « Quatorze ans après : le système d'indemnisation néo-zélandais », *RIDC*, 1989, p. 139 ; la loi qui régit ce système aujourd'hui est le *Accident Compensation Act 2001* ; comp. en faveur d'une réforme du droit anglais dans ce sens P. CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

¹³⁸⁸ Il restera à décider si une action récursoire peut être exercée par le fonds d'indemnisation pour obtenir remboursement auprès du responsable sur le terrain pénal (la voie civile étant fermée puisque la responsabilité civile a été supprimée). La logique voudrait qu'une telle action récursoire soit écartée, d'abord parce qu'elle ressusciterait le principe de responsabilité civile dont on a postulé la disparition, ensuite parce qu'elle aboutirait à une confusion entre faute pénale et faute civile en associant des conséquences civiles (remboursement de l'indemnisation) à une faute pénale, alors que le coupable ne saurait normalement être condamné pour cette faute qu'à une amende ou une peine privative de liberté. Ainsi, le fonds devrait définitivement assumer les conséquences des fautes, même délibérées.

décourager la commission de l'acte illicite et avertir tout auteur potentiel qu'il s'expose à une sanction. Craindre une « déresponsabilisation », c'est admettre que la responsabilité « responsabilise », qu'elle remplit une fonction sinon punitive, tout au moins préventive, éducative, prophylactique. La responsabilité civile joue en quelque sorte le rôle d'une police des comportements antisociaux. C'est en ce sens que l'on peut parler, à l'instar de Clothilde Grare-Didier¹³⁸⁹, Geneviève Viney¹³⁹⁰, Judith Rochfeld¹³⁹¹ ou encore Philippe Brun¹³⁹², d'une « fonction normative » de la responsabilité civile. Cette fonction normative distingue fondamentalement la responsabilité civile d'un fonds d'indemnisation. Elle constitue un pilier à part entière de l'institution.

261. Apparences et réalités. Cette fonction normative, pourtant, n'est pas assumée au grand jour. La peine privée ne jouit d'aucune reconnaissance officielle dans les droits français, allemand et anglais, où elle est un concept mal perçu. Elle n'est pas seulement ignorée, mais plutôt activement rejetée par le droit des obligations et la responsabilité civile en particulier, à laquelle on n'attribue communément qu'une visée indemnitaire. Toutefois, il faut sonder plus loin que les apparences. En effet, un tel rejet en bloc de la peine privée ne correspond pas à l'opinion générale qu'ont les juristes français, allemand et anglais de l'influence réelle de la peine privée. Ici comme ailleurs, il y a ce qui est dit, et ce qui est fait. La doctrine s'est prise au jeu du décryptage, si bien qu'il existe aujourd'hui des sanctions dont il est connu qu'elles traduisent l'idée de peine privée. Le rejet apparent de la peine privée (section 1) se trouve ainsi nuancé par l'influence qu'elle joue, en réalité, sur le droit de la responsabilité civile (section 2).

Section 1. Le rejet apparent de la peine privée par la responsabilité civile

Section 2. L'influence réelle de la peine privée sur la responsabilité civile

¹³⁸⁹ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité civile, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, op. cit., qui décrit cette fonction normative du droit comme celle qui « concentre les objectifs de punition et de prévention » (n° 107), v. spéc. les n° 106 à 108 sur la notion.

¹³⁹⁰ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2008, spéc. n° 39 et s.

¹³⁹¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, spéc. p. 489.

¹³⁹² PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, spéc. n° 13.

Section 1. Le rejet apparent de la peine privée par la responsabilité civile

262. L'opposition de la peine privée à la responsabilité civile. Qu'est-ce que la peine privée ? Comment est-elle perçue ? Quelle est sa place dans le droit des obligations ? Quel rôle joue-t-elle au sein de la responsabilité civile ? Est-elle officielle ? Est-elle occulte ? Comment la reconnaît-on ? Telles sont les questions que soulève l'étude du couple que forment la peine privée et la responsabilité civile. Il faudra ainsi revenir, d'abord, sur la définition de la peine privée et les attributs qui la caractérisent. La peine privée est en effet classiquement définie précisément par son opposition à la réparation mise en œuvre par la responsabilité civile (§1). Cette opposition sur le plan notionnel de la peine privée et de la responsabilité civile se double d'un rejet pratique de la peine privée par le droit positif de la responsabilité civile (§2).

§1. La peine privée définie par son opposition à la réparation

263. Thèse dualiste et thèse unitaire de la peine privée. Dans le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, la peine privée est décrite comme une :

« Perte infligée à titre de sanction punitive, dans les cas spécifiés par la loi, à l'auteur d'agissements frauduleux, en général accomplis au détriment d'un cocontractant ou d'un cohéritier (fausse déclaration intentionnelle, divertissement, recel de succession ou de communauté) dont le profit va (d'où le qualificatif privé) à la victime de ces agissements, laquelle reçoit un avantage finalement supérieur au préjudice qu'elle avait subi »¹³⁹³.

La peine privée se caractérise donc, outre le critère formel de l'autorisation légale spéciale, par son but « punitif », le caractère « frauduleux » du comportement sanctionné et, enfin, par l'enrichissement qu'elle procure à la victime qui reçoit davantage que l'équivalent du préjudice qu'elle a subi. D'emblée se dessine l'opposition entre la peine privée et la responsabilité civile qui met en œuvre la réparation. Cette réparation, à l'inverse de la peine privée, est « indemnitaire » ; elle repose sur une faute qui peut être une simple imprudence (ou dans le cas de la responsabilité contractuelle, une simple inexécution) ; elle ne saurait en

¹³⁹³ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, spéc. « peine privée » ; c'est déjà cette définition qui avait été retenue dans la première édition de 1987.

aucun cas dépasser le préjudice qui constitue la mesure de la réparation. Peine privée et responsabilité civile se trouvent ainsi, par définition, aux antipodes l'une de l'autre¹³⁹⁴.

Ce divorce conceptuel a récemment conduit l'auteur d'une étude consacrée à « La notion de peine privée » à plaider pour une stricte séparation de la peine privée et de la responsabilité civile¹³⁹⁵. Selon la conception unitaire de la peine privée plébiscitée, celle-ci « n'est pas une fonction de la responsabilité civile, mais une institution autonome »¹³⁹⁶ dans sa nature et dans sa finalité¹³⁹⁷. La démonstration proposée ne convint toutefois pas. Elle présente, en apparence, un intérêt indéniable : celui de tracer une frontière nette entre la responsabilité civile et la peine privée. La confrontation à la réalité l'atteint toutefois rapidement. Que se passe-t-il si une sanction vise à la fois à réparer et à punir ? Selon la conception proposée, la peine privée est mécaniquement écartée. Or, on ne peut se contenter d'une conclusion aussi hâtive. La peine privée, certes, ne peut être révélée que par son émancipation de la réparation. Cela ne signifie pas pour autant que l'une et l'autre soient impénétrables. Les sanctions « mixtes », loin d'être exceptionnelles, sont au contraire des plus fréquentes. En effet, la peine privée n'étant pas officiellement reconnue, elle est régulièrement « fondue » dans la réparation. En consacrant la peine privée « institution autonome », on ne répond finalement pas à la question de la distinction entre la peine privée et la réparation ; on l'écarte seulement¹³⁹⁸. Ainsi faut-il se rallier à la thèse dualiste dominante selon laquelle la peine privée est « une sanction mixte, à la fois punitive et indemnitaire [qui] ne se distingue pas de la responsabilité civile dont elle apparaît comme l'une des fonctions »¹³⁹⁹.

264. Les critères téléologique, matériel et moral de la peine privée. Si la peine privée paraît intrinsèquement liée à la réparation, il n'en demeure pas moins que c'est le *dépassement* de cette réparation qui révèle la peine privée. Il y a plus d'un siècle qu'Huguenev remarquait que :

¹³⁹⁴ Comp. sur l'opposition de la peine privée à l'indemnité C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2007, spéc. n° 288 et s., qui décrit quatre critères distinguant l'indemnité de la peine privée : (1) l'indifférence du comportement des parties, (2) l'indifférence de l'enrichissement illicite du débiteur, (3) l'indifférence des capacités contributives du débiteur et (4) l'impossibilité de dépassement de la perte par l'indemnité.

¹³⁹⁵ A. JAULT, *La notion de peine privée*, *op. cit.*

¹³⁹⁶ *Ibid.*, spéc. n° 416.

¹³⁹⁷ Telles sont les deux parties de sa thèse : la notion de peine privée d'après sa nature et la notion de peine privée d'après sa finalité.

¹³⁹⁸ On notera au demeurant que la définition de la peine privée dont l'autonomie est revendiquée ne se libère pas d'une mention de la réparation, serait-ce pour s'en distinguer : « la peine privée est une sanction civile punitive indépendante de toute idée réparatrice, infligée à l'auteur d'une faute qui lui est moralement imputable, au profit exclusif de la victime qui peut, seule, en demander l'application », A. JAULT, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 415.

¹³⁹⁹ A. JAULT, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 21.

« la peine privée [...] ne se peut point reconnaître à un critérium absolu : notion purement relative, intermédiaire entre la peine et la réparation, elle ne se dégage que par voie de comparaison, par rapport à la peine et à la réparation qui la limitent »¹⁴⁰⁰.

Partant de ce constat, il dégagea trois caractères qui peuvent aujourd'hui être qualifiés de « critères classiques » de la peine privée :

- (1) le critère téléologique : un but préventif et punitif
- (2) le critère matériel : une indemnisation supérieure au préjudice
- (3) le critère moral : une indemnisation dépendante de la faute.

Ces critères ont, depuis, été repris par tous les auteurs ayant écrit sur le sujet. Bernhard Grobfeld, le théoricien allemand de la peine privée, les adopte fidèlement, décrivant les « *materielle Eigenart* », « *ethische Eigenart* » et « *teleologische Eigenart* » de la « *Privatstrafe* »¹⁴⁰¹. Boris Starck met l'accent sur la proportionnalité de la peine à la faute « qui est l'âme même de la théorie de la peine privée »¹⁴⁰² mais il n'oublie pas qu'elle poursuit le but d'« avertir, amender, prévenir »¹⁴⁰³ et consiste en un « supplément d'indemnité »¹⁴⁰⁴. P. Crémieux reprend lui-aussi les critères dégagés par Hugueney pour caractériser ce qu'il appelle la « peine privée morale »¹⁴⁰⁵. D. Mazeaud leur reproche toutefois de ne pas être suffisamment pertinents :

« Le mérite des théories de MM. Crémieux et Hugueney est immense. (...) Pourtant, un reproche essentiel peut leur être adressé : aucun des caractères ou critères énumérés dans leurs études ne permet de tracer une frontière nette entre les notions de réparation et de peine privée »¹⁴⁰⁶.

Selon lui, c'est à Melle Roujou de Boubée¹⁴⁰⁷ que revient le mérite d'avoir mis en évidence que :

« le seul critère fiable et déterminant qui permette de distinguer les notions de peine privée et de réparation réside dans le fondement de la condamnation »¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁰ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., v. spéc. p. 25.

¹⁴⁰¹ B. GROBFELD, *Die Privatstrafe : ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, op. cit., spéc. p. 11 et 12.

¹⁴⁰² B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., spéc. p. 391.

¹⁴⁰³ *Ibid.*, spéc. p. 390.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, spéc. p. 393.

¹⁴⁰⁵ P. CREMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », in : *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 261, spéc. n° 23 et s., qui distingue trois catégories de peines privées : la peine privée morale, la peine privée comminatoire et la peine privée satisfaisante.

¹⁴⁰⁶ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, op. cit., spéc. n° 540.

¹⁴⁰⁷ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., spéc. p. 59 et s.

¹⁴⁰⁸ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, op. cit., spéc. n° 541.

Autrement dit, c'est l'élément moral de la faute qui serait véritablement décisif. L'étude de S. Carval semble quant à elle s'appuyer avant tout sur le critère téléologique de la peine privée¹⁴⁰⁹.

Somme toute, les trois critères dégagés par Hugueney sont donc repris, avec des variantes, par la plupart des auteurs traitant de la peine privée, l'accent étant mis tantôt sur l'un, tantôt sur l'autre. Or, ces trois critères d'ordre téléologique (A), matériel (B) et moral (C) opposent directement la peine privée à la réparation mise en œuvre par la responsabilité civile. Leur étude devra conduire à proposer une définition claire et simple de la peine privée, qui mette en exergue ses véritables signes distinctifs par rapport à la réparation (D).

A. Le critère téléologique : un but préventif et punitif

265. Le critère téléologique, un critère fondé mais insuffisant. A l'inverse de la responsabilité civile, qui a pour but le rétablissement de la victime par le biais de la réparation, la peine privée est tournée vers le responsable qu'elle cherche à punir et, en amont, à dissuader. Comme l'exprime Hugueney, alors que la réparation vise à « guérir une première blessure », la peine, elle, en inflige une nouvelle et se manifeste ainsi là où l'intention du législateur était « moins de venir en aide au lésé que de réprimer un agissement coupable »¹⁴¹⁰. Aussi fondé soit ce critère en théorie, il n'est que d'une utilité résiduelle en pratique. « Trop imprécis », selon M. Crémieux¹⁴¹¹, il est surtout insuffisant pris isolément. D'abord, parce que la peine privée a, selon l'opinion dominante, un but mixte de punition *et* de réparation, si bien que s'appuyer uniquement sur ce critère ne donnerait qu'une « ligne de démarcation bien flottante »¹⁴¹². Ensuite et surtout, parce que le critère n'est pas fiable, dès lors que le but affiché d'une sanction ne laisse pas toujours transparaître la finalité réellement poursuivie. Un but punitif peut se cacher derrière des apparences indemnitaires – des illustrations nombreuses en seront données. Inversement, ce qui est dit punitif ne l'est pas toujours.

¹⁴⁰⁹ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, pour qui le régime de la peine privée découle du but qui lui est assigné, à savoir de « prévenir, par la dissuasion, l'accomplissement d'actes anti-sociaux » (v. spéc n° 286 et n° 312) et peut, le cas échéant, conduire à sanctionner de simples négligences (ce qui constitue une atténuation du critère moral) ou encore rester en-deçà du préjudice (ce qui contredit le critère matériel), v. spéc. n° 285.

¹⁴¹⁰ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit.*, spéc. p. 27.

¹⁴¹¹ M. CREMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », *op. cit.*, spéc. n° 24, p. 275.

¹⁴¹² L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit.*, spéc. p. 29 ; *adde* adressant la même critique D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, spéc. n° 544.

Un exemple en convaincra, tiré de la transposition en droit allemand de la directive 76/207/CE imposant des règles de non-discrimination entre hommes et femmes¹⁴¹³. Cette transposition, qui a donné du fil à retordre au législateur allemand, prescrivait notamment l'instauration d'une sanction à la discrimination à l'embauche qui fit l'objet du §611a BGB. Cette disposition, en même temps qu'elle instaurait la possibilité de prétendre à une indemnisation, la limitait toutefois à la compensation de l'intérêt négatif (*Vertrauensschaden*), c'est-à-dire aux frais vainement occasionnés, principalement ceux de candidature (du type frais postaux, frais de déplacement à l'entretien...) ¹⁴¹⁴. Ce laxisme envers l'employeur attira les foudres de la CJCE qui, à trois reprises, déclara la transposition allemande non-conforme à la directive, en insistant sur le fait que la sanction choisie devait avoir un « effet dissuasif réel » ¹⁴¹⁵. En réaction, le §611a BGB fut modifié une première fois en introduisant le principe d'une indemnisation adéquate – mais dans la limite d'un montant équivalent à trois mois de salaire ¹⁴¹⁶. L'instauration de ce plafond entraîne une nouvelle condamnation par la CJCE qui insiste derechef sur la nécessité d'une sanction dotée d'un « effet dissuasif réel » ¹⁴¹⁷. Modifiée à nouveau ¹⁴¹⁸ puis intégrée à sa création dans la Loi sur l'égalité de traitement (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), la disposition conservera finalement son plafond pour les dommages et intérêts immatériels ¹⁴¹⁹. Cet exemple illustre bien la difficulté qu'il y a à s'appuyer sur le but d'une sanction. Tant la directive que les travaux préparatoires du législateur allemand affichaient une motivation dissuasive et punitive ¹⁴²⁰. Et pourtant, lorsque le §611a BGB fut promulgué, il n'échappa à personne que cette disposition rebaptisée « article-frais de port » (*Portoparagraph*) avait un effet dissuasif proche de zéro ¹⁴²¹. Quant au plafonnement de la sanction, même dans la formulation actuelle du §15 AGG, il ne paraît pas davantage compatible avec l'esprit de la peine privée. Aussi le critère du but punitif apparaît-

¹⁴¹³ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 févr. 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

¹⁴¹⁴ Loi du 13 août 1980, *BGBI.*, I, p. 1308.

¹⁴¹⁵ CJCE, 10 avr. 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen*, aff. 14/83, *Rec.*, p. 1892, spéc. n° 23, n° 28 et le dispositif ; CJCE, 10 avril 1984, *Dorit Harz contre Deutsche Tradax GmbH*, aff. 79/83, *Rec.*, p. 1922, spéc. n° 23, n° 28 et le dispositif ; CJCE, 2 août 1993, *M. Helen Marshall contre Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Aff. C-271/91, *Rec.*, 1993, I, p. 4400, spéc. n° 24.

¹⁴¹⁶ Loi du 4 juin 1994, *BGBI.*, I, p. 1406.

¹⁴¹⁷ CJCE, 22 avr. 1997, *Nils Draehmpaehl contre Urania Immobilienservice OHG*, Aff. C-180/95, *Rec.*, I, p. 2212, spéc. n° 25, n° 26 et n° 39.

¹⁴¹⁸ Loi du 26 juin 1998, *BGBI.*, I, p. 1694.

¹⁴¹⁹ V. le §15 AGG.

¹⁴²⁰ *BT-Drucks.* 13/10242, p. 7 évoque une « zentrale Sanktionsnorm », cité par C. SCHÄFER, « Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht », *AcP* 202 (2002), 397, spéc. p. 411.

¹⁴²¹ V. not. C. SCHÄFER, « Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht », *AcP* 202 (2002), 397.

il incertain. On ne peut s'appuyer sur lui qu'à la condition de le vérifier par des critères objectifs.

266. Le dessein punitif apprécié à l'aune d'indices concrets : la richesse du débiteur et le profit tiré de la violation. Le but punitif d'une sanction peut heureusement être révélé autrement que par la recherche de l'intention du législateur. Certains indices peuvent être donnés par l'aménagement même de la sanction. Un attribut de la peine privée est ainsi mis en avant par Heinrich Stoll¹⁴²² et Peter Müller¹⁴²³ : la peine privée se distinguerait de la réparation en ce qu'elle peut prendre en considération la fortune (les facultés contributrices) du débiteur pour lui infliger une sanction plus lourde¹⁴²⁴. Plutôt qu'un critère autonome, cet élément semble devoir être appréhendé comme un indice du critère téléologique. En effet, lorsqu'entre en considération la fortune du débiteur, c'est pour lui faire éprouver davantage la sanction, autrement dit pour renforcer son effet punitif. En outre, cet indice ne caractérise pas *toutes* les peines privées : l'évaluation de la fortune du débiteur ne précède pas automatiquement le prononcé de la peine privée. Ce n'est donc pas un critère autonome d'identification de la peine privée. Dans la même direction, un autre indice peut être vu dans la prise en compte du profit réalisé par le responsable. Si l'on soutire au responsable le profit qu'il a réalisé, c'est bien pour punir sa faute lucrative et, en amont, le dissuader de la commettre en anéantissant tout espoir de bénéfices. Ainsi, le critère téléologique, apprécié à l'aune d'indices concrets tels qu'un aménagement de la peine pour peser davantage sur le responsable (aggravation de la peine en considération de la fortune du responsable ou privation du profit réalisé) peut être pertinent. Le rôle de ces indices, toutefois, ne doit pas être surestimé : dans de nombreux cas ils font défaut et l'on est alors bien en peine de déterminer avec certitude si la sanction considérée a une visée punitive ou réparatrice, ou encore mixte.

¹⁴²² H. STOLL, « Penal Purposes in the Law of Tort », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 18, n° 1, 1970, p. 3, spéc. p. 3: « It is difficult to determine comparatively whether a particular award of damages is actually punitive in character. The applicable criterion is clear: the tortfeasor's liability is "punitive" when the award exceeds actual damages and its amount is based on the degree of the wrongdoer's fault and a consideration of his wealth ».

¹⁴²³ V. not. P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 95 et s. qui expose trois hypothèses dans lesquelles les dommages et intérêts revêtent les caractères de la peine privée : l'absence de préjudice (existant ou prouvé) ou son dépassement, la prise en compte de la gravité de la faute et la prise en compte de la fortune respective du débiteur et de la victime.

¹⁴²⁴ *Contra* : M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, spéc. p. 123.

B. Le critère matériel : une sanction allant au-delà de la réparation

267. L'affranchissement du carcan de la réparation. C'est certainement Boris Starck qui décrit le mieux ce critère matériel lorsqu'il parle de « supplément d'indemnité » (en italique dans l'original) :

« La peine privée apparaîtra quand la condamnation de l'auteur du dommage sera supérieure à celle qu'il aurait encouru pour un dommage identique provoqué par une activité non fautive. Si l'on prend comme point de comparaison cette limite inférieure, la peine privée sera donc toujours un *supplément d'indemnité* [...] [La peine privée] est *ce quelque chose de plus* qui s'ajoute à l'indemnité due en vertu des règles de la Garantie purement objective »¹⁴²⁵.

Tandis que le préjudice constitue la mesure de la réparation qui ne peut en principe lui être ni inférieure, ni supérieure, la peine privée s'affranchit de ce carcan et va au-delà de la réparation. Ce critère, qualifié d'« objectif » par Louis Hugueney¹⁴²⁶, a l'avantage d'être facilement identifiable. Il suffit, pour le caractériser, de regarder quelle aurait été l'étendue normale de la réparation et de constater que la sanction étudiée va au-delà.

268. Le dépassement du préjudice « normalement réparable » et non du préjudice subi. La difficulté de ce critère matériel réside dans la confusion qui est régulièrement faite entre le préjudice *réparable* et le préjudice *subi*. La peine privée outrepassa la réparation, c'est-à-dire qu'elle condamne à davantage que le préjudice « normalement réparable ». Comme il a été vu, il n'y a en réalité d'équivalence qu'entre le préjudice réparable et la réparation¹⁴²⁷. Le préjudice subi, lui, n'est d'aucun intérêt : la peine privée peut lui être inférieure ou supérieure, sans que cela n'aie aucune importance¹⁴²⁸. Dès lors que la réparation est satisfaite par l'octroi d'une somme « x » dont on estime qu'elle correspond *juridiquement* à la réparation du préjudice, le simple fait d'octroyer « x + 1 » caractérise matériellement la peine privée, même si ce « x + 1 » reste inférieur à une valeur « y » correspondant *factuellement* au préjudice subi. Le critère matériel est donc rempli dans deux hypothèses :

¹⁴²⁵ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., spéc. p. 393.

¹⁴²⁶ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., spéc. p. 25 et s.

¹⁴²⁷ V. *supra*, spéc. n° 246 et s. « Le principe de l'équivalence entre la réparation et le dommage consiste à réparer dans son intégralité le dommage réparable ».

¹⁴²⁸ Pour Boris Starck, la peine privée, pour ne pas inciter la victime à provoquer la faute, ne devrait pas, sauf exceptions (et il en cite un certain nombre, not. la faute lucrative), dépasser le préjudice réel ; comme il en convient, ce n'est toutefois pas une question de principe, mais de choix législatif, v. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., spéc. p. 393 et p. 415 et s.

(1) le dommage n'est pas démontré et la réparation devrait être nulle : le critère matériel est rempli du seul fait qu'une peine pécuniaire est prononcée en dépit de l'absence de démonstration d'un préjudice.

(2) le dommage est démontré et la réparation devrait couvrir un certain montant qui correspond au « préjudice réparable » : le critère matériel est rempli si la peine pécuniaire prononcée dépasse la valeur de ce préjudice normalement réparable.

269. Limites du critère matériel. A l'évidence, ce critère matériel n'est pas suffisant car, comme le notait Marie-Eve Roujou de Boubée :

« le montant d'une sanction ne saurait suffire à en révéler la nature »¹⁴²⁹.

S'il ne permet certainement pas à lui-seul de caractériser l'existence de la peine privée, il parvient tout au moins *négativement* à écarter la réparation, dès lors que celle-ci devrait se satisfaire, en toute hypothèse, de l'indemnisation du préjudice fixé comme réparable par l'ordre juridique concerné. Affirmer *positivement* que la dérogation observée est l'expression de la peine privée nécessitera de réunir, en plus du critère matériel, le critère moral de la peine privée.

C. Le critère moral : une sanction proportionnée à la faute

270. La faute comme fondement de la peine privée. Pour qu'une peine ait un véritable effet préventif et punitif, elle doit sanctionner une faute. Un événement purement accidentel ne peut être découragé par une peine, et ne devrait pas davantage être puni par elle. La faute est-elle pour autant l'exclusivité de la peine ? Les articles 1382 et 1383 du Code civil ne subordonnent-ils pas la réparation à la démonstration d'une faute, fut-elle d'imprudence ? Pour Huguéney, la différence réside dans le rôle joué par la faute dans la peine et dans la réparation : en matière de réparation, la faute n'aurait qu'une valeur « symptomatique » – elle ne serait que le « *deus ex machina* » permettant de justifier le transfert de la charge du dommage de la victime vers le responsable¹⁴³⁰. En matière de peine, à l'inverse, elle constituerait son élément « caractéristique »¹⁴³¹. Pour M.-E. Roujou de Boubée et pour D. Mazeaud, la faute constituerait même le fondement nécessaire et suffisant de la peine privée, le seul critère qui permette de tracer une ligne de démarcation claire entre la peine et la

¹⁴²⁹ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., spéc. p. 73.

¹⁴³⁰ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., spéc. p. 26 et s.

¹⁴³¹ *Ibid.*

réparation¹⁴³². Dans le même esprit, Alexis Jault voit dans la faute la « raison d'être » de la peine privée¹⁴³³. Si à l'évidence la faute est le fondement de la peine, là où le préjudice est l'élément déterminant de la réparation, il n'en demeure pas moins que la faute est *aussi* une condition de la responsabilité civile mettant en œuvre la réparation et que, si l'on veut rendre ce critère pertinent, il faut le préciser davantage.

271. La faute comme mesure de la peine privée. La faute joue bien un rôle déterminant dans la peine privée, non seulement en tant qu'élément déclencheur, mais surtout en tant qu'instrument de mesure de la sanction. Si c'est bien le fondement de la faute qui différencie *par nature* la peine privée de la réparation, c'est la mesure de la peine à sa gravité qui permet, en pratique, de distinguer l'une de l'autre. Maintenu dans le carcan du principe de l'équivalence du dommage et de la réparation, la responsabilité civile dans sa fonction indemnitaire ne saurait faire varier l'étendue de sa condamnation en fonction de la gravité de la faute : cette proportionnalité est le propre de la peine privée. La faute joue ainsi un double rôle dans la peine privée : elle conditionne sa mise en jeu et elle influe sur ses effets. Comme le notait Starck (en italique dans l'original) :

« La peine privée [...] ne se conçoit qu'en présence d'une *faute*, dont elle forme la sanction. – Ce point acquis, un deuxième en découle : c'est que le montant de la peine *variera* en fonction de la gravité de la faute »¹⁴³⁴.

Il ne faudrait toutefois pas porter trop haut l'exigence de cette démonstration pour pouvoir conclure à la caractérisation d'une peine privée. D'abord, parce que la faute dont l'*existence* est requise n'est pas uniforme : il peut s'agir d'un dol, d'un acte de mauvaise foi, d'une faute lourde, d'une faute inexcusable¹⁴³⁵. Ensuite parce que la proportionnalité de la peine à la gravité de la faute n'exige pas formellement l'instauration de « paliers » indiquant pour chaque acte plus affligeant une peine plus dégradante. Ce qui caractérise la peine privée, c'est seulement que sa mesure dépend de la gravité de la faute – autrement dit, qu'une faute soit exigée et que, de surcroît, ce soit sa gravité particulière qui explique l'alourdissement de la sanction qui lui est assortie.

¹⁴³² M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, spéc. p. 59 et s. ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, spéc. n° 541.

¹⁴³³ A. JAULT, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 114.

¹⁴³⁴ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, spéc. p. 390.

¹⁴³⁵ Sur cette variété de la faute donnant lieu à la peine privée, v. *infra*, spéc. n° 385 et s.

D. Synthèse et retour sur la définition de la peine privée

272. Les caractères véritablement distinctifs de la peine privée. En résumé, la peine privée est révélée par la présence simultanée de trois critères. Premièrement, le créancier reçoit plus que la réparation « normale » de son préjudice. Deuxièmement, ce surcroît dépend directement de l'existence d'une faute imputable au responsable, plus exactement de la gravité de celle-ci. Troisièmement, l'enjeu est normatif et vise à prévenir et punir le comportement en question. Ce dernier critère téléologique, toutefois, n'est pas « fiable » ou plutôt, il n'est pas toujours vérifiable objectivement par des éléments tels que la prise en compte de la fortune du responsable ou du profit qu'il a tiré de la violation. C'est donc le critère matériel du dépassement des frontières du préjudice réparable et le critère moral de l'influence de la gravité de la faute sur la mesure de la sanction qui constituent les signes véritablement distinctifs de la peine privée. C'est seulement lorsque la sanction prononcée ira au-delà du préjudice *normalement réparable* (ce qui ne correspond pas au dommage subi), et que sera révélée non seulement l'existence d'une faute, mais surtout une proportion de la sanction à la *gravité* de celle-ci – soit que la gravité de la faute conditionne la mise en jeu de la sanction dans son entier, soit qu'il existe une proportionnalité entre l'étendue de la condamnation et la gravité du comportement sanctionné – que l'on pourra conclure à la caractérisation d'une peine privée.

273. La définition de la peine privée. A la suite de cette étude des signes distinctifs de la peine privée, il est possible de proposer la définition suivante :

La peine privée est une sanction civile au bénéfice de la victime qui, orientée vers la punition du fautif et non vers la réparation de la victime, dépasse la valeur du préjudice ordinairement réparable et dépend de la gravité de la faute de son auteur.

Cette définition reprend bien les trois critères de la peine privée. Elle est inspirée de celle proposée par un auteur allemand, Angelika Fuchs¹⁴³⁶. A la différence de celle-ci, la définition proposée fonde le critère matériel sur le dépassement du préjudice « normalement réparable » et non du préjudice « subi ».

Opposée à la responsabilité civile (et à la réparation qu'elle met en œuvre) dans sa définition même, la peine privée est encore maintenue à l'écart de celle-ci par le droit positif.

¹⁴³⁶ A. FUCHS, « Schadensausgleich und Verhaltenssteuerung – Rechtsvergleichende Überlegungen zu den Zwecken deliktischer Haftung », in : *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann*, dir. H. KRONKE, K. THORN, Bielefeld, Giesecking, 2011, p. 776, spéc. p. 781 : « Eine Privatstrafe ist eine an den Verletzten zu zahlende Geldbuße, die den entstandenen Schaden übersteigt, vom Verschuldensgrad des Schädigers abhängig ist und daher nicht in erster Linie den Schaden ersetzen, sondern den Schädiger treffen will. ».

§2. La peine privée maintenue à l'écart de la responsabilité civile

274. Le « pourquoi » et le « comment » du rejet de la peine privée. Le principal argument au soutien de la mise à l'écart de la peine privée est celui de la séparation du droit civil et du droit pénal. Les objections principales des adversaires de la peine privée – recensées et combattues par Starck – sont toujours ancrées dans les esprits de la doctrine contemporaine :

- « – La peine privée repose sur l'idée barbare de vengeance ;
- La peine privée est condamnée par une double évolution historique : Abolition constante des peines (loi d'Ihering) ; « objectivation » de la responsabilité civile ;
- La peine privée porte atteinte à l'organisation juridique des démocraties libérales, fondées sur la séparation du droit civil et du droit pénal ;
- La peine privée, en tant qu'elle s'écarte de la règle de la réparation intégrale, conduit à l'appauvrissement ou à l'enrichissement injustes de la victime »¹⁴³⁷.

La peine privée, mêlant peine et réparation, ne tiendrait pas compte de cette longue évolution qui a permis l'abolition d'un système archaïque. Elle serait dépassée (A) Le rejet de principe de la peine privée trouve son témoignage le plus poignant dans le traitement réservé aux dommages et intérêts punitifs par les droits positifs français, allemand et anglais (B).

A. Un rejet appuyé sur la séparation du pénal et du civil

1. Un mécanisme appartenant au passé

275. L'abolition de la peine privée par le code civil allemand. Ihering, l'un des auteurs civilistes les plus chers aux allemands, a écrit il y a un siècle et demi cette phrase restée célèbre :

- « L'histoire de la peine est celle de sa chute perpétuelle »¹⁴³⁸.

C'était vrai de l'histoire qui le précédait, et ce fut vrai de ce que devint l'histoire après lui. La peine – et notamment la peine privée – n'a cessé de décliner. En Allemagne, aujourd'hui, elle est perçue comme un mécanisme primitif dont le BGB s'est fort heureusement débarrassé. Celui-ci a en effet abandonné la règle du *preussischen Allgemeinen Landrecht* qui faisait varier l'étendue des dommages et intérêts en fonction de la nature et de la gravité de la faute

¹⁴³⁷ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, spéc. p. 371.

¹⁴³⁸ R. VON IHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, Verlag von Emil Roth, 1867, spéc. p. 4, trad. libre de: « Die Geschichte der Strafe ist ein fortwährendes Absterben derselben ».

afin, précisément, de délivrer la responsabilité civile de toute considération punitive. C'est ce qu'expliquent les travaux préparatoires :

« La prise en compte d'aspects moralisateurs ou punitifs, sur laquelle toute gradation repose, doit absolument être tenue à l'écart de la détermination des conséquences civiles d'un comportement délictuel »¹⁴³⁹.

Dès lors, les manuels de droit allemand, si tant est qu'ils l'évoquent¹⁴⁴⁰, présentent la fonction punitive du *Schadensersatz* comme une vision archaïque définitivement abandonnée¹⁴⁴¹. Le mot lui-même de « Privatstrafe » est tombé en désuétude et n'évoque aux juristes germanistes guère plus que les « punitive damages » du droit anglo-saxon, une sanction « étrangère » qui n'est d'ailleurs pas davantage tolérée¹⁴⁴².

276. Le principe indemnitaire supplantant la doctrine de la peine privée en droit français. En France aussi, on a parlé à propos de la peine privée d'« évolutions régressives »¹⁴⁴³ ou d'« espèces d'anomalies archaïques »¹⁴⁴⁴. Starck avait même cru, en lisant « l'étude magistrale » d'Huguenev¹⁴⁴⁵, entendre en écho le « chant du cygne » de la peine privée¹⁴⁴⁶. La doctrine, pourtant, s'est montrée plus attachée à la peine privée qu'on ne l'aurait cru. Les thèses récentes parues sur le sujet en témoignent¹⁴⁴⁷, de même que la discussion contemporaine relative à l'introduction de dommages et intérêts punitifs¹⁴⁴⁸. Il

¹⁴³⁹ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, t. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, J. Guttentag, 1888 (réimpr. 1896), spéc. p. 17 et 18, trad. libre de : « Die Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte, worauf jene Abstufung beruht, muss bei der Bestimmung der civilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus fern gehalten werden. ».

¹⁴⁴⁰ On s'étonne en effet de ne trouver aucune mention d'une éventuelle fonction punitive (ne serait-ce que pour la combattre) parmi l'étude des « buts et principes du droit de la responsabilité » dans l'ouvrage de référence de E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2^e éd., Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1996, p. 14 et s. ou encore au sein des développements consacrés aux fonctions du *Schadensersatz* dans le commentaire non moins prestigieux *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§249-254 (*Schadensersatzrecht*), par G. SCHIEMANN, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2005, Vorbem. zu §§249 ff, n° 1-3.

¹⁴⁴¹ V. par ex. H. LANGE, G. SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts* (dir. J. GERNHUBER), t. 1, *Schadensersatz*, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, Einleitung III. 2. (spéc. p. 12 et 13) ; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1, *Allgemeiner Teil*, 14^e éd., München, Beck, 1987, §27 I (spéc. p. 423) ; J. ESSER, *Schuldrecht*, t. 1, *Allgemeiner Teil*, vol. 2, *Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis*, 8^e éd., par E. SCHMIDT, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000, §30 II.

¹⁴⁴² V. *infra*, spéc. n° 284 et s.

¹⁴⁴³ L'expression est de J. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, 2004 spéc. p. 303.

¹⁴⁴⁴ L'expression est de PH. LE TOURNEAU, « Rapport de synthèse », in : *L'indemnisation*, Journées québécoises de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Paris, SLC, 2008, p. 1, spéc. p. 11 qui, pour sa part, regrette cette vision répandue.

¹⁴⁴⁵ L. HUGUENEV, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit.*

¹⁴⁴⁶ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, spéc. p. 361.

¹⁴⁴⁷ Comp. les auteurs cités *supra*, spéc. n° 258 et en particulier S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995.

¹⁴⁴⁸ Sur laquelle v. nos dév. détaillés *infra*, spéc. n° 399.

n'en demeure pas moins que la peine privée reste, dans la plupart des esprits, un mécanisme du passé qui ne fait que resurgir sporadiquement en droit positif, sans atteindre la substance même du droit de la responsabilité civile. La théorie de la hiérarchie des fautes contractuelles a été abandonnée par les rédacteurs du Code civil qui se sont éloignés du modèle de l'ancien droit au profit du principe de l'équivalence du dommage et de la réparation¹⁴⁴⁹. La jurisprudence opère régulièrement quelques « piqures de rappel » : l'indemnisation doit couvrir « tout le dommage » – ce qui exclut une quelconque diminution eu égard à la légèreté de la faute¹⁴⁵⁰ – et « rien que le dommage » – ce qui signifie que la victime ne saurait obtenir plus en cas de faute particulièrement grave¹⁴⁵¹. Le principe de l'équivalence du dommage et de la réparation serait ainsi, selon le conseiller Jean-Pierre Gridel, un principe général du droit des obligations¹⁴⁵². Aussi, selon Philippe Brun, « "réactiver" le rôle normatif de la responsabilité »¹⁴⁵³, en introduisant, par exemple, des dommages et intérêts punitifs, viendrait « heurte[r] de front le principe d'équivalence »¹⁴⁵⁴ mais surtout :

« une telle innovation s'apparenterait à une révolution au sens copernicien du terme, puisqu'elle marquerait dans une certaine mesure le retour à la confusion originaire de la réparation et de la répression que notre Droit a pourtant bannie »¹⁴⁵⁵.

277. Le concept de peine privée inconnu du droit anglais. En droit anglais, il n'existe pas véritablement de concept de la peine privée. Cependant, la séparation du pénal et du civil est parfois brandie à propos des *exemplary damages*. Ainsi, dans un rapport de 2007, le *Department for Constitutional Affairs* (précurseur du Ministère de la Justice) soulevait la question de l'extension des dommages et intérêts exemplaires au-delà des cas limités dans lesquels ils sont actuellement octroyés, et y répondait par la négative en arguant notamment que :

« La fonction des dommages et intérêts exemplaires ressort davantage du droit pénal, et leur disponibilité dans un procès civil brouille les frontières entre droit civil et droit pénal »¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁴⁹ V. G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, d'après le Traité de Planiol, t. 2, *Obligations, contrat - responsabilité, droits réels, biens - propriété*, Paris, LGDJ, 1957, spéc. n° 790 et s.

¹⁴⁵⁰ V. par ex. Civ., 21 oct. 1946, *JCP*, 1946, II, 3348, note P. L.-P. ; *RGAT*, 1947, p. 178, note A.B. : « Attendu que la réparation civile du dommage causé que la loi impose à l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délict doit comprendre l'intégralité du préjudice subi, quelle que soit la gravité de la faute ou de la négligence commise par la personne responsable [...] Attendu que les circonstances de nature à atténuer la gravité d'une faute n'exercent pas d'influence sur la réparation qui est due à la victime du délit civil ».

¹⁴⁵¹ V. par ex. Crim., 8 févr. 1977, *Bull. crim.*, 1977, n° 52 : « La responsabilité civile n'a pas de fonction pénale et la gravité de la faute ne peut donc justifier une condamnation supérieure à la valeur du dommage. ».

¹⁴⁵² P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.*, 2002, p. 228, spéc. p. 233.

¹⁴⁵³ PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., spéc. n° 14

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, spéc. n° 15.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, spéc. n° 15 *in fine*.

C'est une confusion regrettable que de penser que les dommages et intérêts punitifs ont leur place en droit pénal. Leur intérêt réside précisément dans leur disponibilité dans un procès civil, par l'action de la victime et à son bénéfice. C'est une peine privée, et peine privée n'est pas synonyme de matière pénale.

2. La confusion de la peine privée avec la matière pénale

278. La peine privée n'est pas la matière pénale. Le rejet de la peine privée s'explique, aussi, par la confusion qui est faite entre la peine privée et la matière pénale. Les peines privées que l'on trouve en droit de la responsabilité civile n'appartiennent pas à la matière répressive au sens du droit français¹⁴⁵⁷. En revanche, elles pourraient appartenir à la matière pénale au sens de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Or, le rattachement à cette matière pénale est assorti de conséquences importantes. La sanction doit se plier à certaines exigences procédurales posées par l'article 6¹⁴⁵⁸, au principe de légalité posé par l'article 7 de la Convention¹⁴⁵⁹ et enfin à la règle *non bis in idem*¹⁴⁶⁰. Il ne s'agit pas d'obstacles insurmontables, et Suzanne Carval a bien montré que les dommages et intérêts punitifs, par exemple, pouvaient être encadrés de manière à assurer ces garanties¹⁴⁶¹. Il n'en demeure pas moins que la perspective d'une appartenance de la peine privée à la matière pénale peut constituer un frein à sa consécration.

Pourtant, l'une notion ne recoupe pas l'autre. La peine privée répond à certains critères ; la matière pénale répond à d'autres. Ces critères n'étant pas les mêmes, il faut se garder de confondre la peine privée avec la matière pénale. La peine privée *peut* appartenir à la matière pénale, mais *seulement si* elle remplit les critères qui caractérisent cette matière pénale, en plus de ceux qui font d'elle une peine privée. A l'inverse, il existe certaines peines privées, et des exemples en seront donnés, qui ne remplissent pas ces critères. La peine privée peut donc aussi prospérer en-dehors de la matière pénale.

¹⁴⁵⁶ Department for Constitutional Affairs (DCA), *The law on damages*, CP 9/07, mai 2007, spéc. n° 198, trad. libre de : « « The function of exemplary damages is more appropriate to the criminal law, and their availability in civil proceedings blurs the distinctions between the civil and criminal law. » »

¹⁴⁵⁷ Il faut noter toutefois que le Conseil constitutionnel, qui énonce aussi des principes applicables aux peines, se garde la possibilité de qualifier de peine une sanction qui ne serait pas prononcée par une juridiction répressive, v. not. Conseil constitutionnel, 28 juil. 1989, décision n° 89-260 DC (à propos de la Loi relative à la transparence et à la sécurité du marché financier), spéc. considérant 18.

¹⁴⁵⁸ Il s'agit des règles du procès équitable (qui vaut aussi pour les « droits et obligations de caractère civil »), du respect de la présomption d'innocence et de droits visant à garantir la défense.

¹⁴⁵⁹ Il ne saurait y avoir de peine sans incrimination et la peine plus lourde ne peut avoir d'application rétroactive.

¹⁴⁶⁰ Celle-ci découle de l'art. 4, paragraphe 1 du Protocole additionnel n° 7.

¹⁴⁶¹ Ainsi également que le principe de proportionnalité imposé par le Conseil constitutionnel français, v. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., spéc. n° 208 et s.

279. Les critères de la matière pénale dégagés par la CEDH. Une peine privée pourra entrer dans la matière pénale si elle remplit les critères qui caractérisent celle-ci. C'est dans l'arrêt « *Engel* »¹⁴⁶², repris et affiné par l'arrêt « *Öztürk* »¹⁴⁶³ que la Cour européenne des droits de l'Homme a posé les jalons d'une définition autonome de la matière pénale. Trois critères ont été dégagés pour rattacher une sanction à la matière contractuelle : la qualification en droit interne, la nature de l'infraction et la sévérité de la sanction¹⁴⁶⁴. Ces critères sont alternatifs, si bien que même une sanction qui n'appartient pas au droit pénal dans la conception de l'état signataire peut être rattachée à la matière pénale à raison de la nature de l'infraction récriminée ou de la sévérité de la peine qui y est adjointe. C'est même là tout l'intérêt de cette qualification autonome et c'est ce qui permet à la Cour de contrôler les fraudes à la Convention. Le premier critère de la qualification interne semble en fait surtout jouer un rôle probant lorsqu'elle indique le caractère pénal¹⁴⁶⁵. Quand à l'inverse elle le réfute, « l'indication qu'[elle] fournit n'a qu'une valeur formelle et relative »¹⁴⁶⁶. Le deuxième critère vers lequel il faut alors se tourner est celui de la nature de l'infraction. Il s'appuie principalement¹⁴⁶⁷ sur la généralité de l'incrimination : l'appartenance à la matière pénale sera plus facilement retenue lorsque la disposition « concerne virtuellement la population tout entière »¹⁴⁶⁸ que lorsqu'elle s'applique à un nombre limité d'individus¹⁴⁶⁹. Le troisième critère relatif à la sévérité de la sanction invite à examiner, d'une part, le but poursuivi par la sanction¹⁴⁷⁰ et, d'autre part, sa mise en œuvre concrète. Au-delà du « but, à la

¹⁴⁶² C.E.D.H., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, aff. n° 5100/71, spéc. para. 81 : « [...] Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 (art. 6, art. 7) se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention. [...] ».

¹⁴⁶³ C.E.D.H., 21 févr. 1984, *Öztürk c. Allemagne*, aff. n° 8544/79, spéc. para. 53.

¹⁴⁶⁴ Pour un exposé limpide et illustré de jurisprudence de ces critères qui permettent de délimiter la matière pénale au sens de la Convention, v. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Etude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Bruylant, 2014, spéc. n° 503 et s.

¹⁴⁶⁵ En ce sens : N. MOLE, C. HARBY, *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 2^{ème} éd., Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007, spéc. p. 18 : « L'article 6 est automatiquement applicable à la procédure si l'accusation est qualifiée de pénale dans le droit interne de l'Etat défendeur [...] ».

¹⁴⁶⁶ C.E.D.H., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, aff. n° 5100/71, préc., spéc. para. 82.

¹⁴⁶⁷ Rafael Amaro souligne également l'influence que peut avoir le fait que l'intérêt protégé par la norme est un intérêt qui ressort traditionnellement de la protection du droit pénal, par ex. la dignité humaine, v. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Etude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, op. cit., spéc. n° 505 et les réf. citées.

¹⁴⁶⁸ C.E.D.H., 22 mai 1990, *Weber c. Suisse*, aff. n° 11034/84, spéc. para. 33.

¹⁴⁶⁹ V. N. MOLE, C. HARBY, *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., spéc. p. 19 et les exemples cités.

¹⁴⁷⁰ Le but de la sanction est parfois aussi analysé comme un quatrième critère, v. par ex. N. MOLE, C. HARBY, *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., spéc. p. 19 et s., ou bien encore il lui arrive d'être rattaché au second critère de la

fois préventif et répressif» qui caractérise la matière pénale¹⁴⁷¹, il faut donc également rechercher si la sanction prononcée s'apparente à une peine par sa nature, sa mesure et ses modalités d'exécution¹⁴⁷². C'est à ce titre que les sanctions « bénignes » doivent échapper à la matière pénale, quand au contraire « les sanctions « typiquement » pénales, comme les peines afflictives ou privatives de liberté seront des indices sérieux, tout comme les peines exécutées au moyen de la contrainte par corps », d'une appartenance à la matière pénale¹⁴⁷³. Le critère de la sévérité de la sanction joue ainsi un rôle important dans la caractérisation d'une peine au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

280. L'existence de peines privées qui n'appartiennent pas à la matière pénale. Il ressort de ce qui précède que les critères de la matière pénale au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne recourent pas les critères dégagés à propos de la peine privée¹⁴⁷⁴. Il est dès lors tout à fait possible qu'une peine privée n'appartienne pas à la matière pénale. Ce sera notamment le cas si elle n'atteint pas le degré de sévérité qui caractérise la matière pénale et qui nécessite, au-delà du but dissuasif et répressif, une sanction dont la nature, la mesure et les modalités d'exécution caractérisent une peine au sens de la Convention. La variété des peines privées est telle qu'il apparaît impossible de décider *a priori* si elles appartiennent à la matière pénale ou si elles en sont exclues. Le premier critère de l'arrêt « *Engel* », qui renvoie à qualification nationale, n'aboutira pas, en principe, à faire intégrer la peine privée à la matière pénale. Pour les deux autres critères, tout dépendra de la peine privée en question. Pour ce qui est de la nature de l'infraction, il existe des peines privées qui peuvent prétendre à une certaine généralité, quand d'autres sont au contraire très spécialisées. Le critère de la sévérité de la peine dépend lui aussi de la peine privée en cause. Une peine privée qui conserve une relation avec le dommage subi¹⁴⁷⁵ ou le profit généré par la violation¹⁴⁷⁶ pourrait être considéré comme ne remplissant pas le critère de sévérité de la peine. A l'inverse, des dommages et intérêts punitifs ou calculés sur la base d'un multiple du profit réalisé pourraient être rattachés à la matière pénale.

nature de l'infraction, v. par ex. E. BONIS-GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, spéc. n° 91.

¹⁴⁷¹ C.E.D.H., 21 févr. 1984, *Öztürk c. Allemagne*, aff. n° 8544/79, spéc. para. 53.

¹⁴⁷² V. not. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Etude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, op. cit., spéc. n° 506.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, toujours n° 506 et les réf. citées.

¹⁴⁷⁴ Sur lesquels, v. *supra*, spéc. n° 264 et s.

¹⁴⁷⁵ Ce qui est le cas des dommages et intérêts à coloration punitive décrits dans le chapitre 1^{er} du titre second de la présente partie, à l'exception des *exemplary damages*.

¹⁴⁷⁶ Ce qui est le cas du modèle de restitution des profits proposé dans la section 2 du chapitre 2 du titre second de la présente partie.

Ces précisions soulignent la nécessité de se garder de conclusions hâtives qui tendraient à confondre peine privée et matière pénale. Deux illustrations peuvent être données pour illustrer l'absence de concordance automatique entre l'un et l'autre. La première est relative à l'indemnité légale sanctionnant un licenciement abusif. Comme il sera vu, cette indemnité présente bien les caractères d'une peine privée et elle a même été explicitement désignée comme telle par la Cour de cassation¹⁴⁷⁷. Or, dans un arrêt du 16 juin 2011, la Cour d'appel de Paris a bien précisé que la sanction de l'art. 1235-3 du Code du travail n'a pas « vocation à relever de la matière pénale, au sens de l'article 6.1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales »¹⁴⁷⁸. La seconde illustration est relative aux intérêts moratoires sanctionnant le retard de paiement. Les intérêts moratoires sont en principe une simple réparation standardisée, mais ils peuvent aussi constituer une peine privée lorsque leur montant se trouve « gonflé » dans un but dissuasif¹⁴⁷⁹. Tel est le cas, notamment, de l'intérêt instauré par l'article 1727 du Code général des impôts qui gratifie le Trésor d'un intérêt de retard très supérieur au taux légal¹⁴⁸⁰. Selon la Cour de cassation, cet intérêt « peut être dissuasif » même s'il « ne vise pas à punir », et pour autant, il « ne constitue pas une sanction susceptible de justifier la mise en œuvre des garanties résultant de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁴⁸¹. On pourra opposer que ce n'est pas ici une peine privée, puisqu'elle bénéficie au Trésor, mais cela n'amènera qu'à exclure *a fortiori* de la matière pénale les intérêts moratoires au bénéfice d'une victime privée, peines au demeurant plus légères. D'où l'importance de ne pas confondre peine privée et matière pénale.

En conclusion, qualifier une sanction de peine privée ne revient pas à la faire pénétrer dans la matière pénale. L'une et l'autre de ces notions répondent à des critères distincts et ne se recoupent pas. Il n'est pas à exclure qu'une peine privée puisse appartenir à la matière pénale, mais il faut pour cela qu'elle remplisse, au-delà des critères qui font d'elle cette peine privée, les critères caractéristiques de la matière pénale. Elle devra alors être encadrée de manière à assurer les garanties procédurales et le principe de légalité posés par la Convention

¹⁴⁷⁷ V. *infra*, spéc. n° 314 et les réf. citées.

¹⁴⁷⁸ CA Paris, Pôle 6, ch. 7, 16 juin 2011, aff. n° 09/11758 ; l'arrêt adopte une formule un peu équivoque sur le point de savoir s'il s'agit ou non d'une peine privée, mais l'arrêt Soc., 12 juin 2001, pourvoi n° 99-41571, *Bull.*, V, n° 214, p. 169, rendu à propos de ce qui correspond à l'actuel art. L. 1235-4 du Code du travail est explicite sur ce point : « attendu que la sanction de l'article L. 122-14-4, alinéa 2, du Code du travail instituant dans la limite du plafond légal, une peine privée accessoire [...] », sur lequel v. *infra*, spéc. n° 314.

¹⁴⁷⁹ Sur les intérêts moratoires, v. *infra*, spéc. n° 325 et s.

¹⁴⁸⁰ Cet intérêt de retard est de 0,40% par mois depuis le 1^{er} janv. 2006, v. l'art. 1727, III, du Code général des impôts ; à l'époque des faits ayant donné lieu à l'arrêt cité à la note suivante, il était de 0,75% par mois (v. l'art. 1727, al. 3 en vigueur du 9 juillet 1987 au 1^{er} janv. 2006).

¹⁴⁸¹ Com., 23 mai 2006, pourvoi n° 03-19211, inédit.

de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales¹⁴⁸². A l'inverse, la qualification de peine privée n'implique pas cette appartenance à la matière pénale et il existe des peines privées qui n'appartiennent pas à la matière pénale. La confusion entre les deux concepts doit être combattue, car elle nuit à la compréhension de la peine privée dans le droit moderne et participe au rejet de la celle-ci. Le témoignage le plus évident de ce rejet est certainement celui de l'endiguement des dommages et intérêts punitifs.

B. Le signe du rejet : l'endiguement des dommages et intérêts punitifs

1. Le caractère exceptionnel des dommages et intérêts exemplaires anglais

281. La pluralité des fonctions assumées par les *damages*. Traditionnellement, les *damages* du droit anglais visent une « compensation pécuniaire » (*pecuniary compensation*) due à raison d'un délit (*tort*)¹⁴⁸³ ou de la violation du contrat (*breach*)¹⁴⁸⁴. Cette définition met l'accent sur la réparation (*compensation*), même si l'on note que ce n'est pas le dommage (*loss*), mais au contraire le fait générateur (*tort* ou *breach*) qui occupe le premier plan. Les *damages* sont ainsi, par principe, une somme d'argent attribuée à titre de réparation. La réparation n'est pourtant pas toujours le but poursuivi par les dommages et intérêts du droit anglais. Les *damages* ne forment pas une institution homogène : ils remplissent au contraire différentes fonctions auquel le qualificatif qu'on leur attache rend justice. Les dommages et intérêts compensatoires (*compensatory damages*), qui sont ceux décrits dans les définitions précitées, visent la réparation due par l'auteur d'une faute civile à la victime. Les dommages et intérêts exemplaires (*exemplary damages*) sont dirigés quant à eux vers la dissuasion et la punition de l'auteur de l'acte¹⁴⁸⁵. Les dommages et intérêts « aggravés » (*aggravated damages*) offrent une réparation du dommage moral qui a été provoqué par un comportement particulièrement répréhensible¹⁴⁸⁶. Les dommages et intérêts nominaux (*nominal damages*), qui ne sont plus que rarement octroyés, sont une rétribution symbolique motivée par des considérations procédurales telles que l'interdiction, à l'origine, des jugements purement

¹⁴⁸² V. à ce sujet S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 206 et s.

¹⁴⁸³ *Broome v Cassel & Co* [1972] A.C. 1027, spéc. 1070 : « « the pecuniary compensation obtainable by success in an action for a wrong which is either a tort or a breach of contract ».

¹⁴⁸⁴ Pour une définition spécifique à la matière contractuelle, v. G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, spéc. n° 20-001 : « [a claim] for compensation in money for the fact that the claimant has not received the performance for which he bargained ».

¹⁴⁸⁵ Sur les dommages et intérêts exemplaires, v. *infra*, spéc. n° 282 et s. et n° 291 ; pour leur rejet en matière contractuelle, v. spéc. n° 377 et n° 393 et s.

¹⁴⁸⁶ Sur les recoupements entre dommages et intérêts aggravés et dommages et intérêts exemplaires, v. *infra*, spéc. n° 393.

déclaratifs et la répartition des dépens¹⁴⁸⁷. Les dommages et intérêts restitutoires (*restitutionary damages*) ne cherchent pas à proprement parler à compenser une perte, mais à restituer à son bénéficiaire légitime un avantage dont il a été privé¹⁴⁸⁸. Entendus dans un sens étroit, il faut en distinguer les dommages et intérêts confiscatoires (*disgorgement damages*) ou la restitution des profits (*account of profits*)¹⁴⁸⁹, qui opèrent un transfert similaire mais dans une visée confiscatoire, c'est-à-dire dans le but assumé de priver le fautif des bénéfices qu'il a tiré de la violation de la loi ou du contrat. Enfin, une toute récente catégorie de dommages et intérêts a récemment émergé, les dommages et intérêts vindicatifs (*vindictory damages*), destinés principalement à protéger la réputation des personnes¹⁴⁹⁰. Autant de qualificatifs pour autant d'objectifs distincts. On comprend dès lors que des auteurs tels que Peter Birks et James Edelman aient avancé que l'expression « *damages* » ne pouvait plus être définie par référence à l'idée de compensation, mais qu'elle ne désignait finalement rien de plus qu' :

« une somme d'argent due pour une faute civile »¹⁴⁹¹.

Même l'auteur de référence sur les dommages et intérêts, Harvey McGregor, s'est finalement rallié à cette définition¹⁴⁹² après s'y être d'abord opposé¹⁴⁹³. Pour autant, de cette pluralité de fonctions on ne saurait déduire une équipollence des différentes catégories de *damages*. Il existe au contraire une hiérarchisation très claire entre eux.

282. Précision terminologique : « exemplary damages » et « punitive damages ». Une petite parenthèse terminologique doit être ici ouverte. Les dommages et intérêts exemplaires du droit anglais sont bien ce que d'autres pays de la tradition de *common law* nomment « *punitive damages* ». L'expression « *exemplary damages* » s'est imposée après l'arrêt *Broome v Cassell* dans lequel Lord Hailsham mit en avant que le terme rendait mieux justice à l'objectif poursuivi qui était non seulement d'infliger une peine supplémentaire, mais

¹⁴⁸⁷ Sur les dommages et intérêts nominaux, v. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, spéc. Chap. 12.

¹⁴⁸⁸ Sur ces dommages et intérêts restitutoires au sens strict, aussi appelés *Wrotham Park Damages*, v. *infra*, spéc. n° 425 et s.

¹⁴⁸⁹ Sur la restitution des profits, v. *infra*, spéc. n° 405 et s.

¹⁴⁹⁰ Sur les dommages et intérêts vindicatifs, v. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, spéc. Chap. 16.

¹⁴⁹¹ J. EDELMAN « The meaning of 'Damages': Common Law and Equity », in : *The Law of Obligations, Connections and Boundaries*, dir. A. ROBERTSON, Londres, UCL Press, 2004, p. 31, spéc. p. 31, trad. libre de : « a 'money award' given for a wrong » ; P. BIRKS, « Equity in the Modern Law : an Exercise in Taxonomy », (1996) 26 *University of Western Australia Law Review* 1, spéc. p. 29 : « We are talking about only one thing, namely money awards for wrongs. (...) We should therefore speak of damages in every case, making 'damages' mean 'a money award for a wrong' ».

¹⁴⁹² H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, spéc. n° 1-001 : « Damages are now defined in this book quite simply as an award in money for a civil wrong ».

¹⁴⁹³ V. outre les éditions précédentes de *McGregor on Damages*, H. MCGREGOR, « Restitutionary Damages », in : *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, dir. P. BIRKS, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 203.

surtout de « *teach the defendant and others that 'tort does not pay'* »¹⁴⁹⁴. Ce choix terminologique a été critiqué par la *Law Commission* dans un rapport de 1997 qui proposa de revenir à la dénomination plus explicite de « *punitive damages* »¹⁴⁹⁵. Cette recommandation ne fut finalement pas suivie, le rapport n'ayant abouti à aucune réforme législative et la notion d'« *exemplary damages* », bien ancrée dans la doctrine et la jurisprudence, s'est maintenue.

283. La prééminence des dommages et intérêts compensatoires. Malgré l'existence de différentes familles de *damages*, les juristes anglais restent très attachés à la vision réparatrice des dommages et intérêts. En témoigne le rapport de la *Law Commission* consacré aux « *aggravated, exemplary and restitutionary damages* » qui s'ouvre sur ces premiers mots (c'est nous qui soulignons) :

« Les dommages et intérêts sont **normalement** destinés à compenser la victime d'une faute »¹⁴⁹⁶.

Les dommages et intérêts exemplaires, aggravés et restitutoires sont quant à eux désignés, d'entrée de jeu, comme « *exceptional damages* »¹⁴⁹⁷. Il est vrai qu'en droit anglais, les dommages et intérêts non-compensatoires sont vus comme des excroissances du droit des *damages*, tout particulièrement les *exemplary damages* que l'on affuble régulièrement du qualificatif « *anomalous* »¹⁴⁹⁸. Le droit anglais, qui se révèle à cet égard beaucoup plus restrictif que le droit américain, n'admet d'ailleurs le recours aux *exemplary damages* que dans des hypothèses strictement encadrées, comme nous le verrons¹⁴⁹⁹.

Ainsi, les dommages et intérêts sont par principe compensatoires et remplissent seulement exceptionnellement, et de manière contenue, d'autres fonctions (préventives, punitives, restitutoires, confiscatoires...).

2. La reconnaissance délicate des dommages et intérêts punitifs étrangers

284. L'hostilité envers les dommages et intérêts punitifs en France et en Allemagne. Ni le droit français, ni le droit allemand n'octroie à ses juges la faculté d'accorder des dommages et intérêts punitifs, pas même dans des hypothèses restreintes telles que celles du droit anglais.

¹⁴⁹⁴ *Broome v Cassel & Co* [1972] AC 1027, spéc. 1073.

¹⁴⁹⁵ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), spéc. Part V, n° 1.39, recommandation 16, p. 104.

¹⁴⁹⁶ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, *op. cit.*, spéc. Part I, n° 1.1, p. 1, trad. libre de : « Damages are normally concerned to compensate the victim of a wrong ».

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, spéc. n° 1.4.

¹⁴⁹⁸ V. par ex. les arrêts *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129, *Broome v Cassell & Co.* [1972] AC 1027 et *AB v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507.

¹⁴⁹⁹ Ces hypothèses sont détaillées *infra*, n° 291.

Au-delà, tous deux se montrent réticents à donner effet, sur leur territoire, à de telles condamnations lorsqu'elles sont rendues par un tribunal étranger. L'extrait suivant d'une décision du tribunal de Paris illustre pleinement cette méfiance envers l'institution des dommages et intérêts punitifs (c'est nous qui soulignons) :

« (...) les dommages-intérêts punitifs (...) ont été ordonnés pour (...) sanctionner un comportement avec une fonction principale de dissuasion, proche de la sanction pénale qui relève en France du monopole de l'Etat. Prononcés pour punir et dissuader, ces "punitives damages" sont en contradiction avec le **principe de l'ordre public de l'équivalence**, en droit français de la responsabilité, **entre la réparation et le préjudice subi** »¹⁵⁰⁰.

Le principe d'équivalence du dommage et de la réparation intègrerait ainsi, selon le tribunal de Paris, l'ordre public international. Cela surprend car il n'appartient pas même à l'ordre public interne¹⁵⁰¹ et peut, au contraire, du fait de sa nature supplétive, être écarté par les parties au moyen d'une clause pénale ou d'une clause limitative de réparation¹⁵⁰². Les juridictions suprêmes allemande et française ont été plus prudentes, même si deux arrêts de principe montrent la place déterminante qui est accordée au principe d'équivalence *au sein* de l'appréciation de la contrariété à l'ordre public. Tranchés respectivement en 1992 et en 2010 par le *Bundesgerichtshof* et la Cour de cassation, ils refusent l'un et l'autre l'exequatur d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs prononcée par une cour californienne.

285. L'arrêt du *Bundesgerichtshof* du 4 juin 1992. Dans la première affaire¹⁵⁰³, un citoyen germano-américain coupable d'abus sexuel sur un mineur avait été condamné par la cour suprême de l'Etat de Californie pénalement et civilement. Ayant fui les Etats-Unis vers l'Allemagne pour échapper à la condamnation pénale, il ne s'était pas davantage acquitté de la somme de 750 260 USD que le juge californien avait accordé à la victime en réparation de son préjudice matériel et moral (350 260 USD) et à titre de dommages et intérêts punitifs (400 000 USD). Le juge allemand accepta l'exequatur des dommages et intérêts compensatoires, mais il refusa celle des dommages et intérêts punitifs, estimant cette peine incompatible avec l'ordre public allemand. Selon la Haute cour dans cet arrêt, les dommages et intérêts punitifs attribuent à la responsabilité civile des fonctions de punition et de

¹⁵⁰⁰ TGI Paris, 15 juillet 2004, 1^{re} ch., n° 03/09481, *Cts Chappier c/ Taitbout Prévoyance et B. Mesqui*, cité par F.-X. LICARI, « La compatibilité de principe des punitives damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? », *D.*, 2011, p. 423, spéc. note 15, p. 425.

¹⁵⁰¹ Comp. C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, spéc. n° 119 et s. qui démontre que le principe de réparation intégrale n'appartient ni à l'ordre public international, ni à l'ordre public interne.

¹⁵⁰² Sur la clause pénale, v. *infra*, spéc. n° 317 et s. et sur la clause limitative de réparation, v. *supra*, spéc. n° 181 et s.

¹⁵⁰³ BGH 4 juin 1992, IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312 ; NJW 1992, 3096, note H. KOCH à la p. 3073 ; IPrax 1993, 310, obs. H. KOCH, J. ZEKOLL à la p. 288 ; RIW 1993, 132, note SCHÜTZE ; JZ 1993, 261, note E. DEUTSCH ; *RTD civ.*, 1994, p. 457, chr. C. WITZ ; *RGDA*, 1996, p. 205, note J.-M. GARDETTE.

prévention qui sont étrangères au droit civil moderne allemand (*moderne deutsche Zivilrechtsordnung*). Confondant les rôles respectifs des pouvoirs publics et des particuliers, ils entament le monopole répressif de l'Etat et font fi des garanties procédurales qui accompagnent le prononcé d'une peine. Enfin, en enrichissant la victime, ils ne respectent pas le principe de proportionnalité qui découle du principe de l'Etat de droit et qu'incarne le principe indemnitaire.

286. L'arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 1^{er} décembre 2010. Dans la seconde affaire¹⁵⁰⁴, ce sont les juges français qui refusèrent l'exequatur d'une condamnation prononcée par la juridiction californienne à l'encontre du constructeur de bateaux Fontaine Pajot au titre de manquements contractuels graves. La société française avait délivré pour 826 000 USD un catamaran à voile « neuf » à un couple californien sur commande, leur dissimulant qu'il avait subi, au cours de la violente tempête qui toucha le port de La Rochelle en décembre 1999, des dégâts importants que le constructeur, pour pouvoir présenter le catamaran au salon nautique de Miami avant de le délivrer aux acheteurs en février 2000, s'était contenté de réparer superficiellement. Les victimes s'étant heurtées au refus du vendeur de réparer correctement les avaries en dépit de la garantie qui leur était due, le couple avait saisi le juge – *leur* juge puisque acheteurs privés américains – lequel leur avait accordé 1 391 650 USD pour la remise en état du navire, 402 084 USD pour les frais d'avocat et 1 460 000 USD de dommages et intérêts punitifs. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 1^{er} décembre 2010, refuse de reconnaître le jugement. Comme son homologue allemand, elle se fonde sur l'ordre public, dont elle estime toutefois qu'il ne justifie la prohibition que des dommages et intérêts punitifs excessifs ou plus exactement « disproportionnés » (c'est nous qui soulignons) :

« Mais attendu que si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est **disproportionné au regard du préjudice** subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ».

Par principe, les *punitive damages* ne sont donc pas contraires à l'ordre public. Ils le deviennent toutefois si leur montant se révèle disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements constatés. Or, en l'espèce, les juges du fond ont bien relevé, selon la Cour de cassation, que la condamnation « dépasse très largement cette somme », si bien qu'elle ne peut bénéficier d'aucune reconnaissance sur le territoire français.

¹⁵⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13303, *Bull.*, I, n° 248, *D.*, 2011, p. 24, obs. I. GALLMEISTER, p. 423, note F.-X. LICARI ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 93, note H. GAUDEMET-TALLON ; *RTD civ.*, 2011, p. 122, obs. B. FAGES, p. 317, note P. REMY-CORLAY ; *JCP*, 2011, 140, note J. JUVENAL, et 415, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; v. aussi les riches observations de F.-X. LICARI sur l'arrêt d'appel qui a fait l'objet de ce pourvoi au *JDI*, 2010, p. 1230.

287. Le fondement des solutions : principe d'équivalence et principe d'équivalence atténué. L'incompatibilité absolue ou relative (si disproportionnée) des dommages et intérêts punitifs avec l'ordre public allemand et l'ordre public français au regard du monopole répressif et des garanties procédurales n'est pas exempt de critiques¹⁵⁰⁵. C'est toutefois davantage la place qu'occupe le principe d'équivalence entre le dommage et la réparation telle qu'elle est révélée par ces deux arrêts qui nous intéresse ici¹⁵⁰⁶. Dans le premier, il est dit du principe indemnitaire (*Kompensationsgedanke*) qu'il est l'expression du principe de proportionnalité (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*), qui découle lui-même de l'Etat de droit (*Rechtsstaatsprinzip*). D'où il est conclu que les dommages et intérêts sont compensatoires ou ne sont pas. Dans le second, le principe de l'équivalence n'empêche pas *per se* la reconnaissance, mais il rejaillit dans l'appréciation des dommages et intérêts punitifs qui devront, pour être appliqués sur le territoire français, rester dans un certain rapport de mesure avec le préjudice. En clair, les dommages et intérêts sont compensatoires ou, s'ils sont punitifs, ils respectent tout au moins ce que l'on pourrait appeler un « principe d'équivalence atténué ».

288. Le principe d'équivalence, une façade ? Aucun des deux arrêts, pourtant, ne parvient finalement au résultat d'une concordance entre l'indemnité perçue par la victime et le préjudice qu'elle a subi. C'est évident en ce qui concerne l'arrêt français puisque l'exequatur a été refusé en bloc¹⁵⁰⁷, si bien que la victime s'est trouvée privée des dommages et intérêts compensatoires en même temps que des dommages et intérêts punitifs. Elle a réglé 800 000 USD pour un navire dont l'avarie, connue du constructeur, lui avait été frauduleusement cachée, devra verser 1 400 000 USD de sa poche pour le réparer, et ne récupérera pas les 400 000 USD de frais d'avocats (sans compter les honoraires liés à la demande de reconnaissance en France) que lui ont coûté ces années de procédure.

L'arrêt du BGH, pour sa part, aura au moins eu le mérite de procéder à la reconnaissance partielle de la décision californienne pour donner lieu aux dommages et

¹⁵⁰⁵ V. pour l'ordre public allemand P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 19 à 30 (pas de contradiction à l'interdiction de la double peine de l'art. 103 III GG, ni au principe de légalité de l'art. 103 II GG, pas d'incompatibilité avec les principes fondamentaux du droit allemand de la réparation) et pour l'ordre public français à S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 200 à 214, p. 215 à 232.

¹⁵⁰⁶ V. à ce sujet l'étude détaillée de F.-X. LICARI, obs. CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 26 févr. 2009, n° 07/02404, *JDI*, 2010, p. 1230, spéc. p. 1244 et s. sur la place de la réparation intégrale, de la prohibition de l'enrichissement injuste et de la proportionnalité dans le système français, concluant qu'aucun n'appartient à l'ordre public.

¹⁵⁰⁷ Alors que la cour aurait pu, semble-t-il, sans tomber sous le coup de la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, procéder à un exequatur partiel sélectif des dommages et intérêts compensatoires, v. en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 93, spéc. p. 101 et 102.

intérêts compensatoires – parmi lesquels 200 000 USD pour le préjudice moral qui n’ont soulevé, par contraste, aucune difficulté. Peut-on dire pour autant que le principe d’équivalence entre le préjudice et la réparation a été respecté ? C’est loin d’être évident, car la victime devra encore verser 40% des sommes perçues à son avocat en paiement de la *contingency fee*. Sur les 350 000 USD que le juge allemand lui a accordés, elle n’en conservera donc que 210 000, ce qui représente seulement les 2/3 de son préjudice matériel et moral. Les dommages et intérêts punitifs octroyés par les tribunaux américains remplissent ouvertement un rôle d’épanchement des frais d’avocats qui relève, au fond, davantage de la compensation que de la punition¹⁵⁰⁸. C’est une donnée dont le principe d’équivalence du dommage et de la réparation peine à tenir compte.

Section 2. L’influence réelle de la peine privée dans la responsabilité civile

289. Une double influence. Aucun des droits étudiés n’accorde officiellement de place à la peine privée dans le système contemporain de la responsabilité. Chacun met au contraire la réparation au cœur de la responsabilité civile et ne donne, par principe, qu’une fonction compensatoire aux dommages et intérêts, refusant tout crédit à l’idée de peine privée. Ce mécanisme « sanctionnateur » appartiendrait au passé ou au droit pénal, mais il ne saurait jouer aucune influence sur le droit de la responsabilité civile orienté vers la réparation de la victime et non vers la punition du responsable. Telle est du moins la position « de principe ». Cependant, en y regardant de plus près, l’examineur est saisi de doutes. Des peines privées *existent*. Il y a les dommages et intérêts exemplaires du droit anglais, bien sûr, mais également d’autres mécanismes qui présentent les traits distinctifs des dommages et intérêts punitifs, en France comme en Allemagne. Au-delà de ces quelques consécration officielles, la peine privée a exercé et continue d’exercer une influence plus générale sur le juge lorsqu’il tranche des litiges relatifs à la responsabilité civile. La peine privée a pénétré le droit de la responsabilité par la « grande porte » du droit (§1) et par la « petite porte » de la pratique judiciaire ordinaire (§2).

¹⁵⁰⁸ V. sur ce point F.-X. LICARI, obs. CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 26 févr. 2009, n° 07/02404, *JDI*, 2010, p. 1230, spéc. p. 1255 et, également, du même auteur, « Les frais d’avocat comme dommage réparable », *RLDC*, 2006/31, n° 2247, p. 66.

§1. La « grande porte » : la consécration de peines privées par le droit positif

290. Valeur illustrative des exemples cités. La doctrine a révélé depuis longtemps l'existence de peines privées dans toutes les branches du droit civil, du droit de la famille au droit des assurances en passant par celui des obligations et des successions. Le propos n'est pas de les recenser, mais seulement d'en relever certaines qui paraissent les plus caractéristiques des droits étudiés, tout en étant reliées à la responsabilité civile. La peine privée contractuelle par excellence, la clause pénale, sera laissée à des développements ultérieurs¹⁵⁰⁹. Ce sont les sanctions les plus ouvertement punitives du droit anglais, du droit français et du droit allemand de la responsabilité civile qui recueilleront l'attention, et dont il pourra être observé qu'elles demeurent très contenues. Il s'agit des dommages et intérêts exemplaires du droit anglais (A), de l'astreinte du droit français (B) et d'une sanction semblable à des dommages et intérêts multiples consacrée par le juge allemand au bénéfice de la GEMA, société privée chargée de collecter des droits d'auteur (C).

A. Les dommages et intérêts exemplaires du droit anglais

1. Une sanction réservée à la responsabilité délictuelle

291. Une sanction très encadrée. Les dommages et intérêts exemplaires (*exemplary damages*) sont considérés, en droit anglais, comme une sanction exceptionnelle, la règle étant qu'un demandeur ne peut prétendre, en principe, qu'à des dommages et intérêts compensatoires (*compensatory damages*). On date leur apparition aux années 1760, à propos de deux espèces concernant des nuisances corrélatives aux tentatives du gouvernement de l'époque de mettre fin à la publication du journal *North Briton*¹⁵¹⁰. Deux siècles plus tard, en 1964, l'affaire *Rookes v Barnard*¹⁵¹¹ donne l'occasion à la *House of Lords* de dresser un état des lieux de leur utilisation. Relevant d'abord une confusion avec les « *aggravated damages* » octroyés en compensation du préjudice moral causé par le comportement du défendeur et parfois à tort appelés « punitifs », Lord Devlin plaide pour une séparation stricte entre ces dommages et intérêts aggravés, au caractère compensatoire, et les dommages et intérêts exemplaires, les seuls véritablement punitifs. Proposant ensuite un encadrement de ces

¹⁵⁰⁹ Sur celle-ci, v. *infra*, spéc. n° 317 et s.

¹⁵¹⁰ *Huckle v Money* (1763) 2 Wils KB 205, 95 ER 768 et *Wilkes v Wood* (1763) Lofft I, 18, 98 ER 489.

¹⁵¹¹ *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129.

derniers, il distingue trois cas de figure qui constituent les seules hypothèses ouvrant droit à des dommages et intérêts exemplaires¹⁵¹² :

- (1) un acte oppressif, arbitraire ou inconstitutionnel commis par un agent de l'Etat
- (2) un comportement guidé par l'intention du défendeur d'en tirer un profit dont il a calculé qu'il pourrait dépasser l'indemnisation qu'il devra verser à la victime
- (3) lorsqu'un texte législatif prévoit expressément leur octroi.

Le troisième cas n'est généralement plus cité aujourd'hui car il n'existe, en pratique, aucune autorisation expresse de la loi. Pour être tout à fait exact, il en existe une, contenue dans le « Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951 » à la section 13 (2), mais cette autorisation viserait, en fait, l'octroi d'*aggravated damages* appelés à tort *exemplary damages* dans le texte¹⁵¹³. Il est d'ailleurs prévu de corriger cette erreur¹⁵¹⁴. On recense ainsi, en droit anglais, seulement deux hypothèses restrictives dans lesquelles les tribunaux sont autorisés à accorder des dommages et intérêts exemplaires : l'acte oppressif d'un agent public et une situation qui rappelle la faute lucrative¹⁵¹⁵ et dont il sera vu qu'elle n'a pas été étendue à la matière contractuelle¹⁵¹⁶.

2. Le cas des « additional damages »

292. Les dommages et intérêts du Copyrights, Designs and Patent Act 1988. Il faut encore présenter une catégorie atypique de dommages et intérêts : les « *additional damages* », littéralement « dommages et intérêts additionnels », prévus par le *Copyrights, Designs and Patents Act 1988*. Il s'agit de dommages et intérêts supplémentaires aux dommages et intérêts compensatoires et qui viennent sanctionner la violation de certains droits immatériels. La question s'est posée de savoir si ces « *additional damages* » étaient des *exemplary damages* au sens de la troisième catégorie de l'arrêt *Rookes*, c'est-à-dire un cas de dommages et intérêts punitifs explicitement prévu par la loi. Dans un rapport de 2007, le gouvernement a considéré qu'il fallait au contraire entendre « *aggravated and restitutionary damages* » et proposé de les

¹⁵¹² *Ibid.*, spéc. 1226-1227 : « The first category is oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government. (...) Cases in the second category are those in which the Defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff. (...) To these two categories which are established as part of the common law there must of course be added any category in which exemplary damages are expressly authorised by statute. ».

¹⁵¹³ V. en ce sens Department for Constitutional Affairs (DCA), *The law on damages, op. cit.*, spéc. n° 199, qui s'appuie sur l'opinion de Lord Kilbrandon dans *Broome v Cassell & Co.* [1972] AC 1027.

¹⁵¹⁴ V. Ministry of Justice, *Civil Law Reform. A Draft Bill*, déc. 2009, accessible à l'adresse <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bills-acts/draft-civil-law-reform-bill.pdf>, spéc. n° 9 (1).

¹⁵¹⁵ V. *supra*, spéc. n° 291.

¹⁵¹⁶ V. *infra*, spéc. n° 377.

renommer explicitement ainsi ¹⁵¹⁷. Quelle que sera la conception qui s'imposera finalement ¹⁵¹⁸, il est clair, pour le droit anglais, que ces dommages et intérêts ne sont en tout cas pas des dommages et intérêts compensatoires (*compensatory damages*). En pratique, ils remplissent fréquemment une fonction de peine privée.

293. Illustration de la fonction comminatoire remplie par les dommages et intérêts additionnels. Un arrêt peut être cité qui illustre bien la fonction comminatoire que remplissent ces dommages et intérêts un peu particuliers : l'arrêt *Nottingham Health Care* rendu en 2002 ¹⁵¹⁹. Le quotidien britannique « the Sun » y est condamné à £10.000 de dommages et intérêts pour la publication non autorisée en première page d'une photo volée. Cette somme se décline en deux volets. Dans un premier temps, la cour évalue les « *infringement damages* » à £450, qui représentent le montant des droits qui aurait vraisemblablement été négocié pour une utilisation licite – autrement dit une redevance fictive ¹⁵²⁰. Dans un second temps, ce montant est « remonté » à £10.000 au regard des circonstances particulières justifiant l'octroi de « *additional damages* ». Le passage de quelques centaines à plusieurs milliers de livres sterling n'est pas anodin. Mr. Justice Pumfrey conclue en effet, sans s'en émouvoir, que :

« If this exceeds the sum appropriate under section 97(2) having regard to the benefit to the defendant, then no further infringements of this kind will take place » ¹⁵²¹.

Les « *additional damages* » semblent donc bien remplir une fonction dissuasive et punitive proche des « *exemplary damages* » ¹⁵²².

B. L'astreinte en droit français

294. L'astreinte : la peine privée par excellence du droit français. La manifestation classique de la peine privée en droit français est l'astreinte. Il s'agit d'une condamnation pécuniaire destinée à contraindre indirectement le débiteur à l'exécution d'une décision de justice. Elle est prononcée par le juge en même temps que la condamnation principale et

¹⁵¹⁷ Department for Constitutional Affairs (DCA), *The law on damages, op. cit.*, spéc. n° 208 et s.

¹⁵¹⁸ V. encore Ministry of Justice, *Civil Law Reform. A Draft Bill*, déc. 2009, *op. cit.*, spéc. n° 9 (2) et (3) qui propose de remplacer « such additional damages » par « such aggravated and such amount by way of restitution ».

¹⁵¹⁹ *Nottinghamshire Health Care National Health Service Trust v News Group Newspapers*, [2002] EWHC 409.

¹⁵²⁰ Sur le mécanisme de la redevance fictive, v. nos dév. détaillés *infra*, spéc. n° 410 (en droit de la propriété intellectuelle et artistique) et n° 427 et s. (à travers les *restitutionary damages*).

¹⁵²¹ *Nottinghamshire Health Care National Health Service Trust v News Group Newspapers*, [2002] EWHC 409, spéc. n° 60.

¹⁵²² Comp. Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, op. cit.* spéc. Part. IV, n° 1.106, p. 60 et les réf. citées.

consiste en une pénalité, en général par jour de retard, due pour le cas où elle ne serait pas exécutée dans le délai prescrit. Le mécanisme n'est pas sans rappeler celui des dommages et intérêts punitifs¹⁵²³. Il est depuis longtemps admis que l'astreinte présente les traits d'une peine privée¹⁵²⁴, ce qui est particulièrement visible au moment de sa liquidation, lorsqu'est chiffré son montant définitif en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés. Les juridictions du fond l'affirment aujourd'hui sans ambages¹⁵²⁵. La Cour de cassation, bien que n'utilisant pas le mot, admet de longue date qu'il s'agit d'une « mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts », qui « n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard » mais, bien plus, de « vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation »¹⁵²⁶. Quoique l'on puisse y voir, à l'instar de Suzanne Carval, une « responsabilité pour faute – celle encourue du fait de l'inexécution d'une décision de justice »¹⁵²⁷, il est plus courant de situer l'astreinte en dehors du champ de la responsabilité civile. En tout état de cause, elle est extérieure à la responsabilité contractuelle et nous n'y reviendrons pas dans cette étude.

C. Les dommages et intérêts multiples au bénéfice de la GEMA du droit allemand

295. La double-redevance accordée à la GEMA. Le droit allemand est certainement le plus réfractaire à l'idée de peine privée. La sanction prétorienne des atteintes au droit d'auteur qui a été développée au bénéfice de la GEMA en constitue néanmoins indéniablement une. La GEMA (*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*), équivalent allemand de la SACEM, est la société privée chargée de collecter les droits d'auteur dus lors de la diffusion publique ou de la reproduction sur différents supports des œuvres musicales de son répertoire. La GEMA possède tout un appareil destiné à assurer la collecte des droits et à poursuivre les utilisateurs frauduleux

¹⁵²³ V. not. J.-S. BORGHETTI, « Punitive Damages in France », in : *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, dir. H. KOZIOL, V. WILCOX, Wien, Springer, 2009, p. 55, spéc. p. 57 et s.

¹⁵²⁴ V. not. A. ESMEIN, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », *RTD civ.*, 1903, p. 5 ; L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., spéc. p. 303 et s. ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations : théorie générale. Biens : droit de propriété et ses démembrements*, Paris, Montchrestien, 1956, spéc. n° 940 et s. ; P. ESMEIN, « Peine ou réparation » in : *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961. t. II, p. 37, spéc. p. 38 et s. ; F. CHABAS et S. DEIS, « Astreintes », *Jurisclasseur de droit civil*, Fasc. 224-2 (1999), n°61 et s.

¹⁵²⁵ V. par ex. CA Paris, 16 juin 2011, n° 10/21923 : « que l'astreinte, lors de sa liquidation, devient une peine privée qui sanctionne la désobéissance, constatée, à l'ordre du juge et la gravité de la faute commise par le débiteur récalcitrant ».

¹⁵²⁶ Civ. 1^{ère}, 20 oct. 1959, pourvoi n° 57-10110, *Bull. civ.*, I, n° 419, p. 347.

¹⁵²⁷ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., spéc. n° 11, p. 11.

(principalement des établissements diffusant de la musique à l'occasion d'évènements). Elle bénéficie dans cette tâche du soutien des tribunaux qui, dès les années 1930, ont développé une jurisprudence exceptionnelle en sa faveur. L'utilisateur poursuivi par la GEMA ne sera en effet pas condamné à payer la redevance habituelle, mais devra s'acquitter du **double** de cette redevance.

296. Les justifications avancées. Cette majoration a été expliquée de différentes façons. Le *Kammergericht*, qui a consacré cette solution¹⁵²⁸, a d'abord justifié l'inapplicabilité du tarif conventionnel par le fait que celui-ci comportait implicitement une sorte de « remise pour bonne conduite » que la GEMA octroyait à l'utilisateur scrupuleux qui avait correctement effectué sa déclaration – remise dont on ne trouvait nulle mention, certes, mais que le tribunal berlinois estima à 50%. L'utilisateur frauduleux ne pouvait se prévaloir de cette remise, si bien que le tarif conventionnel devait être multiplié par deux. Cette explication quelque peu farfelue a été abandonnée par le BGH lorsqu'il a repris à son compte cette jurisprudence de la « double-redevance » (*doppelte Lizenzgebühr*). Ce sont, en fait, les frais de surveillance et de contrôle que ce supplément de 100% vise à compenser et que l'équité (*Billigkeit*) commande de faire supporter aux utilisateurs frauduleux puisque ce sont eux qui rendent nécessaire la mise en place d'un tel appareil de surveillance¹⁵²⁹. Se trouve ainsi établi, selon le BGH, le lien de causalité entre la faute et le dommage, ce dernier étant constitué, d'une part, par la perte des droits (première redevance) et, d'autre part, par les frais de surveillance (estimés à l'équivalent d'une seconde redevance). Cette explication ne tient pas. A reconnaître un lien de causalité entre les frais généraux de mise en place d'un système de contrôle et la violation concrète en question, il faudrait l'admettre aussi au profit de tous les collecteurs de droit (sociétés comme particuliers) dans le domaine de la propriété intellectuelle (*tout* le droit d'auteur, mais aussi le droit des marques, des brevets, des dessins...) et permettre pareillement à tout établissement ouvert au public de réclamer les frais de gardiennage, d'installation d'alarmes et de systèmes de vidéosurveillance au voleur surpris en flagrant délit¹⁵³⁰. Quant à l'estimation de la partie des frais engagés imputable au fraudeur à l'équivalent d'une redevance, elle apparaît tout simplement divinatoire.

¹⁵²⁸ KG, 2 sept. 1937, UFITA 11 (1938), 55, spéc. 57 ; v. aussi KG, 19 janv. 1939, UFITA 12 (1939), 194.

¹⁵²⁹ BGH, 24 juin 1955, I ZR 178/53, BGHZ 17, 376, spéc. p. 383 : « Die Erhöhung der Gebühren für Rechtsverletzer rechtfertigt sich daraus, daß die Klägerin, um Urheberrechtsverletzungen nachzugehen, eine umfangreiche Überwachungsorganisation unterhalten muß. Diese Kontrollkosten sind aber billigerweise allein von den Rechtsverletzern zu tragen. »

¹⁵³⁰ Cette critique a été adressée par de nombreux auteurs, not. A. SPENGLER, « Einige Rechtsfragen betreffend die GEMA », GRUR 53, 78, spéc. p. 79 et U. LOEWENHEIM, « Schadensersatz in Höhe der doppelten Lizenzgebühr bei Urheberrechtsverletzungen ? » JZ 1972, 12, spéc. p. 13.

297. La fonction dissuasive et punitive de la double-redevance. En réalité, celui qui ne déclare rien et tente sa chance de ne pas être surpris doit payer davantage non parce qu'il est responsable d'un dommage plus grand, mais parce qu'il n'aurait, sinon, aucun intérêt à se comporter honnêtement¹⁵³¹. C'est une motivation dissuasive et punitive qui permet d'expliquer sans artifice ce surplus offert à la GEMA. Des auteurs ont ainsi relevé que ces dommages et intérêts revêtaient un « caractère indéniablement pénal » (« *eindeutig Strafcharakter* »)¹⁵³², relevaient de la peine privée (« *reinen Privatstrafrechts* »)¹⁵³³ et partageaient une « identité fonctionnelle avec les dommages et intérêts punitifs du droit américain »¹⁵³⁴. D'ailleurs, la cour berlinoise a osé elle-même le parallèle avec les *treble damages* du droit américain¹⁵³⁵.

298. Synthèse : des admissions ponctuelles reléguées au rang d'« exceptions ». Les *exemplary damages*, l'astreinte et la double-redevance de la GEMA sont autant de témoins de la pénétration de la peine privée dans le droit de la responsabilité. Cantonnées dans leur champ d'application, ces admissions sporadiques sont aussi stigmatisées comme des « exceptions ». Les dommages et intérêts exemplaires du droit anglais sont une mesure exceptionnelle, l'astreinte un mécanisme extraordinaire, la double-redevance une faveur réservée à la GEMA. La peine privée n'est reconnue que dans des hypothèses très limitées, tandis qu'est corrélativement exclue toute tentative de généralisation de son application au droit de la responsabilité civile. C'est une présentation tronquée de la réalité et l'influence de la peine privée s'étend, en fait, bien au-delà de ces cas circonscrits, comme le révèle notamment la pratique judiciaire.

¹⁵³¹ V. en particulier P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 129 et s., qui montre que c'est une argumentation plus pragmatique dans ce sens que l'on retrouve dans un deuxième arrêt du BGH, rendu en réponse à la réticence de la Cour de Düsseldorf à constater l'existence d'un tel lien de causalité le 10 mars 1972, I ZR 160/70, BGHZ 59, 286, spéc. p. 291.

¹⁵³² On retrouve l'expression dans les deux notes A. SPENGLER, « Einige Rechtsfragen betreffend die GEMA », *op. cit.*, spéc. p. 79 et U. LOEWENHEIM, « Schadensersatz in Höhe der doppelten Lizenzgebühr bei Urheberrechtsverletzungen ? », spéc. p. 13.

¹⁵³³ U. LOEWENHEIM, « Schadensersatz in Höhe der doppelten Lizenzgebühr bei Urheberrechtsverletzungen ? », spéc. p. 15.

¹⁵³⁴ P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 130 : « Aufs ganze gesehen wird der Schadensersatz dann funktionsgleich mit den punitive damages des US-americanischen Rechts. » ; l'auteur parle encore de « Gedanken der Sanktion » p. 126, « Sanktionsfunktion » p. 127 et « Strafcharakter » p. 131.

¹⁵³⁵ KGZ 7, 1, spéc. 14 et 15, cité par P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, p. 130.

§2. La « petite porte » : l'influence de la peine privée dans la pratique judiciaire

299. L'opacité de la peine privée dans les décisions des cours et des tribunaux. A la réponse « de principe » donnée par le droit, les tribunaux pourraient offrir une vision plus contrastée, soulignant ici les vertus réparatrices de la responsabilité, avançant là son rôle dissuasif et punitif (c'est nous qui soulignons) :

« Sur le principe de l'indemnité : - Attendu que le tribunal n'a pas tenu un compte suffisant de la situation pécuniaire considérable de Sonrier ; qu'il semble aussi rationnel que juridique de proportionner la réparation non seulement à l'importance du préjudice, mais aussi aux ressources connues de celui qui l'a causé ; - **Que la condamnation à des dommages-intérêts constitue une sorte de peine**, et qu'elle perdrait cet utile caractère si, par son chiffre trop minime, et eu égard à la fortune du condamné, elle devenait illusoire et passait, pour ainsi dire, sans l'atteindre, sur celui **qu'elle doit au moins avertir** [...] »¹⁵³⁶.

Ainsi s'exprimait en 1876 une cour d'appel à qui la fonction dissuasive et punitive des dommages et intérêts ne faisait pas peur et devait au contraire guider le choix de l'« utile » indemnisation. Depuis, le ton a changé et la prudence s'est imposée. Le désaveu officiel de la peine privée incite les juges à dissimuler de telles motivations, qui les exposeraient au joug de la critique. Parce que chacun des systèmes étudiés reconnaît – et impose à ses juges – le principe de l'équivalence du dommage et de la réparation, si le juge est tenté de colorer une condamnation d'une teinte punitive, il ne peut le faire que de manière cachée. Aussi grande soit sa liberté dans la détermination de ce que l'on pourrait appeler « l'indemnisation adéquate », il n'en demeure pas moins formellement lié au principe indemnitaire. C'est le plus souvent maquillée sous les traits de la réparation qu'apparaît la punition dans la pratique judiciaire française (A), allemande (B) et anglaise (C).

A. La peine privée dans la pratique judiciaire française

1. Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond

300. Pouvoir souverain d'appréciation et « indemnisation adéquate ». En droit français, le principe de réparation intégrale, imprimé dans la maxime « tout le préjudice, rien que le préjudice » – ou, pour reprendre le mot de Philippe Brun, dans ce « slogan » – ne cesse d'être

¹⁵³⁶ CA Nancy, 9 déc. 1876, *DP*, 1879, 2, p. 47, cité par M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 123 et par F.-X. LICARI, obs. CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 26 févr. 2009, n° 07/02404, *JDI*, 2010, p. 1230, spéc. p. 1252 et p. 1260.

affirmé et réaffirmé, « de manière peut-être un peu suspecte »¹⁵³⁷. On constate en effet sans difficulté un écart – un auteur a même parlé de schizophrénie¹⁵³⁸ – entre cette apparence d'un principe inflexible et la réalité d'une règle érodée par les exceptions. Le principe d'équivalence du dommage et de la réparation interdit aux juges du fond de prendre en compte la gravité de la faute – ou plus exactement de le faire *ouvertement*. Quoique tenus par l'équation selon laquelle le préjudice constitue la mesure de la réparation, leur liberté reste grande. Les juges du fond français jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation dans l'estimation de ce préjudice et, du même coup, dans la fixation de l'indemnité. Aussi, il a été très tôt remarqué que le juge « peut, à condition de ne pas le dire, faire des dommages-intérêts une sanction »¹⁵³⁹. Le constat s'est répété depuis :

« La liberté actuellement laissée aux juges du fond leur permet en réalité de statuer en équité, à condition de ne pas le dire, et donc d'accroître l'indemnité qu'ils accordent à la victime, par exemple en prenant en considération la gravité de la faute, ou l'importance des moyens de l'auteur du dommage [...] »¹⁵⁴⁰.

Le juge du fond a devant lui tous les faits qui lui permettent de mesurer l'ampleur de la gravité des comportements respectifs des parties. Il paraît bien vain de lui interdire d'en tenir compte dans la recherche de ce que nous proposons d'appeler « l'indemnisation adéquate ». Cette « indemnisation adéquate », c'est bien en premier lieu celle qui permet le rétablissement intégral de la victime. C'est aussi, à titre accessoire, l'indemnisation adéquate du point de vue du débiteur, autrement dit celle qui prend en considération, lorsque cela est nécessaire, la vertu dissuasive et punitive de la condamnation civile. Ce que Starck appelle « la règle de la réparation graduée selon la faute » a beau avoir perdu ses lettres de noblesse, elle n'en est pas moins en vigueur dans la pratique judiciaire quotidienne¹⁵⁴¹. On peut lire à propos de la non-proportionnalité des dommages et intérêts à la culpabilité dans un fameux traité de la responsabilité que :

« Le principe est certain. Et pourtant, les juges ne l'affirment bien souvent que pour mieux le violer. [...] Sous couvert d'évaluer le préjudice, ils ont tendance à le gonfler ou le restreindre suivant la gravité de la faute [...] Usant de leur pouvoir souverain d'appréciation du préjudice,

¹⁵³⁷ PH. BRUN, « Synthèse des travaux de la matinée », *Gaz. Pal.*, 9 et 10 avril 2010, n° 99-100, p. 31, spéc. p. 33.

¹⁵³⁸ V. BEHR, « Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts », 78 *Chicago-Kent Law Review* 105 (2003), spéc. p. 125.

¹⁵³⁹ Note anonyme sous Civ. 8 mai 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, II, 233, spéc. p. 234.

¹⁵⁴⁰ P. LE TOURNEAU, « Rapport de synthèse », *L'indemnisation*, Journées québécoises de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, *op. cit.*, spéc. p. 5.

¹⁵⁴¹ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, spéc. p. 386.

les tribunaux faussent volontairement cette évaluation ; ils chiffrent le dommage en pesant la faute »¹⁵⁴².

301. L'artifice : à faute grave, préjudice supposé grave. Par quel artifice la culpabilité entre-t-elle dans le calcul de l'indemnisation ? Si les juges du fond ne peuvent s'appuyer ouvertement sur la gravité de la faute pour alourdir la réparation, ils peuvent (et doivent, puisque la réparation en est l'image inversée) s'appuyer sur la gravité du dommage. Or, on assiste à de curieux glissements de l'un à l'autre critère. Deux arrêts l'illustrent qui, bien que concernant des domaines particuliers – la contrefaçon pour le premier, la protection de l'environnement pour le second – ont été tranchés l'un et l'autre sur le fondement du droit commun, en application de l'article 1382 du Code civil.

Le premier mettait en scène un contrefacteur condamné en appel à une indemnisation calculée sur la base de la marge brute attendue de la vente des 1000 pièces contrefaites, commandées et reçues (puis finalement saisies : donc du profit attendu) mais aussi « eu égard à la gravité des fautes commises ». Le contrefacteur y voyait une atteinte au principe du calcul de l'indemnité à l'aune exclusive du préjudice. Son pourvoi est rejeté car (c'est nous qui soulignons) :

« c'est en tenant compte de **la gravité des pratiques** de contrefaçon et de concurrence déloyale **qui avaient un effet sur le montant du dommage** causé, et dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la cour d'appel a fixé le montant du préjudice subi »¹⁵⁴³.

Prétendre que la gravité de la faute a engendré un préjudice plus important est un moyen permettant de proportionner la réparation à la culpabilité de l'auteur. C'est ce que confirme le deuxième arrêt, plus récent, sanctionnant une société exploitant des dépôts de produits pétroliers qui ne s'était pas conformée à la réglementation des installations classées. Condamnée à verser des dommages et intérêts moraux à deux associations de protection de l'environnement à hauteur de 1500€ chacune pour le préjudice moral lié au risque (semble-t-il finalement non réalisé) de pollution, la société réclame la cassation au motif que la gravité de sa faute n'aurait pas dû être prise en compte dans le calcul de l'indemnité nécessaire pour compenser le dommage. La Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme le raisonnement de la Cour d'appel qui :

« a souverainement fixé [la réparation], en fonction non pas de la gravité des fautes de la société Alvéa mais de l'importance et de la durée des défauts de conformité des installations »¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴² H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1960, n° 2365.

¹⁵⁴³ Com., 24 févr. 1998, pourvoi n° 95-20264, inédit.

Il faut en déduire que les « défauts de conformité des installations » constituent non la faute, mais le dommage, ce qui ne va pas forcément de soi¹⁵⁴⁵. La spécificité de la matière environnementale explique en partie, c'est certain, la position adoptée. Il n'en demeure pas moins que cette évaluation du préjudice repose formellement, dans cet arrêt comme dans le précédent, sur l'art. 1382 du Code civil.

Dans ces deux affaires, les juges du fond jouent sur la porosité des critères de faute et de dommage pour contourner l'interdiction de proportionner la réparation à la culpabilité du responsable. C'est alors en peine privée¹⁵⁴⁶ que se mue l'indemnisation : « gonflée » par la culpabilité (critères matériel et moral), la réparation cherche à peser plus lourdement sur le responsable (critère téléologique). La pratique est, au demeurant, validée par la Cour de cassation, qui se retranche derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. C'est le premier signe de sa « complicité ».

2. La complicité de la Cour de cassation

302. Le refus d'immixtion de la Cour de cassation cautionnant la peine privée. Un pouvoir souverain n'est pas un pouvoir discrétionnaire¹⁵⁴⁷, et les juges du fond ne sont pas dispensés de toute motivation lorsqu'ils fixent le montant de l'indemnisation – du moins en théorie¹⁵⁴⁸. En pratique, la Cour de cassation, se montre bien peu exigeante. Les tribunaux n'ont pas même à distinguer entre les évaluations des différents chefs de préjudices et ils peuvent se contenter d'avancer un chiffre global, sans être tenus de le justifier¹⁵⁴⁹. Que l'appréciation de l'étendue du préjudice et, partant, de celle de l'indemnisation, appartienne aux juges du fond et qu'elle ne puisse être remise en cause devant le juge du droit est, en soi,

¹⁵⁴⁴ Civ. 3^{ème}, 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15500, *Bull.*, III, n° 101, D., 2011, p. 2635, note B. PARANCE ; *RTD civ.*, 2011, p. 765, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2011, doctr. 1333, chron. P. STOFFEL-MUNCK et C. BLOCH.

¹⁵⁴⁵ V. en particulier les commentaires sceptiques de C. BLOCH à la Semaine Juridique, *ibid.* : « qu'est-ce qu'une sanction évaluée à l'aune de l'importance (la gravité ?) et de la durée de l'infraction et non de ses conséquences, sinon une sanction pénale ? ».

¹⁵⁴⁶ Ce que relèvent et critiquent not. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, *op. cit.*, n° 2365.

¹⁵⁴⁷ Discrétionnaire « se dit du pouvoir d'appréciation du juge dans les cas exceptionnels où celui-ci jouit de la faculté de prendre, en fonction des circonstances (qu'il apprécie librement) une décision qui non seulement échappe au contrôle de la Cour de cassation comme toute appréciation souveraine de fait, mais, plus spécifiquement, peut se référer, pour motif suffisant, au sentiment d'opportunité du juge », G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, spéc. « discrétionnaire ».

¹⁵⁴⁸ Sur le pouvoir discrétionnaire du juge et les sanctions de l'inexécution dans une perspective comparative, v. not. C. SIGNAT, *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat. Etude de droit comparé franco-allemande*, thèse Paris II, dacty., 2014.

¹⁵⁴⁹ Pour une illustration, v. Crim., 6 févr. 2001, pourvoi n° 00-81526, *Bull. crim.*, 2001, n° 32, p. 85 où la Cour de cassation, se retranchant derrière ce pouvoir souverain d'appréciation, balaie d'un revers de main le moyen selon lequel la somme forfaitaire (et ronde : 100 000 francs) octroyée à titre d'indemnisation constituait en fait « une véritable peine privée en dehors des règles gouvernant la responsabilité civile ».

tout-à-fait justifié. Ils sont indéniablement les mieux à même de déterminer quelle est l'indemnité qui saura efficacement compenser l'intégralité du préjudice. Ce qui est plus contestable, c'est l'automatisme avec lequel la Cour de cassation refuse de contrôler jusqu'au respect, même seulement formel, du principe selon lequel l'indemnité est à l'image du préjudice. Geneviève Viney l'a dénoncé à maintes reprises, et encore récemment :

« Sous le couvert du « pouvoir souverain » qu'elle reconnaît aux juges du fond pour chiffrer le préjudice, la Cour de cassation approuve en effet, dans ces hypothèses, de très nombreuses condamnations à des dommages et intérêts n'ayant aucune portée réellement indemnitaire ou compensatoire, mais qui tendent soit à confisquer un profit illicite, soit à punir un comportement jugé répréhensible. Or, cette situation n'est pas saine car elle favorise l'arbitraire judiciaire et l'inégalité entre justiciables »¹⁵⁵⁰.

Les juges du fond n'ont plus à craindre aucune immixtion et la tentation est d'autant plus grande, pour aboutir à ce que nous avons appelé l'« indemnisation adéquate », de s'affranchir du carcan de l'équivalence du dommage et de la réparation. La juridiction suprême, en refusant de contrôler l'indemnisation, offre à la peine privée un bienveillant laissez-passer.

303. Une cassation sélective. On pourrait objecter que la Cour de cassation prend tout de même la peine de rappeler ponctuellement le principe de l'équivalence du dommage et de la réparation. On lit ainsi que :

« l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice 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 cette indemnité »¹⁵⁵¹.

Ou encore :

« les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il résulte pour elle ni perte ni profit »¹⁵⁵².

Il faut nuancer la portée de ces consécutions apparemment sans appel du principe de l'équivalence du dommage et de la réparation. La Cour de cassation y recourt parfois pour sanctionner une *surestimation* de la réparation qui relève potentiellement de la peine privée¹⁵⁵³, mais elle le fait aujourd'hui surtout pour renverser une *sous-estimation* de la réparation¹⁵⁵⁴. C'est ce que révèle une recherche systématique des occurrences de la première

¹⁵⁵⁰ G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile, *D.*, 2009, p. 2944, spéc. p. 2946 et 2947.

¹⁵⁵¹ Civ. 2^e, 8 mai 1964, *Bull.*, n° 358, *Gaz. Pal.*, 1964, II, 233, note anonyme, *JCP*, 1965, II, 14140, note P. ESMEIN.

¹⁵⁵² Civ. 2^e, 8 juil. 2004, pourvoi n° 02-14854, *Bull. civ.*, II, n° 393, *RTD civ.*, 2004, p. 739, obs. P. JOURDAIN.

¹⁵⁵³ C'était le cas dans l'arrêt Civ. 2^e, 8 mai 1964, préc. dont la première formule est extraite.

¹⁵⁵⁴ C'est le cas not. dans l'arrêt Civ. 2^e, 8 juil. 2004, préc., dont la deuxième formule est extraite ; pour une application récente reprenant exactement le même attendu, v. Com., 14 janv. 2014, pourvois joints n°12-13259 et 12-18933, inédit, *JurisData* : 2014-000275, rendu au visa du « principes de l'indemnisation intégrale du

formule précitée dans les arrêts rendus par la Cour de cassation entre 1987 et 2015¹⁵⁵⁵. Si celle-ci avait été consacrée en 1964 par la Cour de cassation à propos d'une voisine injurieuse à qui les juges du fond avaient voulu faire « ravalier sa langue » plus que nécessaire, ces dernières années, elle ne semble plus avoir été invoquée que par des pourvois infructueux¹⁵⁵⁶. Quant à la deuxième formule, plus récente, elle a été consacrée précisément pour désavouer une décision ayant *diminué* l'indemnisation. Le rappel de l'équivalence du dommage et de la réparation n'a alors pas du tout pour objet la peine privée : c'est l'indemnisation intégrale qui en est l'enjeu. Marie-Eve Roujou de Boubée insistait déjà sur la nécessité de bien distinguer entre « ces deux hypothèses extrêmes et opposées » que sont l'atténuation de la réparation au regard de la légèreté de la faute et son accroissement lorsque la faute est d'une particulière gravité, seule la seconde hypothèse pouvant potentiellement caractériser une peine privée¹⁵⁵⁷.

Bien que la règle de l'équivalence du dommage et de la réparation prohibe dans le même temps l'indemnisation inférieure au préjudice, au nom de la réparation intégrale, et celle qui lui est supérieure, au nom du rejet de la peine privée, sa mise en œuvre révèle ainsi une différence de traitement entre les deux situations. Dans le premier cas, son non-respect entraîne quasi-automatiquement une sanction. Dans la seconde hypothèse, la Haute cour se montre plus encline à valider la condamnation prononcée en se retranchant derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, donnant ainsi son aval au prononcé de peines privées.

B. La peine privée dans la pratique judiciaire allemande

1. Le refoulement affiché de la peine privée

304. L'exemple de la « prime à l'attrape ». Qu'en est-il de la pratique judiciaire de l'autre côté du Rhin ? Le principe selon lequel la réparation est à la mesure du préjudice et ne saurait le dépasser a été consacré en termes très clairs par les travaux préparatoires du BGB, comme il a été vu¹⁵⁵⁸. La jurisprudence allemande s'y plie sans riposte et n'hésite pas à citer

préjudice ensemble les articles 1147 et 1149 du Code civil » ; v. aussi Civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, pourvoi n°09-15426, inédit : « La gravité de la faute ne peut avoir aucune incidence dans l'appréciation du dommage ».

¹⁵⁵⁵ Tel est le résultat d'une recherche actualisée le 31 oct. 2015 sur la banque de données LexisNexis combinant les expressions « l'indemnité nécessaire pour compenser » et « gravité de la faute » (NB : les termes de « préjudice » et de « dommage » ont été volontairement écartés dès lors que l'utilisation de l'un ou l'autre au sein de l'expression n'est pas fixée).

¹⁵⁵⁶ L'illustrent les arrêts Com., 24 févr. 1998, pourvoi n° 95-20264, inédit et Civ. 3^{ème}, 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15500, *Bull.*, III, n° 101, tous deux cités *supra*, spéc. n° 301.

¹⁵⁵⁷ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, spéc. p. 121 et 122.

¹⁵⁵⁸ V. *supra*, spéc. n° 275.

l'argument historique au soutien de ses solutions les plus contemporaines, comme celle refusant la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs octroyés par un tribunal étranger¹⁵⁵⁹. Les jugements allemands offrent ainsi l'apparence d'une fidélité inconditionnelle au principe indemnitaire qui ne reflète pas toujours la nature réelle de la sanction prononcée. La jurisprudence relative à la « prime à l'attrape » (*Fangprämie*) l'illustre et présente ceci d'intéressant qu'elle concerne justement une sanction qu'une partie de la doctrine a qualifiée de punitive, dans un domaine où précisément l'introduction d'une peine privée officielle avait été envisagée.

Une initiative législative lancée dans les années 1970¹⁵⁶⁰ proposait en effet que l'auteur non récidiviste d'un vol à l'étalage d'une faible valeur soit condamné civilement, en sus de la restitution de la marchandise, à une peine privée d'un montant égal à la valeur de la chose volée et qu'il échappe, en contrepartie, aux condamnations pénales. Elle n'a pas abouti mais les magasins ont développé, en pratique, un substitut pour obtenir l'effet dissuasif et punitif recherché, qui fut consacré quelques années plus tard par la jurisprudence. Par un arrêt de principe de 1979, le *Bundesgerichtshof* a en effet autorisé les magasins à obtenir du délinquant, à titre de dommages et intérêts, le remboursement de la prime de résultat offerte par le magasin à l'employé surprenant un vol à l'étalage, sous réserve que son montant soit raisonnable¹⁵⁶¹. Cette « prime à l'attrape » est versée par l'établissement au vendeur ou au vigile qui a surpris le larcin. A la différence des frais de surveillance ordinaires, qui doivent être supportés par le magasin, la charge de la prime peut ainsi être reportée sur le délinquant. Son paiement est réclamé au larron « sur le coup », donc en même temps que l'établissement décide de l'opportunité de porter plainte, autrement dit de poursuivre, ou non, l'édiction de « l'autre » peine : la peine publique¹⁵⁶². Au-delà d'une simple coïncidence factuelle, la répercussion de la charge de la prime sur le délinquant présente des similitudes marquantes avec une peine. Tout d'abord, elle est écartée lorsque sont dérobées des « marchandises d'une

¹⁵⁵⁹ BGH 4 juin 1992, IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312, préc., spéc. p. 338, sur lequel v. *supra*, spéc. n° 275.

¹⁵⁶⁰ « Alternativentwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl » (AE-GLD), 1974, *Recht und Staat*, n° 439, v. sur ce projet et son abandon : J. ESSER, *Schuldrecht*, Band I *Allgemeiner Teil*, Teilband 2 *Vertragshaftung, Schadensersatz, Personenmehrheit im Schuldverhältnis*, 5^e éd., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1976, p. 115-177 et H. LANGE, G. SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, dir. J. GERNHUBER, Band I *Schadensersatz*, 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1990, p. 13.

¹⁵⁶¹ BGH 6 nov. 1979, BGHZ 75, 230.

¹⁵⁶² C'est d'ailleurs ce qui a conduit une partie de la doctrine à s'interroger sur le rôle d'échappatoire rempli par la prime et le risque que son acquittement puisse être obtenu par la menace des poursuites, ce qui constituerait un délit pénal pour le magasin. Le BGH, certainement davantage préoccupé par l'incapacité du droit répressif à contenir le phénomène des vols dans les grands magasins, n'a pas été sensible à cet argument.

valeur tout-à-fait insignifiante, par exemple le vol de sucreries par de jeunes personnes »¹⁵⁶³ – une immunité compréhensible en matière répressive mais qui heurte de front le principe indemnitaire. Ensuite, si la prime présente un lien concret avec le délit qui déclenche son bénéfice, c'est bien le magasin qui décide de sa mise en place et en fixe le montant. Comment, dès lors, y voir un préjudice imputable à l'auteur du vol et couvert à ce titre par des dommages et intérêts prétendument compensatoires ? Considérer la prime comme un dommage comporte déjà une part d'artifice ; trouver sa cause dans l'acte du voleur, alors qu'elle est fixée en amont et unilatéralement par la victime, est une entorse à l'orthodoxie. Pourtant, en même temps qu'il consacre cette sanction, l'arrêt affiche une exemplaire fidélité au principe selon lequel la responsabilité civile ne remplit qu'un rôle indemnitaire. Il insiste ainsi sur le fait que (en italique dans l'original) :

« L'octroi d'un *supplément* qui irait au-delà de la compensation du dommage à des fins d'augmentation de l'effet dissuasif n'est pas du ressort des dommages et intérêts du droit civil, pas même en cas d'atteinte intentionnelle »¹⁵⁶⁴.

Ce rappel suspect du principe indemnitaire parvient difficilement à masquer les considérations préventives et punitives qui imprègnent l'arrêt. Plusieurs auteurs ne s'y sont pas trompés, qui ont relevé le rôle « préventif »¹⁵⁶⁵, « punitif »¹⁵⁶⁶ et même « de peine privée »¹⁵⁶⁷ assumé par le remboursement de la prime à l'attrape sous couvert de réparation.

305. « Sauver les apparences » : un mauvais choix. La jurisprudence sur la prime à l'attrape n'est pas un cas isolé. D'autres arrêts reprennent ce schéma d'une juxtaposition d'une sanction dont le fondement ne peut s'expliquer que par une motivation punitive avec l'affirmation contradictoire de son caractère indemnitaire¹⁵⁶⁸. Les subterfuges de ce type ne font qu'entretenir un fossé entre motivations réelles et motivations apparentes des jugements. Outre qu'elles nuisent regrettablement à la lisibilité du droit, elles minent l'ouverture d'une

¹⁵⁶³ BGHZ 75, 230, spéc. p. 240-241 ; en l'espèce, le « butin » s'élevait à DM 12,72 (ce qui ferait aujourd'hui € 6,50) et consistait en nourriture, ce qui n'a pas empêché la Cour de condamner le délinquant *adulte* au remboursement de la prime (toutefois ramenée à un montant raisonnable de DM 50 contre les DM 550 réclamés).

¹⁵⁶⁴ BGHZ 75, 230, spéc. 239 : « Ein über den Schadensausgleich hinausgehender *Zuschlag* zur Erhöhung der Abschreckungswirkung wird durch den zivilrechtlichen Schadensersatz nicht, auch nicht bei vorsätzlicher Schädigung, gedeckt. ».

¹⁵⁶⁵ C. WOLLSCHLÄGER, « Schadenshaftung von Ladendieben », NJW 1976, 12, spéc. p. 15 (« überwiegende[r] Zweck der Prävention », « Abschreckung »).

¹⁵⁶⁶ P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 132 (« Sanktionszweck ») ; H. KRAMER, « Ladendiebstahl und Privatjustiz », ZRP 1974, 62, spéc. p. 64 (« präventiven Straffunktion »).

¹⁵⁶⁷ C. WOLLSCHLÄGER, art. préc., NJW 1976, 12, spéc. p. 16 (« [eine] unter dem Etikett des Schadensersatzes [eingeführte] Privatstrafe ») ; T. WÄLDE, « Schadensersatz wegen Vorsorgekosten bei Ladendiebstahl », NJW 1972, 2294, spéc. p. 2295 (« Privatstrafe »).

¹⁵⁶⁸ V. par ex. BGH, VI ZR 389/90, 26 nov. 1991, NJW 1992, 754 à propos de l'inversion de la charge de la preuve de la causalité en cas de faute lourde du médecin, et nos propos sur cet arrêt *infra* n° 369.

discussion constructive sur le rôle que joue et que pourrait être amenée à jouer la peine privée dans le droit de la responsabilité civile.

2. La « Genugtuung » : la peine privée sous couvert d'indemnisation du préjudice moral

306. *Schmerzensgeld* et *Genugtuung*. L'indemnisation du préjudice moral, appelée *Schmerzensgeld* (littéralement « prix de la douleur), a acquis une importance croissante dans la doctrine allemande et plusieurs thèses récentes lui ont été consacrées depuis la réforme du droit des obligations¹⁵⁶⁹. Cette réforme lui a en effet donné une place de choix en déplaçant l'ex-§847 BGB vers la partie générale du droit des obligations pour le rendre applicable également en matière contractuelle. Pour obtenir une réparation en argent de son préjudice moral, la victime doit pouvoir se prévaloir soit d'un texte légal qui l'autorise expressément, soit d'une atteinte à sa personne prévue par le §253 BGB :

« §253 Dommage moral

(1) Il n'est possible d'exiger une réparation en argent d'un dommage qui n'est pas patrimonial que dans les cas précisés par la loi.

(2) Si des dommages-intérêts doivent être versés pour lésion corporelle, atteinte à la santé, privation de liberté ou atteinte à l'autodétermination sexuelle, il est possible d'exiger également une équitable réparation en argent du dommage qui n'est pas patrimonial »¹⁵⁷⁰.

Le *Schmerzensgeld* trouve sa source dans la *Buße*, sorte d'amende civile aujourd'hui quasiment disparue de la matière civile¹⁵⁷¹, mais qui constituait la peine privée par excellence du droit allemand¹⁵⁷². Comme l'avait remarqué Otto von Gierke déjà avant l'entrée en vigueur du BGB, peine privée et indemnisation du préjudice moral partagent une communauté de but telle que l'on ne peut se séparer de l'une sans devoir renforcer l'autre :

« Plus la peine privée disparaît du droit positif, plus il devient indispensable de prendre en compte le dommage immatériel dans l'obligation de verser des dommages et intérêts »¹⁵⁷³.

¹⁵⁶⁹ V. not. I. EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004 ; T. DEGENHART, *Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes in §253 BGB*, Bielefeld, Gieseking Buchverlag, 2011 ; D. VON MAYENBURG, *Die Bemessung des Inkommensurablen. Wege zur Bestimmung des Ersatzes immaterieller Schäden am Beispiel des Schmerzensgeldes*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012.

¹⁵⁷⁰ §253 BGB, trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹⁵⁷¹ V. toutefois les dév. de Ina Ebert sur les Betriebsbußen et leur caractère de peine privée : I. EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

¹⁵⁷² V. par ex. H. STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993, spéc. p. 57-59.

¹⁵⁷³ O. VON GIERKE, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, spéc. p. 195, cité par P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, op. cit.*, trad. libre de : « Je

Le *Bundesgerichtshof*, en développant le concept de « *Genugtuung* » en 1955 et dans sa jurisprudence postérieure, tenta de démarquer les dommages et intérêts immatériels de la peine privée dont ils étaient issus. Le *Schmerzensgeld* ne serait pas tourné vers la punition du responsable, mais orienté vers la victime ; il ne punirait pas le coupable, mais rendrait justice à la victime. La théorie reçut un accueil critique. D'aucuns s'en accommodèrent, mais décidèrent qu'il fallait y voir un aspect de la réparation¹⁵⁷⁴. Sur d'autres, l'artifice ne prît pas et l'on continua de parler de fonctions préventive et punitive caractérisant une peine privée¹⁵⁷⁵.

307. L'identité de la *Genugtuung* et de la peine privée. La *Genugtuung*, littéralement « satisfaction », n'est en réalité que la peine privée abordée sous l'angle de la victime, au lieu de l'être sous l'angle du coupable. C'est toujours la punition du coupable qui est en jeu, et non le prétendu « apaisement » de la victime¹⁵⁷⁶. En effet, ces dommages et intérêts moraux, à l'inverse des dommages et intérêts qui viennent réparer un préjudice matériel, ne sont pas fondés, en droit allemand, sur le principe indemnitaire. Il s'agit au contraire d'une « indemnité équitable » (*billige Entschädigung*) qui prend en considération d'autres éléments que la seule étendue du préjudice extrapatrimonial. Ainsi, alors qu'en 1952, le *Bundesgerichtshof* encore très attaché à une vision indemnitaire du *Schmerzensgeld* refusait de condamner plus lourdement un responsable fortuné (solution qui permettrait de « peser » davantage sur lui) parce que cela obligerait corrélativement, selon lui, à réduire inopportunément l'indemnisation en-deçà du préjudice subi en cas de précarité du responsable¹⁵⁷⁷, il opéra un changement de cap dès 1955. Le calcul des dommages et intérêts moraux se fait désormais

mehr die Privatstrafe aus dem geltenden Recht verschwindet, desto unentbehrlicher ist die Berücksichtigung des immateriellen Schadens bei der Ordnung der Schadensersatzpflicht ».

¹⁵⁷⁴ v. en particulier K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1, *Allgemeiner Teil*, 14^e éd., München, Beck, 1987, spéc. §28 III ; J. ESSER, *Schuldrecht*, Band I *Allgemeiner Teil*, Teilband 2 *Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis*, 8^e éd., par E. SCHMIDT, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000, spéc. §30 II.

¹⁵⁷⁵ V. par ex. H. STOLL, « Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze », in : *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969*, t. 2, Nationales und vergleichendes Privatrecht, Tübingen, Mohr, 1969, p. 569, spéc. p. 579 et s. ; P. GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung*, *op. cit.*, spéc. p. 167 et s. ; E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2^e éd., Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1996, spéc. n° 907 et s., p. 573 et s. ; P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.* spéc. p. 259 et s.

¹⁵⁷⁶ Le mot « apaisement » (*Besänftigung*) est communément utilisé pour décrire la *Genugtuung*, v. par ex. C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Erster Band Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen*, München, Beck, 1996, n° 609, p. 605 qui souligne au demeurant son caractère punitif : « Überhaupt wird man sagen dürfen, dass sich überall dort, wo man dem Anspruch auf Ersatz immaterieller Verluste eine Genugtuungsfunktion zuschreibt, mit ihm also eine Besänftigung des Opfers wegen des ihm widerfahrenden Unrechts bezweckt, zivilrechtliche mit strafrechtliche Zwecken mischen. » ; comp. H. STOLL, « Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze », *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁷⁷ BGH, 29 sept. 1952, BGHZ 7, 223, spéc. p. 227.

non seulement au regard de l'importance de l'atteinte, mais aussi de la gravité de la faute du débiteur et du patrimoine des parties (c'est nous qui soulignons) :

« Pour mesurer l'étendue de cette indemnité équitable, il peut être tenu compte par principe de **toutes les circonstances** de l'espèce, notamment du **degré de culpabilité du responsable** et de la position économique des deux parties »¹⁵⁷⁸.

Le juge est ainsi invité, lorsqu'il fixe la réparation du préjudice moral, à prendre en compte toutes les circonstances et en particulier le degré de culpabilité (« *Verschuldensgrad* ») du responsable. C'est un renversement flagrant du principe qui gouverne le droit commun, selon lequel la faute ne saurait avoir aucune influence sur l'étendue de la réparation¹⁵⁷⁹. Lorsque l'on prend en compte le degré de culpabilité du responsable et sa richesse, c'est pour mieux l'atteindre, lui « faire plus mal »¹⁵⁸⁰. Le regard n'est pas sur la victime ; il est sur le débiteur de la réparation, qui doit « payer pour ce qu'il a fait » : c'est cela que l'on entend par « satisfaction »¹⁵⁸¹. Les dommages et intérêts moraux du droit allemand n'ont pas un caractère réparateur, mais vindicatif¹⁵⁸². Par les dommages et intérêts moraux, il faut, comme le dit le *Bundesgerichtshof*, « atteindre le coupable pour en faire lui-même une victime »¹⁵⁸³. Ainsi, en droit allemand, « l'indemnité équitable » du §253 BGB n'est pas une mesure de réparation, mais bien des dommages et intérêts punitifs¹⁵⁸⁴.

C. La peine privée dans la pratique judiciaire anglaise

1. Un contrôle restreint du *quantum* des dommages et intérêts

308. Une révision encadrée du montant des dommages et intérêts en appel. Dans les hypothèses les plus courantes, c'est un juge unique qui décide en première instance du *quantum* des dommages et intérêts. Son évaluation est susceptible d'appel. Toutefois, les juridictions d'appel anglaises ne sont pas un « second degré de juridiction » au sens où nous

¹⁵⁷⁸ BGH, 6 juil. 1955, GSZ 1/55, BGHZ 18, 149, spéc. 2. Leitsatz, trad. libre de : « Bei der Festsetzung dieser billigen Entschädigung dürfen grundsätzlich alle in Betracht kommenden Umstände des Falles berücksichtigt werden, darunter auch der Grad des Verschuldens des Verpflichteten und die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Teile. »

¹⁵⁷⁹ Comp. *supra* n° 275.

¹⁵⁸⁰ Comp. nos dév. relatifs au critère téléologique de la peine privée exprimé par la prise en compte de ces deux considérations, *supra*, n° 266.

¹⁵⁸¹ Une étude vient de paraître consacrée à cette notion : T. DEGENHART, *Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes in §253 BGB*, Bielefeld, Gieseking Buchverlag, 2011.

¹⁵⁸² Le mot est également employé en droit suisse où il désigne le tort moral et en droit anglais, c'est la même idée, certainement, que l'on entend lorsque l'on parle de « vindication ».

¹⁵⁸³ BGH, VI. ZS, 16 déc. 1975, NJW 1976, 1147, spéc. p. 1149 : « Das bedeutet, [...] dass die Zahlung den Schädiger als fühlbares Opfer treffen soll ».

¹⁵⁸⁴ Sur l'indemnisation du préjudice moral en droit allemand en matière contractuelle plus particulièrement, v. également *supra*, spéc. n° 220 et s.

l'entendons s'agissant de nos cours d'appel françaises. Leur rôle s'apparente davantage à celui de juridictions de révision, et elles seront peu enclines à remettre en cause l'évaluation faite par le juge du fond. L'arrêt *Flint v Lovell*, rendu en 1935, donne le ton :

« [Les juges de] la présente Cour seront peu disposés à renverser le jugement d'un juge de tribunal en ce qui concerne le montant des dommages et intérêts pour la seule raison qu'ils pensent que s'ils avaient eu eux-mêmes à juger du cas en première instance, ils auraient accordés une somme moins élevée. Pour justifier un renversement du juge de première instance sur la question du montant des dommages et intérêts, il sera généralement nécessaire que la Cour soit convaincue que le juge s'est fondé sur un mauvais principe du droit, ou que le montant accordé soit tellement élevé ou tellement bas qu'il constitue, selon l'opinion de cette Cour, une estimation entièrement erronée des dommages et intérêts auxquels le créancier pouvait prétendre »¹⁵⁸⁵.

Le pouvoir du juge du fond quant à la fixation du montant des dommages et intérêts ressemble à un pouvoir souverain d'appréciation qui ne sera renversé que dans deux hypothèses réduites : l'erreur de droit (*error of law*) et l'estimation complètement erronée (*entirely erroneous estimate*). Cette deuxième exception reçoit, il faut en convenir, une application plus étendue que son nom laisse entendre, et l'erreur de calcul est retenue assez facilement lorsque les dommages et intérêts ont été fixés non par un juge mais par un jury¹⁵⁸⁶. En effet, il demeure certaines hypothèses dans lesquelles le principe et l'évaluation des dommages et intérêts pourront être confiés à un jury au choix des parties ou, plus rarement, à l'initiative du juge, notamment en cas de diffamation ou de « *fraud* »¹⁵⁸⁷.

En tout état de cause, même prononcé par un jury, un montant excessif de dommages et intérêts aux vertus délibérément punitives ne sera pas automatiquement sanctionné en appel, ne serait-ce que parce qu'un effet dissuasif accessoire ne « choque » pas la conception anglaise des dommages et intérêts compensatoires.

2. La peine privée glissée dans l'évaluation des dommages et intérêts

309. La recette de *The Gleaner Co Ltd v Abrahams*. Les juges montrent une certaine bienveillance lorsque les dommages et intérêts ont été raisonnablement « gonflés » pour assortir la réparation d'un certain effet dissuasif. Un arrêt récent, *The Gleaner Co Ltd v*

¹⁵⁸⁵ *Flint v Lovell*, [1935] 1 K.B. 354 CA, spéc. 360 par Greer L.J., trad. libre de : « This court will be disinclined to reverse the finding of a trial judge as to the amount of damages merely because they think that if they had tried the case in the first instance they would have given a lesser sum. In order to justify reversing the trial judge on the question of the amount of damages it will generally be necessary that this court should be convinced either that the judge acted upon some wrong principle of law, or that the amount awarded was so extremely high or so very small as to make it, in the judgement of this court, an entirely erroneous estimate of the damage to which the plaintiff is entitled. ».

¹⁵⁸⁶ H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, op. cit., spéc. n° 51-026.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, spéc. n° 51-002.

*Abrahams*¹⁵⁸⁸, l'illustre parfaitement. Rendu par l'une des plus hautes cours d'Angleterre, le comité judiciaire du *Privy Council* qui vise en dernier ressort les décisions rendues par les juridictions du *Commonwealth*, il portait sur un cas de diffamation dont les faits se situaient en Jamaïque. Le demandeur (M. Abrahams), ex-ministre du tourisme jamaïcain, demandait réparation pour le préjudice subi du fait de la publication (après qu'il ait quitté ses fonctions) dans deux journaux appartenant au défendeur (The Gleaner Company) de propos calomnieux. Ceux-ci l'accusaient d'avoir été soudoyé, alors qu'il était encore ministre, par des agences de publicité américaines en échange de contrats lucratifs de promotion touristique conclus avec le gouvernement jamaïcain. En première instance, un jury condamna le défendeur à 80,7 millions de dollars jamaïcains, équivalents à l'époque à 1,2 millions de livres sterling. La Cour d'appel jugea cette somme excessive et lui substitua celle de 35 millions J\$ (533 000 £). Le comité judiciaire du *Privy Council* refusa de casser l'arrêt et maintint la condamnation. Ces dommages et intérêts couvraient des préjudices variés, de la perte de revenus suite à l'atteinte à sa crédibilité affectant l'activité de consultant en tourisme qu'il occupait alors, à l'aggravation de son asthme et de son diabète, en passant par le développement d'une obésité liée à son inertie (*sic.*) et l'atteinte à son amour-propre (*damage to his self-esteem*)¹⁵⁸⁹.

Ce qui est particulièrement frappant dans cet arrêt, c'est la justification qui est donnée par la Cour pour refuser de revenir sur le montant des dommages et intérêts. On y retrouve, d'abord, la réticence de principe à remettre en cause l'évaluation souverainement retenue par les juges ayant connu l'affaire. Selon les juges de la Haute Cour :

« [les juges de] la cour d'appel avaient parfaitement raison de dire simplement qu'ils pensaient que 35 millions de dollars était le montant nécessaire à la compensation de M. Abrahams. Ils étaient les mieux placés pour savoir si ce chiffre était le bon »¹⁵⁹⁰.

Son agrément va même plus loin puisqu'elle ajoute que les mêmes juges (c'est nous qui soulignons) :

« étaient en droit de considérer que si cela pouvait avoir un **effet dissuasif** (*chilling effect*) à l'égard de ce genre de conduite, ce ne serait **pas une mauvaise chose** »¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁸ *The Gleaner Co Ltd v Abrahams* [2004] 1 A.C. 628 PC.

¹⁵⁸⁹ *The Gleaner Co Ltd v Abrahams* [2004] 1 A.C. 628 PC, v. spéc. les n° 32 et n° 33.

¹⁵⁹⁰ *The Gleaner Co Ltd v Abrahams* [2004] 1 A.C. 628 PC, spéc. n° 69 par Lord Hoffmann, trad. libre de : « Their Lordships therefore think that the Court of Appeal were perfectly justified in simply saying that they thought that \$35 million was the amount necessary to compensate Mr Abrahams. Whether this was the right figure they were in the best position to say. ».

¹⁵⁹¹ *The Gleaner Co Ltd v Abrahams* [2004] 1 A.C. 628 PC, spéc. n° 72 par Lord Hoffmann, trad. libre de : « They were entitled to take the view that if it had a chilling effect upon this kind of conduct, that would be no bad thing. ».

Le *Privy Council* reconnaît ainsi ouvertement la vertu dissuasive attachée à la condamnation – et il l’approuve. Lord Hoffmann, qui préside l’audience, met en avant la double fonction (« *dual function* ») indemnitaire et punitive des dommages et intérêts compensatoires. Selon lui, ce qui distingue les *compensatory damages* et les *exemplary damages*, ce n’est pas le fait que les premiers soient privés d’effet punitif, mais que les seconds n’aient aucun effet compensatoire. Il conteste ainsi la vision de Lord Hailsham dans *Broome v Cassel & Co Ltd* selon laquelle :

« les raisonnements sous-tendant les deux systèmes sont aussi incompatibles que l’huile et le vinaigre, l’un fondé sur ce que le créancier devrait recevoir et l’autre fondé sur ce que [le jury pense que] le débiteur devrait payer »¹⁵⁹².

Selon Lord Hoffmann, au contraire (c’est nous qui soulignons) :

« La plupart des juges ont acceptés que dans beaucoup de cas les deux fins sont inextricablement mêlées »¹⁵⁹³.

« Depuis que la distinction entre les dommages et intérêts compensatoires et les dommages et intérêts exemplaires a été formulée par Lord Devlin dans *Rookes v Bernard* [...] il est reconnu que les dommages et intérêts compensatoires **peuvent avoir une fonction punitive, dissuasive ou exemplaire** »¹⁵⁹⁴.

Et de conclure que :

« L’huile et le vinaigre ne sont peut-être pas des liquides miscibles, mais leur combinaison fait une sauce acceptable pour une salade »¹⁵⁹⁵.

310. La peine privée glissée dans l’évaluation des dommages et intérêts compensatoires. La solution de Lord Hoffmann n’est pas une provocation. Elle trouve son appui dans l’un des arrêts fondateurs de la doctrine des dommages et intérêts : *Rookes v Barnard*. Dans cet arrêt, Lord Devlin lui-même admettait la fonction duale des dommages et intérêts compensatoires en soulignant que des dommages et intérêts punitifs ne peuvent être octroyés que si les dommages et intérêts compensatoires *ne suffisent pas* à punir¹⁵⁹⁶. Cela implique que les dommages et intérêts compensatoires remplissent déjà un premier rôle punitif. A l’évidence, les juges anglais même les plus haut placés ont beaucoup moins de

¹⁵⁹² *Broome v Cassel & Co Ltd* [1972] AC 1027, spéc. 1077 par Lord Hailsham of St Marylebone LC, trad. libre de : « the thinking underlying the two systems is as incompatible as oil and vinegar, the one based on what the plaintiff ought to receive, the other based on what [the jury] think the defendant ought to pay. ».

¹⁵⁹³ *The Gleaner Co Ltd v Abrahams* [2004] 1 A.C. 628 PC, spéc. n° 42 par Lord Hoffmann, trad. libre de : « most judges have accepted that in many cases the two purposes are inextricably mixed ».

¹⁵⁹⁴ *The Gleaner Co Ltd v Abrahams* [2004] 1 A.C. 628 PC, spéc. n° 41 par Lord Hoffmann, trad. libre de : « Ever since the distinction between compensatory and exemplary damages was formulated by Lord Devlin in *Rookes v Barnard* [...] it has been recognised that compensatory damages may also have a punitive, deterrent or exemplary function. ».

¹⁵⁹⁵ *The Gleaner Co Ltd v Abrahams* [2004] 1 A.C. 628 PC, spéc. n° 54 par Lord Hoffmann, trad. libre de : « Oil and vinegar may not mix in solution but they combine to make an acceptable salad dressing ».

¹⁵⁹⁶ *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129, spéc. 1228.

difficulté à admettre la nature mixte des dommages et intérêts compensatoires et seront peu enclins à renverser une évaluation des dommages et intérêts qui, dans la mesure du raisonnable, contient un élément de peine privée.

Conclusion du chapitre 1

311. La peine privée bannie de la responsabilité civile. En apparence, la peine privée n'est plus. Elle appartient au passé, à l'époque barbare des revanches privées. Aujourd'hui, la frontière est franche et nette : au droit pénal la punition, au droit civil la réparation. Parmi les trois systèmes étudiés, le droit allemand est certainement celui qui est le plus cohérent dans ce rejet de la peine privée. Cela peut surprendre, dans la mesure où Louis Hugueney, père créateur de ce que l'on pourrait appeler la « peine privée moderne », s'appuyait directement sur la doctrine allemande (Savigny, Ihering et Binding notamment¹⁵⁹⁷). Ses travaux avaient, en outre, connu une réception visible outre-Rhin (Grosser). L'hostilité du droit allemand à l'égard de la peine privée se manifeste, par exemple, dans la présentation de la double redevance accordée à la GEMA (équivalent allemand de la SACEM) comme un régime de faveur extraordinaire. Pareille sanction, qui ressemble étonnamment aux *treble damages* du droit américain, est soigneusement séparée du reste de la responsabilité civile, aussi bien par la jurisprudence, qui a refusé d'étendre leur application, que par la doctrine qui tente tant bien que mal de faire entrer cette exception disgracieuse dans les carcans du principe indemnitaire. Le même phénomène de marginalisation de la peine privée se retrouve en droit anglais. Certes, celui-ci consacre les dommages et intérêts punitifs, mais dans le même temps, il les réduit à peau de chagrin. Cantonnés à trois hypothèses dont deux seulement trouvent effectivement une application pratique, ils ne jouent qu'un rôle résiduel et sont même régulièrement affublés du qualificatif « *anomalous* ». Le droit français n'est pas en reste qui, s'il connaît les astreintes, mécanisme indubitablement punitif, se montre (presque) aussi réfractaire que le droit allemand à donner effet à un jugement étranger prononçant des dommages et intérêts punitifs. Finalement, dans chacun des systèmes étudiés, des admissions sporadiques de la peine privée existent, mais elles sont stigmatisées et reléguées au rang d'exceptions.

312. La peine privée « ressuscitée » par le juge à la recherche de « l'indemnisation adéquate ». En réalité, la peine privée a bel et bien survécu. Elle le doit principalement au juge. Les juges n'ignorent pas les potentiels de la peine privée et ils les exploitent dans le

¹⁵⁹⁷ Sont en effet fréquemment cités dans *L'idée de peine privée en droit contemporain* F. C. VON SAVIGNY (*Le droit des obligations*, trad. C.-J. GERARDIN et P. JOZON, 2^{ème} éd., Paris, Ernest Thorin, 1873), R. IHERING (*Esprit du droit romain*, trad. O. DE MEULENAERE, 3^{ème} éd., Paris, A. Marescq aîné, 1886 et *La lutte pour le droit*, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, A. Marescq aîné, 1890) et K. BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, 2^{ème} éd., Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1890 et le discours « Der Rechtszwang nach Wesen, Arten und Grenzen » en appendice, p. 481).

calcul de ce que nous avons appelé « l'indemnisation adéquate ». Cette indemnisation adéquate, c'est bien en premier lieu celle qui permet le rétablissement intégral de la victime. C'est aussi, à titre accessoire, l'indemnisation adéquate du point de vue du débiteur, autrement dit celle qui prend en considération, lorsque cela est nécessaire, la vertu dissuasive et punitive incidente de la condamnation civile. Ainsi :

« Les juges insufflent quotidiennement à la responsabilité civile des vertus dissuasives et punitives que la séparation des ordres privés et répressifs avait supposément bannies »¹⁵⁹⁸.

En France, c'est le pouvoir souverain d'appréciation de l'étendue du préjudice qui le leur permet. En Allemagne, c'est surtout la réparation du préjudice moral qui offre cette liberté au juge. Si le droit allemand limite l'accès à cette « indemnité équitable » en la soumettant à des conditions strictes, une fois ces conditions remplies le juge dispose d'un pouvoir exceptionnel qui lui permet de prendre en considération tant la gravité de la faute que la richesse de son auteur. Le juge anglais n'est pas plus imperméable à la peine privée que ses collègues allemand et français. A l'inverse de ceux-ci, il n'hésite pas, cependant, à se réjouir ouvertement des vertus dissuasives de la sanction qu'il prononce.

Ainsi, la pratique offre une toute autre image que les principes. Boris Starck n'avait pas manqué de le relever :

« Pierre par pierre, lambeau après lambeau, [la jurisprudence] restitua à la responsabilité civile son revêtement pénal : patiemment, tranquillement, superbement indifférente aux protestations de toute la doctrine, elle reconstitua sous les yeux étonnés des juristes la théorie de la peine privée. Non pas, comme on l'affirme le plus souvent, dans telle ou telle matière exceptionnelle, mais en tant que *base générale de la responsabilité civile*. La peine privée n'est pas une survivance, un fantôme du passé, mais l'une des forces vives de la responsabilité civile. »¹⁵⁹⁹

Peut-on dire également de la peine privée qu'elle est « l'une des forces vives » de la responsabilité contractuelle ? C'est ce qu'il faut encore vérifier.

¹⁵⁹⁸ P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 263, spéc. p. 286.

¹⁵⁹⁹ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., spéc. p. 359.

Chapitre 2. La réception de la peine privée par la responsabilité contractuelle

313. L'apparente imperméabilité du contrat à la pénétration de la peine privée. Les rares sanctions ouvertement punitives de la responsabilité civile, à l'instar des dommages et intérêts exemplaires du droit anglais, n'ont été reconnues que pour régir certains cas particuliers et uniquement en matière délictuelle. Par principe, les dommages et intérêts contractuels sont perçus comme uniquement compensatoires. Ils obéissent à la règle de l'équivalence du dommage et de la réparation, laquelle s'oppose directement à la peine privée en interdisant de proportionner la condamnation à la faute et en prohibant l'enrichissement du créancier. De surcroît, en matière contractuelle, la peine privée se heurte à un obstacle supplémentaire, lié à la place qu'occupe la faute. En matière extracontractuelle, la responsabilité repose sinon nécessairement sur une faute intentionnelle (délict), au moins sur une imprudence ou une négligence (quasi-délict). La responsabilité contractuelle, elle, est toujours objective, puisque le fait générateur de la responsabilité contractuelle est l'inexécution, et l'inexécution n'est pas une faute¹⁶⁰⁰. Que viendrait faire ici la peine privée, s'il n'y a pas même de faute à sanctionner ?

En réalité, si la faute doit être évincée pour les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et pour les dommages et intérêts compensatoires, elle resurgit dans la fonction de peine privée que remplit la responsabilité contractuelle. L'idée de peine privée se reflète notamment dans les indemnités spécialement dues au créancier en vertu d'une clause pénale ou à titre d'intérêts moratoires (section 1). Elle transparait, aussi, dans le droit commun de la responsabilité contractuelle à propos du fait libérateur de responsabilité (section 2).

Section 1. Des indemnités punitives

Section 2. Une appréciation morale du fait libérateur de responsabilité

¹⁶⁰⁰ V. *supra*, spéc. n° 170.

Section 1. Des indemnités punitives

314. La peine privée reconnue officiellement par la cour de cassation en matière de contrat de travail. Comme il a été vu, il existe des aménagements légaux de l'indemnisation (palier, forfaits, plafonds) qui sont la combinaison d'impératifs variés et souvent antagonistes : prévenir les dommages de masse, permettre une indemnisation de la victime même en cas d'incertitude sur la cause ou l'étendue exacte du dommage, mais aussi la limiter pour ne pas qu'elle constitue une charge excessive, faciliter le recours aux assurances, dans le même temps encourager les conduites responsables, entre autres¹⁶⁰¹. Parmi ces aménagements, on trouve une indemnité légale que la Cour de cassation a officiellement désignée comme étant une peine privée et qui concerne précisément la responsabilité contractuelle : une indemnité légale de licenciement. L'indemnité légale, ou plus exactement *les* indemnités légales qui viennent sanctionner les licenciements abusifs consistent en une sanction pécuniaire à laquelle s'expose l'employeur qui ne respecterait pas la législation du travail en matière de licenciement. Une peine-palier calculée en « x mois » de salaires minimum est fixée légalement. En dépit de son nom, elle n'est pas une indemnisation à proprement parler, puisqu'elle bénéficie au salarié sans qu'il ait à prouver un quelconque préjudice. La disposition générale de l'article L. 1235-3, al. 2 du Code du travail indique que cette indemnité « ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois » si le licenciement n'est pas justifié par une cause réelle et sérieuse. Dans le cas d'un licenciement pour motif économique, c'est toute une palette de peines-paliers qui est instaurée en fonction de l'irrégularité concernée, allant de un à douze mois de salaire et révélant une proportion de la peine à la gravité de la faute¹⁶⁰². Moins classique et moins connue que l'astreinte, cette sanction n'en demeure pas moins la seule peine privée à avoir été désignée comme telle par la Cour de cassation, à notre connaissance¹⁶⁰³. Il est piquant de relever que cette consécration unique de la peine privée par la Cour de cassation¹⁶⁰⁴ a visé non l'indemnité versée au salarié, mais celle due par l'employeur aux ASSEDIC en remboursement des allocations de chômage perçues par le salarié, laquelle est, si l'on peut dire, « la moins peine des deux » puisque les ASSEDIC ne peuvent se voir indemnisées que des sommes qu'elles ont effectivement

¹⁶⁰¹ V. *supra*, spéc. n° 243.

¹⁶⁰² V. les art. L. 1235-10 à L. 1235-15 du Code du travail.

¹⁶⁰³ Selon une recherche effectuée sur la base de jurisprudence LexisNexis actualisée le 2 nov. 2015 (mot clé « peine privée »).

¹⁶⁰⁴ Soc., 12 juin 2001, pourvoi n° 99-41571, *Bull.*, V, n° 214, p. 169 : « attendu que la sanction de l'article L. 122-14-4 [aujourd'hui : L. 1235-4], alinéa 2, du Code du travail instituant dans la limite du plafond légal, une peine privée accessoire [...] ».

versées¹⁶⁰⁵, alors que l'indemnité est due au salarié sans qu'il ait à démontrer un quelconque préjudice. Il faut en déduire qu'*a fortiori* l'indemnité due au salarié est une peine privée.

315. La variété des peines privées touchant la responsabilité contractuelle de l'employeur. Il faut ajouter que le droit du travail est un domaine qui se montre propice à ces peines-paliers aux vertus dissuasives et répressives. Il y est recouru non seulement pour assurer le respect des procédures propres à la matière, comme le licenciement¹⁶⁰⁶, mais au-delà pour veiller à des impératifs plus généraux, comme par exemple la non-discrimination¹⁶⁰⁷, la santé publique¹⁶⁰⁸ ou même (dans une moindre mesure) les politiques d'immigration¹⁶⁰⁹. Elles sont souvent doublées de sanctions pénales¹⁶¹⁰ et constituent en quelque sorte un moyen-terme entre l'indemnisation de la victime et le droit répressif¹⁶¹¹. Bien qu'elles soient très encadrées par la loi, c'est bien dans le contrat de travail que ces indemnités trouvent leur source, ou du moins dans la « relation de travail », si bien qu'il ne paraît pas insensé de rattacher ces indemnités à la responsabilité contractuelle de l'employeur pour manquement aux obligations créées par la relation contractuelle de travail. Or, à la différence de la responsabilité contractuelle classique, ces peines-paliers ne supposent pas la démonstration d'un préjudice et elles varient en fonction de la gravité de la faute (plus

¹⁶⁰⁵ V. l'art. L. 1235-4 du Code du travail.

¹⁶⁰⁶ V. les ex. préc. (art. L. 1235-4, L. 1235-3, L. 1235-10 à L. 1235-15) qui veillent au respect des procédures de licenciement ; *adde* l'art. L. 1226-15 al. 3 du Code du travail à propos du licenciement prononcé en méconnaissance des dispositions relatives à la réintégration du salarié déclaré apte (peine-palier équivalant à 12 mois de salaire).

¹⁶⁰⁷ V. ainsi les art. L. 1134-4 du Code du travail à propos du licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur le fondement des dispositions antidiscriminatoires (peine-palier équivalant à 6 mois de salaire) et l'art. L. 1144-3 à propos du licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (peine-palier équivalant à 6 mois de salaire) ; comp. la transposition en droit allemand des textes européens sur la non-discrimination à l'embauche évoquée *supra*, spéc. n° 265.

¹⁶⁰⁸ Comp. par ex. les art. L. 452-1 à L. 452-3 du Code de la sécurité sociale qui obligent l'employeur à verser au salarié victime d'un accident du travail une « indemnisation complémentaire » lorsque l'accident est dû à une faute inexcusable de sa part ou de ceux qu'il s'est substitué dans la direction – majoration qui, comme l'a précisé la cour de cassation, « est fixée en considération, non du préjudice subi, mais de la gravité de la faute », v. Soc., 18 mars 1985, 2 arrêts, pourvois n° 83-12826 et n° 83-13566, *Bull. civ.*, 1985, V, n° 183, p. 132.

¹⁶⁰⁹ On pense ici à l'art. L. 8252-2 du Code du travail sur les droits du salarié étranger, avec cette nuance importante que la prévention, dans ce domaine, relève bien davantage de la menace de sanctions pénales.

¹⁶¹⁰ V. par ex. les art. L. 2431-1 à L. 2437-1 du Code du travail à propos du licenciement injustifié de salariés protégés : jusqu'à un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende.

¹⁶¹¹ Comp. les dispositions relatives au travail dissimulé : l'indemnité légale de l'art. L. 8223-1 du Code du travail qui sanctionne la rupture de la relation de travail s'inscrit entre les règles classiques de la réparation dont le salarié, à défaut de preuve, ne peut généralement pas se prévaloir, et l'art. L. 8224-1 qui, lui, impose une véritable sanction pénale (trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende) ; v. sur la distinction de ces sanctions la décision du Conseil constitutionnel qui a refusé de qualifier de punition au sens de l'art. 8 de la Déclaration de 1789 la première de ces dispositions, v. Conseil constitutionnel, 25 mars 2011, décision n° 2011-111 QPC.

l'irrégularité est grave, plus le palier augmente). Elles remplissent tant le critère matériel que le critère moral de la peine privée¹⁶¹².

316. Le choix de deux illustrations représentatives de la pénétration de la peine privée dans la responsabilité contractuelle. Deux mécanismes punitifs de la responsabilité contractuelle seront ici détaillés, dont la portée plus vaste a justifié notre faveur. La première de ces hypothèses concerne le cas où les parties conviennent que l'inexécution sera sanctionnée par une pénalité qui va au-delà de la simple évaluation anticipée du montant de la réparation : c'est la clause pénale (§1). Une peine privée similaire peut être imposée par la loi. Parmi les différentes indemnités légales qui existent¹⁶¹³, ce sont les intérêts moratoires qui retiendront notre attention. Ceux-ci ont une pertinence particulière en matière de responsabilité contractuelle puisqu'ils viennent sanctionner l'inexécution d'obligations monétaires qui, bien souvent, trouvent leur source dans une convention. Or, si certains de ces intérêts moratoires semblent pouvoir s'expliquer par une visée indemnitaire, d'autres au contraire traduisent indéniablement une peine privée (§2).

§1. La clause pénale

317. Clause pénale *stricto sensu* et *lato sensu*. La clause pénale vise, en droit français, la :

« clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages-intérêts une somme forfaitaire – en général très supérieure au montant du préjudice réel subi par le créancier (et appelée peine stipulée) – qui en principe ne peut être ni modérée ni augmentée par le juge, sauf si elle est manifestement excessive ou dérisoire »¹⁶¹⁴.

« Comminatoire » signifiant « qui énonce une menace »¹⁶¹⁵, la clause pénale est un instrument de dissuasion, avant même d'être un instrument de réparation. Dans la thèse de référence qu'il lui a consacrée, Denis Mazeaud a ainsi démontré qu'elle avait la nature d'une peine privée¹⁶¹⁶. Pourtant, la Cour de cassation ne semble pas retenir le caractère comminatoire de la clause comme l'un des éléments constitutifs de sa définition. Selon sa première chambre civile :

¹⁶¹² Nous renvoyons sur les peines privées du droit du travail à l'étude de S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995, spéc. n°168 et s.

¹⁶¹³ Sur lesquelles v. not. les dév. très complets du sous-titre intitulé « Les aménagements légaux ou réglementaires de la réparation » dans le Traité de G. VINEY, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2010, spéc. n° 305 et s.

¹⁶¹⁴ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, spéc. « pénale (clause) »

¹⁶¹⁵ *Ibid.*, spéc. « comminatoire ».

¹⁶¹⁶ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, 1992, v. spéc. n° 555 : « Depuis sa conclusion jusqu'à son dénouement, la clause pénale se caractérise par les traits qui sont les critères de la peine privée ».

« constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée »¹⁶¹⁷.

C'est que, comme l'a souligné Jacques Mestre, la clause pénale recoupe en fait deux mécanismes : il y a la clause pénale comminatoire, prévue à l'article 1226 du Code civil¹⁶¹⁸ et la clause sans caractère comminatoire, qui ne constitue qu'une évaluation anticipée des dommages et intérêts, qu'envisage l'article 1152¹⁶¹⁹ et que l'on peut appeler, à la suite de Denis Mazeaud, « clause d'indemnisation forfaitaire »¹⁶²⁰. Cependant, la Cour de cassation continue de parler indifféremment de clause pénale¹⁶²¹. Il y aurait donc, comme les appelle Jean-Sébastien Borghetti, la « clause pénale *stricto sensu* », à visée comminatoire, et la « clause pénale *lato sensu* », correspondant à la définition jurisprudentielle précitée¹⁶²². Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 ne reprend pas l'article 1226, ce qui pourrait mettre un terme à la distinction de la clause pénale et de la clause d'indemnisation forfaitaire¹⁶²³. La distinction entre l'une et l'autre institution n'en demeure pas moins conceptuellement pertinente, dès lors qu'elles ne remplissent pas les mêmes fonctions. L'approche comparative le révèle, où l'on voit que la clause pénale est bien distinguée de la clause d'indemnisation forfaitaire (A). Seule la « vraie » clause pénale ou la clause pénale *stricto sensu* constitue une peine privée (B).

A. La clause pénale et sa distinction de la clause d'indemnisation forfaitaire

1. Les caractères de la clause pénale

318. La clause pénale comme forfait d'indemnisation. La clause pénale se distingue d'abord de la clause limitative de responsabilité, en ce qu'elle ne fixe pas un « plafond »

¹⁶¹⁷ Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, pourvoi n° 93-16869, *Bull.*, 1995, I, n° 347, p. 243, *D.*, 1996, p. 486, note B. FILLION-DUFOULEUR, *JCP G*, 1996, II, 22580, note G. PAISANT, *JCP G*, 1996, I, 3914, n° 9, obs. M. BILLIAU.

¹⁶¹⁸ Art. 1226 du Code civil : « La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

¹⁶¹⁹ Art. 1152 du Code civil : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

¹⁶²⁰ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, spéc. n° 258 et s.

¹⁶²¹ V. not. J.-S. BORGHETTI, « La qualification de clause pénale », *RDC*, 2008, p. 1158.

¹⁶²² J.-S. BORGHETTI, « Retour sur la qualification de clause pénale », *RDC*, 2009, p. 88, spéc. p. 88.

¹⁶²³ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015, spéc. art. 1231-5.

d'indemnisation, mais prend la forme d'un forfait¹⁶²⁴. C'est une clause par laquelle un contractant s'engage au versement d'une somme d'argent forfaitaire (parfois à l'exécution d'une prestation) en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles. Toutefois, de « forfait », la clause peut se transformer en « palier ». C'est ainsi que le BGB prévoit que la « *Vertragsstrafe* » peut être exigée « comme montant minimum » n'interdisant pas au débiteur de faire valoir un préjudice plus grand pour obtenir une indemnisation plus importante¹⁶²⁵. En France, lorsque la peine stipulée s'avère inférieure au préjudice, les tribunaux peuvent obtenir un effet similaire soit en l'écartant purement et simplement pour réhabiliter les règles du droit commun de la réparation, ce qui n'est possible qu'en cas de dol du débiteur¹⁶²⁶, soit, depuis la réforme de 1975, en usant du pouvoir judiciaire de révision qui leur permet d'augmenter la peine « manifestement dérisoire »¹⁶²⁷. La clause pénale dérisoire reste toutefois l'exception, d'autant que les clauses qui fixent un montant délibérément bas contiennent régulièrement une mention du type « dans la limite du préjudice subi par le client » qui transforme le forfait en plafond et fait glisser la qualification vers celle de clause limitative¹⁶²⁸. En règle générale, la clause pénale prévoit une évaluation très compréhensive du dommage, qui tend au contraire à se révéler supérieure au préjudice effectivement subi. La clause pénale a ainsi un effet aux antipodes de la clause limitative de responsabilité, puisqu'elle vise non une atténuation, mais une augmentation de la réparation.

Tels sont ainsi les deux premiers caractères de la clause pénale dans sa présentation la plus courante : elle prend la forme d'une somme forfaitaire qui sera due en cas d'inexécution de manière autonome vis-à-vis des règles du droit commun de la responsabilité contractuelle¹⁶²⁹, et elle joue dans le sens d'un renforcement de la réparation, en posant un montant qui va au-delà de l'évaluation *ex ante* du préjudice. On peut la définir comme la clause qui prévoit qu'en cas d'inexécution du contrat, le débiteur devra payer une somme

¹⁶²⁴ Il est intéressant de noter qu'historiquement, en droit anglais, les *penalties* ont d'abord été un plafond, le débiteur restant tenu de démontrer, à l'intérieur de celui-ci, la partie correspondant au dommage qu'il a effectivement subi, v. sur ce point les dév. éclairants de H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2014, n° 15-003 à 15-006 et n° 15-027 *in fine* et les arrêts cités.

¹⁶²⁵ §340, al. 2 BGB : « Lorsqu'appartient au créancier un droit à dommages-intérêts pour inexécution, il peut exiger la pénalité encourue comme montant minimum du dommage. Il ne lui est pas interdit de faire valoir un dommage supérieur. », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010.

¹⁶²⁶ V. Civ., 4 févr. 1969, *D.*, 1969, p. 601, note J. MAZEAUD, *RTD civ.* 1969, p. 708, note G. DURRY ; Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1975, *D.*, 1976, p. 601, note J. MAZEAUD, *RTD civ.*, 1976, p. 353, note G. DURRY.

¹⁶²⁷ Art. 1152 al. 2 du Code Civil ; sur la mise en œuvre du pouvoir judiciaire de révision du montant de la clause, v. *infra*, spéc. n° 321.

¹⁶²⁸ Pour une illustration, v. Com., 18 déc. 2007, pourvoi n° 04-16069, *Bull.*, 2007, IV, n° 265, *D.*, 2008, p. 154, obs. X. DELPECH et p. 1776, chron. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2008, p. 310, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2008, I, 125, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; *adde* l'abondante jurisprudence « Chronopost ».

¹⁶²⁹ Sur les liens entre le caractère forfaitaire (et ses tempéraments) et l'autonomie de la clause pénale, D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, op. cit.*, spéc. n° 567 et s.

d'argent fixée de manière anticipée et forfaitairement, généralement supérieure au préjudice susceptible de se produire, et qui constituera, le cas échéant, ni plus, ni moins, que la réparation due. Il manque toutefois à cette définition le caractère principal de la clause pénale.

319. La clause pénale comme instrument comminatoire. La « vraie » clause pénale, ou du moins la clause pénale *stricto sensu*, n'est pas seulement une évaluation forfaitaire anticipée des conséquences pécuniaires de la violation du contrat. Elle est, au-delà, un outil de pression et de répression. C'est cette vocation particulière qui fait sa spécificité, qui lui donne son caractère « pénal ». En droit allemand, la clause pénale est ainsi présentée, depuis un arrêt de principe de 1967¹⁶³⁰, comme un « moyen de pression » (« *Druckmittel* ») visant à garantir l'exécution¹⁶³¹. En France, comme il a été vu, c'est au vocable de la menace qu'il est recouru lorsque l'on qualifie la clause pénale de « clause comminatoire ». C'est enfin le droit anglais qui insiste le plus nettement sur la visée dissuasive de la clause pénale, la « *penalty* », pour la distinguer de la clause dont l'objectif est seulement de fixer à l'avance, de manière « neutre », si l'on peut dire, un forfait conventionnel d'indemnisation que l'on appelle « *liquidated damages* ». Dans la décision *Dunlop Pneumatic Tyre Co v New Garage and Motor Co*, qui constitue l'arrêt de principe, Lord Dunedin a formulé une série de « *rules* » permettant de distinguer les deux institutions et décrit leur divergence de fondement dans une formule restée célèbre¹⁶³². La *penalty* instaurerait le paiement d'une somme d'argent « *in terrorem* » tandis que les *liquidated damages* constitueraient une « authentique estimation anticipée du dommage »¹⁶³³. La distinction s'est toutefois avérée difficile à manipuler, si bien qu'un mouvement en faveur d'une modernisation de ces définitions a conduit, à la charnière du XXIème siècle, à la proposition de nouveaux critères¹⁶³⁴. Ils ont été adoptés par la *Court of Appeal* dans la décision *Murray v Leisureplay plc* :

« le point de savoir si une stipulation doit être traitée comme une *penalty* est une question d'interprétation qui doit être résolue en se demandant si, au moment où le contrat a été conclu

¹⁶³⁰ BGH, 6 nov. 1967, BGHZ 49, 84, NJW 1968, 148 : « Die Vertragsstrafe dient [gegenüber dem pauschalierten Schadensersatz] dazu, als Druckmittel die Erfüllung der Hauptforderung zu sichern. ».

¹⁶³¹ On retrouve d'ailleurs la même idée de garantie dans l'article 1126 du Code civil : « La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

¹⁶³² Il s'agit d'une formule que Lord Dunedin avait déjà utilisée dans *Public Works Commissioner v Hills*, [1906] A.C. 368 PC, spéc. 375-376 et qu'il tient de Lord Robertson dans *Clydebank Engineering Co v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda*, [1905] A.C. 6, spéc. 19, ce dernier reprenant lui-même les mots d'un juge d'instance qui restera inconnu.

¹⁶³³ *Dunlop Pneumatic Tyre Co v New Garage and Motor Co*, [1915] A.C. 79, spéc. 86 : « The essence of a penalty is a payment of money stipulated as *in terrorem* of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine pre-estimate of damage ».

¹⁶³⁴ V. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, *op. cit.*, spéc. n° 15-018 et s.

la fonction contractuelle principale de la disposition était de dissuader une partie de violer le contrat ou d'offrir réparation de la violation à la partie innocente »¹⁶³⁵

Est ainsi clairement affirmée la fonction dissuasive (« *to deter* ») de la clause pénale, qui fait sa particularité et la distingue de la clause d'indemnisation forfaitaire simplement indemnitaire.

« Clause comminatoire », « moyen de pression », « fonction de dissuasion » : dans chacune de ces définitions, la vertu préventive de la clause pénale est mise en avant. Nous reviendrons sur ce caractère original lorsqu'il s'agira de vérifier si la clause pénale joue ou non le rôle d'une peine privée¹⁶³⁶. Le constat qui peut d'ores et déjà être fait est que la clause pénale n'est pas guidée, dans son application pratique, par le principe de l'équivalence du dommage et de la réparation.

2. Le traitement de la clause pénale

320. Opposition de principe pour le droit anglais, licéité pour les droits français et allemand. Si les droits anglais, allemand et français semblent se rejoindre sur la définition de la clause pénale, le premier lui réserve un traitement bien différent des deux autres. Tandis que les droits français et allemand consacrent la validité de principe de ces clauses, la clause qualifiée de « *penalty* » en droit anglais ne produit aucun effet. Seule est admise la clause d'indemnisation forfaitaire (*liquidated damages*). Si bien que les tribunaux, lorsque leur est présentée une clause évaluant forfaitairement la réparation due en cas d'inexécution, doivent déterminer si elle a pour objet la compensation du dommage (dans la définition précitée « *to compensate* »), auquel cas ils pourront la qualifier de *liquidated damages* et l'appliquer, ou si elle a une visée dissuasive (« *to deter* »), ce qui aboutira à la neutraliser tandis que le droit commun de l'indemnisation retrouvera à s'appliquer. Le créancier privé du bénéfice de la clause qualifiée de *penalty* se trouvera obligé d'apporter la preuve de l'existence et de l'étendue de son préjudice et de supporter les effets de la règle de la minimisation du dommage¹⁶³⁷.

Un certain nombre de raisons historiques expliquent cette règle propre aux traditions de *common law* et il est intéressant d'observer la façon dont cette solution originale par

¹⁶³⁵ *Murray v Leisureplay plc*, [2005] I.R.L.R. 946 CA, trad. libre de : « whether a provision is to be treated as a penalty is a matter of construction to be resolved by asking whether at the time the contract was entered into the predominant contractual function of the provision was to deter a party from breaking the contract or to compensate the innocent party for breach ».

¹⁶³⁶ Sur la clause pénale en tant que peine privée, v. *infra*, spéc. n° 322 et s.

¹⁶³⁷ Sur la minimisation du dommage (*mitigation*), v. *supra*, spéc. n° 47 et *infra*, spéc. n° 344.

rapport au droit continental s'intègre de manière cohérente dans le droit anglais contemporain. L'hostilité envers la clause pénale surprend, d'abord, de la part d'un système souvent qualifié de libéral et qui reconnaît la peine privée dans une forme encore plus poussée : les dommages et intérêts exemplaires. Cependant, davantage que l'aspect punitif, c'est peut-être la composante dissuasive de la clause pénale qui s'accorde le moins avec le modèle anglais – et c'est d'ailleurs bien ce caractère qui est mis en avant dans la définition de la *penalty* (« *in terrorem* », « *to deter* »). La clause pénale est un outil de contrainte, elle cherche à forcer l'exécution. Or, cette contrainte dirigée vers l'exécution n'est pas familière à la *common law*, où la *specific performance* n'est apparue que tardivement et reste un remède subsidiaire¹⁶³⁸. En outre, en France et en Allemagne, où l'on reconnaît la force obligatoire de ces clauses, il est accordé au juge le pouvoir de modérer la peine stipulée. Or, ce pouvoir modérateur se marie mal avec la conception anglaise du rôle du juge dans l'interprétation et l'application du contrat, qui n'est pas de substituer sa propre volonté à celle des parties. D'un point de vue systématique, la position anglaise vis-à-vis de la clause pénale apparaît donc cohérente. D'ailleurs, l'originalité de la solution retenue par rapport aux droits français et allemand n'est pas, en pratique, si marquée qu'elle ne le laisse d'abord croire.

321. Des solutions qui se rejoignent en pratique : l'application à la lettre des seules clauses pénales « raisonnables ». L'opposition apparente entre une clause pénale qui aurait « carte blanche » en droits français et allemand et serait « sur liste noire » en droit anglais est trompeuse. Des atténuations jouent, en fait, des deux côtés, transformant le blanc en gris-clair et le noir en gris-foncé. Concernant les droits français et allemand, d'abord, le permis accordé à la clause pénale n'est pas absolu. La clause pénale, pour obtenir l'effet voulu, devra se garder de stipuler une peine excessive, faute de quoi elle sera soumise à l'emprise du juge qui pourra modérer la peine stipulée. En France, c'est la loi du 9 juillet 1975 qui a introduit dans l'article 1152 du Code Civil la révision judiciaire des peines manifestement excessives ou dérisoires¹⁶³⁹. Il s'agit d'une simple faculté, que le juge français peut, à la différence de son homologue allemand, exercer d'office¹⁶⁴⁰. Dans le BGB, c'est le §343 qui octroie au juge le

¹⁶³⁸ V. *infra*, spéc. n° 44 et n° 56.

¹⁶³⁹ La loi n° 75-597 du 9 juil. 1975 modifiant les art. 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale a introduit à l'article 1152 l'al. 2 suivant : « Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

¹⁶⁴⁰ La loi n° 85-1097 du 11 oct. 1985 a ajouté à l'article 1152 al. 2 l'apposition « même d'office » ; le §343 BGB précise au contraire « à la demande du débiteur ».

pouvoir de réduire la peine « élevée de manière disproportionnée »¹⁶⁴¹. Sauf en matière commerciale où la disposition ne joue pas¹⁶⁴², la faculté de révision judiciaire organisée par le §343 BGB s'impose aux parties qui ne peuvent décider de l'écarter¹⁶⁴³. Ainsi, en droit allemand comme en droit français, il n'y a finalement que les clauses pénales « raisonnables » qui sont appliquées à la lettre.

Du côté du droit anglais, ensuite, l'atténuation vient de ce que les juges tendent à reconnaître, au nom de la liberté contractuelle, la validité de clauses prévoyant une indemnité plus élevée que le préjudice envisageable au moment de la conclusion du contrat, et qui devraient normalement, à ce titre, être écartées. La doctrine constate ainsi une réticence des tribunaux à qualifier de *penalties* les forfaits d'indemnisation convenus entre parties de force égale dans la négociation du contrat¹⁶⁴⁴. L'arrêt *Philips Hong Kong Ltd v Attorney General of Hong Kong* rendu par le *Privy Council* en 1993 en est l'illustration la plus éclatante. Citant avec approbation l'opinion du juge de la Cour Suprême du Canada Dickson J. selon laquelle :

« Il est maintenant évident que la possibilité d'éliminer une *penalty clause* constitue une interférence flagrante avec la liberté contractuelle et a pour seul but d'offrir une solution en cas d'oppression à la partie tenue de payer la somme stipulée. Elle n'a pas lieu d'être là où il n'y a pas d'oppression. »¹⁶⁴⁵

Lord Woolf conclut que (c'est nous qui soulignons) :

« [Hormis peut-être dans des situations où l'une des parties au contrat est en mesure de dominer l'autre dans le choix des termes du contrat...] tant que la somme à payer dans l'éventualité du non-respect du contrat n'est pas extravagante, au regard de la gamme des dommages dont on peut raisonnablement envisager qu'ils étaient destinés à être couverts au moment où le contrat a été conclu, il peut encore s'agir d'une authentique estimation anticipée du dommage qui pourrait être subi et donc d'une stipulation de *liquidated damages* parfaitement valide. »¹⁶⁴⁶

¹⁶⁴¹ §343, al. 1^{er}, 1^{ère} phrase BGB : « Si la pénalité encourue est élevée de manière disproportionnée, elle peut, sur requête du débiteur, être réduite par jugement à un montant convenable. », trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹⁶⁴² Sauf à ce que les parties en aient décidé autrement, la règle posée par le §348 HGB excluant l'application du §343 BGB étant seulement supplétive.

¹⁶⁴³ BGH, 13 févr. 1952, II ZR 91/51, BGHZ 5, 133, NJW 1952, 623.

¹⁶⁴⁴ V. not. H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, n° 26-126.

¹⁶⁴⁵ *Elsy v J.G. Collins Insurance Agencies Ltd* (1978) 83 D.L.R. (3d.) 1, spéc. 15, trad. libre de : « It is now evident that the power to strike down a penalty clause is a blatant interference with freedom of contract and is designed for the sole purpose of providing relief against oppression for the party having to pay the stipulated sum. It has no place where there is no oppression. ».

¹⁶⁴⁶ *Philips Hong Kong Ltd v Attorney General of Hong Kong* (1993), 61 B.L.R. 41, spéc. 58, trad. libre de : « [Except possibly in the case of situations where one of the parties to the contract is able to dominate the other as to the choice of the terms of a contract...] so long as the sum payable in the event of non-compliance with the contract is not extravagant, having regard to the range of losses that it could reasonably be anticipated it would have to cover at the time the contract was made, it can still be a genuine pre-estimate of the loss that would be suffered and so a perfectly valid liquidated damage provision. ».

L'indemnité conventionnelle peut ainsi dépasser non seulement le préjudice effectivement subi (puisqu'elle est calculée sur le préjudice probable qui peut ne s'être réalisé que partiellement), mais aussi le préjudice dont on pouvait envisager la survenance au moment de la conclusion du contrat, à condition que ce dépassement reste en dessous de la limite de l'extravagance et qu'il n'y ait pas d'oppression. En clair, une clause qui prévoit un montant seulement *raisonnablement* augmenté pourra être qualifiée de *liquidated damages* et bénéficier ainsi de la même reconnaissance que la clause pénale qui n'est pas « excessive » ou « disproportionnée » en France ou en Allemagne. La différence entre le droit anglais, d'une part, et les droits français et allemand, de l'autre, n'est donc finalement pas si marquée qu'elle ne le laisse croire au premier regard. Dans chacun des trois systèmes, il est fait une place aux indemnités conventionnelles raisonnablement supérieures au préjudice, en dépit du principe d'équivalence entre le dommage et la réparation.

B. La clause pénale en tant que peine privée

1. L'échec de la justification indemnitaire

322. La clause pénale rompant le principe d'équivalence entre le dommage et la réparation. La clause pénale est une exception évidente au principe d'équivalence du dommage et de la réparation dès lors que l'indemnité est payée même si le créancier n'a subi qu'une partie du dommage qui était contemplé par les parties lorsqu'elles ont fixé le montant de l'indemnité, et même s'il n'a pas subi de dommage du tout. L'indemnité conventionnelle joue de manière autonome, indépendamment de la réalité et de l'étendue du dommage. La volonté des contractants exprimée dans la clause vient écarter le principe indemnitaire tandis que les parties renoncent définitivement au recours au droit commun de la réparation. C'est la confirmation que le principe indemnitaire, loin d'être d'ordre public, est simplement supplétif et peut être écarté par une volonté contraire des parties. On pourrait objecter que lorsque la clause n'est pas « raisonnable », pour reprendre le terme générique que nous avons utilisé, le droit commun de la réparation se trouve réhabilité. C'est vrai pour la *penalty* dans la mesure où, une fois celle-ci écartée, le créancier retrouve son droit de prétendre à des *damages*. Peut-on en dire autant du pouvoir modérateur du juge allemand et français ? Lorsque le premier est confronté à une clause « élevée de manière disproportionnée », il peut la réduire « à un montant convenable », dont il est précisé qu'il doit être apprécié « [en tenant] compte de tout

intérêt légitime du créancier et non seulement de son intérêt patrimonial »¹⁶⁴⁷. La réparation visée par le juge allemand, lorsqu'il met en œuvre son pouvoir modérateur, ne couvre donc, en tout état de cause, pas la même chose que celle du droit commun, laquelle est limitée au préjudice patrimonial et ne permet justement *pas* l'indemnisation du préjudice moral du créancier en cas d'inexécution contractuelle¹⁶⁴⁸. En France, la rupture avec le droit commun est encore plus évidente. Le juge, s'il ne peut réduire la peine stipulée en deçà du préjudice subi par le créancier, ne doit pas nécessairement la ramener au préjudice mais peut la fixer au-delà, pour que subsiste une sanction. Il pourra, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation et sans encourir la cassation, se fonder sur le fait que « la clause pénale n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à exécution » et que son montant n'est pas « nécessairement » égal à celui du préjudice¹⁶⁴⁹. La volonté des parties d'écarter le principe de la réparation intégrale (« tout le préjudice, rien que le préjudice ») et de donner à l'indemnité le caractère d'une pénalité se répercute ainsi dans la réévaluation judiciaire elle-même. La clause pénale, même modérée par le juge, porte atteinte au principe de l'équivalence du dommage et de la réparation.

2. La caractérisation d'une peine privée

323. Les attributs de la peine privée. Trois constats s'imposent quant à la nature de la clause pénale. Le premier porte sur la définition. La clause pénale n'est pas seulement une évaluation forfaitaire anticipée, et le plus souvent « gonflée », des conséquences pécuniaires de la violation du contrat. Chacune des définitions française, allemande et anglaise de la clause pénale insiste sur son caractère coercitif : la clause pénale est un instrument « comminatoire » pour les premiers, un « moyen de pression » pour les seconds, un outil de « dissuasion » pour les derniers. Le second enseignement, c'est qu'en dépit des apparences, la clause pénale trouve à jouer non seulement en France et en Allemagne où elle est officiellement reconnue, mais aussi en Angleterre, où la « *penalty* » est pourtant proscrite, seuls les « *liquidated damages* » (c'est-à-dire les évaluations anticipées du préjudice sans caractère dissuasif) pouvant produire des effets juridiques. C'est l'appréciation souple qui est faite des *liquidated damages* dans les rapports entre parties de force égale dans la négociation qui permet d'affirmer qu'en droit anglais, comme en droit français ou allemand, les clauses

¹⁶⁴⁷ §343, al. 1^{er}, 2^e phrase BGB, trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹⁶⁴⁸ Comp. *supra*, spéc. n° 222.

¹⁶⁴⁹ Com., 29 janv. 1991, pourvoi n° 89-16446, *Bull.*, IV, n° 43, p. 27 ; v. déjà Com., 23 janv. 1979, pourvoi n°77-12129, *Bull. Com.*, n° 30, p. 24.

d'indemnisation qui comportent un caractère dissuasif sont tolérées dès lors qu'elles restent raisonnables dans leur montant. Le troisième point concerne justement le cas de la clause « déraisonnable ». Qualifiée de *penalty* en droit anglais, elle est privée d'effet. Les droits allemand et français, pour leur part, octroient un pouvoir modérateur au juge qui ne réhabilite pas exactement le jeu classique de la responsabilité contractuelle mais permet au contraire de maintenir un effet dissuasif à la condamnation. Ainsi, quelle que soit la manière dont elle joue finalement (directement, sous couvert d'une autre qualification ou même modérée par le juge), la clause pénale présente toujours un caractère dissuasif. Un caractère dissuasif voulu et appuyé, qui va bien au-delà de l'effet dissuasif accessoire qu'emporte toute condamnation pécuniaire.

324. La clause pénale est une peine privée. On admet plus volontiers le rôle dissuasif de la peine privée que son rôle punitif. Pourtant, d'abord arme de dissuasion, la clause pénale se mue ensuite en châtement. Pour reprendre les mots de Denis Mazeaud, elle permet au créancier de « [jouer] alternativement, sur la peur et sur la douleur »¹⁶⁵⁰. La clause pénale allie ainsi les deux desseins de la peine privée : la prévention et la punition. Elle remplit objectivement le critère téléologique de la peine privée. L'indemnité fixée, dans ce même dessein, est une estimation « gonflée » du préjudice susceptible de survenir. Elle dépasse également, sauf rares exceptions, le préjudice effectivement produit – et ne suppose pas même la preuve de sa démonstration. Le critère matériel du dépassement de la règle de l'équivalence du dommage et de la réparation est donc rempli. C'est le critère moral qui semble plus difficile à établir, dès lors que la mise en œuvre de la clause pénale ne suppose, *a priori*, la démonstration d'aucune faute. Denis Mazeaud a beau souligner le caractère « illicite » que doit revêtir l'inexécution pour que la clause pénale puisse jouer, celle-ci n'implique pas une faute contractuelle d'une particulière gravité¹⁶⁵¹. La clause pénale suppose que l'inexécution imputable au débiteur, puisque « outre qu'elle serait injuste, la punition d'un débiteur à qui l'inexécution ne serait pas imputable anéantirait le principe même de la peine, en annihilant son fondement »¹⁶⁵² – mais elle ne suppose pas sa culpabilité. Pour caractériser l'élément moral de la peine privée, deux argumentations peuvent être proposées. On pourrait, d'une part, avancer qu'il y a bien proportionnalité entre la peine et la gravité de l'inexécution, mais que celle-ci est mesurée, en amont, par le créancier qui évalue à l'avance le coût de la

¹⁶⁵⁰ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, spéc. n° 424 et s.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, spéc. n° 561 et s.

¹⁶⁵² *Ibid.*, spéc. n° 457.

trahison¹⁶⁵³. On pourrait, d'autre part, considérer que le comportement du débiteur qui viole le contrat est *d'autant plus grave* qu'il avait « doublé » son obligation de faire, de ne pas faire ou de donner, d'un deuxième engagement à travers la peine pénale. En quelque sorte, la violation d'une obligation « renforcée » par une clause pénale serait plus coupable que la violation d'une obligation simple. Il ne s'agit là que de pistes de réflexions. En tout état de cause, il est aujourd'hui acquis en doctrine que la clause pénale constitue bien une peine privée¹⁶⁵⁴ ou, autrement dit : des « dommages et intérêts punitifs conventionnels »¹⁶⁵⁵.

Si les parties peuvent convenir d'une clause pénale, elles peuvent également décider, si l'obligation est monétaire, que la pénalité prendra la forme d'un taux d'intérêt en cas de retard de paiement. Une telle pénalité, au lieu de se substituer aux dommages et intérêts classiques, viendra écarter une autre sanction : les intérêts moratoires. Lorsque la dette est monétaire, le retard d'exécution n'est pas (ou pas seulement) sanctionnée par le versement de dommages et intérêts évalués par le juge, mais par un taux d'intérêt indexé et, le plus souvent, fixé règlementairement. Ce mécanisme original des intérêts moratoires – dont seule variante « légale » et non conventionnelle sera étudiée – mérite une attention particulière parce qu'il joue un rôle déterminant en cas d'inexécution d'un type d'obligation contractuelle très répandu : les obligations pécuniaires.

§2. Les intérêts moratoires

325. Fonctions et sources des intérêts moratoires. Les intérêts moratoires peuvent remplir des fonctions diverses et variées. L'Histoire le montre, puisqu'à l'origine, les intérêts moratoires visaient à protéger les débiteurs contre des taux trop drastiques imposés par les créanciers¹⁶⁵⁶. Aujourd'hui, ils remplissent une fonction inverse : ce sont les débiteurs qui sont en ligne de mire et que l'on veut inciter à payer à temps. Le problème dépasse d'ailleurs

¹⁶⁵³ L'inconvénient de cet argument est qu'il confond la gravité de l'inexécution avec la gravité de la faute : la gravité de l'inexécution peut être mesurée à l'aune de critères objectifs tandis que c'est seulement dans la gravité de la faute que s'exprime la « psychologie » du débiteur et donc sa culpabilité.

¹⁶⁵⁴ V. not. Y.-M. LAITHIER, « Clause pénale et DI incitatifs », in *Droit et économie du contrat*, dir. Ch. JAMIN, LGDJ 2008, p. 141 ; PH. BRUN, « Les peines privées – Rapport français », in : *L'indemnisation. Journées Québécoises*, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. LIV, Paris, SLC, 2004, p. 155, spéc. p. 163 et s. ; *adde* les auteurs cités par D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, spéc. n° 546 et s.

¹⁶⁵⁵ P. JOURDAIN, « Les peines privées – Rapport général », in : *L'indemnisation. Journées Québécoises*, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. LIV, Paris, SLC, 2004, p. 25, spéc. p. 30.

¹⁶⁵⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, spéc. n° 172.

les frontières du droit national. Les intérêts moratoires ont été reconnus dans leur principe par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise, mais seulement de manière timide, l'article 78 se gardant de prononcer un quelconque chiffre¹⁶⁵⁷. Les principes Unidroit ont fait un pas de plus en donnant des pistes pour déterminer le taux applicable aux intérêts pour non-paiement de sommes d'argent en l'absence de prévision des parties¹⁶⁵⁸. Ce texte offre un repère qui n'est pas inutile en matière d'arbitrage, où la question est loin d'être un cas d'école. A l'échelle européenne, deux directives ont été successivement consacrées à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales en 2000¹⁶⁵⁹ et en 2011¹⁶⁶⁰. La seconde fixe les intérêts de retard au taux d'intérêt pratiqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 8 points et impose un contrôle des dérogations contractuelles abusivement défavorables au créancier¹⁶⁶¹. L'harmonisation est toutefois doublement limitée. Dans son champ d'application d'abord, puisqu'elle ne concerne que les transactions commerciales et ne règle que certains aspects du régime. Dans sa portée ensuite, dès lors qu'il s'agit d'une directive d'harmonisation minimale autorisant les Etats membres à instaurer ou maintenir des dispositions plus protectrices des créanciers, notamment des taux plus élevés. Les intérêts moratoires sont donc encore aujourd'hui majoritairement régis par les dispositions nationales des Etats membres.

326. L'originalité des intérêts moratoires. L'institution des intérêts moratoires présente plusieurs traits singuliers. Une première originalité réside dans le fait qu'ils peuvent trouver leur source soit dans la loi, soit dans un accord des parties, auquel cas ils se rapprochent fonctionnellement de la clause pénale. L'autre particularité des intérêts moratoires, c'est que l'indemnité qu'ils prévoient varie en fonction de la qualité des parties, et notamment de la qualité du débiteur. Les directives européennes de 2000 et de 2011 étant limitées dans leur champ d'application aux transactions commerciales, on trouve en droit français, allemand et

¹⁶⁵⁷ Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, art. 78 : « Si une partie ne paie pas le prix ou toute autre somme due, l'autre partie a droit à des intérêts sur cette somme, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'article 74. ».

¹⁶⁵⁸ Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international 2010*, Rome, Unidroit, 2010, art. 7.4.9, spéc. §2 : « Le taux d'intérêt est le taux bancaire de base à court terme moyen pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué ou, à défaut d'un tel taux en ce lieu, le même taux dans l'Etat de la monnaie de paiement. En l'absence d'un tel taux à l'un ou l'autre lieu, le taux d'intérêt est le taux approprié fixé par la loi de l'Etat de la monnaie de paiement. ».

¹⁶⁵⁹ Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

¹⁶⁶⁰ Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

¹⁶⁶¹ V. not. l'art. 7 de la Directive 2011/7/UE préc.

anglais non pas un régime unique des intérêts moratoires, mais deux régimes distincts : celui du droit commun et celui du droit commercial.

Il faudra donc revenir sur les règles qui encadrent les intérêts moratoires dans chacun des trois systèmes français, allemand et anglais à la fois dans le droit commun et dans le droit commercial (A) avant de pouvoir soulever la question de la nature de peine privée que les intérêts moratoires sont susceptibles de revêtir (B).

A. Le fonctionnement des intérêts moratoires

1. Aperçu du mécanisme des intérêts moratoires

327. Ce que sont les intérêts moratoires : une sanction standardisée du retard d'exécution. En France et en Allemagne pour toutes les obligations monétaires, en Angleterre pour certaines d'entre elles, le préjudice résultant du retard d'exécution est fixé légalement (ou réglementairement) par un forfait d'indemnisation qui prend la forme d'un taux d'intérêt : ce sont les intérêts moratoires¹⁶⁶². Fondée sur le postulat d'une impossibilité pour le juge d'évaluer le préjudice *réellement* subi du fait du retard de paiement, l'institution des intérêts moratoires propose une indemnisation forfaitaire générique, supposément à l'image de la perte *typiquement* subie par le créancier en pareille occasion. Cette perte est en premier chef un gain manqué consistant dans la privation du bénéfice d'un placement financier des fonds attendus. Aussi le forfait prend-il la forme d'intérêts, que l'on qualifie d'« intérêts légaux » ou si l'expression recouvre déjà une autre institution (en droit allemand par exemple) d'« intérêts de retard ». Ce taux peut également être fixé par les parties : on parle alors d'intérêt conventionnel.

328. Ce que visent les intérêts moratoires : la réparation d'un préjudice générique. Les intérêts moratoires constituent la sanction classique et automatique du retard d'exécution de l'obligation monétaire. Quoiqu'on y voie traditionnellement une « réparation » – celle du préjudice causé par le retard de paiement – elle n'est l'image que d'un préjudice générique et hypothétique. A l'évidence, si le créancier avait disposé des fonds, il aurait pu les affecter à une utilisation toute autre qu'un placement financier ; et même dans ce cas, il n'est pas dit que le taux qu'il aurait négocié aurait correspondu précisément à l'intérêt fixé légalement (au sens large) ou conventionnellement. Il y a donc une part certaine d'artifice à considérer les intérêts

¹⁶⁶² Il existe désormais un véritable petit traité des intérêts moratoires en droit français, la thèse de F. GREAU, *Recherche sur les intérêts moratoires*, Paris, Defrénois, 2006 à laquelle nous renvoyons pour des développements plus fournis.

moratoires comme la réparation du préjudice subi. A coup sûr, toutefois, ils constituent un *substitut impératif* de cette réparation, dans le sens où ils s'imposent au détriment de la réparation normalement due au titre de la responsabilité. La fixation par la loi ou par les parties du taux des intérêts moratoires prive en effet le juge de toute possibilité d'évaluer le préjudice *in concreto*. Son pouvoir souverain d'appréciation se trouve pratiquement confisqué¹⁶⁶³, le taux s'imposant à lui sans qu'il puisse aller ni en-deçà, ni au-delà (sauf à caractériser des circonstances particulières faisant naître un préjudice supplémentaire). Il pourrait en aller autrement. Ainsi, en Angleterre, ce n'est qu'en matière commerciale que le taux de l'intérêt moratoire est fixe tandis qu'en matière civile, des barèmes seulement indicatifs sont établis par les tribunaux qui laissent la liberté au juge d'apprécier concrètement le préjudice subi lorsqu'il le peut¹⁶⁶⁴. Dans la forme dans laquelle ils existent en droit français, en droit allemand et en droit anglais pour les transactions commerciales, les intérêts moratoires, qu'ils soient conventionnels ou légaux, présument au contraire tant l'existence que l'étendue du préjudice de manière irréfragable. Peu soucieuse des principes du droit commun de la réparation du préjudice qui privilégient l'individualisation, la solution a été critiquée¹⁶⁶⁵ et un auteur n'a pas manqué de relever « une nouvelle dérogation au principe de la réparation intégrale »¹⁶⁶⁶. En tout état de cause, le principe de l'équivalence du dommage et de la réparation s'accommode mal d'une sanction aussi générique et automatique que les intérêts moratoires. Cela ne suffit toutefois pas à la qualifier d'emblée de peine privée et il faut entrer dans le détail des dispositions et des taux pour avoir une image plus précise de la nature de cette institution complexe.

2. Les intérêts moratoires en droit français

329. Les intérêts moratoires du Code civil. En droit français, les intérêts moratoires sont régis par l'article 1153 du Code civil. L'alinéa 1^{er} pose le principe :

¹⁶⁶³ Fabrice Gréau l'envisage comme une confiscation de cette prérogative du juge en ce sens que c'est seulement à titre exceptionnel et sous réserve de la caractérisation de deux conditions supplémentaires (mauvaise foi du débiteur et préjudice indépendant du retard) que le juge retrouve son pouvoir d'appréciation par le biais de l'art. 1153 al. 4, v. F. GREAU, *op. cit.*, spéc. n° 17, n° 87 et n° 97.

¹⁶⁶⁴ V. en détails *infra*, n° 332.

¹⁶⁶⁵ Pour une critique de fond du postulat selon lequel le juge ne saurait évaluer le préjudice résultant du retard et prônant l'abandon du caractère forfaitaire par principe des intérêts moratoires, v. la thèse de F. GREAU, préc., spéc. le chapitre sur « Le fondement contestable de la réparation forfaitaire », n° 19-63.

¹⁶⁶⁶ P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 263-305, spéc. p. 284.

« Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. »

L'alinéa 4 accorde une exception :

« Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. »

Autrement dit, l'évaluation forfaitaire générique qu'incarnent les intérêts moratoires est la réparation de droit commun pour les obligations monétaires (alinéa 1^{er}) et elle se substitue à l'évaluation concrète du préjudice qui ne peut intervenir que si deux conditions supplémentaires sont réunies : la mauvaise foi du débiteur et un préjudice distinct du retard (alinéa 2)¹⁶⁶⁷. Les alinéas intermédiaires posent quant à eux les conditions de mise en œuvre des intérêts moratoires : aucune preuve d'un dommage n'est exigée (alinéa 2) car celui-ci est irréfragablement présumé tant dans son existence que dans son montant¹⁶⁶⁸, mais une mise en demeure ou autre interpellation est en principe nécessaire (alinéa 3)¹⁶⁶⁹. Pour ce qui est du champ d'application de la sanction, l'article 1153 du Code civil s'applique aux seules dettes d'argent. Il joue ainsi pour les créances de salaires et de commissions¹⁶⁷⁰, ou plus simplement les obligations de payer le prix convenu pour une vente, une prestation, un bail, etc. Il faut, en somme, que l'obligation *primaire* prévue au contrat soit une obligation monétaire. L'obligation *secondaire* de verser des dommages et intérêts¹⁶⁷¹, elle, n'est pas concernée par l'article 1153¹⁶⁷², mais par l'article 1153-1 qui dispose, en son alinéa 1^{er}, que :

« En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement. »

Ces intérêts légaux là, que l'on nomme aussi intérêts moratoires, sont attachés non à une dette monétaire contractuelle prévue par les parties, mais à une dette monétaire prononcée par le

¹⁶⁶⁷ Sur l'indemnisation d'un préjudice supplémentaire, v. spéc. *infra*, spéc. n° 361 et s.

¹⁶⁶⁸ Art. 1153 al. 2 du Code civil : « Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ».

¹⁶⁶⁹ Art. 1153 al. 3 du Code civil : « Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit ».

¹⁶⁷⁰ Geneviève Viney relève que dans ce domaine la jurisprudence est féconde, v. G. VINEY, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil, op. cit.*, n° 341, note 229 et les réf. citées.

¹⁶⁷¹ Sur la distinction entre obligations primaires et obligations secondaires, v. *supra*, n° 58.

¹⁶⁷² Comme toute règle, elle comporte des exceptions : ainsi, c'est l'art. 1153 qui s'applique à la clause pénale même modérée dans son montant par le juge et que lorsque le juge ne fait que constater une créance qui est déjà liquide au moment où il statue, par ex. lorsque le créancier a procédé ou fait procéder à des réparations dont il réclame le remboursement au débiteur, v. G. VINEY, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil, op. cit.*, respectivement n° 341 *in fine* et n° 345.

juge, telle la condamnation à des dommages et intérêts en vertu de l'article 1147 du Code civil. En résumé, l'article 1153 envisage les conséquences de l'inexécution d'une obligation monétaire contractuelle tandis que l'article 1153-1 prévoit une sanction *supplémentaire* à la responsabilité (ou à une autre condamnation pécuniaire). Si bien que seuls les intérêts moratoires de l'article 1153 sont l'expression de la responsabilité contractuelle : ils sont la sanction de la responsabilité contractuelle spécifique au retard d'exécution d'une obligation monétaire. Les intérêts moratoires correspondent, dans leur montant, au taux d'intérêt légal. Depuis la loi du 11 juillet 1975¹⁶⁷³, le taux d'intérêt légal était fixé annuellement par décret. Depuis le 1^{er} janvier 2015, il est révisé biannuellement et un taux d'intérêt légal spécialement applicable aux créances des « personne[s] physique[s] n'agissant pas pour des besoins professionnels » a été créé pour tenir compte de leurs coûts de refinancement généralement plus élevés pour les particuliers que les autres catégories d'emprunteurs¹⁶⁷⁴. Alors qu'il était de seulement 0,04% en 2014, le taux d'intérêt légal « classique » est passé à 0,99% pour le deuxième semestre 2015, et à 4,29% pour le taux d'intérêt légal applicable aux créances des particuliers¹⁶⁷⁵.

330. Les intérêts moratoires du Code de commerce. L'article 1153 ne régit toutefois pas seul les intérêts moratoires¹⁶⁷⁶. En matière commerciale, il est concurrencé par l'article L. 441-6 alinéa 8 du Code de commerce selon lequel :

« Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture [...]. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. [...] Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. [...] ».

La mise en œuvre des intérêts moratoires de l'article L. 441-6 alinéa 8 du Code de commerce n'est ainsi pas exactement identique à celle des intérêts moratoires de droit commun de l'article 1153 du Code civil (mention obligatoire des intérêts dans les conditions de règlement, aucune interpellation ultérieure nécessaire). Elle s'en distingue surtout par son montant qui est bien supérieur : il atteint ainsi 10,05% au 2^{ème} semestre 2015 (taux de refinancement de la

¹⁶⁷³ Loi n° 75-619 du 11 juillet 1975 relative au taux de l'intérêt légal, *JORF*, 12 juillet 1975, p. 7180.

¹⁶⁷⁴ Art. L. 313-2 du Code monétaire et financier dans sa nouvelle rédaction : « Le taux de l'intérêt légal est, en toute matière, fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Il comprend un taux applicable lorsque le créancier est une personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels et un taux applicable dans tous les autres cas. [...] »

¹⁶⁷⁵ Arrêté du 24 juin 2015 relatif à la fixation du taux de l'intérêt légal, *JORF*, 28 juin 2015, p. 10935.

¹⁶⁷⁶ Nous laissons volontairement de côté ici le cas des « règles particulières au commerce et au cautionnement » évoquées dans l'alinéa 1^{er} et pour lesquelles nous renvoyons à F. GREAU, thèse préc., spéc. n° 48-50 qui relativise leur portée.

BCE de 0,05% plus 10 points). Il est donc dix fois plus élevé que l'intérêt légal de l'article 1153 du Code civil.

3. Les intérêts moratoires en droit allemand

331. Les Verzugsinsen du BGB. Le droit allemand distingue plusieurs intérêts, avec chacun leurs taux. L'intérêt légal (*gesetzlicher Zinssatz*) est l'intérêt par défaut ; il est envisagé par le §246 BGB et s'élève à 4%. Ce taux d'intérêt légal qui, contrairement à son homologue français, est un taux fixe non soumis à indexation, ne joue aucun rôle dans le calcul des intérêts moratoires qui nous occupent. En effet, le taux des intérêts de retard (*Verzugszinssatz*) ne dépend pas de l'intérêt légal, mais du taux de l'intérêt de base (*Basiszinssatz*), prévu par le §247 BGB. En dépit de la formulation du §247 selon laquelle « le taux de l'intérêt de base s'élève à 3,62% », ce taux-là est variable. Or, si le paragraphe n'a pas été modifié depuis 2001, la valeur du taux, elle, a changé. Le taux de l'intérêt de base est en effet actualisé semestriellement et suit le changement de sa propre valeur de référence qui est le taux de refinancement de la BCE le plus récent. Le taux de l'intérêt de base allemand se situe 0,88 points en dessous du taux de refinancement de la BCE. Ce dernier étant descendu en dessous de cette valeur fin 2012, le taux de l'intérêt de base allemand est, depuis le 1^{er} janvier 2013, un taux négatif. Pour le 2^{ème} semestre 2015, il est ainsi de à - 0,83%. Pour en revenir aux intérêts moratoires générés par le non-paiement d'une obligation monétaire, ils dépendent à leur tour de l'intérêt de base. Ces intérêts moratoires, appelés *Verzugszinsen*, sont régis par le §288 BGB, selon lequel :

- « (1) Toute dette de somme d'argent produit intérêt pendant le retard. Le taux de l'intérêt de retard s'élève à cinq pour cent par an au-dessus de l'intérêt de base.
- (2) Dans les actes juridiques auxquels ne participe aucun consommateur, le taux d'intérêt applicable aux créances représentant un prix s'élève à neuf pour cent au-dessus de l'intérêt de base.
- (3) Le créancier peut exiger des intérêts plus élevés pour toute autre cause juridique.
- (4) Il n'est pas exclu de faire valoir tout autre dommage [...] »¹⁶⁷⁷.

Il faut donc à nouveau distinguer entre les intérêts moratoires du droit commun et ceux du droit commercial, bien que l'une et l'autre sanction soient réunies aujourd'hui dans le Code civil allemand. Le taux de l'intérêt de retard se situe 5 points au-dessus de l'intérêt légal pour les transactions incluant un consommateur (alinéa 1^{er}) et 9 points au-dessus pour les contrats entre professionnels (alinéa 2). Au 2^{ème} semestre 2015, il s'élève ainsi à 4,17% dans les

¹⁶⁷⁷ §288 BGB, trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.* modifiée pour tenir compte du passage de 8 points à 9 points de l'intérêt du 2^{ème} alinéa depuis une loi du 22 juil. 2014 (*BGBI.* I S. 1218).

contrats entre particuliers et les contrats de consommation, et à 8,17% dans les contrats commerciaux.

Pour ce qui est de la mise en jeu des intérêts de retard, elle répond globalement aux mêmes exigences qu'en droit français. Leur bénéfice est automatique et il n'est pas nécessaire de démontrer un quelconque préjudice. Il faut toutefois que le *Verzug* soit caractérisé, c'est-à-dire le retard au sens juridique du terme. Pour cela, le §286 BGB exige par principe une mise en demeure (*Mahnung*). L'intérêt de retard compense, selon l'explication classique, un « préjudice objectif minimum » (*objectiver Mindestschaden*) supposé découler naturellement de tout retard de paiement¹⁶⁷⁸. Aussi, il n'est pas permis au débiteur d'apporter la preuve d'un préjudice moindre ou inexistant¹⁶⁷⁹. Une condamnation plus importante peut toutefois résulter d'un accord sur un taux conventionnel plus élevé (alinéa 3) lorsqu'il est possible¹⁶⁸⁰ ou de la démonstration d'un préjudice plus important (alinéa 4)¹⁶⁸¹.

4. Les intérêts moratoires en droit anglais

332. L'évaluation concrète des intérêts moratoires en *common law*. Bien ancrés en droit allemand et français, les intérêts moratoires ne sont pas une institution traditionnelle du droit anglais. La *common law*, au contraire, interdisait par principe la compensation du « *loss of interest* » par des *damages*¹⁶⁸². Ainsi, le créancier d'une obligation monétaire ne pouvait obtenir en justice sur le fondement de l'action « *debt* » que la somme due en vertu du contrat, ni plus, ni moins¹⁶⁸³. Cette règle a toutefois été assortie dès le début du XIX^{ème} siècle d'exceptions tant légales que jurisprudentielles et un coup fatal lui a finalement été porté en 2007 par l'arrêt *Sempra Metals*¹⁶⁸⁴ qui l'a « presque totalement abolie »¹⁶⁸⁵. Cet arrêt, rendu à propos d'une action en restitution consécutive à une violation de la loi, a rendu légitime le créancier d'une somme d'argent à prétendre à des intérêts moratoires et il ressort des dires de quatre juges au moins sur les cinq qu'il n'en aurait pas été différemment si la dette avait été

¹⁶⁷⁸ O. PALANDT (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 74^e éd., München, Beck, 2015, §288, spéc. n° 4.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, spéc. n° 11 ; l'auteur note toutefois que la disposition est pratiquement sans objet (« weitgehend leerlaufend ») à cause des réglementations spéciales sur le crédit qui limitent cette possibilité.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, spéc. n° 12 à 14, qui énonce deux cas de figure : la perte du bénéfice d'un placement plus avantageux et les frais d'un crédit contracté à un taux plus élevé.

¹⁶⁸² *London, Chatam & Dover Ry v South Eastern Ry* [1893] A.C. 429.

¹⁶⁸³ G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, préc., spéc. n° 159.

¹⁶⁸⁴ *Sempra Metals Ltd v Commissioners of Inland Revenue* [2008] A.C. 561.

¹⁶⁸⁵ Selon le bilan tiré par G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, spéc. n° 20-061 ; *adde* H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, *op. cit.*, spéc. le chap. 18 « The Awarding of Interest » qui adopte comme division l'avant *Sempra Metals* et l'après *Sempra Metals*.

contractuelle¹⁶⁸⁶. Les intérêts moratoires sont ainsi entrés dans l'arsenal des sanctions de la *common law* et tout créancier d'une obligation monétaire non réglée à temps peut s'en prévaloir dès lors qu'il prouve un tel préjudice. Le mécanisme demeure toutefois bien différent des intérêts moratoires tels qu'ils existent en droit français ou allemand puisque, d'une part, le préjudice n'est pas présumé et, surtout, il n'est pas forfaitairement évalué. On notera à cet égard que le *Senior Courts Act 1981*¹⁶⁸⁷ permet également au juge le prononcé d'intérêts moratoires qui n'obéissent toutefois pas exactement aux mêmes règles¹⁶⁸⁸ et, surtout, qui ne peuvent plus être prononcés par le juge si le paiement intervient avant la demande en justice. Pour reprendre les mots de McGregor, les intérêts moratoires de la *common law* sont des intérêts qui tiennent lieu de dommages et intérêts (*interest as damages*) tandis que les intérêts de la loi de 1981 sont des intérêts *sur* les dommages et intérêts (*interest on damages*)¹⁶⁸⁹, ce qui n'est pas sans rappeler la distinction entre l'article 1151 et l'article 1151-1 du Code civil.

La spécificité des intérêts moratoires du droit anglais est donc qu'ils ne sont pas soumis à un forfait, mais sont fixés « au taux que la cour estime approprié » (*at such rate as the court thinks fit*)¹⁶⁹⁰. Il semble qu'en Angleterre, la difficulté liée à l'évaluation du dommage consécutif à l'inexécution d'une obligation monétaire ne soit pas apparue aussi insurmontable qu'en France ou en Allemagne.

Il faut toutefois se garder de conclusions trop hâtives. Il existe bel et bien des intérêts moratoires forfaitaires, mais qui sont cantonnés dans leur application à certaines transactions commerciales. C'est le *Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998* qui consacre, pour les contrats soumis à son régime, un intérêt légal sous forme d'un « *implied term* »¹⁶⁹¹. En clair, cela signifie que tout contrat de vente ou de fourniture de service conclu par deux professionnels implique une obligation de verser un intérêt légal (*statutory interest*) en cas de

¹⁶⁸⁶ Selon G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract, op. cit.*, spéc. n° 20-061, note 264 ; Lord Scott résume en ces termes la solution qui obtient, selon lui, l'assentiment de chacun d'eux : « interest losses caused by a breach of contract or by a tortious wrong should be held to be in principle recoverable, but subject to proof of loss, remoteness of damage rules, obligations to mitigate damage and any other relevant rules relating to the recovery of alleged losses. », v. *Sempra Metals Ltd v Commissioners of Inland Revenue* [2008] A.C. 561, spéc. n° 132 (Lord Scott).

¹⁶⁸⁷ *Senior Courts Act 1981* (à l'origine appelé *Supreme Court Act 1981*), Section 35A.

¹⁶⁸⁸ En particulier les intérêts moratoires de la *Common Law* sont des « *compound interest* », c'est-à-dire des intérêts pour lesquels s'applique l'anatocisme, tandis que les intérêts prévus par la loi de 1981 sont des « *simple interest* », donc non soumis à l'anatocisme.

¹⁶⁸⁹ H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, distinction introduite au n° 18-003 et utilisée comme classification des intérêts moratoires avant *Sempra Metals*.

¹⁶⁹⁰ *Senior Courts Act 1981*, spéc. Section 35A, alinéa 1^{er}.

¹⁶⁹¹ *Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998*, Section 1.

retard de paiement¹⁶⁹². Le taux cet intérêt a été fixé au taux de base de la Banque d'Angleterre plus 8 points. Il est actuellement de 8,5% (0,5% plus 8 points)¹⁶⁹³.

5. Synthèse des taux en vigueur en France, en Allemagne et en Angleterre

333. Tableau récapitulatif des taux des intérêts moratoires en France, en Allemagne et en Angleterre. Avant de d'envisager la nature des intérêts moratoires, un exposé synthétique les différents taux en vigueur peut être proposé :

	France		Allemagne	Angleterre
Taux de l'intérêt moratoire de droit commun	4,29% ¹⁶⁹⁴	0,99% ¹⁶⁹⁵	4,17%	Inexistant ¹⁶⁹⁶
Taux de l'intérêt moratoire du droit commercial	10,05%		8,17%	8,5%

Tableau récapitulatif des taux des intérêts moratoires en France, Allemagne et Angleterre au 31 octobre 2015

B. La nature de peine privée des intérêts moratoires

1. Les intérêts moratoires du droit commercial caractérisant une peine privée

334. Les critères téléologique et moral soulignés par le législateur européen. Les intérêts moratoires affichent parfois ouvertement leur rôle dissuasif et se présentent alors comme de véritables instruments comminatoires. C'est ainsi que les deux directives 2000/35/CE¹⁶⁹⁷ et 2011/7/UE¹⁶⁹⁸ sur la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales décrivent précisément la faute lucrative qu'elles cherchent à sanctionner et présentent les intérêts moratoires comme un instrument comminatoire au service d'une moralisation du marché. Dans le premier de ces textes, on peut lire que (c'est nous qui soulignons) :

¹⁶⁹² Sur les possibilités (restreintes) de déroger conventionnellement à cet intérêt légal, v. la section 8 du *Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998*.

¹⁶⁹³ Le taux est publié sur le site <https://www.gov.uk/late-commercial-payments-interest-debt-recovery/charging-interest-commercial-debt>.

¹⁶⁹⁴ Pour les créances des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels.

¹⁶⁹⁵ Pour toutes les autres créances que celle des personnes physique n'agissant pas pour des besoins professionnels.

¹⁶⁹⁶ En droit anglais, des intérêts moratoires peuvent être octroyés au débiteur seulement par le juge, à la condition que le débiteur démontre l'existence de ce préjudice et à hauteur d'un montant qui n'est pas fixé forfaitairement par un intérêt légal mais est soumis à l'appréciation du juge, comme expliqué *supra*, n° 332.

¹⁶⁹⁷ Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales préc.

¹⁶⁹⁸ Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales préc.

« Les retards de paiement constituent une violation du contrat qui est devenue financièrement intéressante pour les débiteurs dans la plupart des États membres, en raison du faible niveau des intérêts de retard et/ou de la lenteur des procédures de recours. Des aménagements décisifs [...] sont nécessaires pour inverser cette tendance et pour faire en sorte que les conséquences d'un dépassement des délais de paiement soient telles qu'elles **découragent** cette pratique »¹⁶⁹⁹.

Pour le législateur européen, les intérêts moratoires doivent détourner le débiteur du calcul coût-avantage selon lequel il tirerait un bénéfice plus grand à payer en retard, soit au regard des intérêts que lui-même obtient en banque de la somme placée, soit du fait qu'il devrait, pour payer, emprunter à un taux moins intéressant que le taux légal (ou le cas échéant que le taux conventionnel convenu avec le créancier¹⁷⁰⁰). La fixation élevée du taux légal des intérêts moratoires pour ces contrats commerciaux ne cherche finalement qu'à prévenir et punir (critère téléologique) une faute lucrative (critère moral de la peine privée). Leur fonction indemnitaire se double ouvertement d'une fonction comminatoire.

335. Le critère matériel : un « supplément » qui relève nécessairement de la peine privée. Quant au critère matériel de la peine privée, il est lui aussi rempli lorsque l'on se situe en présence de dommages et intérêts moratoires du droit commercial. En effet, le principe indemnitaire suppose à dommage identique, une réparation identique. Or, la distinction qui est faite entre les intérêts moratoires dans le cadre des transactions commerciales et les intérêts moratoires dans le cadre des contrats de consommation bat en brèche ce postulat. Le critère matériel de la peine privée, qui exige que la peine soit supérieure au préjudice subi, est *nécessairement* rempli. En effet, si on peut admettre que les intérêts moratoires du droit commun constituent une réparation, on ne peut pas en dire autant des intérêts moratoires du droit commercial. Ou plutôt, *parce que* l'on considère que les intérêts moratoires du droit commun forment la réparation, on ne peut admettre la nature indemnitaire des intérêts moratoires du droit commercial. Prenons un professionnel X, prestataire de service, qui conclut un premier contrat avec Y, consommateur pour un prix de 1000 Euros. Il conclut ensuite un contrat identique avec Z, professionnel, toujours pour un prix de 1000 Euros. X exécute les deux prestations ; Y et Z ne paient pas à temps. Si on situe les deux litiges en France au 2^{ème} semestre de l'année 2015, X peut réclamer à Y, en application de l'article 1153 al. 1^{er} du Code civil, des intérêts moratoires à hauteur de 0,99% (X étant un professionnel, c'est le taux d'intérêt légal « classique » qui s'applique). De Z, en application de l'article L.

¹⁶⁹⁹ Considérant 16 de la directive 2000/35/CE préc ; comp. dans le même sens le considérant 12 de la directive 2011/7/UE préc.

¹⁷⁰⁰ Taux conventionnel qui est lui aussi encadré, v. par ex. l'art. L441-6 al. 8 du Code de commerce qui interdit de convenir d'un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, pour maintenir un effet suffisamment dissuasif.

441-6 al. 8 du Code de commerce, il peut exiger des intérêts moratoires à hauteur de 10,05 %. Quel préjudice subit X du fait de retard de Y ? Quel préjudice est la conséquence du retard de Z ? L'un de ces préjudices est-il plus grand que l'autre ? Non, ce préjudice est le même dans les deux cas : c'est la privation de la possibilité de disposer de 1000 euros et des bénéfices qu'un placement de cette somme aurait pu lui apporter. Or, ce gain manqué est le même, quelle que soit la qualité du débiteur. La qualité de X peut jouer un rôle éventuel (on peut supposer qu'en tant que professionnel, il n'a pas accès aux mêmes placements qu'un particulier par exemple¹⁷⁰¹), mais certainement pas la qualité de celui qui a fourni les liquidités. Pas plus que la rémunération du placement ne dépend de l'origine des fonds, le gain manqué du fait de n'avoir pu procéder à leur placement ne saurait dépendre de la qualité de celui qui a omis de les payer. Aussi, dès l'instant que l'on estime que ce préjudice est réparé par un taux d'intérêt moratoire de 0,99%, on ne peut plus considérer que la sanction 10 fois supérieure de l'article L. 441-6 al. 8 du Code de commerce est l'expression du principe indemnitaire. La réparation peut soit correspondre à un taux d'intérêt de 0,99% soit à un taux de 10,05% mais pas aux deux. Les intérêts moratoires en matière commerciale sont « gonflés » par rapport à ce que le droit commun considère comme l'équivalent de la réparation : il s'y greffe une pénalité¹⁷⁰². C'est par cette pénalité que l'on espère dissuader le débiteur de commettre une faute lucrative. Les critères matériel et téléologique de la peine privée sont réunis. Quant au critère moral, il repose sur la périodicité de la peine : plus longue est la réticence du débiteur, plus les intérêts s'accumulent. Les intérêts moratoires du droit commercial sont donc bien une peine privée. Et quoique le mécanisme ne soit pas limité aux dettes contractuelles, cette peine privée vient sanctionner (aussi) une inexécution contractuelle et appartient, dès lors, à la responsabilité contractuelle.

2. Les intérêts moratoires du droit commun pouvant relever de la peine privée

336. Incertitude sur la nature de peine privée des intérêts moratoires du droit commun. Il est beaucoup plus délicat de porter un jugement sur les intérêts moratoires de droit commun. S'ils ont aussi un effet incitatif au moins incident, il n'est pas certain qu'ils soient plus élevés que pour n'importe quelle sanction réparatrice. Craint-on plus la mise en jeu d'intérêts moratoires que le paiement de dommages et intérêts ? Certes, là aussi, la périodicité de la peine peut renforcer l'effet comminatoire, en même temps qu'elle remplit

¹⁷⁰¹ C'est d'ailleurs ce qui a motivé la création d'un deuxième taux d'intérêt légal plus élevé pour le créancier qui est une personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels.

¹⁷⁰² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, PUF, 22^e éd., 2000, spéc. n° 172 (histoire).

l'élément moral de la peine privée en proportionnant la peine à la faute du débiteur. Ceci étant, lorsque la sanction est aussi faible qu'elle l'est en droit français notamment, il est difficile d'y voir une peine privée. En somme, si les critères téléologique (inciter le paiement à temps des dettes) et moral (à travers la périodicité de la peine) peuvent être éventuellement admis, le critère matériel risque fort de faire défaut. On pourra admettre qu'il s'agit d'une peine privée seulement si le taux de l'intérêt moratoire dépasse indubitablement les taux proposés sur le marché de sorte qu'on ne peut plus considérer qu'il représente une évaluation « neutre » du préjudice consécutif à une privation du bénéfice d'un placement. Nous préférons toutefois ne pas nous aventurer dans cette tâche comparative, qui amène avec elle des considérations tant économiques que fiscales, et la laisser aux mains d'experts plus avisés. L'humble conclusion que nous pouvons simplement tirer est la suivante : le point de savoir si ces intérêts moratoires sont des peines privées¹⁷⁰³ dépendra principalement du rapport que le taux imposé entretient avec la rémunération nette que l'on peut attendre d'un placement comparable sur le marché ou des taux d'emprunts en cours. Les intérêts moratoires du droit allemand, révisés en 2000 précisément dans la visée de replacer leur taux au-dessus de ceux pratiqués par les banques, pourraient selon certains auteurs relever de la peine privée¹⁷⁰⁴. Ceux du droit français étaient jusqu'à encore récemment si bas que l'on ne pouvait y voir une peine privée¹⁷⁰⁵. Le taux légal a augmenté en 2015, mais sous sa première forme, il demeure très proche des taux pratiqués par les banques pour un placement (0,75% actuellement pour un livret A) et dans sa deuxième forme (taux applicable au créancier particulier), il est supposé refléter les taux des emprunts auquel un particulier peut être confronté. Les intérêts moratoires du droit commun français ne semblent donc pas relever de la peine privée.

¹⁷⁰³ On notera accessoirement que la Cour de cassation s'est prononcée sur le point de savoir si l'art. 1727 du Code général des impôts qui gratifie le Trésor d'un intérêt de retard dix fois supérieur au taux légal appartient à la « matière pénale » au sens de l'art. 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, question dont on a vu *infra*, spéc. n° 278 et s. qu'elle était distincte de la caractérisation d'une peine privée, et elle y a répondu par la négative au motif que « compte tenu de sa finalité réparatrice [cet intérêt de retard] ne vise pas à punir même s'il peut être dissuasif », v. Com., 23 mai 2006, pourvoi n° 03-19211, inédit.

¹⁷⁰⁴ C. SCHÄFER, « Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht », AcP 202 (2002), 397, spéc. p. 413 qui décrit les intérêts moratoires comme l'expression d'un principe pénal et cite le *Regierungsbegründung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000*, Drucksache des Deutschen Bundestags 14/1246, p. 5.

¹⁷⁰⁵ V. not. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 163 qui décrit « une sanction peu dissuasive » et L. REISS, *Le juge et le préjudice, Etude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, spéc. p. 474 et 475 tirant le même constat : « le débiteur qui n'exécute pas son obligation de paiement de somme d'argent n'ignore pas qu'il ne peut qu'être condamné à payer une somme inférieure à ce que lui aurait coûté [la] conclusion d'un emprunt bancaire. Dès lors, on voit mal où se place la pression exercée sur lui. ».

La clause pénale et les intérêts moratoires se sont donc montrés réceptifs à la peine privée, mais ils constituent, somme toute, des sanctions « extraordinaires » de la responsabilité contractuelle. Plus étonnante est la réception de la peine privée jusque dans le régime de droit commun de la responsabilité contractuelle, à travers l'appréciation du fait libérateur de responsabilité.

Section 2. Une appréciation morale du fait libérateur de responsabilité

337. La peine privée resurgissant dans le fait libérateur de responsabilité. Comme il a été souligné, la faute n'est pas une condition *sine qua non* de la responsabilité contractuelle en droit français qui repose sur une inexécution détachée de toute culpabilité¹⁷⁰⁶. Cependant, alors que la faute est absente des conditions de responsabilité, elle resurgit dans l'appréciation du fait libérateur de responsabilité. C'est ce que note Claude Witz :

« Une fois la responsabilité contractuelle enclenchée, la faute réapparaît, en droit français, pour influencer, le cas échéant, sur le régime de la responsabilité contractuelle. Son rôle est soit d'alourdir le régime de la responsabilité contractuelle, en cas de comportement hautement répréhensible du débiteur [...], soit de contribuer à alléger ce régime si le créancier a commis lui-même une faute »¹⁷⁰⁷.

Le même constat peut être fait à propos des droits allemand et anglais. Chacun des trois systèmes juridiques refuse en effet au débiteur dont le comportement est particulièrement « blâmable » le bénéfice d'un allègement de responsabilité auquel le débiteur « classique » peut normalement prétendre. Cette privation du bénéfice d'un allègement de responsabilité est la manifestation de la peine privée. Evincée par principe du fait générateur de la responsabilité contractuelle, la peine privée réapparaît dans l'appréciation du fait libérateur de responsabilité. La faute d'une particulière gravité est ainsi sanctionnée par la privation du bénéfice des limitations légales et conventionnelles de la réparation (§1). La peine privée joue également un rôle notable dans le partage de responsabilité avec le créancier, qui repose aujourd'hui sur une répartition morale plutôt que causale (§2).

¹⁷⁰⁶ V. *supra*, spéc. n° 170.

¹⁷⁰⁷ C. WITZ, « La faute contractuelle – Rapport français », in : *Droit français et droit brésilien, Perspectives nationales et comparées*, Actes du colloque réalisé dans le cadre de l' « Année de la France au Brésil », Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 659, spéc. p. 668.

§1. Les limitations de la réparation refusées au débiteur coupable de dol

338. La mise à l'écart des limitations légales comme conventionnelles par le dol. La faute contractuelle typique est le dol, que l'on définit, en droit français, comme la « faute du débiteur qui se soustrait sciemment à ses obligations »¹⁷⁰⁸. La jurisprudence précise : « même si ce refus [d'exécuter] n'est pas dicté par l'intention de nuire de son cocontractant »¹⁷⁰⁹. Le dol (en Allemagne le *Vorsatz* et en Angleterre le *intentional breach*¹⁷¹⁰) a pour effet d'écarter certaines limitations légales de la réparation. L'article 1150 du Code civil, qui limite la réparation au préjudice prévisible tout en écartant cette limitation en cas de dol, en constitue une illustration ; elle sera développée dans le prochain chapitre. L'accent sera mis dans les développements qui suivent sur les stratégies punitives qui sont communes aux trois systèmes juridiques étudiés. Le sort réservé aux forfaits et plafonds légaux d'indemnisation est significatif de l'effet « neutralisateur » du dol sur les limitations légales de la réparation (A). Le dol n'affecte cependant pas que les limitations légales de la réparation, mais aussi ses limitations conventionnelles (B).

A. Les forfaits et plafonds légaux d'indemnisation neutralisés

339. L'effet neutralisateur du dol sur les limitations légales de la réparation. Le dol fait barrage aux forfaits et aux plafonds légaux d'indemnisation qui sont monnaie courante dans des contrats très communs, par exemple le transport de pli (limitation au prix de l'affranchissement en cas de perte ou de détérioration du pli) ou l'hôtellerie (limitation de la responsabilité de l'hôtelier pour le vol ou la dégradation d'objets amenés par les clients dans l'hôtel)¹⁷¹¹. Ces limites à la réparation sont surtout incontournables dans le domaine du transport de marchandises et de passagers car elles conditionnent, en pratique, le bon vouloir de l'assureur à assumer les risques d'accidents. On en trouve aussi bien en France qu'en Allemagne ou en Angleterre, ne serait-ce que pour ce qui est du transport international puisque les conventions internationales y forment le droit commun. Pour ne citer qu'un exemple, la Convention de Varsovie de 1929 sur le transport aérien international ratifiée par

¹⁷⁰⁸ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., spéc. « dol », sens 2.

¹⁷⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 4 févr. 1969, *Bull.*, n° 60 ; *D.*, 1969, 601, note J. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1969, 708, obs. G. DURRY ; *adde* : Com., 19 janv. 1993, pouvoi n° 91-11805, *Bull.*, IV, n° 24, p. 14.

¹⁷¹⁰ Sur ces différentes notions, v. *infra*, spéc. n° 385 et s.

¹⁷¹¹ Sur ces forfaits et plafonds d'indemnisation, v. déjà *supra*, n° 243 et s. ; on notera que dans le cas de l'hôtelier, une faute simple suffit à faire tomber le plafond, v. art. 1953, al. 3 du Code Civil.

ces trois pays limite la responsabilité du transporteur par divers plafonds¹⁷¹². Or, de tels plafonds « sautent » en présence d'un dol. Ils ne bénéficieront pas au transporteur « si le dommage provient de son dol ou d'une faute qui, d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol »¹⁷¹³. D'ailleurs, même lorsque la réserve du dol n'est pas expressément posée, la jurisprudence se charge parfois de compléter cette lacune. C'est ce qu'ont fait les juges français à propos de la Convention de Bruxelles de 1924¹⁷¹⁴, précurseur de la Convention de Londres de 1976¹⁷¹⁵ en matière de transport maritime, qui, écartant les termes clairs selon lesquels le plafond ne pouvait être dépassé « en aucun cas », ont décidé qu'en présence d'une faute intentionnelle du transporteur ou de ses préposés, la réparation devait être intégrale, avec pour justification que « le dol échappe à toutes les règles »¹⁷¹⁶.

340. La peine privée caractérisée. Sans tenter l'exercice fastidieux d'un recensement de toutes ces limitations légales que la faute dolosive permet d'écarter, il convient de s'interroger sur le sens de ce traitement exceptionnel réservé au dol. Selon Geneviève Viney (c'est nous qui soulignons) :

« Il y a là, à n'en pas douter, une volonté de réaction du droit positif devant la gravité de la faute commise en **pénalisant** son auteur par une manifestation de l'idée de **peine privée** »¹⁷¹⁷.

Patrice Jourdain, pareillement, note que (c'est nous qui soulignons) :

« Toutes ces limitations de réparation cèdent en cas de faute qualifiée des responsables [...] Cet effet s'explique par l'idée de **peine privée** : la faute commise justifie une **pénalité** [...] »¹⁷¹⁸.

Nous partageons cet avis. Si la réparation est normalement achevée par le biais d'un forfait ou d'un plafond, écarter celui-ci, c'est donner « plus » que la réparation normale (élément matériel) en considération d'une faute d'une particulière gravité (élément moral). Il s'agit bien d'une manifestation de la peine privée.

¹⁷¹² Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, spéc. art. 22.

¹⁷¹³ *Ibid.*, spéc. art. 25.

¹⁷¹⁴ Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance.

¹⁷¹⁵ Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes.

¹⁷¹⁶ V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, spéc. n° 604 et les arrêts cités.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*

¹⁷¹⁸ P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 263, spéc. p. 285.

B. Les clauses limitatives de réparation privées d'effet

341. L'effet du dol sur les limitations conventionnelles de la réparation. Lorsque ce n'est plus la loi, mais les parties qui conviennent d'un forfait ou d'un plafond d'indemnisation, la solution n'est pas différente. Il est un principe que l'on retrouve dans chacun des trois systèmes étudiés : l'inexécution délibérée fait échec à l'application des exclusions et limitations conventionnelles de la réparation.

En droit français, la solution a parfois été fondée sur le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat de l'article 1134 al. 3 du Code civil¹⁷¹⁹, mais c'est le plus souvent l'article 1150 du Code civil qui est invoqué à son soutien. Par application de l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*, il est attribué le même effet à la faute lourde¹⁷²⁰. En droit allemand, c'est le §276, al. 3 BGB qui prive d'effet toute exclusion conventionnelle de la réparation en cas de faute intentionnelle :

« Le débiteur ne peut pas être exonéré par avance de sa responsabilité pour faute intentionnelle »¹⁷²¹.

La disposition est applicable aussi bien en matière contractuelle que délictuelle puisque les clauses limitatives de réparation s'appliquent tant ici que là. En revanche, elle n'affecte que la responsabilité personnelle du débiteur, lequel peut se prévaloir d'une clause excluant sa responsabilité en cas de faute intentionnelle des personnes dont il doit répondre (§278 BGB)¹⁷²². Le §276, al. 3 BGB emporte un double effet : non seulement il prive le débiteur qui viole intentionnellement le contrat du bénéfice de la clause de responsabilité, mais il lui interdit, en amont, de limiter ou d'exclure sa responsabilité pour faute intentionnelle.

Sur ce point, le droit anglais se montre plus nuancé. Le dol exclut bien le bénéfice des clauses limitatives de réparation. C'est dans l'arrêt *Sze Hai Tong Bank Ltd v. Rambler Cycle Co Ltd* que le *Privy Council* a, par voie d'interprétation, déclaré qu'une clause limitative de responsabilité ne saurait exonérer le débiteur en cas de « mépris intentionnel de ses obligations impérieuses »¹⁷²³. Pour autant, rien ne peut empêcher les parties, si elles en conviennent expressément, d'exclure à l'avance la responsabilité de l'une d'elles en cas de

¹⁷¹⁹ V. par ex. Com., 15 juin 1959, pourvoi n° 57-12362, *Bull. com.*, n° 265, p. 231.

¹⁷²⁰ V. G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, op. cit., spéc. n° 226-2.

¹⁷²¹ §276, al. 3 BGB, trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, op. cit.

¹⁷²² §278 BGB : « Le débiteur doit répondre de la faute commise par son représentant légal et par les personnes qu'il emploie pour exécuter son obligation dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle. La disposition du §276, al. 3, n'est pas applicable », trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, op. cit.

¹⁷²³ *Sze Hai Tong Bank Ltd v. Rambler Cycle Co Ltd* [1959] AC 576, spéc. 588, trad. libre de : « *deliberate disregard of his bounden obligations* ».

violation intentionnelle, puisque l'interprétation ne peut pas faire dire à la clause le contraire de ce qui y est exprimé. La liberté contractuelle prime alors sur la bonne foi (dont la réception est notablement limitée en droit anglais). En clair, le principe posé par *Sze Hai Tong Bank Ltd* est que, sauf à ce que le *deliberate breach* soit expressément couvert par la clause limitative de responsabilité, la partie qui viole le contrat délibérément ne peut s'en prévaloir¹⁷²⁴.

342. Une nouvelle manifestation de la peine privée. Pour les mêmes raisons que celles évoquées à propos des forfaits et plafonds légaux de responsabilité, l'affranchissement de la réparation conventionnelle pour octroyer un surplus (critère matériel) justifié par le dol du débiteur (critère moral) est une manifestation de la peine privée. Autrement dit, les dommages et intérêts octroyés en dépit ou au-delà d'une clause limitative de réparation sont bien des dommages et intérêts punitifs. En outre, au sein même du régime classique de la responsabilité contractuelle – celui qui s'applique à défaut de stipulation conventionnelle ou de disposition légale spéciale – on retrouve la peine privée à travers l'appréciation du partage de responsabilité.

§2. L'appréciation morale du partage de responsabilité

343. Le partage de responsabilité. Au-delà de l'hypothèse où il peut se prévaloir d'une limitation légale ou conventionnelle de la responsabilité, le débiteur peut tenter de contenir son obligation à réparation en faisant valoir qu'une partie du dommage est imputable au créancier lui-même (A). Un tel partage devrait logiquement dépendre de la contribution *causale* de chacun à la survenance du dommage. Or, en réalité, c'est une appréciation *morale* qui est substituée à l'appréciation causale du partage de responsabilité, ce qui témoigne encore de l'influence de la peine privée au sein du droit commun de la responsabilité (B).

A. La prise en compte de la faute du créancier

344. La participation du créancier au dommage distinguée de l'obligation de minimiser son dommage. En droit anglais, le comportement de la victime peut lui être reproché de deux manières différentes. Il joue, d'abord, comme une cause exonératoire au fonctionnement similaire à la faute de la victime telle qu'on la connaît en droit français ou allemand. Ce mécanisme, appelé « *contributory negligence* » ne s'applique pas, en principe, à

¹⁷²⁴ V. BEALE H. (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^{ème} éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2012, spéc. n° 14-016, par A. G. GUEST.

la matière contractuelle¹⁷²⁵. Dans le cadre de la responsabilité contractuelle, c'est à l'impératif de minimisation de son propre dommage, « *mitigation* », qu'il est recouru pour limiter la responsabilité du débiteur. Or, cette règle ne recoupe, ni dans son champ d'application, ni dans son esprit, le mécanisme de la faute de la victime telle qu'on la connaît en droit continental. En effet, elle s'intéresse moins à la participation de la victime dans la survenance du dommage (qui ressort du *contributory negligence*) qu'au comportement de celle-ci *postérieurement* au dommage, en exigeant d'elle qu'elle prenne toutes les mesures nécessaires pour contenir le dommage qu'elle subit. Ainsi, par exemple, l'acheteur qui n'a pas été livré a l'obligation de se fournir ailleurs s'il le peut, et s'il ne le fait pas, il ne pourra réclamer au débiteur l'indemnisation du préjudice résultant du fait qu'il n'ait pu disposer de la chose. Telle est l'application classique de la règle de minimisation du dommage (*mitigation*) en matière contractuelle¹⁷²⁶. Le mécanisme, reflet de la défaveur anglaise à l'exécution forcée, va de pair avec un droit de résolution étendu et simple à mettre en œuvre, puisque le créancier est incité à renoncer à l'exécution promise pour chercher satisfaction ailleurs, tandis qu'on préfère libérer le débiteur plutôt que de le forcer à tenir un engagement qu'il ne souhaite plus exécuter¹⁷²⁷.

En droit français, au contraire, le comportement du créancier après la survenance du dommage importe peu. Dès lors que c'est le débiteur qui est à l'origine de l'inexécution, il n'est point question de l'exonérer : il en va du maintien de la force obligatoire des conventions. A travers la faute de la victime n'est prise en compte que sa participation dans la *production* du dommage. La faute de la victime s'intéresse à l'origine du dommage et recoupe ainsi le problème du lien de causalité, tandis que la règle *mitigation* a pour focus l'efficacité économique des transactions. La première se porte garante du respect des conventions : le créancier ne doit pas entraver l'exécution. La seconde impose une obligation « positive » – le créancier doit activement limiter son dommage – même au risque de *défaire* le lien contractuel. C'est pourquoi on ne peut assimiler la minimisation du dommage à la faute de la victime. Les observations qui suivent seront donc limitées aux droits français et allemand et, plus précisément au sein de droit allemand à ce qui concerne la faute de la victime à

¹⁷²⁵ Pour davantage de détails, v. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, spéc. n° 7-009 et s. et M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2015, spéc. p. 536 et s.

¹⁷²⁶ Sur laquelle v. *supra*, spéc. n° 47.

¹⁷²⁷ V. soulignant le lien entre l'obligation de minimiser son dommage et la résolution extrajudiciaire C. WITZ, « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *LPA*, 2002, n° 232, p. 50 et P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'Institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI, dir. P. REMY-CORLAY, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. n° 24.

l'exclusion du §254, al. 2 BGB qui constitue un succédané d'une obligation de minimisation du dommage¹⁷²⁸.

345. L'effet exonératoire de la faute de la victime en droit français et en droit allemand. Le Code civil ne fait aucune mention de la faute de la victime et de ses effets sur ses prétentions à une indemnisation. Seul l'article 1147 consacre l'effet exonératoire d'une « cause étrangère », celle-ci recoupant, selon la jurisprudence et la doctrine, trois hypothèses : la faute de la victime, le fait d'un tiers et le cas fortuit. Le tryptique est repris par l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations à la fois pour la responsabilité contractuelle et délictuelle¹⁷²⁹. Le projet dirigé par François Terré procède d'une autre démarche puisqu'il réserve l'expression de faute de la victime à la matière délictuelle¹⁷³⁰ et préfère parler de contribution du créancier à l'inexécution en matière contractuelle¹⁷³¹, marquant par là son attachement à la spécificité du droit de l'inexécution contractuelle. Le projet rejoint, par la terminologie employée, les Principes du Droit européen du contrat¹⁷³². Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 reste muet à ce sujet¹⁷³³. Quel que soit le nom qu'on lui donne, la faute de la victime produit soit un effet exonératoire total lorsqu'elle revêt les caractères de la force majeure, soit un effet exonératoire partiel lorsqu'elle ne fait que concourir à la production du dommage. La solution est bien assise en droit positif et si l'exonération partielle par la faute de la victime a été récemment remise en cause, c'est seulement à propos de l'obligation de sécurité de résultat du transporteur ferroviaire de passagers, si bien qu'il faut y voir une exception circonstanciée (voire d'opportunité ?) plutôt qu'un revirement¹⁷³⁴.

¹⁷²⁸ §254, al. 2 BGB : « Il en est ainsi même lorsque la faute de la victime se limite au fait d'avoir omis d'aviser le débiteur du danger d'un dommage exceptionnellement élevé, danger que le débiteur ne connaissait ni ne devait connaître, ou d'avoir omis d'écartier ou de diminuer le dommage. La disposition du §278 est applicable par analogie », trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹⁷²⁹ Tryptique que le projet Catala propose de consacrer expressément dans un art. 1349 al. 2. disposant que « La cause étrangère peut provenir d'un cas fortuit, du fait de la victime ou du fait d'un tiers dont le défendeur n'a pas à répondre. », P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006.

¹⁷³⁰ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, art. 46 et 47.

¹⁷³¹ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, art. 121 qui consacre au demeurant, dans un alinéa 2, un succédané d'obligation de minimisation du dommage assez proche de ce que connaît le droit allemand dans son §254 II BGB.

¹⁷³² Commission pour le droit européen du contrat, O. LANDO (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, trad. G. ROUHETTE (dir.), Paris, SLC, 2003, spéc. art. 9 :504 ; comp. également l'art. 7.4.7 des Principes Unidroit : Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international 2010*, Rome, Unidroit, 2010.

¹⁷³³ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats préc.

¹⁷³⁴ V. Cass. ch. mixte, 28 novembre 2008, pourvoi n° 06-12307, *D.*, 2008, p. 3079, obs. I. GALLMEISTER et 2009, p. 461, note G. VINEY ; *JCP*, 2009, II, 10011, note P. GROSSER ; *RTD civ.*, 2009, p. 129, note P. JOURDAIN.

Le droit allemand, quant à lui, consacre expressément l'effet exonératoire de la faute de la victime dans son §254, alinéa premier BGB :

« Lorsque la personne lésée a coopéré par sa faute à la survenance du dommage, l'obligation de réparer et l'étendue de la réparation à fournir dépendent des circonstances et notamment de la question de savoir dans quelle mesure ce dommage a été causé de façon prépondérante par l'une ou l'autre partie »¹⁷³⁵.

De la faute de la victime dépendent « l'étendue de la réparation » – ce qui signifie qu'il pourra y avoir une exonération partielle – mais aussi « l'obligation de réparer » elle-même – ce qui signifie que l'on pourra aussi libérer entièrement le débiteur de son obligation de réparation.

La question du partage de responsabilité entre le débiteur et le créancier est, en fait, une question d'imputabilité (au sens ici de causalité et non de discernement) : une partie du dommage est imputable à l'inexécution du débiteur, une autre partie du dommage à l'intervention (positive ou négative) du créancier. Aussi est-il plus pertinent de parler de « contribution » du créancier à l'inexécution que de « faute de la victime ». Cette dernière expression présente en effet deux inconvénients. D'abord, elle occulte la causalité, alors que c'est cette condition centrale qui est affectée par le comportement du créancier. Ensuite et surtout, elle favorise une appréciation morale du partage de responsabilité.

B. D'une appréciation causale à une appréciation morale du partage de responsabilité

346. La dérive de l'exonération partielle de la faute de la victime : d'une appréciation causale à une appréciation morale. Le §254, alinéa premier du BGB adopte une approche apparemment causale du partage de responsabilité entre le débiteur et le créancier. Il invite en effet à rechercher la « cause prépondérante » du dommage et regarder « dans quelle mesure » l'une et l'autre partie y ont contribué. Pourtant, c'est un autre tableau qui ressort de la pratique judiciaire. Les tribunaux procèdent usuellement à une comparaison de la dangerosité et de la culpabilité du comportement de chacune des parties pour déterminer la part du préjudice imputable à l'une ou à l'autre¹⁷³⁶. Et lorsqu'une faute volontaire se trouve en concurrence avec une négligence, c'est l'auteur de la première qui devra supporter l'entier préjudice¹⁷³⁷.

¹⁷³⁵ Tr. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, préc.

¹⁷³⁶ V. par ex. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* §§241-432, dir. W. KRÜGER, 6^e éd., München, Beck, 2012, §254, spéc. n° 110 et s., par H. OETKER.

¹⁷³⁷ *Ibid.*, spéc. n° 11 ; v. par ex. OLG Munich, 23 févr. 1990, NJW-RR 1990, 828, spéc. p. 829.

En pratique, ce n'est donc pas la causalité qui détermine le *ratio* de la responsabilité, mais la gravité de la faute. La même dérive est d'ailleurs observée en France. En effet, en principe :

« Dans un système de réparation fondé sur la responsabilité civile, autrement dit reposant sur la causalité, la logique serait d'admettre l'exonération partielle du responsable dans la limite du rôle causal de la faute de la victime dans la production du dommage »¹⁷³⁸.

Or, force est de constater que (c'est nous qui soulignons) :

« Il est non moins certain que les tribunaux tiennent compte, le cas échéant, de la gravité de la faute de la victime, comparée à celle de l'auteur du dommage. Ce n'est donc **pas tant le rôle causal** de la faute de la victime qui est pris en considération, **que la culpabilité** de celle-ci dans la réalisation de son propre préjudice [...] »¹⁷³⁹.

On passe ainsi d'une comparaison de « l'impact » des fautes respectives sur le dommage à une comparaison de la « gravité » des comportements des parties. Autrement dit : d'une appréciation *causale* de la participation du créancier à la production du dommage, à une appréciation *morale* des comportements des parties en présence, comme le note Philippe Leduc¹⁷⁴⁰.

347. La traduction de l'idée de peine privée. Du partage moral plutôt que causal de la responsabilité découle nécessairement une rupture du principe indemnitaire, l'étendue de l'indemnisation étant détachée de l'étendue du préjudice effectivement en lien de causalité avec l'inexécution. Cette différence peut jouer au détriment du créancier lorsque c'est lui qui a commis une faute grave¹⁷⁴¹ : on y voit alors la traduction de l'idée de punition de la victime¹⁷⁴². Elle peut aussi – et on l'oublie souvent – aboutir à l'inverse à faire bénéficier le créancier d'une indemnité supérieure à la part du préjudice qui est effectivement imputable à l'inexécution par le débiteur. En ce cas, l'application du partage moral de responsabilité aboutit à une *punition du débiteur*, puisqu'il est tenu à une indemnisation plus étendue que celle du préjudice directement causé par son fait (critère matériel) et ce à raison de la gravité de sa faute (critère moral). Le passage d'une appréciation causale à une appréciation morale

¹⁷³⁸ F. LEDUC, « Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – principes fondamentaux », *JurisClasseur Civil*, Fasc. 201, 2006, spéc. n° 88.

¹⁷³⁹ M. CREMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, T. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 261-308, spéc. p. 302.

¹⁷⁴⁰ F. LEDUC, « Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – principes fondamentaux », *op. cit.*, spéc. n° 88.

¹⁷⁴¹ En réalité, il ne suffit pas que le créancier ait commis une faute grave, mais qu'il ait commis une faute plus grave que n'est l'importance de son rôle causal dans la survenance du dommage ; s'il commet, par exemple, une faute grave causale à seulement 30% et le débiteur une simple négligence causale à 70%, il pourra tout de même être privé de l'indemnisation de la plus grande partie de l'indemnisation son préjudice, sinon de son entier.

¹⁷⁴² V. par ex. P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 263-305, spéc. p. 285 et M. CREMIEUX, art. préc., spéc. p. 302.

marque ainsi le départ du principe indemnitaire et l'accueil du principe punitif. Patrice Jourdain¹⁷⁴³ ne manque pas de le relever :

« Dès lors que la mesure de la réduction dépend largement – et parfois exclusivement – de la gravité de la faute commise, elle s'explique là encore par l'idée de pénalité privée. Ce qui montre une fois de plus que la responsabilité civile se charge d'une fonction répressive et morale accessoire à sa fonction principale de réparation »¹⁷⁴⁴.

¹⁷⁴³ Patrice Jourdain consacre des développements très intéressants à l'influence de la peine privée sur le partage de responsabilité entre co-responsables, entre responsable et victime, et dans l'hypothèse du recours des fonds d'indemnisation et des assureurs de responsabilité dans son rapport des Journées québécoises de l'Association Henri Capitant auquel nous renvoyons pour plus de détails : P. JOURDAIN, « Les peines privées – Rapport général », *op. cit.*, spéc. p. 38 et s.

¹⁷⁴⁴ P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 263-305, spéc. p. 285.

Conclusion du chapitre 2

348. Des dérogations au principe indemnitaire. Le présent chapitre a mis en évidence le fait que le principe de l'équivalence du dommage et de la réparation supportait, en matière contractuelle comme en matière délictuelle, de nombreuses exceptions. Cela s'est vérifié, d'abord, à propos de deux indemnités spéciales : la clause pénale et les intérêts moratoires. Un parallèle avec un arrêt récent rendu en matière de responsabilité délictuelle permet de souligner encore le décalage qui existe entre ces indemnités et le droit commun de la réparation. Dans cette affaire, une mère demandait l'indemnisation de son préjudice moral suite à la mort de son fils tué par un policier lors de l'interpellation d'une voiture volée dans laquelle il était passager. La Cour de cassation note que la Cour d'appel, pour procéder à l'évaluation du préjudice, a énoncé que :

« la perte d'un être cher n'a pas de prix car aucune valeur monétaire ne peut remplacer une vie ni qualifier des souffrances morales ; qu'il convient de rester dans les limites de certains barèmes car toute indemnisation a ses limites, en tenant compte, à la fois, des circonstances particulières de la disparition de M. X... et des barèmes existants ».

Elle sanctionne ce raisonnement et casse l'arrêt au visa de l'article 706-3 du code de procédure pénale et du « principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit pour la victime » dès lors :

« qu'en statuant ainsi par référence à des barèmes, sans procéder à l'évaluation du dommage en fonction des seules circonstances de la cause, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés »¹⁷⁴⁵.

Le lien peut paraître très distendu entre cet arrêt et le cas des intérêts moratoires et des autres indemnités évoquées dans le présent chapitre : on se situe en matière délictuelle et non contractuelle ; est en cause un préjudice moral et non un préjudice matériel. Les deux situations supportent toutefois la comparaison parce qu'elles font face à un problème commun et recherchent une solution parente. Le problème commun, c'est la difficulté de quantification d'un préjudice particulier – on admettra sans discussion qu'elle est plus marquée encore dans le cas de la perte d'un être cher qu'en cas de retard de paiement ou plus généralement d'inexécution contractuelle. A ce problème, il est cherché une solution commune dans le recours à des barèmes, qui proposent des valeurs de référence pour la réparation de ces préjudices difficilement évaluables. La source de ces barèmes diffère cependant : le contrat fixe le montant de la clause pénale, la loi pose le taux des intérêts moratoires, les tribunaux

¹⁷⁴⁵ Civ. 2^e, 22 nov. 2012, pourvoi n° 11-25988, inédit, *RCA*, 2013, n° 2, comm. 50.

aménagent, à titre palliatif, leurs propres références. Il est fort douteux que l'arrêt évoqué souhaite mettre un terme à la pratique de ces barèmes et, de ce point de vue, il comporte une bonne part d'hypocrisie. Ce qui est reproché à la Cour d'appel, ce n'est pas tant d'avoir appliqué des barèmes, que d'avoir *dit* qu'elle le faisait. Cette pratique doit rester occulte, parce qu'elle viole ouvertement le principe de la réparation intégrale¹⁷⁴⁶. Les indemnités conventionnelles ou légales de la réparation, fussent-elles légales, encourent la même critique : elles violent pareillement le principe indemnitaire. Toutes ces évaluations « truquées » sont utiles, parfois même indispensables, sans doute. Elles n'en sont pas moins contraires au droit commun de la responsabilité, notamment au principe de l'équivalence du dommage et de la réparation qui reconnaît l'individualité du préjudice.

349. Aux manifestations de la peine privée. Cette dérogation au principe indemnitaire ne porte pas pour autant nécessairement le sceau de la peine privée. Il existe des indemnités de réparation « neutres », il en existe d'autres ouvertement « comminatoires ». Ainsi, pour ce qui est des évaluations conventionnelles de la réparation, il faut distinguer la clause d'indemnisation forfaitaire, qui n'est qu'une évaluation anticipée du préjudice sans fonction dissuasive, de la clause pénale qui, elle, constitue bien une peine privée. Pour les intérêts moratoires, il faut là aussi distinguer. C'est seulement lorsque son taux dépassera indubitablement les taux proposés sur le marché qu'on pourra qualifier l'intérêt moratoire de peine privée, ce qui est possible pour les intérêts moratoires du droit commercial, mais douteux pour ceux du droit commun. Au-delà de ces mécanismes qui occupent une place un peu particulière dans le droit commun de la responsabilité contractuelle (auquel, rappelons-le, les intérêts moratoires n'appartiennent pas *stricto sensu*), on pourrait penser que le régime général de la responsabilité contractuelle, lui, resterait insensible à la peine privée. Or, la peine privée joue encore un rôle au sein même du droit commun de la responsabilité contractuelle. Chacun des trois systèmes étudiés refuse en effet au débiteur dont le comportement est particulièrement « blâmable » le bénéfice d'un allègement de responsabilité auquel le débiteur « classique » peut normalement prétendre. La privation du bénéfice des limitations légales et conventionnelles de la réparation ainsi que la répartition « morale » et non causale de la réparation en cas de partage de responsabilité sont autant de manifestations de la réception de la peine privée par le droit commun de la responsabilité contractuelle.

¹⁷⁴⁶ Sur cette pratique, v. dernièrement S. PORCHY-SIMON, « Barémisation des indemnisations, choix des modes de réparation (capital, rente). Rapport français », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 647.

Conclusion du titre 1

350. La crise de transparence de la responsabilité civile. Dans un article paru dans une revue canadienne, Philippe Brun notait que :

« Le droit dit de la réparation nous donne parfois la désagréable impression de se « payer de mots » et de dissimuler l'insuffisante fermeté de ses choix, voire son absence de choix derrière des déclarations de principe plus incantatoires que normatives. »¹⁷⁴⁷

L'influence occulte de la peine privée sur le droit de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle conforte ce constat. Les affirmations du principe indemnitaire et de son corollaire selon lequel la victime ne retirera de la réparation ni perte ni profit sont catégoriques et répétées. Pourtant, la pratique offre une image si différente que l'on ne sait plus que penser de ce « soi-disant principe qui n'est pas appliqué, qui ne le sera jamais, qui reste, par conséquent, une simple vue de l'esprit », selon les mots de Boris Starck¹⁷⁴⁸. La responsabilité civile traverse, à l'évidence, une crise de transparence. Celle-ci ne pourra être résolue qu'avec la prise de conscience de sa pluralité de fonctions. La responsabilité contractuelle partage avec la responsabilité délictuelle non seulement une fonction de réparation, mais également une fonction de peine privée. Celle-ci s'exprime à travers des figures juridiques particulières : astreintes, dommages et intérêts exemplaires du droit anglais, clause pénale, intérêts moratoires du droit commercial. Son emprise sur le droit de la responsabilité est profonde et s'inscrit jusque dans le droit commun. Alors que la responsabilité contractuelle repose sur un fait générateur objectif (l'inexécution) par définition incompatible avec l'idée de peine privée, la culpabilité resurgit au stade du fait libérateur de responsabilité, afin de priver le débiteur coupable de dol des limitations légales et conventionnelles de la réparation, ou pour décider du partage de responsabilité entre lui et le créancier. A quoi s'ajoute encore « la liberté actuelle des juges du fond dans l'évaluation des dommages et intérêts [qui] leur permet d'ores et déjà de condamner au paiement de dommages et intérêts punitifs, du moment qu'ils n'en révèlent pas la véritable nature dans les motifs de leurs décisions »¹⁷⁴⁹.

351. Isoler la peine privée, consacrer la peine privée. Un nouveau regard doit être porté sur la responsabilité civile et, pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, sur la responsabilité contractuelle. Une meilleure observation de la responsabilité contractuelle

¹⁷⁴⁷ PH. BRUN, « Personnes et préjudice », *Revue générale de droit* [Ottawa] 2003 (33), p. 187, spéc. p. 203.

¹⁷⁴⁸ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, spéc. p. 386.

¹⁷⁴⁹ G. VINEY, « Rapport de synthèse », in : *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, hors-série RCA, juin 2001, p. 82, spéc. p. 86.

s'impose, d'abord, pour mieux repérer les manifestations de la peine privée. Les développements qui précèdent ont permis d'isoler trois critères distinctifs de la peine privée, et d'en vérifier la pertinence sur plusieurs mécanismes dont la coloration punitive était latente. Premièrement, l'indemnité versée au créancier est supérieure au préjudice normalement réparable (critère matériel). Deuxièmement, ce supplément dépend directement de l'existence d'une faute imputable au responsable et même s'appuie sur la gravité de celle-ci (critère moral). Troisièmement, la sanction poursuit un but normatif : elle vise à prévenir et punir un comportement précis (critère téléologique). La peine privée est caractérisée lorsque le critère matériel et le critère moral sont cumulativement remplis. Le critère téléologique étant difficile à vérifier objectivement (le but officiel n'est pas toujours le but réel) et parfois peu concluant (une sanction peut remplir plusieurs buts à la fois), une peine privée peut être constatée sans démonstration positive de celui-ci. En revanche, lorsqu'il apparaît que la sanction observée ne peut en aucun cas avoir une visée punitive, l'absence du critère téléologique suffit à disqualifier la peine privée. Les trois éléments décrits permettent ainsi d'isoler, au sein de la responsabilité contractuelle, des sanctions punitives aux côtés des sanctions réparatrices.

L'investigation doit ensuite laisser la place à la construction. La peine privée peut se manifester dans des mécanismes spécifiques qui possèdent déjà un régime propre (la clause pénale, les intérêts moratoires du droit commercial). La reconnaissance de leur caractère punitif ne soulève que peu de difficultés, étant déjà acté qu'ils dérogent au droit commun. La difficulté est plus grande lorsque la peine privée prospère précisément dans le droit commun. Officiellement, les dommages et intérêts y sont exclusivement compensatoires. Si la peine privée vient à se glisser dans certains d'entre eux, elle peut les transformer en dommages et intérêts punitifs. Un choix s'impose alors. Soit, la peine privée doit être effectivement bannie – et pas seulement par des mots qui ne changent rien au fond. Soit elle doit être tolérée – ce qui ne peut se faire qu'au prix d'une certaine hybridation des dommages et intérêts compensatoires. Soit, elle doit être officialisée – la responsabilité contractuelle assume sa pluralité de fonctions : en plus des dommages et intérêts compensatoires destinés à accomplir sa fonction de réparation, d'autres sanctions pécuniaires à fonction de peine privée sont officialisées. La meilleure des solutions résulte peut-être d'une combinaison de plusieurs de ces solutions, selon les sanctions concernées. Les propos qui suivent, consacrés aux sanctions qui traduisent la peine privée, permettront de le vérifier.

TITRE 2. LES SANCTIONS REFLÉTANT LA PEINE PRIVEE

352. Exclusion des sanctions « en nature » et de celles qui ne bénéficient pas à la victime. Etant acquis que la peine privée est une fonction émergente de la responsabilité contractuelle, faut-il consacrer des sanctions qui soient directement dirigées vers ce but ? Pour avancer une réponse, il faut déjà identifier les sanctions dans lesquelles peut potentiellement se matérialiser la peine privée. Jusqu'à présent, nous n'avons trouvé au sein de la responsabilité contractuelle que des sanctions pécuniaires : dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution caractérisant la fonction de paiement, dommages et intérêts compensatoires traduisant la fonction de réparation. La réparation en nature a été écartée puisque – pour schématiser – lorsqu'elle remplit une fonction de paiement, elle se confond avec l'exécution en nature et lorsqu'elle remplit une fonction de réparation, elle est injustifiée¹⁷⁵⁰. Il se pourrait cependant que la responsabilité contractuelle, dans sa fonction de peine privée, puisse être réalisée autrement que par des dommages et intérêts. On pense notamment aux déchéances¹⁷⁵¹, aux mesures de cessation de l'illicite¹⁷⁵² ou encore à la confiscation des profits entre les mains de l'état ou d'un organisme désigné par lui¹⁷⁵³. Ces sanctions pourraient être comprises dans une acception large de la responsabilité contractuelle, mais au coût de sa transformation en notion « fourre-tout ». La responsabilité contractuelle ne pouvant plus être définie par référence à la réparation, puisqu'elle remplit une pluralité de fonctions, elle ne conserve que deux traits distinctifs par rapport aux autres sanctions de l'inexécution : elle est pécuniaire et bénéficie à la victime. Forcer l'inclusion des déchéances et des mesures de cessation de l'illicite, qui ne sont pas pécuniaires, ou de la confiscation des profits, qui ne bénéficie pas à la victime, reviendrait à priver la responsabilité

¹⁷⁵⁰ V. en détails *supra*, spéc. n° 65 et s.

¹⁷⁵¹ Par exemple, la perte du bénéfice d'une prime d'assurance en cas d'inexécution de l'obligation d'information ou la déchéance du droit aux intérêts sanctionnant les manquements du prêteur.

¹⁷⁵² Pour une vision d'ensemble des mesures de ce type, v. la thèse de C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008 ; sur le rôle de la cessation de l'illicite dans le droit de la responsabilité civile extracontractuelle, v. J.-S. BORGHETTI, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in : *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. 257, spéc. p. 269 et s.

¹⁷⁵³ Pour un exemple d'amende civile en droit de la concurrence, v. *infra*, spéc. n° 416.

contractuelle de toute substance. Cela ne présenterait de surcroît aucun intérêt puisque les règles qui s'appliquent à ces trois mesures ne sont ni communes entre elles, ni similaires à celles applicables à la responsabilité contractuelle. Ces mesures constituent des sanctions particulières de l'inexécution, avec un champ d'application spécial et un régime autonome. Il n'est ni utile, ni pertinent, de chercher à les fondre les unes dans les autres. Nous les laisserons donc de côté pour nous concentrer sur les seules sanctions qui relèvent véritablement de la responsabilité contractuelle : les sanctions pécuniaires de l'inexécution.

353. Les sanctions extracompensatoires punitives : dommages et intérêts punitifs et restitution des profits. D'emblée, lorsque l'on recherche la peine privée dans la responsabilité civile, ce sont les dommages et intérêts punitifs qui viennent à l'esprit. Les dommages et intérêts punitifs ont fait une entrée tardive dans le « Vocabulaire juridique » de l'Association Henri Capitant. C'est seulement dans l'édition de 2003 qu'apparaît leur définition :

« dommages-intérêts ordonnés non à la seule réparation du préjudice, mais, en raison de la particulière gravité de la faute de celui qui l'a causé, à la punition de celui-ci, par sa condamnation à une somme qui excède la réparation intégrale du dommage [...] »¹⁷⁵⁴.

Cette définition reprend les mêmes critères que ceux qui caractérisent la peine privée : le dessein punitif, la gravité du comportement sanctionné et le dépassement de la valeur du préjudice¹⁷⁵⁵. On peut ainsi dire que la peine privée est la sanction qui regroupe ces trois caractères, quelle que soit la forme qu'elle prend (une déchéance peut être une peine privée, par exemple¹⁷⁵⁶). Lorsqu'elle se moule dans une condamnation pécuniaire, la peine privée devient dommages et intérêts punitifs. Les critères de la peine privée sont encore présents dans la nouvelle définition adoptée dans l'édition de 2014 du même « Lexique juridique » :

« [s]omme d'argent qui excède manifestement l'indemnisation d'un dommage et destinée à sanctionner le comportement de l'auteur du dommage dans un but d'exemplarité »¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵⁴ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd., Paris, PUF, 2003, spéc. « dommages-intérêts punitifs ».

¹⁷⁵⁵ V. *supra*, spéc. n° 264 et s.

¹⁷⁵⁶ Les exemples cités dans le *Vocabulaire juridique* sous « peine privée » le montrent bien : « l'héritier coupable de recel successoral (C.civ., a. 792) doit abandonner au profit de ses cohéritiers sa part dans les objets recelés ou divertis, les primes demeurent acquises à l'assureur en cas de fausse déclaration intentionnelle de l'assuré (C. ass., a. L. 113-8) » ; v. également J. DEPRESZ « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1968, p. 28, spéc. p. 61, le B. « Sanctions à fonction répressive », 1^o « Peine privée et déchéance ».

¹⁷⁵⁷ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, spéc. « dommages-intérêts punitifs ».

Les dommages et intérêts punitifs constituent bien une incarnation – et même l’une des plus classiques – de la peine privée.

Cependant, comme il a été vu, les dommages et intérêts punitifs sont prohibés en droits allemand et français de manière générale, et en droit anglais dans le domaine contractuel. Il n’existe donc pas, à première vue, de dommages et intérêts punitifs dans le droit de la responsabilité contractuelle. Néanmoins, certains dommages et intérêts se teintent d’une coloration punitive : tout en étant rattachés de près ou de loin au dommage, ils cherchent non seulement à indemniser le créancier, mais aussi à punir le débiteur fautif. Ces dommages et intérêts à coloration punitive sont bien des dommages et intérêts extra-compensatoires ou supra-compensatoires, mais ils réalisent une peine privée mêlée de réparation. Il faudra, dans un premier temps, présenter ces dommages et intérêts à coloration punitive et s’interroger sur l’opportunité de leur généralisation (chapitre 1). Au-delà des dommages et intérêts punitifs, une autre sanction pécuniaire de l’inexécution est dirigée vers la punition du débiteur fautif. Il s’agit de la restitution des profits, qui sera présentée dans un second temps (chapitre 2).

Chapitre 1. Les dommages et intérêts à coloration punitive

Chapitre 2. La restitution des profits

Chapitre 1. Les dommages et intérêts à coloration punitive

354. Au-delà du principe indemnitaire. Dans chacun des trois systèmes étudiés, il n'est traditionnellement affecté à la responsabilité contractuelle qu'une vertu réparatrice, et non punitive. On pourrait dire que la responsabilité n'est pas une riposte, c'est un pansement. En Allemagne, le principe indemnitaire (*Schadensausgleich*) se décline en deux axiomes qui encadrent strictement la responsabilité : le principe de réparation intégrale du préjudice (*Totalreparation*) et la prohibition de l'enrichissement par le biais de la réparation (*Bereicherungsverbot*). Le premier permet à la victime d'obtenir réparation de son entier préjudice, le second lui interdit de tirer de la réparation un quelconque bénéfice. En France, c'est la même idée qui est exprimée par la maxime « tout le préjudice, rien que le préjudice » et l'affirmation prétorienne selon laquelle :

« les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il résulte pour elle ni perte ni profit »¹⁷⁵⁸

En droit anglais, enfin, les dommages et intérêts compensatoires (*compensatory damages*) doivent pareillement refléter le préjudice et une frontière stricte est tracée entre eux et les dommages et intérêts punitifs (*exemplary damages*). Le principe indemnitaire est le fil rouge de la responsabilité contractuelle. Qu'il soit toutefois permis de rappeler que ce principe indemnitaire ne signifie pas que *tout le dommage subi* va être réparé par la responsabilité contractuelle. Il signifie que la réparation doit couvrir l'entier *préjudice contractuel*, dont nous avons vu qu'elle était une notion juridique encadrée et distincte de la notion factuelle de dommage¹⁷⁵⁹. Le principe indemnitaire signifie donc uniquement qu'il doit y avoir équivalence entre ce préjudice contractuel et le montant des dommages et intérêts compensatoires.

Comme nous allons le voir, cette équivalence est occasionnellement rompue. Il arrive que la victime soit effectivement enrichie par les dommages et intérêts, au sens où elle reçoit des dommages et intérêts d'un montant supérieur au préjudice normalement réparable au titre de la responsabilité contractuelle, et ce en considération de la gravité de la faute du débiteur. L'idée de peine privée s'introduit alors dans les dommages et intérêts qui ne sont plus dirigés uniquement vers la réparation du créancier, mais également vers la punition du débiteur.

¹⁷⁵⁸ Civ. 2^{ème}, 8 juil. 2004, pourvoi n° 02-14854, *Bull. civ.*, II, n° 393, *RTD civ.*, 2004, p. 739, obs. P. JOURDAIN.

¹⁷⁵⁹ V. *supra*, spéc. n° 247.

L'existence en droit positif de ces dommages et intérêts à coloration punitive (section 1) soulève la question de l'opportunité d'une généralisation des dommages et intérêts punitifs comme sanction de l'inexécution, à laquelle faudra cependant renoncer (section 2).

Section 1. L'existence de dommages et intérêts à coloration punitive

Section 2. L'inopportunité d'une généralisation des dommages et intérêts punitifs

Section 1. L'existence de dommages et intérêts à coloration punitive

355. La punition caractérisée par le dépassement du préjudice réparable (non du dommage subi) en considération de la faute du débiteur. Pour révéler l'existence de dommages et intérêts punitifs occultes dans les droits français, allemand et anglais, il sera recouru aux critères de la peine privée précédemment dégagés¹⁷⁶⁰. Comme nous l'avons vu, le critère téléologique n'est pas à lui seul très parlant, mais il soulève tout de même une interrogation centrale : faut-il décourager la violation du contrat ? Cette question sera traitée en détails dans le prochain chapitre¹⁷⁶¹. L'attention sera ici portée principalement sur les deux critères les plus pertinents de la peine privée : le critère matériel et le critère moral. Le critère matériel de la peine privée est caractérisé par le dépassement du principe d'équivalence du préjudice contractuel et de la réparation. Il s'agit de comparer l'étendue de la sanction prononcée avec celle qui aurait dû être prononcée au titre de la réparation. Ainsi, si le dommage n'est pas démontré, aucune réparation ne devrait normalement pouvoir être prononcée, et le critère matériel est rempli du seul fait qu'une peine pécuniaire est accordée en dépit de l'absence de démonstration d'un préjudice. Si le dommage est démontré, la réparation devrait couvrir un certain montant qui correspond au préjudice contractuel réparable, et le critère matériel se trouve rempli dès que la peine prononcée dépasse la valeur du préjudice contractuel réparable. Dans ce deuxième cas, il faut prendre garde à ne pas confondre le dépassement du préjudice normalement réparable avec le dépassement du préjudice effectivement subi. Il n'est pas nécessaire, pour caractériser la peine privée, d'aller au-delà du dommage subi. Puisque la réparation est satisfaite par l'octroi d'une somme « x » dont on estime qu'elle correspond *juridiquement* à la réparation du préjudice, le simple fait d'octroyer « x + 1 » caractérise matériellement la peine privée, même si ce « x + 1 » reste inférieur à une valeur « y » correspondant *factuellement* au dommage subi. C'est le dépassement des limites du préjudice contractuel réparable qui nous intéresse ici et qui, combiné au critère moral de la faute, permet de caractériser le rôle de peine privée joué par la sanction prononcée. La résurgence de la faute comme critère cumulatif de la peine privée est décisif car, normalement, la faute ne devrait jouer aucun rôle dans la réparation contractuelle. La culpabilité du débiteur n'intervient normalement ni dans la mise en jeu de la réparation,

¹⁷⁶⁰ V. *supra*, spéc. n° 264 et s.

¹⁷⁶¹ V. *infra*, spéc. n° 435 et s.

qui repose exclusivement sur une condition (objective) d'inexécution¹⁷⁶², ni dans son étendue, qui ne doit varier qu'en considération du préjudice. La combinaison des deux critères matériel et moral de la peine privée permettra de révéler l'existence de sanctions assimilables à des dommages et intérêts punitifs. L'inventaire ne prétend à aucune exhaustivité, mais cherche à mettre en lumière les phénomènes les plus évocateurs du droit français (§1), du droit allemand (§2) et du droit anglais (§3).

§1. En droit français

356. Le dépassement des limites du préjudice matériel et la démultiplication du préjudice moral. En droit français, la peine privée s'introduit dans les dommages et intérêts de différentes manières. D'abord, par une règle de portée générale, selon laquelle les limites du préjudice réparable tombent en cas de dol (A). Ensuite, par une règle spéciale qui n'est, en fait, qu'une application de la première au cas particulier des dettes d'argent (B). Enfin, de manière plus originale, elle s'immisce parfois dans l'évaluation du préjudice moral pour aboutir à une condamnation qui consiste, en fait, en des dommages et intérêts multiples (C).

A. La sanction du dol par des dommages et intérêts à caractère punitif

1. Les dommages et intérêts étendus au préjudice imprévisible

357. La sanction du dol de l'article 1150 du Code civil est une peine privée. La première illustration de dommages et intérêts punitifs en droit français, et certainement la plus parlante, est la sanction du dol dans la responsabilité contractuelle. Le dol, au stade de l'exécution du contrat, correspond à la « faute du débiteur qui se soustrait sciemment à ses obligations »¹⁷⁶³. Il a pour effet de faire sauter les barrières du préjudice contractuel réparable. C'est ce que prévoit l'article 1150 du Code civil dans sa réserve finale (c'est nous qui soulignons) :

« Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, **lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.** »¹⁷⁶⁴

¹⁷⁶² V. *supra*, spéc. n° 170 et pour une comparaison au droit allemand qui exige traditionnellement la faute *supra*, spéc. n° 40.

¹⁷⁶³ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, spéc. « dol », sens 2.

¹⁷⁶⁴ Art. 1150 du Code civil.

S'il viole le contrat de manière délibérée, le débiteur est donc tenu de « tous » les dommages et intérêts (prévisibles ou non), à condition toutefois qu'ils demeurent en lien direct avec l'inexécution. C'est ce que précise l'article 1151 du Code civil :

« Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention »¹⁷⁶⁵.

Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur le sens et la portée de l'exigence de prévisibilité du dommage, dont il a été vu qu'elle était l'expression française d'un objectif partagé par la quasi-totalité des systèmes juridiques : contenir la réparation contractuelle dans certaines limites¹⁷⁶⁶. Pourquoi, alors, faire sauter cette limite lorsqu'une faute d'une particulière gravité peut être reprochée au débiteur ? Est-ce pour dissuader ces violations du contrat qui peuvent effectivement être empêchées puisqu'elles interviennent « de propos délibéré »¹⁷⁶⁷ ? Quel autre sens peut avoir cette disposition sinon prévenir et punir le débiteur qui tente de se soustraire à ses obligations ? Pour certains, il s'agirait toujours d'une réparation puisque c'est encore le dommage – non plus le préjudice réparable mais tout de même le dommage subi – qui donne la mesure de la sanction. Tant que la sanction resterait tributaire du dommage, elle ne pourrait être que réparation¹⁷⁶⁸. Il faut pourtant regarder plus loin. Si le droit français admet par principe comme seul préjudice réparable le préjudice prévisible, c'est qu'il estime l'impératif de réparation satisfait par l'octroi de dommages et intérêts dans cette mesure. Lorsqu'ils vont au-delà, les dommages et intérêts ne peuvent plus poursuivre un objectif indemnitaire puisque la réparation, elle, a déjà été comblée par les dommages et intérêts à hauteur du préjudice prévisible. Considérer que la sanction du dol par l'article 1150 du Code civil est indemnitaire reviendrait nécessairement à considérer que la sanction classique de l'inexécution – la réparation du préjudice prévisible – ne l'est pas ! Car soit la réparation est satisfaite par l'indemnisation du préjudice prévisible, soit elle l'est par celle du dommage entièrement subi. La sanction du dol va ainsi au-delà de ce qui constitue habituellement la

¹⁷⁶⁵ Art. 1151 du Code civil.

¹⁷⁶⁶ V. nos développements *supra*, n° 228 et s.

¹⁷⁶⁷ Selon l'expression consacrée en jurisprudence, v. par ex. Civ. 1^{ère}, 4 févr. 1969, *Bull.*, n° 60 ; *D.*, 1969, 601, note J. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1969, 708, obs. G. DURRY : « le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant »

¹⁷⁶⁸ C'est en ce sens qu'Alexis Jault refuse de reconnaître une peine privée mêlée de réparation, si bien que toute sanction qui est réparatrice ne pourrait plus être punitive également, v. A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris, LGDJ, 2005, spéc. n° 20 et s. Nous ne partageons pas cette opinion.

réparation (élément matériel) et elle est déclenchée par le dol, une faute d'une certaine gravité (élément moral). C'est bien une peine privée¹⁷⁶⁹.

2. Illustrations du caractère punitif

358. Une illustration classique : l'arrêt « Société des comédiens français ». L'arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile le 4 février 1969 « Société des comédiens français »¹⁷⁷⁰ fournit une illustration de l'application des dommages et intérêts punitifs sanctionnant le dol du cocontractant. Un comédien (Claude Giraud) s'était engagé à tourner un film pour Jean Giono, au mépris de son engagement exclusif auprès de la Comédie Française. Or, la clause pénale prévue dans le contrat pour un tel manquement était d'un montant bien faible, en comparaison des avantages rapportés au comédien par sa violation. Si bien que la Société des comédiens français exigea d'obtenir non seulement le règlement de la pénalité contractuelle, mais de surcroît des dommages et intérêts supplémentaires en réparation du préjudice subi. Comme le litige se situait dans les années 1960 et que ce n'est qu'en 1975 que le pouvoir du juge de « modérer ou augmenter la peine [...] manifestement excessive ou dérisoire » a été introduit¹⁷⁷¹, c'est l'article 1150 du Code civil qui pouvait seul faire sauter les limites du préjudice couvert par la clause. Encore fallait-il pour cela démontrer un dol. Or, selon la Cour d'appel, cela supposait non seulement que le comédien ait eu la volonté de ne pas exécuter ses obligations mais encore qu'il ait agi avec malignité dans l'intention de nuire à son cocontractant¹⁷⁷². Or, en l'espèce, il s'agissait seulement d'une faute lucrative, sans que le comédien ait cherché à nuire à son employeur. Le dol n'étant pas caractérisé, la réparation restait contenue par la clause. La Cour de cassation, pour parvenir au résultat inverse, retint une toute autre définition du dol :

« le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos libéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant »¹⁷⁷³.

C'est par cet attendu de principe que fut consacrée une définition souple du dol, peut-être influencée par une chronique parue quelques années plus tôt et qui proposait déjà un

¹⁷⁶⁹ V. not. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6^e éd., Paris, Litec, 1998, spéc. n° 1677 ; plus récemment : C. WITZ, « La faute contractuelle – Rapport français », in : *Droit français et droit brésilien, Perspectives nationales et comparées*, Actes du colloque réalisé dans le cadre de l'« Année de la France au Brésil », Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 659, spéc. p. 668 : « On peut y voir une peine privée ».

¹⁷⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 4 févr. 1969, *Bull.*, n° 60 ; *D.*, 1969, 601, note J. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1969, 708, obs. G. DURRY.

¹⁷⁷¹ Art. 1152 al. 2 du Code civil introduit par la loi n° 75-597 du 9 juil. 1975, sur lequel v. *supra*, spéc. n° 321.

¹⁷⁷² Telle était effectivement la définition du dol retenue jusqu'alors, v. à ce sujet les dév. détaillés de G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, spéc. n° 618 et s.

¹⁷⁷³ Civ. 1^{ère}, 4 févr. 1969, *Bull.*, n° 60, préc.

dépassement de la condition de malveillance du dol¹⁷⁷⁴. Cette nouvelle définition, qui est encore celle en vigueur aujourd'hui¹⁷⁷⁵, lui permit de renvoyer à une Cour d'appel le soin de reconnaître le dol et gratifier ainsi la Société des comédiens français des dommages et intérêts supplémentaires réclamés en application de l'article 1150 du Code civil constituant le visa de l'arrêt.

359. Une illustration moderne : l'application à la surréservation. L'arrêt « Société des comédiens français » dévoile toute la force de la sanction du dol, qui peut écarter d'un même mouvement tant les évaluations conventionnelles que les limitations légales de la réparation¹⁷⁷⁶. Le dol détruit les barrages conventionnels et légaux de la réparation pour consacrer une sur-indemnisation du créancier qui vaut sanction. C'est une peine privée dont il est d'autant plus important de réaliser la nature qu'elle appartient au droit commun de la responsabilité contractuelle. Si d'autres arrêts ont été rendus dans des espèces similaires¹⁷⁷⁷, ces dommages et intérêts à coloration punitive sont toutefois restés contenus, car le dol n'est que rarement caractérisé. Ils peuvent cependant jouer un rôle très utile pour sanctionner certaines pratiques frauduleuses, telle la surréservation mise en œuvre par des transporteurs aériens. Plusieurs arrêts d'appel ont ainsi décidé que le refus d'embarquement imputable à la surréservation traduisait une inexécution dolosive autorisant le passager victime à réclamer l'indemnisation de ses préjudices mêmes imprévisibles¹⁷⁷⁸. L'application de l'article 1150 du Code civil à la surréservation suit un raisonnement tout-à-fait cohérent :

« le fait, pour un transporteur aérien, d'offrir à la réservation de sa clientèle un nombre de places supérieur à celui que permet la capacité de l'avion, dans chaque classe, ne peut résulter d'une simple erreur, compte tenu des moyens informatiques actuels, mais correspond à une politique commerciale de surréservation destinée à accroître la rentabilité financière des vols

¹⁷⁷⁴ R. JAMBU-MERLIN, « Dol et faute lourde », *D.*, 1955, chron. p. 84, sur laquelle v. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil, op. cit.*, spéc. n° 619.

¹⁷⁷⁵ Pour une confirmation, v. par ex. Com., 19 janv. 1993, pouvoi n° 91-11805, *Bull.*, IV, n° 24, p. 14.

¹⁷⁷⁶ Dans cet arrêt, l'évaluation conventionnelle de la réparation prenait la forme d'une « clause pénale » ou plutôt, en réalité, d'une clause d'indemnisation forfaitaire (sur cette distinction, v. *infra*, spéc. n° 317 et n° 319) mais la solution vaut aussi pour les clauses limitatives de réparation, comme il a été vu *supra*, spéc. n° 341 et s.

¹⁷⁷⁷ Comp. un arrêt similaire rendu à propos d'un artiste n'ayant pas honoré son engagement de se produire à l'occasion d'une fête communale et dont le dol est reconnu au regard du fait qu'il « avait signé lui-même le contrat, n'avait pas, ne fut-ce qu'en dernière heure, avisé de sa défection et n'avait jamais allégué le moindre prétexte qui soit de nature à expliquer celle-ci, ce qui établissait qu'il avait eu la volonté arrêtée de ne pas exécuter l'obligation qu'il avait contractée », ce dol justifiant l'allocation de dommages et intérêts supérieurs à ceux prévus au contrat, Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1975, pourvoi n° 74-13217, *Bull. civ.* 1, n° 290, p. 242.

¹⁷⁷⁸ V. par ex. CA Paris, 8^e ch. A, 15 sept. 1992, *D.*, 1993, p. 98, note PH. DELEBECQUE ; CA Riom, ch. com., 12 mai 2010, n° 09/00161 : « Que la société LUFTHANSA sera tenue également de garantir les autres chefs de préjudices en application des dispositions de l'article 1150 du code civil in fine, l'absence d'indemnisation des dommages imprévisibles ne pouvant être retenue en l'espèce, le refus d'embarquement des consorts COGORDAN pour cause en fait de surbooking relevant suivant la jurisprudence d'une inexécution dolosive de sa part ».

au détriment des intérêts légitimes des passagers [...] le choix d'une telle politique, en connaissance du risque qu'elle implique de ne pouvoir assurer l'embarquement de la totalité des passagers ayant réservé dans un vol déterminé, est constitutif d'un dol [...] »¹⁷⁷⁹.

Cette jurisprudence met en lumière le rôle central que peut jouer la réserve finale de l'article 1150 du Code civil dans la lutte contre certaines fautes lucratives contractuelles des plus fréquentes. Son efficacité reste cependant tributaire du nombre d'actions effectivement portées par les créanciers victimes de la pratique, une condamnation seulement occasionnelle ne pouvant produire un effet dissuasif sensible sur les acteurs économiques en jeu.

B. La sanction du retard présentant un caractère dilatoire

1. Les dommages et intérêts supplémentaires du Code civil

360. Le modèle allemand : d'un forfait à un palier sans passer par la peine privée. Les intérêts moratoires instaurent, pour les dettes d'argent, une indemnisation forfaitaire par un taux d'intérêt fixé légalement ou réglementairement¹⁷⁸⁰. Ils existent, comme nous l'avons vu, dans toute l'Union européenne pour certaines transactions commerciales¹⁷⁸¹, tandis qu'ils ont été rejetés sous cette forme par le droit anglais au-delà des nécessités de l'harmonisation pour laisser le soin aux tribunaux d'évaluer individuellement le préjudice causé par le retard de paiement¹⁷⁸². Les droits français et allemand ont au contraire un tel mécanisme dans leur droit commun, dont on peut considérer, à défaut de pouvoir démontrer que leurs taux dépassent ceux du marché, qu'ils remplissent, comme ils le prétendent, une fonction réparatrice¹⁷⁸³. En Allemagne, ce forfait fonctionne en réalité comme un palier, puisque l'on trouve dans le §288 BGB un alinéa 4 en vertu duquel :

« Il n'est pas exclu de faire valoir tout autre dommage. »¹⁷⁸⁴.

Le créancier peut ainsi arguer d'un gain manqué plus important, par exemple le bénéfice d'un investissement plus intéressant auquel il destinait l'argent¹⁷⁸⁵, ou bien d'une perte plus grave, par exemple des frais occasionnés par la souscription d'un crédit rendue nécessaire par l'absence de disposition des fonds¹⁷⁸⁶. Contrairement au droit prussien, qui conditionnait cet

¹⁷⁷⁹ CA Paris, 8^e ch. A, 15 sept. 1992, *D.*, 1993, p. 98, note PH. DELEBECQUE, arrêt préc.

¹⁷⁸⁰ Sur les intérêts moratoires, v. nos dev. *supra*, spéc. n° 325 et s.

¹⁷⁸¹ Directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, spéc. art. 3.

¹⁷⁸² V. *supra*, n° 332.

¹⁷⁸³ Comp. *supra*, spéc. n° 336.

¹⁷⁸⁴ §288 al. 4 BGB, trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010.

¹⁷⁸⁵ O. PALANDT (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 74^e éd., München, Beck, 2015, §288, spéc. n° 13.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, spéc. n° 14.

affranchissement du forfait par l'existence d'un dol ou d'une faute lourde imputable au débiteur¹⁷⁸⁷, le BGB ne soumet cette indemnisation supplémentaire qu'à la preuve du préjudice allégué. Ici, à défaut de critère moral, point de peine privée : c'est le préjudice et uniquement le préjudice qui guide l'élargissement de l'indemnisation.

361. Le modèle français : d'un forfait vers un supplément présentant les caractères de la peine privée. La situation est différente en France. C'est en 1900 que le législateur a introduit une exception au caractère forfaitaire des intérêts moratoires¹⁷⁸⁸ et, d'emblée, elle a été rapprochée de la peine privée¹⁷⁸⁹. C'est en effet une considération moraliste qui a conduit à transformer en règle de droit ce que Pothier percevait comme règle morale, lorsqu'il admettait que le caractère forfaitaire des intérêts moratoires valait pour le droit :

« mais dans le for de la conscience [...] si le dommage que le dol a causé au créancier, est plus grand que ces intérêts [...] lorsque le débiteur, par dol et par une contumace affectée, a été en demeure de payer ce qu'il pouv[a]it payer facilement, il doit indemniser le créancier entièrement [...] »¹⁷⁹⁰

L'idée a convaincu d'abord les tribunaux, qui se sont mis à chercher des moyens détournés (l'usage de l'article 1382 du Code civil notamment) pour passer outre la règle du forfait¹⁷⁹¹. Le législateur leur a emboîté le pas en consacrant l'article 1153 alinéa 4 de Code civil, selon lequel :

« Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. »¹⁷⁹²

Cette règle, dont on retrouve l'esprit dans d'autres dispositions¹⁷⁹³, attribue à la mauvaise foi du débiteur la conséquence pénalisante d'un renforcement de l'indemnité due. Deux conditions sont nécessaires à sa mise en jeu : la mauvaise foi du débiteur et un préjudice indépendant du retard subi par le créancier. Pour ce qui est de la première, le Doyen Carbonnier l'assimile au « dol » de l'article 1150 du Code civil, voyant dans celle-ci un

¹⁷⁸⁷ Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, part. I, titre 11, §834: « Hat jedoch der Schuldner, bey vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen, die Zahlung verzögert, so kann der Gläubiger, statt der Zögerungszinsen, oder der Conventionalstrafe, den Ersatz des aus diesem Verzüge ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen. ».

¹⁷⁸⁸ Loi du 7 avril 1900, *JORF*, 10 avr. 1900, p. 2217.

¹⁷⁸⁹ F. GENY, « Risques et responsabilité », *RTD civ.*, 1902, p. 812, spéc. p. 812, note 1 (qui parle de peine civile) ; L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, dacty., 1904, spéc. p. 219 et s.

¹⁷⁹⁰ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle éd. par J. Bernardi, t. 1, Paris, Letellier, 1805, spéc. n° 172.

¹⁷⁹¹ V. L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit.*, spéc. p. 225 et s.

¹⁷⁹² Art. 1153, al. 4 du Code civil, introduit par la loi du 7 avril 1900 préc.

¹⁷⁹³ V. not. dans le même sens l'art. 1378 du Code civil à propos de la répétition de l'indu ainsi que les dispositions du Code des assurances exposées *infra*, spéc. n° 363.

« aspect spécialisé » de celui-là¹⁷⁹⁴. Il est vrai que la Cour de cassation, si elle rappelle régulièrement que la mauvaise foi doit être caractérisée¹⁷⁹⁵, ne la définit pas précisément. Il peut s'agir d'une résistance « présent[ant] un caractère dilatoire »¹⁷⁹⁶ ou encore « dépourvue de tout moyen sérieux et abusive »¹⁷⁹⁷. C'est, en somme, la volonté de différer le paiement¹⁷⁹⁸. Pas davantage que pour le dol, l'intention de nuire n'est exigée¹⁷⁹⁹. Quant à la deuxième condition, elle est « rédigé[e] d'une façon vicieuse » comme le relevaient déjà les auteurs d'un fameux *Traité*¹⁸⁰⁰. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un préjudice « indépendant » du retard, mais plutôt d'un préjudice *supplémentaire* à celui que réparent d'ores et déjà les intérêts moratoires, c'est-à-dire un gain manqué ou une perte qui *s'ajoute* à la privation des intérêts de placement de la somme promise¹⁸⁰¹. Peut ainsi bénéficier de tels dommages et intérêts supplémentaires le créancier qui n'a pas pu payer ses propres créanciers et a dû s'acquitter auprès d'eux d'une majoration, ou a subi une saisie¹⁸⁰²; ou encore celui qui, pour faire face à une dépense urgente, a dû souscrire un emprunt « à des conditions onéreuses »¹⁸⁰³; ou enfin celui que l'absence des liquidités expose à « des difficultés certaines de trésoreries »¹⁸⁰⁴.

362. Des dommages et intérêts supplémentaires caractérisant une peine privée : la « double » condamnation du retard d'exécution. Par le jeu de l'article 1153 al. 4 du Code civil, la mauvaise foi du débiteur se trouve finalement sanctionnée d'une « double » condamnation : la réparation forfaitaire classique et la réparation concrète spéciale. Certains y voient le reflet de deux préjudices distincts : d'une part le préjudice abstrait et constant constitué par le fait de n'avoir pu disposer des fonds et d'autre part le préjudice concret et

¹⁷⁹⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, PUF, 22^e éd., 2000, spéc. n° 159 c); *adde* la définition commune donnée au n° 156 : « c'est la malhonnêteté du débiteur essayant, de propos délibéré, de se soustraire à ses engagements »

¹⁷⁹⁵ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1988, pourvoi n° 86-15972, inédit, *RCA*, 1989, comm. n° 7; Civ. 3^{ème}, 1^{er} déc. 1993, pourvoi n° 91-22232, *Bull. civ.*, III, n° 156, p. 104; Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, pourvoi n° 01-17730, *Bull. civ.*, I, n° 277, p. 231.

¹⁷⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1970, pourvoi n° 69-10403, *Bull. civ.*, I, n° 325, p. 268, *JCP*, 1971, II, 16920, note M.D.P.S.

¹⁷⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 16 mars 1977, pourvoi n° 75-11255, *Bull. civ.*, I, n° 139, p. 107.

¹⁷⁹⁸ Telle est la formule générale proposée par G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 352 et empruntée à Civ. 1^{ère}, 13 avril 1983, pourvoi n° 82-10262, *Bull. civ.*, I, n° 118 : « [le débiteur] connaissait la situation exacte et avait volontairement différé le paiement ».

¹⁷⁹⁹ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 352.

¹⁸⁰⁰ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1960, spéc. note 4 du n° 2340.

¹⁸⁰¹ V. G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 352 et les réf. citées.

¹⁸⁰² V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 174 e).

¹⁸⁰³ Civ. 1^{ère}, 16 mars 1977, pourvoi n° 75-11255, *Bull. civ.*, I, n° 139, p. 107, préc.

¹⁸⁰⁴ Civ. 3^{ème}, 14 mai 1974, pourvoi n° 73-11833, *Bull. civ.*, III, n° 191, p. 144.

variable de n'avoir pu employer ces fonds aux fins auxquelles on les destinait¹⁸⁰⁵. Le schème indemnitaire ne saurait toutefois expliquer pourquoi l'on indemnise automatiquement le premier, tandis que l'on considère le second comme la rançon du comportement malveillant du débiteur. La mauvaise foi du débiteur génère-t-elle ce préjudice supplémentaire ? La réponse est évidemment négative. Le préjudice lié à la perte de l'emploi des fonds est le même, peu importe la bonne ou mauvaise foi du débiteur. Seulement, on considère *par principe* que ce préjudice n'est pas réparable. C'est seulement en considération du comportement particulièrement blâmable du débiteur que l'on autorise une réparation qui dépasse le préjudice normalement indemnisé. Sont donc bien réunis tant l'élément moral que l'élément matériel de la peine privée. Il s'agit bien de dommages et intérêts à coloration punitive, que le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 a d'ailleurs prévu de conserver¹⁸⁰⁶.

2. Les intérêts de retard doubles du Code des assurances

363. La sanction du retard d'offre d'indemnisation dans le Code des assurances. Jean-Sébastien Borghetti, dans un rapport sur les dommages et intérêts punitifs en droit français dans l'ouvrage « *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspective* » attire l'attention sur une disposition du Code des assurances qui pourrait évoquer des dommages et intérêts multiples¹⁸⁰⁷. Il s'agit de l'article L. 211-13 du Code des assurances, qui concerne l'offre d'indemnisation que doit faire l'assureur de véhicules terrestres à moteur à la victime et qui dispose que (c'est nous qui soulignons) :

« Lorsque l'offre n'a pas été faite dans les délais impartis [...], le montant de l'indemnité offerte par l'assureur ou allouée par le juge à la victime produit intérêt de plein droit au **double du taux de l'intérêt légal** à compter de l'expiration du délai et jusqu'au jour de l'offre ou du jugement devenu définitif. Cette pénalité peut être réduite par le juge en raison de circonstances non imputables à l'assureur »¹⁸⁰⁸.

On retrouve la sanction des intérêts doubles à l'article L. 242-1, al. 5 à propos de l'assurance dommages-ouvrage¹⁸⁰⁹. L'objectif de ces dispositions est clair : il s'agit d'éviter toute

¹⁸⁰⁵ V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 174 e) et G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 352.

¹⁸⁰⁶ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015, spéc. art. 1231-6, al. 4 : « Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. »

¹⁸⁰⁷ J.-S. BORGHETTI, « Punitive Damages in France », in : *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, dir. H. KOZIOL, V. WILCOX, Wien, Springer, 2009, p. 55, spéc. p. 60.

¹⁸⁰⁸ Art. L. 211-13 du Code des assurances.

¹⁸⁰⁹ Art. L. 242-1, al. 5 du Code des assurances : « Lorsque l'assureur ne respecte pas l'un des délais prévus aux deux alinéas ci-dessus ou propose une offre d'indemnité manifestement insuffisante, l'assuré peut, après l'avoir

manœuvre dilatoire de la part de l'assurance aux dépens des victimes. D'autres dispositions œuvrent dans le même sens, qui assortissent l'offre manifestement insuffisante d'une amende civile¹⁸¹⁰ ou sanctionnent le retard de paiement par des intérêts majorés d'autant plus lourdement que le retard se prolonge¹⁸¹¹. Parce qu'elles se veulent « dissuasives »¹⁸¹² (critère téléologique), qu'elles sont proportionnées à la gravité de la faute¹⁸¹³ (critère moral) et qu'elles aboutissent à indemniser davantage la victime que ne le permet le droit commun (critère matériel), ces sanctions pourraient être qualifiées de dommages et intérêts positifs. Si l'on hésite à le faire, c'est que les condamnations auxquelles elles aboutissent sont finalement bien faibles¹⁸¹⁴. Il n'en demeure pas moins que la partie majorée de l'intérêt de retard n'est pas une indemnisation mais bien une peine privée, et c'est ce qui explique qu'elle soit due personnellement par l'assureur et ne puisse être reportée sur un tiers¹⁸¹⁵.

Il existe enfin une autre illustration de dommages et intérêts multiples qui prospère, cette fois, sur le fondement de la réparation prévue par le droit commun : il s'agit de certains dommages et intérêts moraux.

C. Les dommages et intérêts moraux « multiples »

1. Les difficultés d'évaluation du préjudice moral

364. L'essor des préjudices moraux. Il y a beaucoup à dire sur les dommages et intérêts extrapatrimoniaux et leur nature hybride entre peine et réparation. Trop, certainement, pour le

notifié à l'assureur, engager les dépenses nécessaires à la réparation des dommages. L'indemnité versée par l'assureur est alors majorée de plein droit d'un intérêt égal au double du taux de l'intérêt légal. ».

¹⁸¹⁰ V. l'art. L. 211-14 du Code des assurances : « Si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie prévu par l'article L. 421-1 une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime. ».

¹⁸¹¹ V. les art. L. 211-17 et L. 211-18 du Code des assurances qui prévoient qu'en cas de retard de paiement, les sommes non versées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié pendant deux mois, et ensuite au double du taux légal.

¹⁸¹² V. M. CHAGNY, L. PERDRIX, *Droit des assurances*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2014, spéc. p. 373 : « Afin de conférer au dispositif une réelle effectivité et d'éviter la présentation par les débiteurs de l'obligation d'une offre dérisoire, une telle façon de procéder doit exposer son auteur à des sanctions suffisamment sévères pour être dissuasives. ».

¹⁸¹³ C'est dans la réserve finale de l'art. L. 211-13 du Code des assurances qui octroie au juge la possibilité de réduire la peine que s'exprime la proportionnalité à la gravité de la faute ; dans les art. L. 211-17 et L. 211-18, on la reconnaît dans le fait que les pénalités s'alourdissent quand le retard se prolonge.

¹⁸¹⁴ V. en ce sens J.-S. BORGHETTI, « Punitive Damages in France », *op. cit.*, spéc. p. 17 qui note qu'il ne s'agit pas vraiment de dommages et intérêts punitifs dès lors que ce sont seulement les intérêts qui sont doublés et que le supplément à payer est finalement bien maigre (« fairly small »).

¹⁸¹⁵ La question s'est posée notamment dans le cadre de l'assurance dommages-ouvrage et la Cour de cassation a décidé que « seul l'assureur "dommages ouvrage" peut être condamné à supporter cette majoration », ce qui excluait une condamnation *in solidum* avec l'architecte sur ce point : Civ. 3^e, 8 juin 2005, pourvoi n° 03-20922, *Bull.*, 2005, III, n° 123, p. 113.

cadre restreint que nous souhaitons leur consacrer. Les difficultés qui naissent de l'évaluation d'un préjudice qui, par essence, n'a pas de prix et que l'argent ne permettra jamais de compenser sont bien connues. Le terme d'« indemnisation » est d'ailleurs parfois préféré dans ce contexte pour souligner que le principe d'équivalence ne peut pas être appliqué de la même façon qu'aux préjudices patrimoniaux¹⁸¹⁶. Quoiqu'ils n'ignorent pas qu'on n'efface pas la souffrance, les systèmes juridiques modernes prennent en compte, d'une manière ou d'une autre, l'atteinte aux intérêts extrapatrimoniaux des victimes et cherchent à la réparer¹⁸¹⁷. En France, où le Code civil n'a pas établi de liste exhaustive des préjudices réparables, la jurisprudence s'est employée, dans un souci d'indemnisation des victimes, à « découvrir » toujours plus de préjudices immatériels. La palette des préjudices moraux pouvant donner lieu à réparation est aujourd'hui des plus larges : *pretium doloris*¹⁸¹⁸, souffrance morale¹⁸¹⁹, préjudice d'affection¹⁸²⁰, préjudice d'agrément¹⁸²¹, préjudice sexuel¹⁸²², préjudice esthétique¹⁸²³, préjudice d'établissement¹⁸²⁴, perte de crédibilité¹⁸²⁵, préjudice moral lié au

¹⁸¹⁶ V. en ce sens J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in : *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 213, spéc. p. 154.

¹⁸¹⁷ V. tirant ce constat d'une étude réunissant des rapports sur les 27 systèmes juridiques de l'Union européenne (avant l'adhésion de la Croatie) : R. ZIMMERMANN, « Non-Pecuniary Damages. Comparative Report », in : B. WINIGER, H. KOZIOL, B. KOCH, R. ZIMMERMANN (dir.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, *Essential Cases on Damage*, Berlin, De Gruyter, 2011, p. 706 (rapport 13/30), spéc. p. 706 : « « Every modern European legal system [...] permits the recovery of non-pecuniary, or immaterial, damage at least to some extent. » »

¹⁸¹⁸ Remplacé, dans la nomenclature Dintilhac par le déficit fonctionnel temporaire et permanent, qui recouvre la dimension non-économique de l'incapacité physique, l'atteinte à la qualité de vie et les douleurs.

¹⁸¹⁹ V. la jurisprudence sur l'amiante citée *infra*, spéc. n° 365 ; ce préjudice tend toutefois aujourd'hui à se fondre dans le déficit fonctionnel, v. Civ. 2^{ème}, 16 sept. 2010, pourvoi n° 09-69433, *Bull.*, 2010, II, n° 155 : « le préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés étant inclus dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées ou dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent, il ne peut être indemnisé séparément ».

¹⁸²⁰ Ce préjudice, qui correspond à la douleur que provoque chez les proches de la victime immédiate la perte de celle-ci ou la vue des souffrances qu'elle endure (préjudice par ricochet), est réparé depuis presque un siècle : Civ. 13 févr. 1923, *DP*, 1923, 1, p. 52, note. H. LALOU ; un préjudice comparable a été exceptionnellement reconnu pour la perte d'un animal dans l'arrêt « Lunus », Civ. 1^{ère}, 16 janv. 1962, *Bull.*, n° 33, *D.*, 1962, p. 199, note R. RODIERE, *JCP*, 1962, II, 12557, note P. ESMEIN, *RTD civ.*, 1963, p. 93, obs. A. TUNC.

¹⁸²¹ Sur lequel, v. not. la thèse de L. CADJET, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, dacty., 1983.

¹⁸²² V. not. Civ. 2^{ème}, 17 juin 2010, pourvoi n° 09-15842, *Bull.*, 2010, II, n° 115, qui définit le préjudice sexuel comme « tous les préjudices touchant à la sphère sexuelle à savoir : le préjudice morphologique lié à l'atteinte aux organes sexuels primaires et secondaires résultant du dommage subi, le préjudice lié à l'acte sexuel lui-même qui repose sur la perte du plaisir lié à l'accomplissement de l'acte sexuel, qu'il s'agisse de la perte de l'envie ou de la libido, de la perte de la capacité physique de réaliser l'acte, ou de la perte de la capacité à accéder au plaisir, le préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté à procréer ».

¹⁸²³ V. par ex. Civ. 2^{ème}, 22 févr. 1995, pourvoi n° 93-12644, *Bull.*, 1995, II, n° 61, p. 34, qui souligne le caractère réparable de ce préjudice et du préjudice d'agrément malgré l'état végétatif de la victime.

¹⁸²⁴ V. not. Civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, pourvoi n° 10-17148, *Bull.* 2011, II, n° 106, selon lequel « le préjudice d'établissement consiste en la perte d'espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap » et qui doit être évalué indépendamment du préjudice sexuel et du préjudice d'agrément.

¹⁸²⁵ V. par ex. CA Paris, 22 sept. 2010, n° 08/14438, *D.*, 2011, p. 1445, obs. H. KENFACK à propos du préjudice subi par un avocat qui en raison d'un retard imputable à la SNCF n'a pas pu se rendre à l'audience où l'attendait son client ; *contra* : Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, pourvoi n° 11-13177, *Bull.*, 2012, I, n° 185, pour lequel la perte de crédibilité ne résiste pas au test de la prévisibilité du dommage, v. sur la question *supra*, spéc. n° 231 et s.

stress et à l'énervement¹⁸²⁶, préjudice d'anxiété¹⁸²⁷, préjudice de contamination¹⁸²⁸ ou encore préjudice moral lié à la perte d'espérance de vie¹⁸²⁹. Comme le constate Muriel Fabre-Magnan, cette « dérive nominaliste » n'est d'ailleurs pas toujours favorable aux victimes¹⁸³⁰. Il n'empêche qu'elle dénote parfois une tendance des tribunaux à infliger des sanctions qui s'apparentent fortement à des dommages et intérêts punitifs. La jurisprudence relative à l'amiante, qui vient condamner l'employeur coupable du non-respect de son obligation de sécurité apparaît à cet égard des plus révélatrices.

2. Les dommages et intérêts multiples : la jurisprudence relative à l'amiante

365. L'exemple des dommages et intérêts multiples octroyés au salarié victime de l'amiante. Le contrat de travail contient une obligation accessoire de sécurité qui oblige l'employeur à veiller (dans la limite de ce qui relève de sa compétence) sur la santé de ses salariés. L'employeur qui expose son salarié aux dangers de l'amiante engage dès lors sa responsabilité sur le fondement de l'article 1147 du Code civil. Il peut être tenu à indemniser plusieurs chefs de préjudices immatériels subis par le salarié victime d'une maladie professionnelle qui en est la conséquence : la souffrance physique, la souffrance morale et parfois aussi le préjudice d'agrément. Or, si l'on regarde dans le détail quelques-unes des condamnations prononcées, on constate que les divers préjudices allégués n'opèrent pas tant une *qualification* du préjudice moral, qu'une *démultiplication* de celui-ci (à l'image d'une division cellulaire qui donne deux nouvelles cellules complètes et identiques). De surcroît, cette démultiplication est fondée sur une faute d'une particulière gravité : la faute inexcusable de l'employeur. Se révèle alors une pratique originale consistant, ni plus ni moins, à condamner l'employeur coupable d'une faute inexcusable à verser de véritables dommages et

¹⁸²⁶ Encore à propos d'un retard de train, ayant fait manquer son cours à un Professeur de Droit à l'Université : TI Paris 14^e ardt, 2 nov. 2011, n° 91-11-000024, *D.*, 2012, p. 609, obs. V. AVENA-ROBARDET.

¹⁸²⁷ Soc. 11 mai 2010, pourvois joints n°09-42257 à n° 09-42257, *Bull.*, 2010, V, n° 106 (préjudice subi par un salarié travaillant en contact avec de l'amiante) ; *D.*, 2010, p. 2048, note C. BERNARD ; *RTD civ.*, 2010, p. 564, obs. P. JOURDAIN ; comp. CA Paris, 22 sept. 2010, *op. cit.*, qui indemnise « l'inquiétude et l'énervement » subis.

¹⁸²⁸ V. not. Civ. 2^{ème}, 22 nov. 2012, pourvoi n° 11-21031, *Bull.*, 2012, II, n° 191, qui souligne que « le préjudice spécifique de contamination est un préjudice exceptionnel extra-patrimonial [...] intrinsèquement associé à la prise de conscience des effets spécifiques de la contamination » et doit dès lors être exclu si la famille est parvenue à maintenir la patiente dans l'ignorance de sa contamination par le virus du VIH.

¹⁸²⁹ V. not. les deux arrêts Crim., 5 oct. 2010, pourvois n° 09-87385 et n° 10-81743 qui refusent l'indemnisation de ce préjudice à défaut de prise de conscience, par la victime, de l'imminence du décès.

¹⁸³⁰ M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », *D.*, 2010, p. 2376, spéc. p. 2376.

intérêts « multiples », à l'image des *multiple damages* du droit américain. En voici quelques exemples issus de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris en mars et avril 2004¹⁸³¹ :

Cour d'appel de Paris, 8 mars 2004¹⁸³² :

15 244,90 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance physique
15 244,90 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance morale

Cour d'appel de Paris, 8 mars 2004¹⁸³³ :

15 244,90 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance physique
15 244,90 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance morale

Cour d'appel de Paris, 8 mars 2004¹⁸³⁴ :

22 867,35 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance physique
22 867,35 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance morale

Cour d'appel de Paris, 8 mars 2004¹⁸³⁵ :

70 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance physique
70 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance morale

Cour d'appel de Paris, 8 mars 2004¹⁸³⁶ :

70 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance physique
70 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance morale

Cour d'appel de Paris, 8 mars 2004¹⁸³⁷

25 000 euros, au titre de l'indemnisation de la souffrance physique
25 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance morale

Cour d'appel de Paris, 22 mars 2004¹⁸³⁸ :

7 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance physique
7 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance morale
7 000 euros au titre d'un préjudice d'agrément « correspondant à d'importantes douleurs » (!)

Cour d'appel de Paris, 22 mars 2004¹⁸³⁹ :

70 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance physique
70 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance morale
70 000 euros au titre du préjudice d'agrément

Cour d'appel de Paris, 1^{er} avril 2004¹⁸⁴⁰ :

¹⁸³¹ Ces arrêts ont été recensés sur le site Legifrance à l'occasion de la recherche de l'expression « gravité de la faute » au sein des arrêts de la Cour de cassation ou des moyens des pourvois reproduits.

¹⁸³² CA Paris, 18^e ch. civ. B, 8 mars 2004, arrêt cassé partiellement mais maintenu quant à cette évaluation par Civ. 2^{ème}, 11 juil. 2005, pourvoi n° 04-30321, inédit.

¹⁸³³ CA Paris, 18^e ch. civ. B, 8 mars 2004, arrêt cassé partiellement mais maintenu quant à cette évaluation par Civ. 2^{ème}, 11 juil. 2005, pourvoi n° 04-30322, inédit.

¹⁸³⁴ CA Paris, 18^e ch. civ. B, 8 mars 2004, arrêt cassé partiellement mais maintenu quant à cette évaluation par Civ. 2^{ème}, 11. juil. 2005, pourvoi n° 04-30324, inédit.

¹⁸³⁵ CA Paris, 18^e ch. civ. B, 8 mars 2004, arrêt cassé partiellement mais maintenu quant à cette évaluation par Civ. 2^{ème}, 11. juil. 2005, pourvoi n° 04-30317, inédit.

¹⁸³⁶ CA Paris, 18^e ch. civ. B, 8 mars 2004, arrêt cassé partiellement mais maintenu quant à cette évaluation par Civ. 2^{ème}, 11. juil. 2005, pourvoi n° 04-30320, inédit.

¹⁸³⁷ CA Paris, 18^e ch. civ. B, 8 mars 2004, confirmé par Civ. 2^{ème}, 11 juil. 2005, pourvoi n° 04-30323.

¹⁸³⁸ CA Paris, 18^e ch. B, 22 mars 2004, arrêt confirmé par Civ. 2^{ème}, 11 oct. 2005, pourvoi n° 04-30360, inédit.

¹⁸³⁹ CA Paris, 18^e ch. B, 22 mars 2004, arrêt cassé partiellement mais maintenu quant à cette évaluation par Civ. 2^{ème}, 15 nov. 2005, pourvoi n° 04-30359, inédit.

16 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance physique
16 000 euros au titre de l'indemnisation de la souffrance morale

Dans chacune de ces espèces, la chambre sociale a été saisie d'un pourvoi adressant le même reproche tiré de la « [méconnaissance du] principe selon lequel l'indemnité nécessaire pour compenser le dommage doit être calculé en fonction de la valeur du dommage sans que la gravité de la faute ne puisse avoir d'influence sur le montant de ladite indemnité »¹⁸⁴¹. Invariablement, la Cour de cassation s'est rangée du côté de la Cour d'appel de Paris, en soulignant que celle-ci avait bien énuméré les éléments de fait distincts qui lui avaient permis de relever l'existence de chacun des chefs de préjudice réparés.

3. Le caractère punitif de la « démultiplication » du préjudice moral

366. Une pratique équivalant à des dommages et intérêts multiples. Les arrêts évoqués de la Cour d'appel de Paris peuvent appeler plusieurs critiques. On peut d'abord douter de l'évaluation « personnelle » du préjudice, quand deux demandeurs distincts peuvent voir leurs souffrances physiques et morales évaluées au même montant exactement, le même jour, par la même cour. Il ne faudrait pas oublier que la Cour de cassation sanctionne impitoyablement les juges qui s'égarent à mentionner l'existence de barèmes d'indemnisation dans leurs décisions, lesquels contrediraient, selon elle, le principe de réparation intégrale du préjudice¹⁸⁴². Il est pourtant vain de critiquer le recours aux barèmes dont usent les juges pour évaluer les préjudices découlant d'atteintes corporelles notamment¹⁸⁴³. Comment peut-on évaluer autrement de tels préjudices sans tomber dans l'arbitraire pur ? Les barèmes existent, ils sont utilisés, et on peut même dire heureusement ! Il est regrettable qu'ils ne puissent jouer que de manière clandestine, alors que l'on pourrait fort bien les considérer comme des réparations standardisées, à l'instar des intérêts moratoires, mais avec une souplesse qui permettrait au juge de les moduler en fonction des circonstances du cas d'espèce (autrement dit : en faire des « modèles » de réparation). La véritable méconnaissance du principe de réparation intégrale

¹⁸⁴⁰ CA Paris, 18^e ch. B, 1^{er} avril 2004, arrêt cassé partiellement mais maintenu quant à cette évaluation par Civ. 2^{ème}, 9 févr. 2006, pourvoi n° 04-30392, inédit.

¹⁸⁴¹ V. les arrêts de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation cités dans les notes qui précèdent.

¹⁸⁴² V. not. Civ. 2^{ème}, 22 nov. 2012, pourvoi n° 11-25988, inédit, qui casse l'arrêt d'appel qui avait énoncé « qu'il convient de rester dans les limites de certains barèmes car toute indemnisation a ses limites, en tenant compte, à la fois, des circonstances particulières de la disparition de M. X... et des barèmes existants » au motif « qu'en statuant ainsi par référence à des barèmes, sans procéder à l'évaluation du dommage en fonction des seules circonstances de la cause, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés ».

¹⁸⁴³ Sur cette pratique, v. dernièrement S. PORCHY-SIMON, « Barémisation des indemnisations, choix des modes de réparation (capital, rente). Rapport français », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 647.

se situe ailleurs. C'est lorsque de telles évaluations sont « multipliées » au prétexte de refléter le préjudice moral que la peine privée prend le dessus sur la réparation. Peut-on réellement subir un préjudice moral d'exactlyment 22 867,35 euros¹⁸⁴⁴ ou de 70 000 euros ? Probablement pas. Mais surtout : respecte-t-on encore la règle de l'équivalence du préjudice et de la réparation lorsque l'on multiplie par deux ou par trois le « prix » de la souffrance physique pour couvrir celui de la souffrance morale et du préjudice d'agrément ? La réponse est certainement négative. La tâche à laquelle se trouve confronté le juge dans de tels litiges est immense, et aussi pragmatiquement fondées les solutions retenues soient-elles, elles consistent, il faut en convenir, à octroyer des dommages et intérêts doubles ou triples au prétexte d'un dommage qui est, en réalité, inestimable. Le pouvoir souverain d'appréciation est suffisamment vaste pour permettre, sous réserve de ne pas l'afficher trop ouvertement, de prendre en compte la gravité de la faute du responsable et même le « sentiment d'injustice » des ayant-droits¹⁸⁴⁵ pour conclure à l'octroi de dommages et intérêts qui sont, en fait, des dommages et intérêts à caractère punitif.

367. La pertinence de la pratique pour le droit commun de la responsabilité contractuelle. Cette jurisprudence est-elle vraiment pertinente pour le droit commun de la responsabilité contractuelle ? Il serait tentant de répondre par la négative. D'abord, parce qu'elle concerne le droit social qui présente des spécificités importantes¹⁸⁴⁶. Ensuite et surtout, parce qu'il s'agit de préjudices moraux qui sont la conséquence d'une atteinte physique survenue à l'occasion de l'exécution du contrat et non de la perte d'un intérêt immatériel conféré par le contrat, si bien que leur réparation ne devrait pas, selon nous, ressortir de la responsabilité contractuelle¹⁸⁴⁷. Cependant, il n'est pas certain qu'il n'y ait pas d'autres exemples de « démultiplication » des préjudices qui relèvent bien, eux, de la responsabilité contractuelle. On notera notamment que la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond leur permettait de fixer le préjudice subi par l'associé et co-gérant d'une SELARL ayant pour objet l'exploitation de laboratoires d'analyses médicales à 840 000 francs au titre de sa

¹⁸⁴⁴ Ces sommes un peu étonnantes sont en fait dus à la conversion des francs en euros : 15 244,90 euros correspondent à 100 000 francs et 22 867,35 euros à 150 000 francs.

¹⁸⁴⁵ V. CA Paris, 18^e ch. B, 22 mars 2004, confirmé par Civ. 2^{ème}, 11 oct. 2005, pourvoi n° 04-30360, préc. et CA Paris, 18^e ch. B, 22 mars 2004, cassé partiellement par Civ. 2^{ème}, 15 nov. 2005, pourvoi n° 04-30359, préc.

¹⁸⁴⁶ Comp. nos dév. sur les indemnités de licenciement *supra*, spéc. n° 314.

¹⁸⁴⁷ Sur cette distinction des préjudices moraux appartenant à la responsabilité contractuelle et de ceux qui devraient en être exclus, v. *supra*, spéc. n° 220 et s.

révocation injustifiée des fonctions de gérant et à 840 000 francs au titre de son exclusion de la qualité d'associé¹⁸⁴⁸. Or, comme l'a relevé un commentateur :

« [...] l'octroi de la même somme, dont il semble qu'elle ait été calculée dans les deux cas à partir du préjudice matériel subi par l'intéressé du fait qu'il n'avait pas pu exercer de fonctions professionnelles pendant une certaine période, donne le sentiment qu'il a, au résultat, obtenu deux fois la même chose. »¹⁸⁴⁹.

Pareille démultiplication du préjudice matériel pour couvrir la double faute commise par la SELARL est le témoignage de ce que, sous couvert d'apprécier l'existence et l'étendue des préjudices, les juges du fond peuvent en fait octroyer un succédané de dommages et intérêts multiples¹⁸⁵⁰, et ce en dehors même du cas particulier des préjudices moraux.

Les dommages et intérêts à coloration punitive sont donc loin d'être rares en droit français. La peine privée s'est introduite également dans le droit allemand des dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution du contrat, mais moins par des mécanismes généraux tels que la sanction du dol en droit français, que par des mécanismes particuliers.

§2. En droit allemand

368. Les dommages et intérêts punitifs au-delà des dommages et intérêts extrapatrimoniaux. En droit allemand, la peine privée a officiellement disparu avec l'entrée en vigueur du BGB. Un premier démenti est toutefois fourni par « l'indemnité équitable » (*billige Entschädigung*) octroyée sur le fondement du §253 BGB en cas de « lésion corporelle, atteinte à la santé, privation de liberté ou atteinte à l'autodétermination sexuelle »¹⁸⁵¹. Ces dommages et intérêts moraux (*Schmerzensgeld*) poursuivent une visée vindicative (*Genugtuung*) et sont proportionnés à la gravité de la faute du défendeur et éventuellement à sa richesse, ce qui en fait de véritables dommages et intérêts punitifs¹⁸⁵². L'application de

¹⁸⁴⁸ Com., 19 mars 2001, pourvoi n° 98-18236, inédit, isolé à partir d'une recherche sur le site Legifrance tendant à faire ressortir la formule « indemnisé deux fois » au sein des arrêts de la Cour de cassation ou des moyens des pourvois reproduits.

¹⁸⁴⁹ J.-J. DAIGRE, note sous Com., 19 mars 2001, pourvoi n° 98-18236, *Bull. Joly Soc.*, 2001, n° 12, p. 1297.

¹⁸⁵⁰ V. l'argumentation de la Cour de cassation dans l'arrêt Com., 19 mars 2001, pourvoi n° 98-18236, préc. : « Mais attendu qu'ayant retenu, d'un côté, que M. H... avait été révoqué sans juste motif de ses fonctions de gérant et, d'un autre côté, que son exclusion en tant qu'associé ne répondait à aucune des conditions posées par l'article 15 du décret du 17 juin 1992, prévoyant cette possibilité pour les sociétés d'exercice libéral de directeurs de laboratoires d'analyse de biologie médicale, c'est souverainement que la cour d'appel a, par une décision motivée, apprécié l'existence et l'étendue des préjudices en résultant pour lui [...] ».

¹⁸⁵¹ §253, al. 2 BGB (extrait), trad. R. LEGEAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹⁸⁵² V. *supra*, spéc. n° 306 et s.

cette sanction en matière contractuelle est certes rare, mais non exceptionnelle¹⁸⁵³. On peut d'ailleurs souligner que toute discrimination en raison de la race, de l'origine ethnique, du sexe, de la religion ou de la conception du monde, d'un handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle à l'occasion de l'exécution du contrat fonde un droit à des dommages et intérêts moraux¹⁸⁵⁴. Comme nous avons eu l'occasion de le souligner, les dommages et intérêts moraux du droit allemand ont ceci de particulier que, sauf le cas spécial des « vacances gâchées » (*vertaner Urlaub*)¹⁸⁵⁵, ce n'est pas la perte d'un bénéfice immatériel attendu du contrat qui est sanctionnée, mais l'atteinte à la personne du créancier. Aussi n'est-il pas certain que la place de cette peine soit bien au sein de la responsabilité contractuelle¹⁸⁵⁶. Ce sont donc plutôt les dommages et intérêts matériels qui retiendront notre attention. Deux phénomènes (au moins)¹⁸⁵⁷ aboutissent à l'octroi de dommages et intérêts punitifs en droit allemand : la présomption de causalité sanctionnant la faute lourde du médecin dans le contrat médical (A) et le refus au débiteur coupable d'une faute intentionnelle du bénéficiaire de l'exonération demandée (B).

A. Les dommages et intérêts sanctionnant la faute lourde du médecin

1. Une présomption de causalité aux allures de peine privée

369. Le développement prétorien de la présomption de causalité au bénéfice du patient en cas de faute lourde du médecin. En application des règles classiques de répartition de la charge de la preuve, c'est le demandeur qui doit apporter la preuve d'une faute dans ses deux éléments matériel (*Pflichtverletzung*) et moral (*Vertretenmüssen*), d'un dommage et d'un lien de causalité unissant l'un à l'autre¹⁸⁵⁸. La réunion de ces preuves s'avère particulièrement difficile en matière médicale, où le patient a la plus grande difficulté à démontrer la faute médicale d'une part et surtout le fait que c'est bien cette faute qui est à l'origine de l'aggravation de son état, et non la maladie elle-même. Aussi les tribunaux allemands ont-ils cherché à faciliter l'apport de ces preuves en développant des présomptions.

¹⁸⁵³ V. not les deux exemples cités *supra*, n° 224 dans le contexte du contrat médical et du contrat de transport.

¹⁸⁵⁴ §15 AGB pour le droit aux dommages et intérêts (spéc. al. 2 pour le préjudice moral) et §1 AGB pour la définition des discriminations sanctionnées, sur la genèse desquels, v. *supra*, spéc. n° 265.

¹⁸⁵⁵ §611f BGB, v. *supra*, spéc. n° 220.

¹⁸⁵⁶ V. en détails *supra*, spéc. n° 224 et s.

¹⁸⁵⁷ Pour des exemples plus nombreux, v. tout particulièrement la thèse de P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin, New York, de Gruyter, 2000 consacrée à la révélation des dommages et intérêts punitifs du droit allemand.

¹⁸⁵⁸ Sur ces conditions générales de la mise en œuvre du *Schadensersatz*, v. not. D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 12^e éd., München, Franz Vahlen, 2014, spéc. p. 190 et s.

La plus controversée est celle qui a trait au lien de causalité et qui a été posée par un arrêt de principe du *Bundesgerichtshof* de 1955¹⁸⁵⁹. Celui-ci invita à distinguer de la simple négligence l'hypothèse où le médecin a commis une faute lourde dans le traitement du patient (*grobe Behandlungsfehler*) pour renverser, dans ce dernier cas, la charge de la preuve du lien de causalité. Il suffit alors que le type de faute commise puisse potentiellement aboutir au résultat du dommage (même à moindre chance que la maladie elle-même) pour qu'elle soit présumée être à l'origine de l'entier préjudice du patient, charge au médecin de prouver le contraire. Comme cette preuve négative de la causalité (tout comme la preuve positive) est très souvent impossible à rapporter, il sera fatalement condamné¹⁸⁶⁰. Certains objecteront qu'il s'agit là d'un aménagement procédural, et non de fond, qui ne saurait relever de la peine privée. L'argument ne convainc pas. Le renversement de la charge de la preuve n'est que le véhicule de la peine privée, et il aboutit à une condamnation qui réunit tant l'élément matériel que l'élément moral de la peine privée. L'élément matériel est rempli chaque fois que, sans ce renversement de la charge de la preuve, il n'y aurait eu aucune indemnisation possible, le préjudice ne parvenant à être relié à l'inexécution. L'élément moral est présent, dès lors que le bénéfice de la présomption ne dépend pas du dommage subi par la victime mais bien de la gravité de la faute commise par le médecin.

Il n'existe pourtant aucune corrélation logique entre la gravité de la faute du médecin et son origine causale sur le dommage subi par le patient. Certaines fautes médicales très lourdes ne provoquent aucun dommage, d'autres négligences légères sont fatales au patient. La justification du renversement de la charge de la preuve avancée par la jurisprudence selon laquelle la faute lourde est génératrice d'une incertitude sur la situation causale que l'on ne peut imputer qu'à celui qui l'a causée n'est que prétexte¹⁸⁶¹. La faute lourde n'a pas plus

¹⁸⁵⁹ BGH, 2 déc. 1955, VI ZR 127/55, VersR 1956, 499 : « a) Hat der Arzt einen Behandlungsfehler verschuldet, der nach medizinischer Erfahrung typischerweise die eingetretene Schädigung zur Folge hat, oder hat die ärztliche Behandlung einen Schaden zur Folge, der nach medizinischer Erfahrung typischerweise auf einen schuldhaften Behandlungsfehler zurückzuführen ist, so greifen die Grundsätze des Anscheinsbeweises ein. Der Arzt muß alsdann Tatsachen beweisen, die die Möglichkeit eines anderen Zusammenhangs in ernste Betrachtung rücken. b) Hat der Arzt vorsätzlich oder grob leichtfertig eine Gefahr für den Patienten herbeigeführt, die den Umständen nach geeignet ist, gerade den Schaden herbeizuführen, der eingetreten ist, dann kehrt sich die Beweislast für die Ursächlichkeit um. Der Arzt muß beweisen, daß der schädigende Erfolg nicht auf sein grob leichtfertiges Verhalten zurückzuführen ist » (amtlicher Leitsatz)

¹⁸⁶⁰ V. not. les dév. et les réf. citées par P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, op. cit., spéc. p. 247 et s. qui note que la preuve contraire relève finalement du cas d'école.

¹⁸⁶¹ V. en ce sens BGH, 26 nov. 1991, VI ZR 389/90, NJW 1992, 754 : « Die Beweiserleichterungen, welche die höchstrichterliche Rechtsprechung bei groben Behandlungsfehlern gewährt, sind keine Sanktion für ein besonders schweres Arztverschulden. Sie knüpfen vielmehr daran an, daß die Aufklärung des Behandlungsgeschehens wegen des Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in besonderer Weise erschwert worden ist, so daß der Arzt nach Treu und Glauben dem Patienten den (vollen) Kausalitätsbeweis nicht zumuten kann » (spéc. n° 20).

d'impact automatique sur la confusion de la situation causale qu'elle n'en a sur l'aggravation de la situation du patient. Toute intervention médicale, ratée comme fructueuse, fait naître un doute sur l'origine des troubles qui lui succèdent¹⁸⁶². Ce ne peut être qu'un jugement moral qui pousse les juges, alors que l'incertitude règne encore sur le lien de causalité, à faire peser celle-ci sur les épaules d'un coupable avéré même si l'on ignore si, en réalité, elles lui sont imputables. La coloration punitive du mécanisme n'a d'ailleurs nullement échappé à une partie de la doctrine qui n'a pas manqué de relever l'incompatibilité de cette peine privée avec le système de la réparation civile¹⁸⁶³.

2. L'intégration du mécanisme punitif dans le BGB

370. La codification dans le BGB par la *Patientenrechtegesetz* de 2012. L'inversion de la charge de la preuve de la causalité sanctionnant la faute lourde du médecin vient tout récemment d'être consacrée par le législateur. La loi sur les droits des patients, *Patientenrechtegesetz* adoptée en 2013 a introduit dans le BGB, voisinant le contrat de service, un sous-titre consacré au « contrat de soin » (*Behandlungsvertrag*)¹⁸⁶⁴. Cette codification qui, pour ce qui est de la responsabilité pour faute médicale, se fait à droit constant, vient confirmer la nature contractuelle de la relation qui unit le patient non seulement au médecin, mais également à toutes les autres professions médicales et paramédicales entrant dans le champ d'application du contrat de soin. Il s'agit notamment des praticiens des médecines douces (acuponcture, homéopathie, ostéopathie...), des sages-femmes, des psychologues et des kinésithérapeutes¹⁸⁶⁵.

Les dispositions légales principales du contrat de soin (notamment les obligations d'information et les droits des patients) sont désormais réunies au sein du Code civil allemand du §630a au §630h. Le §630h BGB organise tout un régime de présomptions au bénéfice du patient. Le premier alinéa instaure une présomption de faute du médecin lorsqu'un risque connu se réalise qui engendre une atteinte à la vie, au corps ou à la santé du patient alors qu'il

¹⁸⁶² Comp. en ce sens la critique détaillée de P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 243 et s.

¹⁸⁶³ V. P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 245 et les réf. citées.

¹⁸⁶⁴ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013, *BGBI.*, I, 25 févr. 2013, p. 277 ; la prise d'autonomie du contrat de soin est confirmée par le *Draft Common Frame of Reference* qui contient lui aussi dans sa partie sur les contrats de service un chapitre 8 intitulé « *Treatment* ».

¹⁸⁶⁵ Ces quatre professions sont citées dans le document de travail du Bundesministerium für Justiz et du Bundesministerium für Gesundheit intitulé « *Patientenrechtegesetz Grundlagenpapier* » daté du 22 mars 2011, reproduit in : *Medizinrecht*, 2011, vol. 29, n° 4, p. 236, spéc. p. 2.

était maîtrisable par le praticien¹⁸⁶⁶, tandis que le deuxième permet au médecin de détruire cette présomption en prouvant qu'il a obtenu l'accord éclairé du patient¹⁸⁶⁷. L'alinéa 3 concerne le dossier médical¹⁸⁶⁸. Les alinéas 4 et 5 renversent la charge de la preuve de la causalité à l'avantage du patient en cas d'absence d'autorisation de pratiquer le soin¹⁸⁶⁹ et enfin, en cas de faute lourde du praticien, où l'on reconnaît la consécration du mécanisme punitif précédemment décrit¹⁸⁷⁰.

3. La distinction entre la solution allemande et la perte de chance du droit français

371. La présomption de causalité distinguée de la perte de chance. Un parallèle peut être fait entre la solution allemande et la perte de chance utilisée en droit français, et qui adresse le même problème de la difficulté de la preuve de la causalité dans le contexte médical¹⁸⁷¹. La perte de chance est une indemnisation tout aussi fictive que l'est l'indemnisation à laquelle aboutit le renversement de la charge de la preuve pratiqué par le droit allemand. Quoiqu'elle soit motivée par l'impératif de réparation des victimes, l'indemnisation de la perte de chance ne peut pas refléter le préjudice effectivement subi. Soit l'aggravation de l'état du patient est effectivement l'effet de la faute du médecin, et la perte de chance revient à n'indemniser la victime que partiellement d'un préjudice qui est entièrement causé par le médecin ; soit elle n'est que l'évolution normale de la maladie, et la victime dont la perte de chance de guérison est indemnisée reçoit un enrichissement qui ne lui est pas dû. Le rapprochement de la perte de chance avec la peine privée est tentant dès lors que la victime

¹⁸⁶⁶ §630h, al 1^{er} BGB : « Ein Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat ».

¹⁸⁶⁷ §630h, al. 2 BGB : « Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß §630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des §630e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des §630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte ».

¹⁸⁶⁸ §630h, al. 3 BGB : « Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen §630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen §630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat. ».

¹⁸⁶⁹ §630h, al. 4 BGB : « War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war ».

¹⁸⁷⁰ §630h, al. 5 BGB : « Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre ».

¹⁸⁷¹ V. sur la perte de chance nos dév. *supra*, spéc. n° 215 et s.

peut se trouver finalement sur-indemnisée par la perte de chance (critère matériel) et que, de surcroît, les arrêts rendus en matière médicale s'appuient volontiers sur la « faute » du médecin (critère moral)¹⁸⁷². Cependant, la faute médicale ainsi entendue ne se distingue nullement de l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation de soin ; elle n'est qu'un emprunt au langage courant duquel ne découle aucune considération morale¹⁸⁷³. Quant à l'enrichissement éventuel de la victime, il n'est qu'incident et ne se produit que pour empêcher la situation inverse, qui serait de n'octroyer aucune indemnisation à une victime qui doit effectivement son infortune à la faute du médecin¹⁸⁷⁴. Ce n'est pas pour punir le médecin, mais bien pour indemniser le patient en dépit de l'incertitude affectant la situation causale que la perte de chance est reconnue. En somme, l'élément matériel de la peine privée est pour ainsi dire « accidentel » et l'élément moral, lui, n'est pas rempli. La solution pourrait être différente si la gravité de la faute du médecin conditionnait l'étendue de la réparation, comme c'est le cas en droit allemand. Telle n'est pas la pratique en droit français, si bien que la perte de chance ne peut être qualifiée de peine privée.

La gravité de la faute du débiteur peut conduire, en droit allemand, à présumer le lien de causalité. Elle peut aussi conduire à écarter un moyen de défense tiré de l'absence de lien de causalité ou de dommage.

B. Le bénéfice d'une exonération refusé au débiteur dolosif

1. Les causes exonératoires et leur refus d'application

372. « Rechtmäßiges Alternativverhalten » et « Vorteilsausgleichung ». Selon Peter Müller, auteur d'une thèse qui met en lumière la présence des *punitive damages* en droit allemand, le rôle punitif du *Schadensersatz* s'exprime notamment à travers le refus de faire bénéficier de certaines causes exonératoires un débiteur que l'on veut sanctionner¹⁸⁷⁵. Comme nous l'avons vu, il existe en droit allemand deux théories originales qui permettent au responsable d'atténuer ou d'effacer sa responsabilité : l'exception tirée de « l'effet d'un comportement licite alternatif » (*rechtmäßiges Alternativverhalten*) et « l'imputation

¹⁸⁷² V. par ex. Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1965, *Bull.*, n° 707, *JCP*, 1966, II, 14753, note R. SAVATIER ; Civ. 1^{ère}, 18 mars 1969, *Bull.*, n° 117, *Bull. civ.*, I, n° 37, *JCP*, 1970, II, 1970, II, 16422 note A. RABUT ; plus récemment : Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, pourvoi n° 09-69195, *Bull. civ.*, I, n° 200, *RTD civ.*, 2011, p. 128, obs. P. JOURDAIN.

¹⁸⁷³ Comp. *supra*, spéc. n° 170 sur la confusion de la faute contractuelle avec la simple inexécution.

¹⁸⁷⁴ V. déjà *supra*, spéc. n° 218.

¹⁸⁷⁵ P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 199 et s.

d'avantages » (*Vorteilsanrechnung* ou *Vorteilsausgleichung*)¹⁸⁷⁶. L'une et l'autre s'appliquent tant au contrat qu'au délit. On peut les assimiler à des causes exonératoires où elles jouent non au niveau de l'existence de la responsabilité (*Haftungsbegründung*) mais de l'appréciation de l'étendue de celle-ci (*Haftungsausfüllung*)¹⁸⁷⁷. La première est connue également du droit anglais¹⁸⁷⁸ et elle pose la question de savoir si le dommage aurait pu survenir dans d'autres circonstances, même sans la violation du défendeur. Il ne peut être dû réparation du dommage que s'il est imputable à la violation, et non s'il se serait produit « de toute façon », même si le défendeur s'était conduit correctement, c'est-à-dire même s'il avait exécuté fidèlement pour la responsabilité contractuelle. L'exception tirée de l'effet d'un comportement licite alternatif (*rechtmäßiges Alternativverhalten*) permet ainsi d'exclure de l'assiette de la réparation le dommage qui aurait pu être causé même sans que le contrat soit violé¹⁸⁷⁹. L'autre théorie, celle de l'imputation d'avantages (*Vorteilsanrechnung* ou *Vorteilsausgleichung*), consiste à arguer que le préjudice dont il est demandé réparation est en quelque sorte fictif, la victime n'ayant pas eu à en supporter le poids puisqu'elle a reçu un autre avantage qui l'a « compensé ». Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles, en France, on considérerait probablement qu'aucun préjudice n'a été réellement subi par le demandeur en réparation.

373. La difficulté : peine privée ou protection de la dette d'exécution (fonction de paiement) ? Il est assez fréquent que l'invocation de la seconde théorie de « l'imputation d'avantages » (*Vorteilsausgleichung*) soit refusée au défendeur, notamment en matière contractuelle¹⁸⁸⁰. Plusieurs auteurs ont interprété ce refus comme l'infliction de dommages et intérêts punitifs au débiteur qui viole son engagement¹⁸⁸¹. Selon nous, la motivation est tout autre : il s'agit plutôt de protéger la dette d'exécution. Autrement dit, c'est la fonction de paiement des dommages et intérêts qui est ici à l'œuvre, et non la fonction de peine privée. Dans les arrêts qui refusent d'appliquer la *Vorteilsausgleichung*, le « préjudice » dont il est

¹⁸⁷⁶ V. *supra*, spéc. n° 241.

¹⁸⁷⁷ Sur cette distinction fondamentale en droit allemand, v. tout particulièrement S. LORENZ, S. PACHE, « La réparation du dommage en droit allemand », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1009, spéc. p. 1009 et s.

¹⁸⁷⁸ V. spéc. l'arrêt *Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kubishika Kaisha* [2007] UKHL 12 et nos dev. *supra*, spéc. n° 238 à son sujet.

¹⁸⁷⁹ Pour une illustration, v. *supra*, spéc. n° 241.

¹⁸⁸⁰ La *Vorteilsausgleichung* est si fréquemment refusée que certains auteurs se demandent même si elle constitue la règle ou bien l'exception, v. en ce sens D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2012, spéc. n° 646.

¹⁸⁸¹ V. not. P. MÜLLER, *Punitive Damages und Deutsches Schadensersatzrecht, op. cit.*, spéc. p. 219 et s. et P. GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung. Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, München, Beck, 1979, spéc. p. 150, qui voit dans cette hypothèse une « Objektivierung des Schadens aus Sanktionsgesichtspunkten ».

demandé réparation ne correspond pas à des dommages consécutifs à l'inexécution, mais à la perte d'un bénéfice directement conféré par le contrat¹⁸⁸². Or, si l'on refusait de compenser cette perte là, c'est la force obligatoire du contrat elle-même qui serait atteinte. Peter Müller note ainsi que :

« Particulièrement quand le fait générateur de responsabilité traduit une violation de la force obligatoire du contrat comme l'un des principes fondamentaux de notre système juridique, la jurisprudence apparaît disposée à "présenter l'addition" au responsable ».¹⁸⁸³

La raison qui pousse les tribunaux à refuser au débiteur contractuel le bénéfice de la *Vorteilsausgleichung* n'est pas punitive. Elle s'appuie sur la force obligatoire du contrat et tire les conséquences du fait que la négation des dommages et intérêts « dépouillerait le bailleur de son droit contractuel à l'exécution », comme le relève Christiane Wendehorst¹⁸⁸⁴. Un exemple typique concerne l'hypothèse bien connue du preneur qui refuse d'indemniser le manquement à son obligation d'effectuer les réparations locatives au motif que le bailleur a trouvé un nouvel occupant disposé à les effectuer à ses frais¹⁸⁸⁵. Selon le *Bundesgerichtshof*, la *Vorteilsausgleichung* doit être écartée dans pareil cas, car elle ne saurait être admise que si « au regard de toutes les circonstances, sa reconnaissance n'aboutit pas à décharger de manière inopportune le responsable. »¹⁸⁸⁶. L'argument de la « décharge inopportune » (*unbillige Entlastung*), qui revient dans d'autres arrêts¹⁸⁸⁷, souligne bien que les dommages et intérêts doivent être octroyés pour assurer la protection de la dette d'exécution : ce sont, en fait, des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution qui remplissent une fonction de paiement¹⁸⁸⁸.

¹⁸⁸² Autrement dit : c'est d'un « préjudice intrinsèque » dont il est question, sur cette notion v. *supra*, spéc. n° 154 et s.

¹⁸⁸³ P. MÜLLER, *Punitive Damages und Deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 237 et p. 238, trad. libre de : « Besonders dann, wenn durch das schadensstiftende Verhalten die Vertragstreue als ein oberster Grundsatz unserer Rechtsordnung verletzt ist, scheint die Rechtsprechung geneigt zu sein, dem Schädiger hierfür die „Rechnung zu präsentieren“ ».

¹⁸⁸⁴ C. WENDEHORST, *Anspruch und Ausgleich, Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, spéc. p. 471 : « Überzeugender wirkt da bereits die Argumentation, daß die Anrechnung den Vermieter seines vertragsmäßigen Rechts auf Erfüllung berauben würde ».

¹⁸⁸⁵ Comp. en droit français sur cette même question *supra*, spéc. n° 103 et s.

¹⁸⁸⁶ BGH, 15 nov. 1967, VIII ZR 150/65, BGHZ 49, 56, spéc. p. 62 : « Das schadenmindernde oder schadenbeseitigende Ereignis kann vielmehr als zureichender Grund für die Befreiung des Schädigers von der Ersatzpflicht nur anerkannt werden, wenn seine Berücksichtigung bei Würdigung aller Umstände den Schädiger nicht unbillig entlasten würde [...] ».

¹⁸⁸⁷ V. par ex. OLG München, 20 mars 1980, 27 W 22/80, NJW 1980, 1581, spéc. p. 1581, cité par P. MÜLLER, *Punitive Damages und Deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 167 : « Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH [...] kommt eine Vorteilsausgleichung nur dann in Betracht, wenn sie „dem Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht“ entspricht. Demgemäß kann dem Erstkäufer der günstige Weiterverkauf im Verhältnis zum arglistigen Verkäufer nicht als Vorteilsausgleichung zugerechnet werden, da dessen Entlastung unbillig wäre. ».

¹⁸⁸⁸ V. déjà *supra*, spéc. n° 250.

2. Illustrations de refus d'exonération à des fins punitives

374. Le refus du *rechtmäßiges Alternativverhalten* reflétant la peine privée : l'arrêt « *Metallarbeiterstreik* ». L'exception tirée de « l'effet d'un comportement licite alternatif » (*rechtmäßiges Alternativverhalten*) paraît bien, elle, être refusée pour des motifs punitifs et non seulement pour protéger la dette d'exécution. Cette exception qui vient normalement libérer le débiteur ne suppose pas qu'une cause étrangère soit *réellement* survenue, mais elle s'intéresse à une cause étrangère *potentielle*, qui aurait pu intervenir et produire le même dommage¹⁸⁸⁹. Quoiqu'elle joue rarement en pratique, cette cause exonératoire a posé des difficultés aux tribunaux en ce qu'elle aboutit parfois à vider la responsabilité de son effet incitatif. Le célèbre arrêt « *Metallarbeiterstreik* » illustre le problème et le palliatif trouvé par la plus haute juridiction sociale allemande en 1958¹⁸⁹⁰. Dans un climat de conflit social au sein d'une usine de sidérurgie du Schleswig-Holstein, des discussions s'étaient tenues entre les responsables de l'usine et le syndicat principal des travailleurs « IG Metall ». Ce dernier s'était engagé conventionnellement à tenir une période de trêve pendant les négociations et les cinq jours qui suivraient leur clôture, période pendant laquelle il n'appellerait pas à la grève. IG Metall ne respecta pas son engagement et la grève démarra dès l'issue de la négociation, pour durer plus de trois mois et demi. L'usine mit en jeu la responsabilité du syndicat et réclama l'indemnisation du préjudice subi pendant toute la durée de la grève. IG Metall opposa que seuls les cinq premiers jours de grève étaient l'effet du non-respect de l'engagement conventionnel pris, si bien que leur responsabilité contractuelle devait s'arrêter là. A l'inverse, les dommages occasionnés à compter du sixième jour n'étaient plus imputables au non-respect de l'obligation de trêve, mais à la grève elle-même qui aurait, en tout état de cause, commencé à ce moment là et pour laquelle le syndicat prétendait faire valoir l'immunité légale attachée au droit de grève. La thèse ne séduisit pas les juges de la Haute cour qui refusèrent au syndicat le bénéfice de l'exception tirée du *rechtmäßiges Alternativverhalten* au motif que (c'est nous qui soulignons) :

« Lorsqu'il s'agit au contraire de savoir si celui qui a lui-même engendré la cause supportant sa responsabilité peut se prévaloir du fait qu'il aurait pu aussi éventuellement causer le dommage de manière légale et, de la sorte, sans être tenu à réparation, il faut impérativement, dans le cas d'une violation contractuelle et **dans l'intérêt de la force obligatoire du contrat**, qui est un des principes fondamentaux de notre système juridique, qu'il soit donné **la priorité**

¹⁸⁸⁹ Sur ce mécanisme, v. déjà *supra*, spéc. n° 241.

¹⁸⁹⁰ BAG, 31 oct. 1958, 1 AZR 632/57, BAGE 6, 321, NJW 1959, 356, cité par P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 200.

au principe de la prévention du droit civil (fonction de protection, fonction de punition). »¹⁸⁹¹

Plus étonnante que la référence à la force obligatoire du contrat¹⁸⁹² est l'évocation des fonctions préventives et punitives assumées par la responsabilité contractuelle. D'autres termes forts sont employés pour caractériser la fonction des dommages et intérêts, comme le « *Verantwortungsgedanke* », qui exprime l'idée de responsabilisation ou encore le « *Verhütungszweck* » traduisant l'objectif de prévention (au sens d'empêchement) de l'inexécution¹⁸⁹³. Les juges de la Haute cour ne cachent pas que ce sont des considérations punitives qui motivent leur refus de faire jouer l'exception tirée du *rechtmäßiges Alternativverhalten* au débiteur qui a délibérément rompu son engagement. La réprobation du comportement du syndicat transparaît au demeurant dans le vocabulaire utilisé pour caractériser la gravité de la faute commise¹⁸⁹⁴. Il s'agit bien là de dommages et intérêts à caractère punitif.

375. Autres applications de la sanction : le salarié en défection et le notaire négligent.

Le refus du bénéfice de l'exception du *rechtmäßiges Alternativverhalten* au débiteur qui viole outrageusement le contrat dégagé dans l'arrêt « *Metallarbeiterstreik* » a par la suite été étendu à d'autres situations. Les juridictions sociales l'ont appliqué au détriment du salarié qui, n'ayant pas donné son congé dans les règles, s'est vu contraint d'indemniser son employeur pour les frais de publication d'une annonce (pas moins de 7200 DM !) exposés pour lui trouver un remplaçant (« *Inseratskosten* »), sans pouvoir lui opposer que la dépense aurait de toute façon été faite à l'issue du préavis si celui-ci avait été respecté¹⁸⁹⁵. Cette jurisprudence semble toutefois avoir essuyé un revers, puisque par deux arrêts rendus dans les années 1980 le *Bundesarbeitsgericht* a finalement décidé en faveur de l'application de l'exception tirée de l'effet d'un comportement licite alternatif dans des affaires similaires¹⁸⁹⁶. Enfin, pour donner un dernier exemple, c'est au notaire que le bénéfice du *rechtmäßiges Alternativverhalten* a été refusé alors qu'il avait négligemment déclaré due une dette qui ne

¹⁸⁹¹ BAG, 31 oct. 1958, 1 AZR 632/57, BAGE 6, 321, spéc. p. 377, trad. libre de : « Wenn dagegen in Rede steht, ob derjenige, der selbst einen realen Haftungstatbestand gesetzt hat, sich darauf berufen kann, daß er unter Umstände den Schaden auch legal und dann ohne Ersatzpflicht hätte verursachen können, muß jedenfalls bei Vertragsverletzung im Interesse der Vertragstreue, die ein oberster Grundsatz unserer Rechtsordnung ist, das Prinzip der zivilrechtlichen Prävention (Schutzfunktion, Sanktionsfunktion) den Vorrang haben. ».

¹⁸⁹² Dont on a vu qu'elle était utilisée aussi dans l'argumentation conduisant à écarter la *Vorteilsausgleichung*, v. *supra*, spéc. n° 373.

¹⁸⁹³ BAG, 31 oct. 1958, 1 AZR 632/57, BAGE 6, 371, spéc. p. 377.

¹⁸⁹⁴ V. l'analyse de P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, op. cit., spéc. p. 200 et s. qui relève notamment à la p. 379 de l'arrêt l'expression « vorsätzlich vertragswidrig schuldhaft ».

¹⁸⁹⁵ BAG, 18 déc. 1969, 2 AZR 80/69, NJW 1970, 1469.

¹⁸⁹⁶ V. BAG, 26 mars 1981, 3 AZR 485/78, BAGE 35, 179, NJW 1981, 2430 et BAG, 23 mars 1984, 7 AZR 37/81, NJW 1984, 2846, cités *supra*, spéc. n° 241.

l'était pas encore, mais qui aurait pu l'être s'il s'était donné la peine d'en réunir les conditions¹⁸⁹⁷. Dans cet arrêt, la Haute cour explique que la théorie du *rechtmäßiges Alternativverhalten* n'adresse pas tant un problème de causalité qu'il pose la question fondamentale de savoir dans quelle mesure il peut « opportunément » (*billigerweise*) être imputé un dommage à celui qui l'a causé, à l'issue d'un « jugement de valeur » (*bei wertender Betrachtung*)¹⁸⁹⁸. C'est reconnaître explicitement la coloration punitive de ce mécanisme¹⁸⁹⁹.

Une nuance s'impose tout de même, si l'on veut apprécier à leur juste valeur les témoignages que constituent les arrêts qui viennent d'être cités. La jurisprudence en matière de *rechtmäßiges Alternativverhalten* est versatile et l'on trouve aussi des arrêts (parfois rendus par la même chambre) qui adoptent une position contraire et refusent de subordonner le bénéfice de cette exonération à des considérations morales étrangères à la fonction indemnitaire jouée par la responsabilité¹⁹⁰⁰. Aussi, quoiqu'il constitue une brèche dans le raisonnement indemnitaire, on ne saurait exagérer la portée de cette jurisprudence. Sommes toutes, l'influence de la peine privée est beaucoup plus marquée en matière d'indemnisation du préjudice extrapatrimonial, où « l'indemnité adéquate » octroyée par le juge présente tous les caractères de dommages et intérêts punitifs, qu'à travers les cas exceptionnels qui viennent d'être décrits¹⁹⁰¹.

L'influence de la peine privée sur les dommages et intérêts dus au titre de la responsabilité contractuelle joue de manière finalement assez similaire en droits français et allemand. Les deux systèmes instaurent, par principe, des limites aux dommages et intérêts compensatoires en matière contractuelle – le droit français les situant plutôt sur la caractérisation du dommage, le droit allemand davantage sur le terrain de la causalité – et ce sont ces limites que la peine privée fait « sauter ». C'est d'une manière toute différente que procède le droit anglais.

¹⁸⁹⁷ BGH, 24 oct. 1985, IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157, NJW 1986, 576, cité par P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 213 et s.

¹⁸⁹⁸ DNotZ 1986, 406, spéc. p. 411, cité par P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 213-214 auquel nous renvoyons pour davantage de détails.

¹⁸⁹⁹ V. sur l'ensemble de la question les dév. et les arrêts cités par P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 199 et s. et P. GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung. Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, München, Beck, 1979, spéc. p. 162 et s.

¹⁹⁰⁰ En témoigne notamment la jurisprudence relative aux « Inseratskosten » précitée.

¹⁹⁰¹ Sur cette indemnité adéquate, v. *supra*, spéc. n° 306 et s.

§3. En droit anglais

376. Les spécificités de l'approche anglaise. L'approche anglaise de la responsabilité contractuelle présente plusieurs spécificités par rapport à ce qui a été observé en France et en Allemagne. Pour commencer, dans la conception anglo-américaine du droit des contrats, il n'est pas de l'office de la loi ou du juge de protéger les attentes des parties. Cela relève, au contraire, des parties elles-mêmes. Comme l'écrit un auteur américain :

« Les règles applicables devraient être choisies par les parties pour leurs raisons propres, et non par la loi pour ses raisons à elle »¹⁹⁰².

Cette idée selon laquelle il revient aux parties de décider de la « loi du contrat » explique deux phénomènes : l'absence de règle de non concours qui viendrait protéger le régime contractuel, et, en amont, l'absence d'un tel régime à proprement parler. Les règles applicables spécifiquement à la responsabilité contractuelle sont en effet rares¹⁹⁰³. Tant la *remoteness rule*, qui se rapproche de l'exigence française de prévisibilité¹⁹⁰⁴, que l'exigence de modération du dommage (*mitigation*)¹⁹⁰⁵ s'appliquent à la fois au contrat et au délit¹⁹⁰⁶. Les règles de prescription également ont été harmonisées¹⁹⁰⁷. L'ensemble de ces règles ne forme pas un droit de la réparation contractuelle, mais un droit de la réparation « tout court ». Dès lors, à défaut de régime contractuel à protéger, il n'est pas étonnant que le droit anglais ne connaisse pas de règle de non-concours¹⁹⁰⁸. Le demandeur peut se fonder sur le terrain délictuel, s'il lui est plus favorable. Ainsi, le droit anglais punit bien des violations contractuelles, mais c'est la voie délictuelle qu'il exploite à cette fin. En plaçant sa demande sur le fondement d'un délit, telle la fraude (*deceit*), le créancier victime de l'inexécution pourra prétendre à des dommages et intérêts exemplaires normalement inapplicables à la

¹⁹⁰² R. A. EPSTEIN, « Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract » (1989) 18 *JLS* 105, spéc. p. 108, trad. libre de : « The operative rules should be chosen by the parties for their own purposes, not by the law for its purposes ».

¹⁹⁰³ Deux différences notables demeurent toutefois : d'une part, le dommage économique pur (*pure economic loss*) est réparable en matière contractuelle, et non en principe en matière délictuelle, ce qui a notamment une influence sur la réception de la théorie de la perte de chance, v. à ce sujet *supra*, spéc. n° 217 ; d'autre part, la faute de la victime (*contributory negligence*) n'est une cause exonératoire recevable qu'en matière délictuelle et non en principe en matière contractuelle, v. sur cette question M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2015, spéc. p. 536 et s. et H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2014, spéc. n° 7-009

¹⁹⁰⁴ Sur la *remoteness rule*, v. *supra*, spéc. n° 235 et s.

¹⁹⁰⁵ Sur laquelle v. *supra*, spéc. n° 47 et n° 344.

¹⁹⁰⁶ Quoiqu'avec des nuances : la *remoteness rule* semble ainsi être appréciée plus sévèrement en cas de *breach* qu'en cas de *tort*, v. *supra*, spéc. n° 237 et les réf. citées.

¹⁹⁰⁷ V. le *Limitation Act 1980* qui pose un délai de droit commun de 6 ans pour le *tort* (section 2) et pour le *breach* (section 5) qui commence à courir dans les deux cas « from the date on which the cause of action accrued ».

¹⁹⁰⁸ La possibilité du concours a été explicitement reconnue dans *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1995] 2 AC 145.

matière contractuelle. Autrement dit, le droit anglais ne reconnaît pas de dommages et intérêts punitifs contractuels, mais il accepte de sanctionner la violation du contrat par des dommages et intérêts punitifs délictuels (A). La piste délictuelle n'est d'ailleurs pas seulement explorée pour punir le débiteur : elle permet aussi la punition du tiers ayant incité à la violation du contrat (B).

A. Les dommages et intérêts exemplaires appliqués au contrat

1. Le principe : le rejet des dommages et intérêts exemplaires contractuels

377. L'exclusion de principe des dommages et intérêts exemplaires contractuels. Comme il a été vu, depuis l'arrêt *Rookes v Barnard*, il existe seulement trois cas de figure¹⁹⁰⁹ ouvrant droit à des dommages et intérêts exemplaires :

- (1) un acte oppressif, arbitraire ou inconstitutionnel commis par un agent de l'Etat ;
- (2) un comportement guidé par l'intention du défendeur d'en tirer un profit dont il a calculé qu'il pourrait dépasser l'indemnisation qu'il devra verser à la victime ;
- (3) ou lorsqu'un texte législatif prévoit expressément leur octroi¹⁹¹⁰.

C'est la deuxième catégorie qui pourrait permettre l'octroi de dommages et intérêts punitifs dans un contentieux contractuel. Ce cas s'apparente à ce que l'on appelle, en France, une faute lucrative¹⁹¹¹, quoique le profit y soit entendu dans le sens plus large d'un bénéfice personnel¹⁹¹². Cependant, la doctrine majoritaire¹⁹¹³, tout comme la *Law Commission*¹⁹¹⁴, estime les dommages et intérêts punitifs inapplicables à la responsabilité contractuelle. La

¹⁹⁰⁹ Deux en réalité car la troisième semble n'avoir aucune application pratique, v. *supra*, spéc. n° 291.

¹⁹¹⁰ *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129, spéc. 1226 et 1227, par Lord Devlin : « The first category is oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government. (...) Cases in the second category are those in which the Defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff. (...) To these two categories which are established as part of the common law there must of course be added any category in which exemplary damages are expressly authorised by statute. ».

¹⁹¹¹ Sur la notion de faute lucrative, v. *infra*, spéc. n° 406 et, en matière, sur celle de dol lucratif, v. *infra*, spéc. 442 et s.

¹⁹¹² *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129, spéc. 1227, par Lord Devlin « This category is not confined to moneymaking in the strict sense. It extends to cases in which the Defendant is seeking to gain at the expense of the Plaintiff some object, – perhaps some property which he covets, – which either he could not obtain at all or not obtain except at a price greater than he wants to put down ».

¹⁹¹³ V. not. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29^e éd., Oxford, OUP, 2010, p. 534 et 535 ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, spéc. n° 26-019 ; E. MCKENDRICK, *Contract Law*, 11^e éd., London, Palgrave Macmillan, 2015, spéc. p. 341.

¹⁹¹⁴ V. Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), spéc. Part. IV, n° 1.112, p. 63 : « Exemplary damages are clearly unavailable in a claim for breach of contract. ».

solution est fondée sur l'arrêt centenaire *Addis v Gramophone Co Ltd*, dans lequel Lord Atkinson explique que le créancier est certes libre de fonder sa demande sur le droit délictuel pour obtenir des dommages et intérêts punitifs, mais s'il choisit le fondement du *breach of contract*, il doit en assumer les conséquences et n'obtiendra que la réparation en argent de son intérêt à l'exécution¹⁹¹⁵. La *House of Lords* n'a pas hésité, depuis, à rappeler que, s'il s'appuie sur la violation du contrat, le créancier renonce à toute possibilité d'obtenir des dommages et intérêts punitifs, puisqu'alors :

« les dommages et intérêts pour inexécution du contrat doivent refléter, autant que les circonstances permettent de le déterminer, le dommage subi par le demandeur du fait qu'il n'a pas reçu ce qu'il avait négocié d'obtenir. Il n'est pas question de punir celui qui a violé le contrat. »¹⁹¹⁶.

Nous verrons que les fondements de cette solution ont été remis en question par un arrêt rendu en 2002, si bien qu'il serait aujourd'hui possible d'octroyer des dommages et intérêts exemplaires sur le fondement d'un *breach of contract*, si telle était la volonté des tribunaux¹⁹¹⁷. Celle-ci fait toutefois encore défaut et l'on peut conclure que les dommages et intérêts exemplaires n'existent pas dans le droit anglais de la responsabilité contractuelle.

2. Le contournement : l'inexécution constituant un délit

378. Les dommages et intérêts exemplaires réhabilités dans des litiges contractuels lorsque l'inexécution constitue un délit : l'éviction frauduleuse. Si la voie des dommages et intérêts exemplaires demeure fermée aux actions fondées sur un *breach of contract*, il reste possible d'en réclamer le bénéfice lorsque l'inexécution constitue, dans le même temps, un délit¹⁹¹⁸. Ainsi, en cas de violation délibérée du contrat par le débiteur motivée par la recherche d'un profit personnel, le créancier peut intenter une action délictuelle et prétendre, à ce titre, à des dommages et intérêts punitifs en application de la deuxième catégorie du test

¹⁹¹⁵ *Addis v Gramophone Co Ltd* [1909] AC 488, spéc. p. 496, par Lord Atkinson : « In many cases of breach of contract there may be circumstances of malice, fraud, defamation, or violence, which would sustain an action of tort as an alternative remedy to an action for breach of contract. If one should select the former mode of redress, he may, no doubt, recover exemplary damages, or what is sometimes styled vindictive damages; but if he should choose to seek redress in the form of an action for breach of contract, he lets in all the consequences of that form of action: *Thorpe v Thorpe* (1832) 3 B & Ad 580. One of these consequences is, I think, this: that he is to be paid adequate compensation in money for the loss of that which he would have received had his contract been kept, and no more. »

¹⁹¹⁶ *Ruxley Electronics & Construction Ltd v Forsyth*, [1996] AC 344, spéc. 353, par Lord Bridge of Harwich, trad. libre de : « damages for breach of contract must reflect, as accurately as the circumstances allow, the loss which the claimant has sustained because he did not get what he bargained for. There is no question of punishing the contract breaker. »

¹⁹¹⁷ V. *infra*, spéc. n° 393 et s.

¹⁹¹⁸ V. sur cette possibilité G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, spéc. n° 20-020.

instauré par *Rookes*. Or, il ne s'agit pas d'un cas d'école. En témoigne l'application des dommages et intérêts exemplaires en matière de bail au bénéfice du preneur qui est indûment délogé par son bailleur coupable d'une éviction frauduleuse¹⁹¹⁹. Il est d'ailleurs piquant de noter que c'est dans ce cas précisément que des dommages et intérêts punitifs de la deuxième catégorie du test de *Rookes* sont le plus souvent octroyés¹⁹²⁰. Les dommages et intérêts punitifs jouent donc un rôle déterminant dans le contrat de bail comme sanction de l'inexécution, mais ils restent qualifiés de « délictuels », ce qui heurte notre conception française du non-concours¹⁹²¹.

379. La vitalité de la peine privée dans le contrat de bail anglais. Le droit anglais du bail semble d'ailleurs particulièrement réceptif à l'idée de peine privée. Moins radicale que la sanction pénale, mais plus dissuasive que les dommages et intérêts compensatoires, la peine privée apporte une solution intermédiaire et flexible. Elle permet de garantir tour à tour les intérêts des parties vulnérables. Elle protège ainsi le preneur en exposant le bailleur s'engageant dans une éviction frauduleuse à des dommages et intérêts exemplaires. Elle sait toutefois aussi défendre le bailleur lorsque le preneur se maintient indûment dans les lieux à l'issue du bail. La voie n'est pas, cette fois, celle des dommages et intérêts punitifs, mais une indemnité légale comminatoire. La section 1 du *Landlord and Tenant Act 1730* et la section 18 du *Distress for Rent Act 1737* obligent le preneur, lorsqu'il refuse de quitter les lieux après l'échéance du bail, à payer deux fois le montant du loyer pendant toute la durée de son maintien sur place¹⁹²². Cette pratique du « *double rent* » a indéniablement une visée comminatoire : elle doit inciter le preneur à partir. Il octroie au créancier une indemnité supérieure au préjudice subi puisque l'indisponibilité des lieux ne crée logiquement comme perte, du côté du bailleur, que le prix simple du loyer (éventuellement rehaussée si une telle hausse eut pu être imposée au nouveau locataire) et certainement pas le double de cette valeur. La proportionnalité de la peine à la faute peut en outre se lire dans la périodicité de la sanction : un maintien dans les lieux pendant un mois coûte un loyer mensuel supplémentaire, un maintien dans les lieux pendant un an donne lieu à une peine douze fois plus élevée. On retrouve donc les critères téléologique, matériel et moral de la peine privée. Gunter Treitel identifie cette sanction comme l'une des :

¹⁹¹⁹ *Ibid.*

¹⁹²⁰ V. V. WILCOX, « Punitive Damages in England », in : *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspective*, dir. H. KOZIOL et V. WILCOX, Wien, Springer, 2009, p. 7, spéc. p. 14 et s. et la jurisprudence citée.

¹⁹²¹ Pour rappel, le concours est expressément autorisé depuis *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1995] 2 AC 145, v. *supra*, spéc. n° 376.

¹⁹²² V. par ex. E. BURN, J. CARTWRIGHT, *Modern Law of Real Property*, 18^e éd., Oxford, OUP, 2011, spéc. p. 203 et s.

« dispositions légales instituant des dommages et intérêts multiples au regard d'un comportement qui pourrait être décrit comme une violation contractuelle »¹⁹²³.

L'hypothèse rappelle l'indemnité perçue par le salarié en cas de licenciement abusif en droit français, déjà évoquée, qui est elle-même calculée par référence à un multiple du salaire¹⁹²⁴. En matière de bail comme en matière de contrat de travail, la peine privée est utilisée sous ses diverses formes – indemnités comminatoires, dommages et intérêts multiples ou punitifs – pour rééquilibrer les rapports de force entre les parties.

L'application des dommages et intérêts punitifs au débiteur contractuel reste toutefois marginale en dehors de l'hypothèse du bail. Le droit anglais a développé un autre mécanisme original pour protéger le respect des contrats : la punition du tiers incitant à leur violation.

B. La punition du tiers incitant à la violation du contrat

1. L'arrêt *Lumley v Gye*

380. Le cas *Lumley v Gye* et la découverte du « *tort of inducement of breach of contract* ». Le parallèle ne peut manquer d'être fait entre le litige qui opposa Giraud à la Comédie Française¹⁹²⁵, et celui qui fut à l'origine d'un arrêt fondateur en droit anglais : *Lumley v Gye*¹⁹²⁶. La cantatrice Johanna Wagner s'était engagée auprès de Benjamin Lumley, intendant de « Her Majesty's Theater », à y chanter exclusivement pendant trois mois. Gye, le directeur du « Covent Garden Theater » la débaucha en lui proposant un meilleur cachet. Dans un premier temps, Lumley réussit à obtenir une injonction dirigée contre Melle Wagner. L'arrêt rendu par la *Chancery Court* en appel est d'ailleurs assez étonnant. Le Lord Chancellor n'étant pas une juridiction de l'*equity*, il était incompétent pour ordonner une *specific performance* obligeant Melle Wagner à exécuter son engagement auprès de Her Majesty's Theater. Il prononça donc une injonction lui interdisant de travailler ailleurs, en justifiant ce moyen détourné de contraindre Melle Wagner notamment par le « maintien de la bonne foi » (!) qui « existe dans ce pays dans une mesure peut-être encore plus grande que

¹⁹²³ G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, spéc. n° 79, trad. libre de « statutory provisions for multiple damages in respect of conduct which could be described as breach of contract » ; on notera toutefois qu'il ne s'agit pas à proprement parler de « multiple damages », mais bien d'une indemnité légale, car c'est un multiple du loyer qui est prévu comme sanction, et non un multiple de la somme qui aurait été due au titre des dommages et intérêts compensatoires.

¹⁹²⁴ V. *supra*, spéc. n° 314.

¹⁹²⁵ Civ. 1^{ère}, 4 février 1969, *Bull.*, n° 60, sur lequel v. *supra*, n° 358.

¹⁹²⁶ *Lumley v Gye* [1853] EWHC QB J73, 2 Ellis and Blackburn 216.

dans n'importe quel autre »¹⁹²⁷. Aussi convaincant (et surprenant, de la part du droit anglais) soit l'argument de la bonne foi et aussi habile le stratagème, il n'empêcha pas Melle Wagner d'aller tout de même chanter au Covent Garden Theater sous l'insistance de Gye qui parvint à la convaincre de ne pas respecter l'injonction. Lumley saisit alors à nouveau la justice en vue d'obtenir une indemnisation. Or, plutôt que de la réclamer à Melle Wagner, c'est Gye qu'il assigna, dont les moyens étaient certainement plus aptes à couvrir les pertes de bénéfices engendrées par l'inexécution. Un obstacle s'opposait toutefois à sa requête, qui était que l'on ne peut agir en justice contre l'auteur d'un acte frauduleux lorsque cet acte est à l'origine de l'acte frauduleux d'une autre personne contre laquelle on dispose déjà d'un droit d'action¹⁹²⁸. Opérant un revirement de jurisprudence, les juges de *Queen's Bench* ouvrirent un droit d'action en créant un nouveau délit : le délit d'incitation à la violation du contrat, *tort of inducement of breach of contract*.

2. Le caractère punitif du délit d'incitation à la violation du contrat

381. L'affranchissement des limites du test « remoteness » caractérisant une peine privée. Le délit d'incitation à la violation du contrat constitue-t-il une mesure de réparation du cocontractant dont l'engagement n'a pas été respecté ou une peine privée ? Gye avait commis une faute, Lumley subi un préjudice, si bien que les dommages et intérêts semblaient une sanction logique et conforme au principe indemnitaire. Pourtant, les règles classiques de la responsabilité civile n'auraient pas autorisé cette indemnisation. En effet, le droit anglais subordonne l'octroi de dommages et intérêts à un test de proximité du fait générateur de responsabilité et du préjudice : c'est le test de *remoteness* qui se rapproche de la règle française de prévisibilité du dommage mais s'applique aussi bien en matière contractuelle que délictuelle¹⁹²⁹. Or, cette règle ne semble pas permettre qu'un défendeur soit tenu responsable de conséquences qui, bien qu'elles aient été recherchées par lui, résultent du comportement d'un tiers et non du sien. Les juges ne s'arrêtèrent pas à cet obstacle, et ils condamnèrent Gye sans vérifier la proximité du dommage, une démarche à laquelle un arrêt ultérieur viendra donner raison en décidant que :

¹⁹²⁷ *Lumley v Wagner* [1852] EWHC (Ch) J96.

¹⁹²⁸ Selon la formule synthétique de E. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, *op. cit.*, spéc. n° 8-060 : « where the wrongful act of the defendant caused a wrongful act of another for which the claimant would have a right to sue the latter, he could not have a right of action against the original wrongdoer » ; la règle provient de *Vicars v Wilcocks* (1806) 8 East 1.

¹⁹²⁹ Sur la *remoteness rule*, v. *supra*, n° 235.

« l'intention de nuire au demandeur [...] écarte toute question relative à l'imprévisibilité du dommage »¹⁹³⁰.

Autrement dit, l'intention de nuire chasse la règle de *remoteness* et fait tomber les barrières qui contiennent le préjudice réparable. Or, comme l'a souligné Ewan McGregor, dans presque tous les cas d'incitation à la violation du contrat le dommage est bien recherché par le défendeur et donc l'indemnisation sera prononcée sans vérification du *remoteness test*¹⁹³¹. Sont ainsi clairement caractérisés les deux éléments de la peine privée : l'élément moral qui est la faute intentionnelle et l'élément matériel puisque les dommages et intérêts sont octroyés au-delà de la limite du préjudice normalement indemnisé au titre de la réparation.

382. La punition du tiers fautif plutôt que du débiteur : une peine privée délictuelle et non contractuelle. Le droit anglais punit donc aussi la violation intentionnelle du contrat, mais il ne tient pas la même personne pour responsable. Quoiqu'elle ait été développée dans le but précisément de dissuader la violation du contrat, il ne s'agit pas d'une peine privée contractuelle, mais délictuelle. A un problème commun, le droit anglais a trouvé une solution différente. Celle-ci ne répond toutefois que partiellement au problème de la violation délibérée du contrat, puisqu'elle ne pourra jouer que s'il y a intervention d'un tiers, ce qui n'est pas toujours le cas. Cela ne signifie pas pour autant que le droit anglais ne punit jamais le débiteur lui-même en cas d'inexécution délibérée du contrat. Il le punit *autrement*. C'est ce que nous verrons lorsque nous aborderons l'autre sanction punitive qu'est la restitution des profits¹⁹³².

Il faut auparavant clore la question des dommages et intérêts punitifs en s'interrogeant sur l'opportunité de leur généralisation à la responsabilité contractuelle.

¹⁹³⁰ [1901] A.C. 495, spéc. 537, par Lord Lindley, trad. libre de : « *the intention to injure the plaintiff [...] disposes of any question as to remoteness of damage* ».

¹⁹³¹ H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, *op. cit.*, spéc n° 8-060.

¹⁹³² V. *infra*, spéc. n° 405 et s.

Section 2. L'inopportunité d'une généralisation des dommages et intérêts punitifs

383. Faut-il généraliser le recours aux dommages et intérêts punitifs ? Quoique des dommages et intérêts punitifs existent déjà de manière occulte dans le droit de la responsabilité contractuelle, leur consécration officielle rencontre deux obstacles majeurs. D'abord, les situations que nous avons décrites comme s'apparentant à des dommages et intérêts punitifs sont tellement variées qu'il est très difficile d'en tirer une règle générale applicable à l'ensemble de la responsabilité contractuelle (§1). Ensuite, l'introduction des dommages et intérêts punitifs ne peut se faire qu'avec le soutien des législateurs nationaux, qui fait visiblement défaut (§2).

§1. Irréductibilité à un modèle unique de dommages et intérêts punitifs

384. A la recherche du dénominateur commun. De l'étude des dommages et intérêts à coloration punitive ainsi que de celle de la présence de la peine privée dans les autres sanctions de la responsabilité contractuelle (clauses pénales, intérêts moratoires) ne se dégage aucune règle générale qui puisse servir à la construction de dommages et intérêts punitifs. Ces sanctions punitives de la responsabilité contractuelle n'ont ni un fait générateur uniforme (A) ni des effets communs (B).

A. Diversité des faits générateurs

1. Dol, faute lourde, faute inexcusable

385. Variété des faits générateurs de la peine privée. Rien que du côté du droit français, ce sont quatre fautes distinctes qui sont sanctionnées par les dommages et intérêts à coloration punitive relevés : le dol pour l'article 1150 du Code civil, la mauvaise foi pour l'article 1153 al. 4, ce que l'on peut qualifier de manœuvres dilatoires pour les dispositions du code des assurances précitées et enfin la faute inexcusable de l'employeur dans la jurisprudence relative à l'amiante. En droit allemand, la variété n'est pas moindre et les deux sanctions punitives relevées s'appuient chacune sur une faute différente : une faute grave du médecin (*grober Behandlungsfehler*) que nous avons rapproché de la faute lourde et une faute non

définie pour les hypothèses de refus de la cause exonératoire du *rechtmäßiges Alternativverhalten*, mais qui dans les faits semble correspondre chaque fois à une faute intentionnelle. Si l'on ajoute à cela les mécanismes punitifs décrits dans le chapitre précédent, on observe que la peine privée peut aussi venir sanctionner une inexécution toute simple, comme c'est le cas dans l'hypothèse de la clause pénale ou des intérêts moratoires, « l'état d'esprit » du débiteur défaillant n'entre pas en ligne de compte¹⁹³³. A moins de considérer, à l'instar de Fabrice Gréau, qu'il existe des « obligations renforcées »¹⁹³⁴ dont l'inexécution constitue une faute du seul fait qu'une insistance particulière avait été portée sur leur respect (par les parties dans cas de la clause pénale, par la loi dans le cas des intérêts moratoires). Laquelle de toutes ces fautes faudrait-il retenir comme fait générateur des dommages et intérêts punitifs contractuels ? Si on laisse de côté la mauvaise foi dont on admettra avec Jean Carbonnier qu'elle se confond avec le dol¹⁹³⁵ et la violation d'une obligation renforcée qui constitue un bon modèle explicatif pour les sanctions punitives décrites dans le chapitre précédent, mais trop spécifique pour servir de fondement aux dommages et intérêts punitifs en général, il demeure trois candidats sérieux : la faute intentionnelle (ou dol), la faute lourde et la faute inexcusable.

386. Dol, faute lourde, faute inexcusable. Le dol est le comportement fautif contractuel par excellence. On distingue le dol dans la formation du contrat, qui ne nous intéresse pas ici, et le dol dans l'exécution du contrat, ou plus exactement dans son inexécution. Ce dernier a été défini par la Cour de cassation en ces termes :

« le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant »¹⁹³⁶.

Cette définition est le résultat d'un assouplissement au fil des années et c'est aujourd'hui le caractère délibéré de l'inexécution qui est déterminant, tandis que la motivation maligne (l'intention de nuire) n'est plus requise¹⁹³⁷. En application de l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*, la faute lourde est équipollente au dol¹⁹³⁸. Elle consiste en une :

¹⁹³³ Selon l'expression utilisée par L.-J. CONSTANTINESCO, *Inexécution et Faute contractuelle en Droit comparé*, Stuttgart/Bruxelles, W. Wohlhammer Verlag/Librairie Encyclopédique, 1960, spéc. p. 293.

¹⁹³⁴ F. GREAU, *Recherche sur les intérêts moratoires*, Paris, Defrénois, 2006, spéc. n° 414.

¹⁹³⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, PUF, 22^e éd., 2000, spéc. n° 159 c).

¹⁹³⁶ Civ. 1^{ère}, 4 févr. 1969, *Bull.*, n° 60 ; *D.*, 1969, 601, note J. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1969, 708, obs. G. DURRY ; *adde* : Com., 19 janv. 1993, pouvoi n° 91-11805, *Bull.*, IV, n° 24, p. 14.

¹⁹³⁷ V. par ex. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 226-1.

¹⁹³⁸ Avec parfois quelques exceptions, par ex. les forfaits et plafonds légaux d'indemnisation ne peuvent pas toujours être écartés par la faute lourde, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la*

« faute particulièrement grave assimilable à la faute intentionnelle »¹⁹³⁹

Dans la faute lourde, c'est la gravité du comportement du défendeur qui rend la violation aussi répréhensible que si elle était intentionnelle.

En Allemagne, le *Vorsatz* désigne la faute intentionnelle tandis que la *grobe Fahrlässigkeit*, littéralement une « négligence grossière », se rapproche de la faute lourde. Comme en droit français, le traitement réservé à la faute intentionnelle s'applique souvent à la négligence grossière. L'une et l'autre faute ne sont pas définies par le BGB, qui ne décrit que la faute de négligence simple (§276 al. 2)¹⁹⁴⁰. La jurisprudence précise toutefois que le *Vorsatz* prévu au §276, al. 1^{er} BGB¹⁹⁴¹ consiste dans :

« le fait de connaître et de rechercher un effet illicite »¹⁹⁴².

Quant à la *grobe Fahrlässigkeit*, elle est commise par :

« celui qui viole d'une manière exceptionnelle la diligence requise par la pratique des affaires au regard de l'ensemble des circonstances et qui méprise ce qui, dans le cas d'espèce, apparaît comme une évidence pour tout un chacun »¹⁹⁴³.

La négligence grossière se rapproche ainsi de la faute inexcusable qui désigne en droit français la :

« Faute particulièrement grave qui suppose chez son auteur la conscience d'un danger et la volonté téméraire de prendre le risque de sa réalisation sans raison valable (sans cependant impliquer la volonté de causer ce dommage [...]) »¹⁹⁴⁴.

2. Quelle faute pour les dommages et intérêts punitifs ?

387. Faute intentionnelle ou faute lourde. La variété de la palette des fautes en droit français et en droit allemand contraste avec le droit anglais, dans lequel il n'existe pas une

responsabilité, Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013 spéc. n° 607 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, spéc. n° 318-1.

¹⁹³⁹ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, spéc. « faute lourde ».

¹⁹⁴⁰ §276, al. 2 BGB : « Agit avec négligence celui qui n'applique pas la diligence requise par la pratique des affaires », trad. R. LEGAIS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand, op. cit.*

¹⁹⁴¹ §276, al. 1^{er} BGB : « Le débiteur est tenu de répondre de sa faute intentionnelle et de sa négligence, si une responsabilité plus sévère ou plus légère n'est pas prescrite expressément ou ne résulte pas du contenu du rapport d'obligation, en particulier de la prise en charge d'une garantie ou d'un risque d'approvisionnement. Les dispositions des §§827 et 828 s'appliquent par analogie ».

¹⁹⁴² V. par ex. BGH, 15 juil. 2008, VI ZR 212/07, NJW 2009, 681 où l'on retrouve l'expression consacrée, ici traduite librement, de : « Wissen und Wollen eines rechtswidrigen Erfolges ».

¹⁹⁴³ V. par ex. BGH, 11 juil. 2007, XII ZR 197/05, NJW 2007, 2988, trad. libre (et partielle) de : « Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass nach ständiger Rechtsprechung der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs grob fahrlässig derjenige handelt, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich hohem Maß verletzt und unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem einleuchten müsse. » (spéc. n° 15).

¹⁹⁴⁴ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, spéc. « inexcusable (faute) ».

telle gradation des fautes¹⁹⁴⁵. En matière contractuelle, on peut tout au mieux isoler le cas de l'inexécution intentionnelle (*intentional breach*). James Gordley propose une définition de ce *breach* qu'il qualifie également de « *unjust* » ou « *wrongful* » qui serait caractérisé lorsque :

« son auteur sait qu'il va s'approprier ou nuire à ce qui appartient à l'autre partie »¹⁹⁴⁶.

Faudrait-il alors s'en tenir à cette faute commune et répandue qui est la faute intentionnelle pour l'introduction de dommages et intérêts punitifs ? Suzanne Carval a démontré à propos de l'introduction des dommages et intérêts punitifs en matière extracontractuelle que la faute lourde constituerait un meilleur modèle¹⁹⁴⁷. La solution vaut pareillement pour la responsabilité contractuelle et pour la même raison : l'efficacité de la sanction¹⁹⁴⁸. La jurisprudence française l'a bien compris, qui a très tôt assimilé la faute lourde au dol pour mieux sanctionner les violations contractuelles graves dans lesquelles l'intention malicieuse du débiteur ne pouvait pas être établie¹⁹⁴⁹. Retenir la faute intentionnelle comme fait générateur des dommages et intérêts punitifs, s'ils devaient être consacrés, aboutirait en fait à un recul de la peine privée. Les dommages et intérêts punitifs ne pourraient plus s'appliquer au médecin ayant commis une faute lourde, ni à l'assureur coupable de manœuvres dilatoires, ou au vendeur de mauvaise foi. Soit ces sanctions devraient disparaître, soit, si elles étaient maintenues, l'introduction des dommages et intérêts punitifs aurait manqué son but de synthèse de la peine privée dans la responsabilité contractuelle. La piste proposée par Suzanne Carval de retenir la faute lourde¹⁹⁵⁰ ou la faute inexcusable lorsque des circonstances particulières justifient que l'accès à la peine privée soit contenu (notamment en matière de responsabilité médicale)¹⁹⁵¹ est plus convaincante. Il n'en reste pas moins que même à s'accorder sur un fait générateur commun des dommages et intérêts punitifs, il subsiste une deuxième difficulté, plus grande encore, qui est d'en fixer les effets.

¹⁹⁴⁵ Sur le rôle central de la gravité de la faute en droit français, v. not. la thèse de L. SICHEL, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse Paris I, dacty., 2011.

¹⁹⁴⁶ J. GORDLEY, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, OUP, 2006, spéc. p. 408, trad. libre de : « the perpetrator knows he will be appropriating or harming what belongs to the other party ».

¹⁹⁴⁷ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995, spéc. n° 289 et s.

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*, spéc. n° 290 : « Cantonner la peine privée à la faute intentionnelle reviendrait, en effet, à la bannir presque complètement de certains domaines de la responsabilité civile dont nous pensons qu'ils ont pourtant besoin de ses services ».

¹⁹⁴⁹ V. déjà Req., 24 oct. 1932, *DP*, 1932, 1, p. 176, note E. P. et les autres arrêts citées par . G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 327, note 136.

¹⁹⁵⁰ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 293.

¹⁹⁵¹ L'auteur pense en particulier à la responsabilité encourue du fait d'une activité médicale, v. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 295.

B. Pluralité d'effets

1. Des sanctions aux effets différents

388. Aménagement procédural ou ouverture du droit aux dommages et intérêts normalement. Les dommages et intérêts à coloration punitive qui ont été relevés sont le résultat de démarches différentes. Ils peuvent présenter un aspect procédural marqué, comme c'est le cas des dommages et intérêts sanctionnant la faute lourde du médecin en Allemagne. C'est un problème car, si une disposition générale sur les dommages et intérêts punitifs devait être consacrée, on ne pourrait pas l'assortir de manière automatique d'une présomption de causalité entre la faute du débiteur et le dommage du créancier. Pareille présomption peut se justifier dans le cas particulier où un risque médical se réalise, mais elle est inappropriée dans le contexte général de l'inexécution des conventions. L'introduction de dommages et intérêts punitifs ne permettrait donc pas de faire l'économie de règles particulières applicables au contrat médical, du moins en droit allemand. Même lorsque la peine privée ne se matérialise pas par une inversion de la charge de la preuve, ses effets peuvent être très différents. Parfois, c'est le droit à une indemnisation qui est barré par la mise en œuvre des règles classiques de la réparation. La peine privée se matérialise alors par l'ouverture d'un droit à des dommages et intérêts qui n'existait pas. On pense ici notamment au cas où le dommage qui est survenu se serait produit de toute façon, de sorte qu'il ne peut pas être imputé à la faute du débiteur selon la théorie allemande du *rechtmäßiges Alternativverhalten*. Les dommages et intérêts octroyés au mépris de cette cause exonératoire sont bien punitifs, mais ils ne viennent pas à proprement parler élargir la réparation, ils l'autorisent seulement dans un cas où elle ne devrait normalement pas pouvoir s'appliquer.

389. Changement de nature du droit à réparation (articles 1645 et 1646 du Code civil). Le droit français de la garantie des vices cachés en matière de vente fournit une autre illustration de l'effet original que peuvent avoir les dommages et intérêts punitifs sur le droit à réparation du créancier. Selon l'article 1645 du Code civil :

« Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur. »¹⁹⁵²

A l'inverse, selon l'article 1646 du même code :

« Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente »¹⁹⁵³.

¹⁹⁵² Art. 1645 du Code civil.

Nous n'avons pas encore évoqué l'articulation de ces deux dispositions qui relèvent du droit spécial de la vente et non du droit commun des obligations. Cependant, ces dispositions sont souvent présentées comme un cas particulier d'application de l'article 1150 du Code civil¹⁹⁵⁴. L'un et l'autre mécanismes conduisent à sanctionner plus lourdement le débiteur qui manque gravement à sa parole, mais pas de la même manière. Le rapprochement de l'article 1150 du Code civil consiste à interpréter l'article 1646 comme définissant le préjudice contractuel prévisible et l'article 1645 comme sanctionnant le dol du vendeur, sa mauvaise foi, en l'obligeant à indemniser également le préjudice imprévisible. Il faut toutefois affiner cette approche. Selon l'article 1646, le vendeur de bonne foi ne doit être tenu que de la restitution du prix et des frais occasionnés par la vente. A l'inverse, le vendeur de mauvaise foi sera tenu, en application de l'article 1645, de toutes les pertes subies et du gain manqué consécutifs à l'inexécution, même s'ils dépassent la valeur du prix de la chose¹⁹⁵⁵. Autrement dit, la mauvaise foi du vendeur a pour effet de l'obliger à indemniser non plus l'intérêt négatif du créancier, mais son intérêt positif¹⁹⁵⁶. Il s'agit donc bien, comme pour l'article 1150 du Code civil, de dommages et intérêts à coloration punitive puisqu'ils sont déclenchés par une faute d'une particulière gravité (la mauvaise foi) et aboutissent à une indemnisation plus conséquente de la victime. Cependant, la sanction fonctionne différemment de celle de l'article 1150 du Code civil : alors que le créancier ne disposait que d'un droit à l'indemnisation de son intérêt négatif, la mauvaise foi du vendeur lui permet d'exiger la réparation de son intérêt positif. Ce n'est pas l'étendue du préjudice réparable que vient ici modifier la mauvaise foi du débiteur, c'est la nature même de son droit à réparation.

390. Elargissement du préjudice matériel réparable ou du préjudice moral. Plus fréquemment, les dommages et intérêts à coloration punitive ont pour effet d'étendre l'indemnisation au-delà du préjudice contractuel réparable. Cette extension peut prendre, même dans ce cas, des directions fort différentes. Il peut s'agir, comme dans le cas des articles précités du Code des assurances ou ceux du Code civil (1150, 1153, al. 4), d'une extension du préjudice *matériel* réparable. Il peut s'agir, aussi, d'une extension de la réparation du préjudice *moral*, comme à propos de la jurisprudence relative à l'amiante ou de l'indemnité

¹⁹⁵³ Art. 1646 du Code civil.

¹⁹⁵⁴ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 328 : « En effet on admet généralement que l'article 1646 du Code civil qui limite la dette de réparation du vendeur de bonne foi à la restitution du prix et au remboursement des frais occasionnés par la vente est une application de l'article 1150 du Code civil ».

¹⁹⁵⁵ PH. MALAURIE, L. AYNES, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2012, spéc. n° 410 et la jurisprudence citée.

¹⁹⁵⁶ Sur la distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif, v. *supra*, spéc. n° 203 et s.

adéquate du §253 BGB¹⁹⁵⁷. Dès lors, si une disposition devait être consacrée à l'introduction de dommages et intérêts punitifs, devrait-elle ordonner une prise en charge étendue des intérêts patrimoniaux du créancier ou de ses intérêts extrapatrimoniaux ? Et même, dans l'absolu, pareille référence au dommage matériel ou moral subi par le créancier est-elle bien compatible avec le mécanisme des dommages et intérêts punitifs ?

2. Une difficulté supplémentaire : la référence persistante au dommage

391. Des dommages et intérêts punitifs plafonnés par le dommage subi ? Pour révéler l'existence de dommages et intérêts punitifs dans le droit de la responsabilité contractuelle, deux étapes ont été nécessaires. Il a fallu, d'abord, définir la réparation, ce qui nous a amené à montrer que l'objectif indemnitaire était réalisé par des dommages et intérêts compensatoires qui n'étaient pas l'équivalent du dommage subi, mais du préjudice contractuel réparable¹⁹⁵⁸. Il a fallu, ensuite, définir la peine privée, ce qui nous a amené à montrer qu'elle était caractérisée lorsque les dommages et intérêts allaient au-delà du préjudice réparable, dans le but de sanctionner une faute d'une particulière gravité¹⁹⁵⁹. La frontière apparemment simple entre la réparation, mesurée à l'aune du préjudice réparable, et la peine privée, représentant la fraction qui le dépasse, se trouve toutefois ébranlée par un double constat. Pour commencer, les dommages et intérêts à coloration punitive décrits n'interviennent pas en supplément, mais en remplacement des dommages et intérêts compensatoires. Ils ne remplissent donc pas une fonction unique de peine privée, mais une double fonction de réparation et de peine privée. L'obstacle n'est pas rédhibitoire, si l'on accepte que les dommages et intérêts punitifs puissent remplir une telle double fonction¹⁹⁶⁰. Il suffit qu'une règle organise expressément l'articulation entre les dommages et intérêts compensatoires et les dommages et intérêts punitifs, ou que ces derniers soient redéfinis pour ne désigner que le « surplus » qui va au-delà des dommages et intérêts compensatoires. Plus troublant est le constat que les dommages et intérêts à coloration punitive continuent de se référer au dommage subi par le créancier. Non plus à la notion juridique du préjudice contractuel, mais encore à la notion factuelle de dommage, qui forme comme un plafond à ces dommages et intérêts punitifs. S'il n'est pas abscons d'introduire un plafond aux dommages et intérêts punitifs, il est tout de même surprenant de le voir correspondre au dommage lui-même, référent typique de la

¹⁹⁵⁷ Dans le cas du §253 BGB, il ne s'agit d'ailleurs pas tant d'une extension de la réparation du préjudice moral que de la possibilité même d'obtenir cette réparation.

¹⁹⁵⁸ V. *supra*, spéc. n° 247.

¹⁹⁵⁹ V. l'étude des critères de la peine privée *supra*, spéc. n° 264 et s.

¹⁹⁶⁰ *Contra* : A. JAULT, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 20 et s. pour qui la peine privée est exclusive de la réparation.

réparation¹⁹⁶¹. On comprend bien que, la pratique des dommages et intérêts étant occulte, leur « camouflé » sous des airs de réparation était nécessaire. La question subsiste pourtant : si des dommages et intérêts punitifs devaient être consacrés, faudrait-il ou non maintenir cette limite ? Si on la maintenait, on peut se demander quel apport aurait l'introduction des dommages et intérêts positifs par rapport à ce qui existe. La réserve finale de l'article 1150 du Code civil n'est-elle pas déjà une invitation générale à l'octroi de dommages et intérêts punitifs ? Cet article est appliqué par analogie aux clauses limitatives de réparation. On pourrait tout aussi bien l'appliquer par analogie à l'article 1153 et faire l'économie de son alinéa 4. S'il s'agit seulement d'autoriser le juge à réparer l'entier dommage plutôt que le préjudice contractuel, l'introduction des dommages et intérêts positifs n'est pas véritablement nécessaire¹⁹⁶². Si, à l'inverse, on décide de supprimer ce plafond, ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? De notre avis, les solutions qui ont été décrites sont satisfaisantes sur le fond, et le besoin de consacrer des dommages et intérêts punitifs plus étendus que ce qui se pratique déjà n'a pas été démontré. Il n'y a qu'une hypothèse à laquelle notre droit ne parvient pas à faire face : la violation lucrative du contrat. Les dommages et intérêts compensatoires sont inaptes à dissuader le débiteur de violer délibérément le contrat si cela lui est profitable et les dommages et intérêts à coloration punitive qui ont été décrits ne peuvent pas priver le débiteur du profit réalisé. Ce ne sont donc pas des dommages et intérêts punitifs qui sont nécessaires, mais bien plutôt une mesure de restitution des profits.

Nous y viendrons après avoir constaté que les législateurs européens sont au moins aussi réservés que nous le sommes sur l'opportunité de l'introduction de dommages et intérêts positifs dans le droit de la responsabilité contractuelle.

§2. Prudence des législateurs

392. Des dommages et intérêts punitifs possibles, mais non désirés. Il n'y a pas d'obstacle rédhibitoire à l'introduction de dommages et intérêts punitifs venant sanctionner une faute contractuelle d'une particulière gravité. Ainsi, des dommages et intérêts contractuels punitifs sont prononcés aux Etats-Unis, comme il a été vu dans l'affaire Fontaine Pajot¹⁹⁶³.

¹⁹⁶¹ Il faut noter qu'il est souvent proposé de fixer aux dommages et intérêts punitifs un plafond à hauteur de trois fois le montant du préjudice réparable au titre des dommages et intérêts compensatoires.

¹⁹⁶² De surcroît, elle ne réglerait pas la situation des « intérêts doubles » du droit des assurances.

¹⁹⁶³ V. *supra*, spéc. n° 286.

Au Canada également¹⁹⁶⁴, les dommages et intérêts exemplaires ont été étendus à la matière contractuelle. Cependant, ni le droit anglais (A), ni les droits français et allemand ne semblent prêts à franchir le pas (B).

A. L'extension au contrat des dommages et intérêts exemplaires écartée en Angleterre

1. Une évolution permise par le droit anglais

393. Une extension possible des dommages et intérêts punitifs à la responsabilité contractuelle. Les dommages et intérêts exemplaires du droit anglais sont, comme il a été vu, limités à trois hypothèses restreintes¹⁹⁶⁵. C'est la deuxième catégorie citée dans *Rookes v Barnard* qui pourrait éventuellement ouvrir la voie à des dommages et intérêts punitifs dans un contentieux contractuel privé¹⁹⁶⁶. Cette solution est cependant fermement rejetée par la doctrine anglaise¹⁹⁶⁷. Le fondement avancé du rejet des dommages et intérêts exemplaires sanctionnant un *breach of contract* est l'arrêt centenaire *Addis v Gramophone Co Ltd*, où il est affirmé que, dès lors que le créancier place son action sur le terrain contractuel, il accepte les conséquences du fondement de cette action (*cause of action*) et renonce donc à la possibilité de prétendre à des dommages et intérêts punitifs¹⁹⁶⁸. L'éventualité d'un renversement de la solution classique et d'une consécration des dommages et intérêts punitifs en matière contractuelle n'est cependant pas à exclure. Plusieurs failles ont été révélées dans le raisonnement qui consiste à voir dans *Addis* le fondement du rejet des dommages et intérêts punitifs en matière contractuelle. Pour commencer, *Addis* est révélateur d'une confusion fréquente de l'époque, et dénoncée par la suite dans *Rookes*, qui est celle entre les *exemplary*

¹⁹⁶⁴ V. les arrêts de la Cour Suprême du Canada *Royal Bank of Canada v W Got & Associate Electric Ltd.* (2000) 178 DLR (4th) 385 et *Whiten v Pilot Insurance Co. Ltd.* (2002) 209 DLR (4th) 257, rapportés par R. CUNNINGTON, « Should punitive damages be part of the judicial arsenal in contract cases ? », *op. cit.*, spéc. p. 392 et s.

¹⁹⁶⁵ V. *supra*, spéc. n° 291.

¹⁹⁶⁶ *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129, spéc. 1226 et 1227 ; pour rappel, il s'agit de l'hypothèse d'un comportement guidé par l'intention du défendeur d'en tirer un profit dont il a calculé qu'il pourrait bien dépasser l'indemnisation qu'il devra verser à la victime.

¹⁹⁶⁷ V. *supra*, spéc. n° 377.

¹⁹⁶⁸ *Addis v Gramophone Co Ltd* [1909] AC 488, spéc. p. 496, par Lord Atkinson : « In many cases of breach of contract there may be circumstances of malice, fraud, defamation, or violence, which would sustain an action of tort as an alternative remedy to an action for breach of contract. If one should select the former mode of redress, he may, no doubt, recover exemplary damages, or what is sometimes styled vindictive damages; but if he should choose to seek redress in the form of an action for breach of contract, he lets in all the consequences of that form of action: *Thorpe v Thorpe* (1832) 3 B & Ad 580. One of these consequences is, I think, this: that he is to be paid adequate compensation in money for the loss of that which he would have received had his contract been kept, and no more. »

damages et les *aggravated damages*. Ces derniers, à mi-chemin entre punition et réparation, ont pour objet la réparation d'un dommage moral qui a été provoqué par un comportement particulièrement répréhensible du défendeur. Or, dans l'espèce de l'arrêt *Addis*, le demandeur mettait en avant la manière brutale dont il avait été licencié. Il faisait donc valoir ce qui, aujourd'hui, serait qualifié de *aggravated damage*¹⁹⁶⁹. Dès lors, comme le souligne Ralph Cunnington, l'arrêt *Addis* ne saurait faire autorité qu'à l'égard des *aggravated damages* (et même sur ce point, la solution a sensiblement évolué¹⁹⁷⁰) mais il ne dirait rien de la disponibilité des dommages et intérêts punitifs¹⁹⁷¹.

Par ailleurs et surtout, plusieurs auteurs¹⁹⁷² soulignent la remise en cause de cette jurisprudence par l'arrêt *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* rendu en 2002¹⁹⁷³. Par cet arrêt, la *House of Lords* a en effet aboli le test du fondement de l'action (*cause of action test*) qui obligeait le juge à vérifier (de manière cumulative au test des catégories de *Rookes*) si le fondement de l'action était bien l'un de ceux dans lesquels des dommages et intérêts punitifs étaient déjà été octroyés avant l'arrêt *Rookes*¹⁹⁷⁴. Cette restriction abandonnée par *Kuddus*, même en admettant qu'*Addis* ait voulu fermer la porte aux dommages et intérêts punitifs en matière contractuelle, un juge pourrait aujourd'hui décider du contraire, puisqu'il n'est plus tenu de vérifier le fondement de l'action. C'est d'ailleurs cette évolution qu'a suivi la jurisprudence canadienne¹⁹⁷⁵. A ce jour, les tribunaux anglais n'ont pas franchi le pas, mais la pérennité de l'exclusion des dommages et intérêts exemplaires en matière contractuelle apparaît fragilisée. Comme le rappelle Lord Nicholls,

¹⁹⁶⁹ R. CUNNINGTON, « Should punitive damages be part of the judicial arsenal in contract cases ? », (2006) 26 *Legal Studies* 369, spéc. p. 374.

¹⁹⁷⁰ Si les *aggravated damages* ne sont pas disponibles en principe en matière contractuelle, il peut toutefois être octroyé une indemnité pour « *injury to the feelings* » qui partage avec eux de nombreux traits communs, v. par ex. G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, spéc. n° 20-082 et s. et n° 20-020 où l'auteur note que : « Punitive damages are not available even though the breach was committed deliberately and with a view to profit. If the court is particularly outraged by the defendant's conduct, it can sometimes achieve much the same result by awarding damages for injury to the claimant's feeling (...) »

¹⁹⁷¹ R. CUNNINGTON, « Should punitive damages be part of the judicial arsenal in contract cases ? », *op. cit.*, spéc. p. 374.

¹⁹⁷² H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2014, spéc. n° 13-016 ; M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 508 ; A. BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2004, spéc. p. 409 et s. ; R. CUNNINGTON, « Should punitive damages be part of the judicial arsenal in contract cases ? », *op. cit.*, ; V. WILCOX, « Punitive Damages in England », *op. cit.*,

¹⁹⁷³ *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 AC 122.

¹⁹⁷⁴ V. par ex. *AB v South West Water Services Ltd*, [1993] QB 507.

¹⁹⁷⁵ V. les arrêts de la Cour Suprême du Canada *Royal Bank of Canada v W Got & Associate Electric Ltd.* (2000) 178 DLR (4th) 385 et *Whiten v Pilot Insurance Co. Ltd.* (2002) 209 DLR (4th) 257, rapportés par R. CUNNINGTON, « Should punitive damages be part of the judicial arsenal in contract cases ? », *op. cit.*, spéc. p. 392 et s.

« il ne faut jamais dire jamais »¹⁹⁷⁶. S'il n'y a pas, à l'heure actuelle, de dommages et intérêts punitifs venant sanctionner l'inexécution sur le terrain contractuel, les entraves à leur reconnaissance se sont indéniablement estompées.

2. Le rejet des dommages et intérêts punitifs contractuels par la *Law Commission* anglaise

394. Le rapport de la *Law Commission* de 1997. En 1997, la *Law Commission* a rédigé un rapport de près de 200 pages intitulé « *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* » dans lequel elle a dressé un état des lieux de l'utilisation des dommages et intérêts extra-compensatoires en droit anglais et une liste des évolutions possibles et souhaitées¹⁹⁷⁷. Parmi les questions qui étaient soulevées figuraient la possibilité d'une extension des dommages et intérêts punitifs (*exemplary damages*) à la matière contractuelle. La *Law Commission* a écarté cette piste, estimant que les dommages et intérêts punitifs n'avaient pas leur place dans le droit de la responsabilité contractuelle¹⁹⁷⁸. Pour aboutir à ce résultat, la *Law Commission* a avancé cinq arguments, qui traduisent assez précisément « l'état d'esprit » du droit anglais sur la question de l'(in-)opportunité de l'introduction de dommages et intérêts punitifs comme sanction du *breach of contract*.

395. La responsabilité contractuelle ne serait pas concernée par les dommages et intérêts punitifs. Dans les deux premiers arguments, le rapport s'appuie sur l'inexistence des dommages et intérêts punitifs en matière contractuelle et leur manque de pertinence dans ce domaine.

« Premièrement, les dommages et intérêts exemplaires n'ont jamais été octroyés pour violation du contrat. »¹⁹⁷⁹.

Ce premier argument traditionnel n'emporte pas la conviction de l'inutilité des dommages et intérêts punitifs contractuels dès lors que, de toute évidence, si aucun juge n'a jamais prononcé une telle sanction, c'est parce qu'il (pensait qu'il) n'y était pas autorisé. En outre,

¹⁹⁷⁶ *A v Bottrill* [2003] AC 449, spéc. 456, par Lord Nicholls (trad. libre), à propos d'une demande en dommages et intérêts punitifs pour une très grave négligence d'un médecin, mais sans intention de nuire avérée : « It would be imprudent to assume that, in the absence of intentional wrongdoing or conscious recklessness, a defendant's negligent conduct will *never* give rise to a justifiable feeling of outrage calling for an award of exemplary damages. "Never say never" is a sound judicial admonition. There may be the rare case where the defendant departed so far and so flagrantly from the dictates of ordinary or professional precepts of prudence, or standards of care, that his conduct satisfies this test even though he was not consciously reckless. »

¹⁹⁷⁷ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997).

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*, spéc. Part V « Exemplary Damages: Reform », n° 1.71 et s., p. 118 et s.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, spéc. Part V, n° 1.72, p. 118, trad. libre de : « First, exemplary damages have never been awarded for breach of contract. ».

elle repose sur le postulat de l'absence d'utilisation des dommages et intérêts punitifs en matière contractuelle, lequel n'est pas à l'abri de critiques dans la mesure où une utilisation des plus fréquentes de cette sanction concerne précisément le droit des contrats : c'est l'éviction frauduleuse du preneur par le bailleur¹⁹⁸⁰. En tout état de cause, le fait que les dommages et intérêts punitif soient inexistantes n'est pas la preuve de leur inutilité, mais découle simplement de leur absence de reconnaissance officielle, laquelle ne préjuge pas, au demeurant, de l'influence occulte qu'elle exerce sur la matière.

Le deuxième argument avancé par la *Law Commission* pour rejeter les dommages et intérêt punitifs contractuels semble plus solide :

« Deuxièmement, le contrat fait intervenir principalement des dommages patrimoniaux, plutôt qu'extrapatrimoniaux ; à l'inverse, les délits pour lesquels des dommages et intérêts exemplaires sont le plus souvent octroyés, et qui sont susceptibles de continuer à l'être, donnent généralement lieu à des prétentions relatives à des dommages extrapatrimoniaux. »¹⁹⁸¹

Le double constat que les dommages et intérêts octroyés en matière contractuelle sont davantage concernés par le préjudice matériel que moral et que les dommages et intérêts exemplaires visent au contraire plus souvent les intérêts extrapatrimoniaux occulte le fait que, les intérêts extrapatrimoniaux du créancier jouent un rôle croissant dans la responsabilité contractuelle. Le droit anglais est même celui des trois systèmes étudiés qui l'a le plus nettement admis avec la théorie du *consumer surplus*¹⁹⁸². La réparation du préjudice extrapatrimonial a sa place au sein de la responsabilité contractuelle lorsque c'est un bénéfice immatériel qui était attendu du contrat, auquel cas l'intérêt extrapatrimonial du créancier fait partie de son intérêt positif (l'intérêt à obtenir les avantages escomptés de l'exécution)¹⁹⁸³. Dans pareille hypothèse, il n'est toutefois pas certain que les dommages et intérêts punitifs soient prédestinés à remplir un rôle différent que celui qui est le leur en matière de préjudice matériel. Ensuite, les intérêts extrapatrimoniaux du créancier peuvent être menacés au cours de l'exécution du contrat même quand les conventions organisent premièrement les intérêts patrimoniaux des parties¹⁹⁸⁴. Dans ces hypothèses où l'exécution du contrat fournit l'occasion d'une atteinte à l'intégrité (corporelle notamment) du créancier, le lien avec le contrat est plus distendu, et la question des dommages et intérêts punitifs se pose finalement dans les mêmes

¹⁹⁸⁰ V. *supra*, spéc. n° 378.

¹⁹⁸¹ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, op. cit.*, spéc. Part V, n° 1.72, p. 118, trad. libre de : « Second, contract primarily involves pecuniary, rather than non-pecuniary, losses; in contrast, the torts for which exemplary damages are most commonly awarded, and are likely to continue to be most commonly awarded, usually give rise to claims for non-pecuniary losses. ».

¹⁹⁸² V. *supra*, spéc. n° 221.

¹⁹⁸³ V. *supra*, spéc. n° 220 et s.

¹⁹⁸⁴ V. *supra*, spéc. n° 224 et s.

termes comme en matière délictuelle. Aussi est-il trop simplificateur de présenter l'opposition entre le droit contractuel et délictuel sous le seul angle statistique de la fréquence des dommages et intérêts moraux ici et là. Il s'agit bien plutôt de déterminer si et dans quelles circonstances la responsabilité contractuelle doit prendre en considération les intérêts patrimoniaux du créancier, d'une part, et si elle doit le faire à titre de réparation ou de sanction, d'autre part. Telles sont, nous semble-t-il, les véritables questions que soulève l'articulation des dommages et intérêts punitifs et du préjudice moral en matière de responsabilité contractuelle.

396. Les principes gouvernant la responsabilité contractuelle ne seraient pas compatibles avec les dommages et intérêts positifs. Les trois derniers arguments évoqués par la *Law Commission* reposent sur plusieurs grands principes du droit des contrats supposément incompatibles avec les dommages et intérêts positifs : la sécurité et la prévisibilité juridique, l'autonomie de la volonté et la théorie de la violation efficace du contrat. Ils portent une réflexion plus théorique sur les opportunités et les risques qu'il y aurait à officialiser, étendre, voire généraliser les dommages et intérêts punitifs au sein de la responsabilité contractuelle. Le troisième argument part à nouveau des qualités propres au contrat d'une part (l'impératif de sécurité juridique) et aux dommages et intérêts punitifs de l'autre (le pouvoir discrétionnaire du juge) pour en déduire une difficulté d'accommodation de l'un à l'autre :

« Troisièmement, l'impératif de sécurité est considéré comme étant plus important en matière de contrat que de délit et, on peut sans doute soutenir qu'il y a par conséquent moins de place pour la sorte de discrétion dont disposent les juges lorsqu'ils déterminent la disponibilité et le *quantum* des dommages et intérêts exemplaires. »¹⁹⁸⁵.

Pour ce qui est du pouvoir discrétionnaire du juge, il est vrai qu'il appelle des réserves plus importantes en matière contractuelle que délictuelle : les parties doivent être en mesure d'évaluer la portée de leur engagement au moment où elles donnent leur consentement, ce qui signifie non seulement une compréhension du coût de leur prestation, mais aussi une certaine conscience des sanctions auxquelles elles s'exposent en cas d'inexécution. C'est d'ailleurs cet impératif de sécurité et de prévisibilité qui transparaît dans les limitations du préjudice réparable consacrées par chacun des trois systèmes étudiés¹⁹⁸⁶. En revanche, que l'appréciation du juge soit plus menaçante en matière de dommages et intérêts punitifs que

¹⁹⁸⁵ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, *op. cit.*, spéc. Part V, n° 1.72, p. 118, trad. libre de : Thirdly, the need for certainty is perceived to be greater in relation to contract than tort and, arguably, there is therefore less scope for the sort of discretion which the courts must have in determining the availability and quantum of exemplary damages. ».

¹⁹⁸⁶ Comp. *supra*, spéc. n° 228 et s.

dans le cas des dommages et intérêts compensatoires n'est pas certain. La liberté dont jouissent les tribunaux français et allemands dans l'appréciation de l'existence et de l'étendue du préjudice moral, par exemple, n'a rien à envier à celle des dommages et intérêts punitifs par les tribunaux anglais ou même américains¹⁹⁸⁷. Officialiser les dommages et intérêts punitifs pourrait au contraire s'avérer un moyen de contrôler davantage ce que le pouvoir d'appréciation des juges du fond cache sous les apparences de sanctions indemnitaires. Il permettrait ainsi une meilleure transparence qui va de pair avec la prévisibilité. Pour autant, on ne saurait oublier que les dommages et intérêts punitifs doivent conserver une part d'imprévisibilité, car celle-ci contribue à déjouer le calcul coûts *versus* bénéfices à tirer de la violation du contrat ou de la loi¹⁹⁸⁸. En somme, l'argument ne condamne pas les dommages et intérêts punitifs en matière contractuelle. Il appelle plutôt une réserve quant à l'encadrement des dommages et intérêts punitifs contractuels, afin de les concilier avec l'impératif de sécurité juridique et de prévisibilité, tout en maintenant l'effet dissuasif de la sanction.

Quant aux deux derniers arguments, ils portent plus généralement sur la légitimité de la sanction dans le cadre du contrat :

« Quatrièmement, un contrat est un accord privé, dans lequel les parties négocient leurs droits et obligations, tandis que les obligations prévues par le droit délictuel sont prescrites par la loi ; il peut dès lors être soutenu que la notion de répression [*state punishment*] est plus facile à appliquer au second cas qu'au premier. »¹⁹⁸⁹

La référence au « *state punishment* », donc à la peine publique, n'est pas appropriée pour les dommages et intérêts punitifs qui constituent une peine privée. On comprend toutefois l'idée directrice de cette pensée, qui est que le contrat étant la chose des parties, l'intervention d'une punition imposée y trouve moins facilement sa place. C'est, en somme, la question de la légitimité d'une intervention renforcée dans le contrat, œuvre des parties et non de la loi. Elle est directement liée au dernier argument :

« Cinquièmement, la doctrine de la violation efficace du contrat indique que les parties contractantes devraient avoir le choix de rompre le contrat et de payer des dommages et intérêts compensatoires, si elles sont capables de trouver une utilisation plus lucrative à la

¹⁹⁸⁷ Sur les libertés d'appréciation des juges français et allemand, v. respectivement *supra*, spéc. n° 300 et s. et *supra*, spéc. n° 307 ; sur l'encadrement des dommages et intérêts punitifs en droit anglais et en droit américain, v. respectivement *supra*, spéc. n° 291 et *infra*, spéc. n° 398.

¹⁹⁸⁸ Comp. nos dév. sur la faute lucrative, *infra*, spéc. n° 406 et s.

¹⁹⁸⁹ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, op. cit.*, spéc. Part V, n° 1.72, p. 118, trad. libre de : Fourthly, a contract is a private arrangement in which parties negotiate rights and duties, whereas the duties which obtain under the law of tort are imposed by law; it can accordingly be argued that the notion of state punishment is more readily applicable to the latter than to the former.

chose qui fait l'objet de la promesse. Accorder des dommages et intérêts exemplaires aurait tendance à décourager la violation efficace. »¹⁹⁹⁰

La théorie de la violation efficace (*efficient breach*) est ici mise en avant. Cela a de quoi surprendre, car cette théorie est américaine et non britannique, et elle n'a reçu une réception que très limitée en Angleterre¹⁹⁹¹. Cette théorie part du postulat que le débiteur dispose toujours du choix d'exécuter ou non le contrat et qu'il devrait être incité à violer son engagement s'il peut en tirer un bénéfice supérieur (revente à un tiers à meilleur prix, par exemple), dès lors qu'il indemnise le créancier (à hauteur du prix du marché, par exemple) : pareille violation est qualifiée d'« efficace », chacun y trouvant un avantage équivalent ou supérieur à celui promis – et de ce fait elle est considérée comme bénéfique (pour les parties et plus généralement pour l'économie à l'échelle globale)¹⁹⁹². On se doute assez facilement des réserves que peuvent susciter cette approche et nous prendrons le temps de les exposer en détails pour réfuter cette théorie¹⁹⁹³. Cette théorie met toutefois l'accent sur des questions importantes lorsque l'on envisage de consacrer les dommages et intérêts punitifs contractuels, notamment celles de savoir si la violation du contrat est condamnable au même titre que la violation de la loi, et plus spécifiquement celle de savoir si les violations lucratives du contrat sont tolérables, voire souhaitables. Or, il n'existe pas de réponse donnée à ces questions qui traduisent, en fait, un choix de politique juridique.

397. Ce que peut le droit anglais, ce que veut le droit anglais. Les arguments avancés par la *Law Commission* mettent en lumière des questions que tout législateur doit se poser avant d'introduire les dommages et intérêts punitifs en matière contractuelle. Ils donnent matière à réfléchir à la manière adéquate de consacrer cette sanction, mais ils ne constituent pas un obstacle rédhibitoire à son adoption. Si la *Law Commission* conclut au rejet de la piste de l'extension des dommages et intérêts exemplaires à la matière contractuelle, c'est qu'elle n'est pas convaincue de leur utilité. La solution qu'elle favorise est fondée sur le concours de responsabilités : le créancier doit avoir la possibilité de réclamer des dommages et intérêts à la fois sur le terrain contractuel et sur le terrain délictuel, pour pouvoir choisir le fondement qui lui est le plus favorable, autrement dit le terrain délictuel s'il veut obtenir des dommages et

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, spéc. Part V. « Exemplary Damages: Reform », n° 1.72, p. 118 et p. 119, trad. libre de : Fifthly, the doctrine of efficient breach dictates that contracting parties should have available the option of breaking the contract and paying compensatory damages, if they are able to find a more remunerative use for the subject matter of the promise. To award exemplary damages would tend to discourage efficient breach.

¹⁹⁹¹ V. *infra*, spéc. n° 437 et les réf. citées.

¹⁹⁹² Pour une présentation de la théorie, v. *infra*, spéc. n° 435 et s.

¹⁹⁹³ Pour les critiques de la théorie, v. *infra*, spéc. n° 436 et s.

intérêts punitifs¹⁹⁹⁴. Dans le rapport établi par la suite en 2007 sur le droit des dommages et intérêts par le *Department for Constitutional Affairs*, il n'est d'ailleurs plus fait aucune mention des dommages et intérêts exemplaires en matière contractuelle¹⁹⁹⁵.

La consécration des dommages et intérêts punitifs contractuels n'est donc pas pour tout de suite. Le droit anglais ne se fera pas « doubler » par les droits français et allemand pour autant, qui expriment au moins autant de réserves.

B. Les réticences à l'égard des dommages et intérêts punitifs en France et en Allemagne

1. Une évolution compatible avec la conception continentale de la responsabilité

398. L'encadrement des *punitive damages* américains comme facteur de convergence. L'hostilité des droits allemand et français envers les dommages et intérêts punitifs est souvent interprétée comme la marque du droit continental, par opposition aux systèmes de *common law*. Cette image n'est pas tout à fait fondée car, comme nous l'avons vu, le droit anglais se montre lui aussi méfiant à l'égard de cette sanction et la réserve à des cas exceptionnels. La rupture se situe finalement plutôt entre les droits européens d'une part et le système américain de l'autre. Or, même ces disparités pourraient s'estomper. Du côté des Etats-Unis, un arrêt important, *BMW of North America, Inc. v. Gore* rendu en 1996¹⁹⁹⁶, est venu encadrer à la fois les conditions et le montant des dommages et intérêts punitifs. Par cet arrêt, la Cour Suprême des Etats-Unis a instauré un contrôle de proportionnalité fondé sur le principe du « *due process of law* », la règle du procès équitable inscrite au 14^{ème} amendement de la Constitution¹⁹⁹⁷. Ce contrôle de proportionnalité repose sur trois critères¹⁹⁹⁸. Premièrement, les dommages et intérêts punitifs doivent varier en fonction du caractère répréhensible et du degré de gravité de l'acte commis. Le critère est d'abord subjectif, puisqu'il s'agit de prendre en compte l'intention du responsable, mais la gravité de l'acte sera appréciée également en

¹⁹⁹⁴ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), spéc. Part V. « Exemplary Damages: Reform », n° 1.73, p. 119.

¹⁹⁹⁵ V. Department for Constitutional Affairs (DCA), *The law on damages*, CP 9/07, mai 2007, spéc. n° 196 et s.

¹⁹⁹⁶ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, [1996] 517 US 559.

¹⁹⁹⁷ Fourteenth Amendment to the United States Constitution, section 1 : « All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. ».

¹⁹⁹⁸ Pour un exposé des apports de cet arrêt en français, v. not. F.-X. LICARI, obs. CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 26 févr. 2009, n° 07/02404, *JDI*, 2010, p. 1230, spéc. p. 1258 et s.

fonction de ses effets, les dommages corporels justifiant une condamnation plus lourde que les dommages seulement matériels. Deuxièmement, le rapport de proportion entre les dommages et intérêts punitifs et les dommages et intérêts compensatoires doit rester raisonnable. La Cour suprême s'est gardée de fixer *a priori* un ratio ; de telles limites existent dans certains Etats, allant d'un montant égal à celui des dommages et intérêts compensatoires (rapport de 1/1) au quintuple de cette somme (rapport de 5/1)¹⁹⁹⁹. Troisièmement, les juridictions sont invitées à mesurer les dommages et intérêts punitifs à l'aune de la gravité des sanctions pénales et amendes civiles encourues pour l'acte en cause (une amende légère devant inciter à retenir une somme plus faible qu'une peine de plusieurs années de prison). Ces lignes directrices sont applicables tant aux dommages et intérêts contractuels que délictuels. Les *punitive damages* ont en effet été accueillis par le droit américain en matière contractuelle pour sanctionner notamment les manquements à la bonne foi dans l'exécution du contrat. Le principe et les conditions de leur admission varient toutefois selon les Etats. Le *Second Restatement* réserve leur octroi au seul cas où la violation du contrat constitue, dans le même temps, un délit lui-même sanctionné par des dommages et intérêts punitifs, par exemple le délit d'escroquerie (*fraud*)²⁰⁰⁰. L'arrêt Fontaine Pajot évoqué plus haut en constitue une illustration²⁰⁰¹. L'encadrement des dommages et intérêts punitifs instauré par l'arrêt *BMW v. Gore* pourrait bien contribuer à rendre les dommages et intérêts punitifs plus acceptables aux yeux des juristes européens.

399. L'ouverture de la doctrine et des législateurs européens aux dommages et intérêts punitifs. Réciproquement, de ce côté de l'Atlantique, l'introduction des dommages et intérêts punitifs est une idée qui fait (lentement mais sûrement) son chemin. En Allemagne, la position de principe de l'arrêt du 4 juin 1992 (dans lequel le *Bundesgerichtshof* refusait l'*exequatur* de *punitive damages* au motif d'une incompatibilité avec l'ordre public allemand) pourrait être amenée à évoluer à la suite de la jurisprudence *BMW v. Gore*²⁰⁰². C'est du moins ce qu'envisage une partie de la doctrine allemande²⁰⁰³. A la fin de l'arrêt, la Haute Cour se

¹⁹⁹⁹ V. le tableau en appendice de l'opinion du juge Ginsburg, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, [1996] 517 US 559, spéc. p. 615 et s..

²⁰⁰⁰ §355 Restatement (second) of Contracts : « Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable ».

²⁰⁰¹ V. *supra*, spéc. n° 286.

²⁰⁰² BGH 4 juin 1992, IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312 ; NJW 1992, 3096, note H. KOCH à la p. 3073 ; IPPrax 1993, 310, obs. H. KOCH, J. ZEKOLL à la p. 288 ; RIW 1993, 132, note SCHÜTZE ; JZ 1993, 261, note E. DEUTSCH ; *RTD civ.*, 1994, p. 457, chr. C. WITZ ; *RGDA*, 1996, p. 205, note J.-M. GARDETTE ; v. nos dev. *supra*, spéc. n° 285.

²⁰⁰³ L. GRIESSBACH, D. CORDERO, « BMW v. Gore – praktische Folgen. Auswirkungen der Entscheidung des US-Supreme Court auf die Vollstreckbarkeit von « punitive damages » in Deutschland », RIW 1998, 592 et S. BAUMGARTNER, « Zulässigkeit und Bemessung von punitive damages » (note sous Supreme Court of the United

réserve d'ailleurs assez curieusement une « porte de sortie » pour pouvoir, le cas échéant, déclarer compatible avec l'ordre public allemand la reconnaissance d'une décision si « l'octroi de dommages et intérêts punitifs vise en fait à compenser des pertes qui n'ont pas encore été comptées, ou qui sont difficiles à prouver, ou encore lorsqu'il s'agit de priver le responsable du profit retiré de la violation »²⁰⁰⁴. La référence aux pertes difficiles à prouver est amusante, dans la mesure où les allègements probatoires organisés par la jurisprudence allemande au bénéfice de la victime d'une faute lourde du médecin aboutissent précisément au prononcé d'une peine privée²⁰⁰⁵. Ce qu'il permet sous le nom de dommages et intérêts compensatoires (qui n'en sont pas), il est logique que le droit allemand ne le considère pas contraire à son ordre public, même lorsqu'il est rebaptisé (à juste titre) dommages et intérêts punitifs. Plus surprenante est la faveur à la restitution des profits, qui constitue pourtant bien une sanction extra-compensatoire et punitive²⁰⁰⁶. C'est peut-être le signe d'une inflexion. La piste d'une introduction des dommages et intérêts punitifs a d'ailleurs été envisagée lors du 66. *Juristentag*, le rapport du professeur Wagner ayant mis en avant leur fonction préventive et leur compatibilité, sous cet angle, avec le modèle indemnitaire allemand²⁰⁰⁷.

En France, l'introduction de dommages et intérêts punitifs en matière délictuelle trouve un soutien croissant en doctrine²⁰⁰⁸, quoique non unanime²⁰⁰⁹. L'avant-projet Catala avait proposé de les consacrer de la manière suivante :

States, 20 mai 1996, *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore, Jr.*, 64 U.S.L.W. 4335, JZ 1997, 158, spéc. p. 160, *in fine*.

²⁰⁰⁴ BGH, 4 juin 1992, IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312, préc., spéc. 340, trad libre de : « Anders kann es sich möglicherweise verhalten, soweit mit der Verhängung von Strafschadensersatz restliche, nicht besonders abgegoltene oder schlecht nachweisbare wirtschaftliche Nachteile pauschal ausgeglichen oder vom Schädiger durch die unerlaubte Handlung erzielte Gewinne abgeschöpft werden sollen. »

²⁰⁰⁵ V. *supra*, spéc. n° 369 et s.

²⁰⁰⁶ Sur la nature de la restitution des profits, v. *infra*, spéc. n° 432 et s.

²⁰⁰⁷ G. WAGNER, « Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden », in : *Verhandlungen des sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages*, Band I, München, Beck, 2006, Gutachten A ; v. également depuis : G. WAGNER, « Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht », in : *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, dir. P. APATHY, R. BOLLENBERGER, P. BYDLINSKI, G. IRO, E. KARNER, M. KAROLLUS, Wien, Jan Sramek Verlag, 2010, p. 925.

²⁰⁰⁸ V. not. en faveur de l'introduction de dommages et intérêts punitifs en droit français : S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., S. CARVAL, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *RDC*, 2006, p. 822 ; P. JOURDAIN, « Les peines privées – Rapport général », in : *L'indemnisation. Journées Québécoises*, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. LIV, Paris, SLC, 2004, p. 25, spéc. p. 42 ; PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2014, spéc. n° 45 ; G. VINEY, « Rapport de synthèse », in : *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, hors-série RCA, juin 2001, p. 82, spéc. p. 86.

²⁰⁰⁹ V. not. hostiles à l'introduction de dommages et intérêts punitifs en droit français (toujours de manière non exhaustive) : PH. BRUN, « Rapport introductif » in : *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, hors-série RCA, juin 2001, p. 4, spéc. n°35, p. 8 ; S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », in : *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, hors-

« Art. 1371. L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. »²⁰¹⁰

La proposition a essuyé les critiques et l'on peut douter que le législateur d'aujourd'hui soit toujours convaincu de l'opportunité d'une telle évolution.

2. Le rejet des législateurs allemand et français

400. Un accueil peu chaleureux réservé aux dommages et intérêts punitifs. Que la proposition d'introduire des dommages et intérêts « préventifs » (*Präventivschadensersatz*) n'ait pas suscité d'engouement en Allemagne ne surprend pas²⁰¹¹. A l'inverse, on peut s'étonner de l'accueil que reçurent les dommages et intérêts punitifs formulés par l'avant-projet Catala en France, en tout premier lieu par la Cour de cassation²⁰¹². Les premières réserves étaient adressées au choix du fait générateur – la « faute manifestement délibérée » – qui ne rappelait aucun concept connu (était-ce la faute intentionnelle ? ou seulement volontaire ? que signifiait « manifestement » ?)²⁰¹³. Surtout, la Cour de cassation reprochait à l'avant-projet son choix d'une « solution hybride, pour ne pas dire étrange »²⁰¹⁴ d'un partage des dommages et intérêts punitifs entre la victime et le Trésor public :

« On comprend mal cette intrusion de l'Etat. Ce qui est certain, c'est que la proposition fait naître une confusion entre dommages-intérêts punitifs et amende civile, pour un objectif assez voisin de celui de l'astreinte. »²⁰¹⁵

Selon la Cour de cassation, pareil mélange de styles est aussi néfaste – puisqu'elle se fait « au prix d'une véritable dénaturation de la finalité indemnitaire de la responsabilité civile »²⁰¹⁶ – qu'inutile, dès lors que d'autres mécanismes sont plus adaptés. Aussi concluait-elle que :

« [...] si de nouvelles sanctions devaient s'avérer nécessaires pour prévenir et sanctionner plus efficacement les comportements dénoncés, le dispositif à privilégier, à la fois dissuasif et

série *RCA*, juin 2001, p. 68 ; R. SAINT-ESTEBEN, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs ? », *LPA*, 20 janv. 2005, n° 14, p. 53.

²⁰¹⁰ P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006, art. 1371.

²⁰¹¹ V. à nouveau sur cette proposition G. WAGNER, « Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden », *op. cit.* et G. WAGNER, « Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht », *op. cit.*

²⁰¹² Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007.

²⁰¹³ *Ibid.*, spéc. n° 92.

²⁰¹⁴ *Ibid.*

²⁰¹⁵ *Ibid.*

²⁰¹⁶ *Ibid.*

neutre pour la victime, ne devrait pas être recherché en droit de la responsabilité, mais se traduire plutôt par un développement de sanctions pénales ou administratives plus adaptées, de véritables amendes au profit de l'Etat ou d'un fonds de garantie par exemple. »²⁰¹⁷

401. Dommages et intérêts punitifs ou amende civile ? Dès 2008, le rapport de la mission Lepage sur la réforme du droit de l'environnement tirait les conséquences des critiques adressées par la Cour de cassation au projet Catala²⁰¹⁸ qui proposa l'introduction de la disposition suivante :

« Art. 1382-7. Tout professionnel ou toute personne morale qui commet une faute intentionnelle entraînant un dommage à l'environnement peut être condamnée, sans préjudice des autres dispositions relatives à sa responsabilité, à des dommages et intérêts distincts de ceux éventuellement accordés à la victime.

La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et tenir compte des ressources du responsable.

Ces dommages et intérêts, qui ne sont pas assurables, sont versés :

1° - soit à une association agréée de protection de l'environnement ou reconnue d'utilité publique qui s'engage à en affecter au moins les trois-quarts à une action proposée par le juge et acceptée par elle.

2° - soit au Fonds de Garantie des Assurances obligatoires de dommages. [...] »²⁰¹⁹

De « dommages et intérêts punitifs », la sanction n'avait plus que le nom. Ce qui était proposé, c'était bien plutôt l'introduction d'une amende civile, à l'instar de celle qui existe, par exemple, en droit de la concurrence²⁰²⁰. L'espoir de voir consacrer des dommages et intérêts punitifs est toutefois revenu avec la proposition de réforme du droit de la responsabilité du Sénateur Laurent Bêteille en 2010 :

« Art. 1386-25. – Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires.

Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime. À défaut d'un tel fonds, la proportion des dommages et intérêts non attribués à la victime est versée au Trésor public. »²⁰²¹

²⁰¹⁷ *Ibid.*

²⁰¹⁸ Rapport de la mission confiée à Corinne Lepage sur la gouvernance écologique, février 2008, qui affirme tenir compte des « objections – fondées – du groupe de travail de la Cour de cassation », v. spéc. p. 73.

²⁰¹⁹ *Ibid.*, spéc. proposition n° 71, p. 74 ; un dernier alinéa conclut la disposition proposée : « Le non respect, dans les dix-huit mois du versement des fonds, de l'affectation déterminée en application de l'alinéa 3 1° engage la responsabilité du bénéficiaire des dommages et intérêts punitifs qui, sans préjudice d'éventuelles poursuites, est tenu de verser au Fonds de Garantie des Assurances obligatoires de dommages l'intégralité de la somme reçue. »

²⁰²⁰ Sur laquelle, v. *supra*, spéc. n° 416.

²⁰²¹ Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n° 657 présentée par L. Bêteille et enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010, art. 1386-25 ; comp. le rapport beaucoup plus frileux qui l'a précédé :

La répartition des dommages et intérêts punitifs entre les mains de la victime, d'une part, et d'un fonds d'indemnisation ou du trésor public, d'autre part, en font une sanction hybride, mi-peine privée, mi-peine publique. Suzanne Carval appelle ce genre de sanction une « peine semi-privée »²⁰²². L'inexécution contractuelle est expressément visée, mais elle ne pourra donner lieu à des dommages et intérêts contractuels que « dans les cas où la loi en dispose expressément », ce qui réduit considérablement la portée de la sanction. Enfin, l'enrichissement du responsable est mis en avant, ce qui n'est pas anodin. En effet, la doctrine a commencé justement à se demander si, plutôt que par des dommages et intérêts punitifs (surtout plafonnés tels qu'ils le sont dans la proposition Béteille) il ne serait pas plus efficace de lutter contre les fautes lucratives en retirant au responsable le bénéfice des profits que la violation de la loi ou du contrat lui a permis de générer.

402. Des dommages et intérêts punitifs à la restitution des profits. Le projet de réforme dirigé par François Terré est significatif du changement de perspective qui a vu la restitution des profits²⁰²³ gagner du terrain aux dépens des dommages et intérêts punitifs. Dans le projet de réforme du droit de la responsabilité civile, les dommages et intérêts punitifs sont consacrés uniquement en cas de faute intentionnelle qui porte atteinte à l'intégrité morale de la victime, où ils sont appelés « réparation exemplaire »²⁰²⁴. Autrement dit, ces dommages et intérêts punitifs restent dépendants de la réparation, et ils forment une sous-catégorie de dommages et intérêts extrapatrimoniaux²⁰²⁵. C'est la restitution des profits qui constitue la sanction punitive de portée générale :

« Article 54. Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité. »²⁰²⁶

Le glissement des dommages et intérêts punitifs vers les dommages et intérêts restitutoires est aussi visible en matière contractuelle, où le projet dirigé par François Terré octroie au créancier la possibilité de réclamer la restitution des profits réalisés par la violation du contrat

rapport d'information n° 558 « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », dirigé par A. Anziani et L. Béteille au nom de la commission des lois déposé le 15 juillet 2009.

²⁰²² S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, v. spéc. n° 277.

²⁰²³ Pour une explication du choix terminologique en faveur de l'expression « restitution des profits » v. *infra*, spéc. n° 408.

²⁰²⁴ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, spéc. art. 69, al. 2.

²⁰²⁵ C'est ce qui ressort de l'interprétation systématique du texte, qui se situe dans un §4 intitulé « Règles particulières applicables à la réparation du préjudice résultant d'une atteinte à l'intégrité morale », ainsi que des commentaires, v. P. REMY-CORLAY, « De la réparation », in : *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. TERRE, Paris, Dalloz, 2011, p. 191, spéc. p. 223 et s.

²⁰²⁶ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, spéc. art. 54.

plutôt que des dommages et intérêts compensatoires, mais ne prévoit aucuns dommages et intérêts punitifs²⁰²⁷. Quant au projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, il ne dit rien ni des dommages et intérêts punitifs, ni de la restitution des profits. Cependant, la chancellerie a peut-être seulement voulu traiter cette question ultérieurement, en même temps que serait discuté le sort, politiquement plus sensible, de la responsabilité civile.

²⁰²⁷ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, art. 120 : « Toutefois, en cas de dol, le créancier de l'obligation inexécutée peut préférer demander au juge que le débiteur soit condamné à lui verser tout ou partie du profit retiré de l'inexécution. ».

Conclusion du chapitre 1

403. Bilan de la présence des dommages et intérêts à coloration punitive dans les droits français, allemand et anglais. Contrairement à ce que l'on aurait pu imaginer, les dommages et intérêts à coloration punitive sont plus répandus dans les droits français et allemand, qu'ils ne le sont en droit anglais. Les *exemplary damages* ne s'appliquent pas à la matière contractuelle et, de manière générale, le droit anglais se montre réticent à accueillir la peine privée dans ce domaine, comme il avait déjà été remarqué à propos de la clause pénale. Ce refus de consacrer les dommages et intérêts exemplaires en matière contractuelle distingue nettement le droit anglais des droits américain ou canadien. On ne saurait suffisamment insister sur le fait que des différences importantes existent au sein même de la famille de *common law* et que le droit anglais adopte souvent une conception du contrat plus proche du droit « continental » que du droit américain. Ainsi, plutôt que de consacrer des dommages et intérêts punitifs contractuels (alors qu'il le pourrait aujourd'hui) le droit anglais se fonde sur le terrain délictuel, et condamne tantôt le débiteur lui-même, tantôt un tiers complice de la violation. Paradoxalement, c'est notamment à l'absence de règle de non-cumul que le droit anglais doit la préservation de son droit de la responsabilité contractuelle de l'influence de la peine privée. La fonction punitive étant reconnue en matière délictuelle, et le créancier pouvant placer sa demande en indemnisation sur ce terrain, le droit de la réparation contractuelle n'a pas eu besoin de se teinter d'une coloration punitive. A l'inverse, en droit français, la peine privée a pénétré tant la responsabilité délictuelle que contractuelle. Les dommages et intérêts octroyés au créancier en cas de dol du débiteur constituent l'illustration la plus caractéristique et d'application la plus vaste de dommages et intérêts à coloration punitive. Les autres phénomènes punitifs sont plus récents et plus contenus, mais il est évident que la peine privée constitue aujourd'hui l'un des piliers de la responsabilité contractuelle en droit français. Le droit allemand se situe quelque part à mi-chemin. Les dommages et intérêts à coloration punitive y sont plus limités qu'en droit français lorsque c'est un intérêt patrimonial du créancier qui est touché, mais ils existent (pour sanctionner la faute lourde du médecin, par exemple). Les atteintes à la personne du créancier sont, elles, sanctionnées par des dommages et intérêts moraux qui sont par définition des dommages et intérêts punitifs, le montant de l'indemnité adéquate ne reposant pas sur l'étendue de l'atteinte mais sur la gravité de la faute du responsable et sa richesse²⁰²⁸.

²⁰²⁸ Ce qui avait déjà été relevé, v. *supra*, spéc. n° 306 et s.

404. Absence de référents communs permettant la généralisation des dommages et intérêts punitifs. S'il existe une diversité de sanctions s'apparentant à des dommages et intérêts punitifs, il n'y a pas de consensus sur la manière de procéder. Des points communs existent entre la démarche française et la démarche allemande. Les dommages et intérêts à coloration punitive viennent généralement faire « sauter » les barrières du préjudice normalement réparable. Cependant, de même que ces barrières sont variées, les effets attachés à ces dommages et intérêts punitifs le sont également : le débiteur devra répondre tantôt d'un dommage matériel plus vaste ou moins direct, tantôt d'un dommage extrapatrimonial plus étendu, tantôt encore il devra répondre « tout court » alors que les conditions de la réparation n'étaient en principe pas réunies ou leur preuve ne pouvait être rapportée. Les moyens de punir le créancier sont multiples et les dommages et intérêts à coloration punitive multiformes. Ils n'ont ni un fait générateur unique, ni des effets communs. De surcroît, il s'agit de peines privées mixtes, mêlant réparation *et* peine privée. Extraire le supplément d'indemnisation pour en faire des dommages et intérêts punitifs autonomes, sans être impossible, est loin d'être évident. L'enjeu est par ailleurs limité, dès lors que les dommages et intérêts en question, bien que dépassant le *préjudice* réparable, conservent toujours un lieu avec le *dommage* subi, qui en constitue le plafond. Le risque qu'ils se transforment en sanctions répressives soumises aux exigences applicables à la matière pénale est dès lors limité. Au final, les solutions actuelles du droit positif, qui consistent à donner aux dommages et intérêts compensatoires une coloration punitive dans certaines hypothèses déterminées sont fonctionnelles et peuvent être conservées, dès lors que la double nature réparatrice et punitive de ces sanctions est connue et assumée. Les législateurs français, allemand comme anglais se montrent d'ailleurs peu favorables à la consécration des dommages et intérêts punitifs en matière contractuelle. Une autre voie les séduit davantage, à raison : la restitution des profits.

Chapitre 2. La restitution des profits

405. Vers une « remoralisation » du droit de la responsabilité civile. En dépit des objections qui ont été formulées à l'encontre des dommages et intérêts punitifs en matière contractuelle ces dernières années, la peine privée occupe une place grandissante dans l'ensemble de la responsabilité civile. Cette tendance paraît, à première vue, s'inscrire à contrecourant du mouvement d'« objectivation »²⁰²⁹ dans lequel s'est engagée la responsabilité depuis déjà un siècle. La faute, hégémonique au XIX^{ème} siècle, a décliné lorsque l'industrialisation et l'essor du machinisme ont nécessité de repenser les moyens de répondre aux besoins décuplés d'indemnisation des victimes. Le développement de responsabilités objectives et la généralisation des assurances ont déplacé le centre de gravité vers la réparation, qui est devenue la pierre angulaire du système dans son entier. Toutefois, de nouveaux défis nous amènent, au XXI^{ème} siècle, à nous interroger : « faut-il [re]moraliser le droit de la réparation du dommage ? »²⁰³⁰. Car si la responsabilité civile peut désormais très bien indemniser, elle ne peut plus, en revanche, efficacement sanctionner. Preuve en est que l'on peut polluer, bafouer le droit à l'image des personnes, biaiser les consommateurs, défier le droit de la concurrence, et en retirer des bénéfices même lorsque l'on est poursuivi. Cela peut même résulter d'un calcul conscient, qui consiste à enfreindre volontairement la loi pour en tirer un profit dont on a estimé qu'il devrait être supérieur au montant de la condamnation encourue. C'est cette pratique que l'on désigne par « faute lucrative ».

406. La responsabilité au service de la lutte contre les fautes lucratives. La faute lucrative a fait son entrée dans le « Vocabulaire juridique » de l'Association Henri Capitant en 2003, en même temps que les dommages et intérêts punitifs²⁰³¹. Elle désigne la :

« Faute dont son auteur tire un profit supérieur au montant de la condamnation qu'il encourt pour l'avoir commise, et qu'il commet dans ce dessein, agissement non expressément prévu par la loi, mais entaché de fraude à la loi en ce qu'il tend à braver la loi sous couvert du principe indemnitaire, d'où la légitimité de l'infliction de dommages-intérêts punitifs par dérogation à ce principe, dans les cas où l'application stricte et aveugle de celui-ci aurait pour

²⁰²⁹ L'expression est utilisée not. par Y. LAMBERT-FAIVRE : « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.*, 1987, p. 1, spéc. p. 1.

²⁰³⁰ Selon le titre du colloque organisé par le Centre de Droit des Affaires et de Gestion (CEDAG) de l'Université Paris Descartes le 21 mars 2002 « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, actes publiés aux *Petites Affiches*, numéro spécial du 20 nov. 2002, n° 232.

²⁰³¹ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd., Paris, PUF, 2003, spéc. « faute lucrative ».

effet manifestement pervers d'encourager les calculs frauduleux et la violation intentionnelle de la loi. »²⁰³²

Plus synthétiquement, selon l'auteur d'une thèse récente qui lui a été consacrée :

« Est qualifiée de faute lucrative, toute faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui ». ²⁰³³

La faute lucrative n'est pas un phénomène nouveau, et pourtant elle attire aujourd'hui l'attention. En témoignent les nombreuses contributions récentes à son sujet²⁰³⁴. En Allemagne et en Angleterre, elle ne semble pas être entrée en tant que concept dans le vocabulaire juridique²⁰³⁵. Néanmoins, le calcul « profits espérés de la violation sur coûts de l'indemnisation » qu'elle décrit est connu et critiqué également dans chacun des deux pays²⁰³⁶. Ce calcul, la responsabilité civile peut le déjouer. En obligeant le responsable à rendre à la victime tout profit qu'elle pourrait retirer de la violation, la sanction de la restitution des profits non seulement punit le responsable, mais aussi décourage celui-ci, en amont, de commettre cette violation.

407. La place de la restitution des profits dans le droit de la responsabilité contractuelle. Quel rôle peut jouer la restitution des profits dans le droit de la responsabilité contractuelle ? L'objectif général de la responsabilité contractuelle est de rétablir la situation qui aurait dû résulter de l'exécution. Les dommages et intérêts compensatoires cherchent à placer le créancier dans une position équivalente à celle qui eut été la sienne si le contrat avait été exécuté, en comblant ses pertes et en lui procurant les gains dont l'inexécution l'a privé. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution participent aussi au rétablissement de l'intérêt positif du créancier lorsqu'ils lui fournissent un substitut à l'exécution, mais telle

²⁰³² G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, spéc. « faute lucrative ».

²⁰³³ N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, thèse Paris V, dacty., 2015, spéc. n° 223.

²⁰³⁴ V. not. la thèse de N. FOURNIER DE CROUY, *ibid.*, ainsi également que celle de R. MESA, *Les fautes lucratives en droit privé*, thèse Université du Littoral-Côte d'Opale, 2006 ; *adde* : E. DREYER, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », JCP G 2008, I, 201 ; D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », acte du colloque CEDAG du 21 mars 2002 sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 27 ; J. MEADEL, « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA*, 17 avril 2007, n° 77, p. 6 ; R. MESA, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2009, n° 325, p. 15.

²⁰³⁵ D'où des paraphrases peu élégantes utilisées pour traduire « faute lucrative » dans l'article 1371 de l'avant-projet Catala : « fault with a view to gain » en anglais et « pflichtwidrig[es] [V]erhalten [das] gewinnbringend war » en allemand, ce qui, pour ce qui est de la traduction allemande, ne met certainement pas suffisamment l'accent sur la *recherche* de ce profit. L'avant-projet et ses traductions (anglaise par J. Cartwright et S. Whittaker et allemande par H. J. Sonnenberger) sont disponibles à l'adresse : <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/droit-des-obligations-et-droit-de-la-prescription-11944.html> (adresse vérifiée le 28 sept. 2015).

²⁰³⁶ Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les commentaires des jurisprudences « Blake » en Angleterre, et « Caroline von Monaco » en Allemagne, sur lesquels v. *infra*, respectivement n° 422 et n° 412.

n'est pas leur visée première : c'est le sort du contrat qu'ils cherchent à régler, et non celui du créancier. La restitution des profits, quant à elle, n'est tournée ni vers le redressement du contrat, ni vers le rétablissement du créancier. C'est le *débiteur* qu'elle cherche à replacer dans la situation dans laquelle il aurait dû être si le contrat n'avait pas été violé. La restitution des profits tirés de la violation du contrat peut dès lors être rattachée au droit de la responsabilité contractuelle et à sa mission générale de rétablissement. Elle présente toutefois des singularités. D'abord, elle opère un rétablissement que l'on pourrait qualifier de « maléfique », par opposition au rétablissement « bénéfique » du créancier par les dommages et intérêts compensatoires, en ce sens qu'elle restaure une situation antérieure à celle, plus favorable, acquise grâce à l'inexécution. Ensuite, ce rétablissement doit être nettement distingué de la réparation, puisque le bénéfice qui va être confisqué au débiteur ne constitue pas corrélativement un gain manqué du créancier²⁰³⁷. La restitution des profits peut être appréhendée comme un mécanisme de restitution d'un enrichissement injustifié : nul ne pouvant s'enrichir au détriment d'autrui, celui qui viole le contrat s'oblige à restituer le gain illégitimement acquis à celui aux dépens duquel il a été généré²⁰³⁸. Elle traduit, dans le même temps, une peine privée, puisque le créancier reçoit une somme qui peut dépasser son préjudice contractuel réparable (critère matériel) et qui trouve sa justification dans une faute spéciale du débiteur, la faute lucrative (élément moral)²⁰³⁹.

La restitution des profits connaît un essor visible tant en matière délictuelle que contractuelle (section 1) qui invite à s'interroger sur l'opportunité et la manière de l'ériger en sanction générale de l'inexécution (section 2).

Section 1. L'essor de la restitution des profits

Section 2. Pour la consécration de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution

²⁰³⁷ Sur ce point, v. nos dév. *infra*, spéc. n° 432.

²⁰³⁸ V. en ce sens par ex. R. ZIMMERMANN, *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, spéc. p. 39, note 130.

²⁰³⁹ Sur cette qualification, v. *infra*, spéc. n° 434.

Section 1. L'essor de la restitution des profits

408. La désignation de la sanction : le choix de parler de « restitution des profits ». La restitution des profits doit être précisément définie, si l'on ne veut pas la confondre avec d'autres sanctions. Pour commencer, la « restitution » dont il s'agit est entendue dans un sens particulier. Restituer est synonyme de « redonner » tant dans le vocabulaire courant²⁰⁴⁰ que juridique²⁰⁴¹. Cela suppose que ce qui est transféré vers le patrimoine de la victime en avait auparavant été extrait. Or, tel n'est pas le cas des profits en question, qui ont été générés par la faute lucrative sans passer d'abord par le patrimoine de la victime. Si le terme de restitution est utilisé, c'est qu'il permet de souligner que la victime était le véritable titulaire du droit de générer ces profits. La restitution des profits redonne à la victime quelque chose qui lui était dû, qu'elle seule était légitime à produire, et c'est en ce sens que l'on peut parler de restitution²⁰⁴². D'ailleurs, selon un auteur anglais, la racine latine *restituere/restitutio* inclurait aussi bien « abandonner » (*give up*) que « redonner » (*give back*), ce qui justifierait de parler de « *restitutionary damages* »²⁰⁴³. C'est en effet par cette expression de *restitutionary damages* qu'est généralement désignée la restitution des profits en droit anglais²⁰⁴⁴. Certains spécialistes de la question distinguent cependant deux catégories de restitution des profits et réservent l'expression *restitutionary damages* à l'une d'elle seulement, quand l'autre serait plus justement désignée par « *disgorgement damages* », dommages et intérêts confiscatoires, ou « *account of profits* », privation des profits²⁰⁴⁵. La confiscation ou la privation des profits ne sont pas des termes qui peuvent être facilement transposés en droit français car ils rappellent trop directement une autre sanction, de nature toute différente, qui est l'amende civile²⁰⁴⁶. C'est pourquoi le terme de restitution des profits apparaît le plus approprié. D'une part, il souligne bien que c'est la victime qui est le destinataire de cette sanction, et non l'Etat ou un fonds désigné par lui. D'autre part, la notion de restitution des profits est préférable à

²⁰⁴⁰ V. par ex. la définition du *Petit Larousse Illustré*, Paris, Larousse, 2008, spéc. « restituer », sens 1 : « rendre ce qui a été pris ou ce qui est possédé indûment ».

²⁰⁴¹ G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, spéc. « restitution », sens 1 : « fait de remettre au propriétaire une chose dont il avait été privé indûment ou involontairement ».

²⁰⁴² Comp. le 2^{ème} sens de « restitution » dans G. CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* : « fait de remettre à qui de droit une chose que l'on doit rendre [...] ».

²⁰⁴³ R. CUNNINGTON, « Contract Rights as Property Rights », in : *The Law of Obligations. Connections and Boundaries*, London, UCL Press, 2004, p. 169, spéc. p. 170, note 8, et les réf. citées.

²⁰⁴⁴ V. not. le Chap. 14 « Restitutionary Damages » qui leur est consacré dans l'œuvre de référence de H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2014.

²⁰⁴⁵ Comp. *infra*, spéc. n° 427.

²⁰⁴⁶ Comp. *infra*, spéc. n° 416, sur l'amende civile du droit des pratiques restrictives de concurrence.

celle de dommages et intérêts restitutoires, car elle met l'accent sur ce qui fait l'objet même de la sanction : les profits illicites.

Comme l'annonce déjà la richesse des termes employés par le droit anglais pour désigner la restitution des profits et en distinguer différentes sous-catégories, la sanction de la restitution des profits est nettement plus développée en Angleterre qu'elle ne l'est en France ou en Allemagne. Dans les droits français et allemand, la restitution des profits fait encore figure de sanction exceptionnelle et émergente (§1). Le droit anglais a posé les bases d'une sanction plus généralisée de la violation lucrative du contrat par la restitution des profits (§2).

§1. Une sanction émergente en France et en Allemagne

409. La restitution des profits exploitée dans des domaines particuliers. Alors que les dommages et intérêts punitifs ne sont officiellement reconnus qu'en droit anglais et de manière très encadrée, la restitution des profits que le défendeur a retiré de la violation de la loi ou du contrat existe dans chacun des trois systèmes étudiés. Il y est recouru en droit de la propriété intellectuelle (A) ou encore à propos des droits de la personnalité (B). La restitution des profits peut enfin servir d'outil de régulation du marché, comme le révèle son utilisation en droit de la concurrence (C).

A. Le droit de la propriété intellectuelle

410. La reconnaissance commune de la restitution des profits en droit de la propriété intellectuelle. La restitution des profits est utilisée depuis longtemps pour sanctionner des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle. Le *Reichsgericht* les a accueillis il y a plus d'un siècle en droit d'auteur²⁰⁴⁷, puis en droit des brevets²⁰⁴⁸ et en droit des modèles²⁰⁴⁹. Il a introduit une « triple méthode de calcul du préjudice » (*dreifache Schadensberechnungsmethode*) qui permet à la victime de choisir entre trois mesures pour évaluer ses dommages et intérêts : (1) la perte subie et le gain manqué, qui est la méthode classique consacrée par le §249 BGB, (2) la redevance fictive (*fiktive Lizenzgebühr*), selon laquelle le préjudice équivaut au tarif contractuel pour lequel le titulaire des droits aurait théoriquement cédé leur utilisation, et enfin (3) la restitution des profits (*Gewinnherausgabe*), autorisant la victime à demander le versement des profits réalisés par le contrefacteur. Cette

²⁰⁴⁷ RG, 8 juin 1895, Rep. I. 13/95, RGZ 35, 63, sur lequel v. *infra*, spéc. n° 432.

²⁰⁴⁸ RG, 31 déc. 1898, Rep. I. 360/80, RGZ 43, 56.

²⁰⁴⁹ RG, 11 janv. 1902, Rep. I 303/01, RGZ 50, 111.

triple méthode de calcul a été étendue par le *Bundesgerichtshof* au droit des marques²⁰⁵⁰, puis codifiée dans diverses législations du droit de la propriété industrielle et artistique²⁰⁵¹. La restitution des profits est ainsi couramment utilisée en droit allemand en droit de la propriété intellectuelle.

En France, la restitution des profits a également trouvé sa place dans le Code de la propriété intellectuelle²⁰⁵². La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon a en effet posé le principe selon lequel « [p]our fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération [...] les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits »²⁰⁵³. Alternativement, la victime peut demander, à titre de dommages et intérêts, une somme forfaitaire couvrant au minimum le montant des redevances ou des droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte²⁰⁵⁴, où l'on reconnaît la redevance fictive, mais qui prend alors les traits d'une peine palier²⁰⁵⁵. La triple méthode de calcul du droit allemand est donc également connue du droit français de la propriété intellectuelle.

411. Une sanction supra-compensatoire non imposée par le droit de l'Union européenne. La restitution des profits se présente comme une dérogation évidente au droit commun de la responsabilité civile qui mesure la réparation à l'aune de la perte subie et du gain manqué, ce que ne constituent pas ces profits²⁰⁵⁶. Le juriste français pourrait tenter de justifier l'existence de cette sanction exorbitante par un « forçage » du droit de l'Union européenne. Contrairement aux textes allemand et anglais, la loi du 29 octobre 2007 constitue

²⁰⁵⁰ BGH, 24 févr. 1961, I ZR 83/59, BGHZ 34, 320 (pour la 3^{ème} méthode) et BGH, 12 janv. 1966, Ib ZR 5/64, BGHZ 44, 372 (pour la 2^{ème}).

²⁰⁵¹ V. les §97, al. 2 Urheberrechtsgesetz (pour le droit d'auteur), §139, al. 2 Patentgesetz (pour les brevets), §24, al. 2 Gebrauchsmustergesetz et §42, al. 2 Geschmacksmustergesetz devenu §42, al. 2 Designgesetz le 1^{er} janv. 2014 (pour les dessins et modèles), §14, al. 6 et §15, al. 5 Markengesetz (pour les marques), avec des formulations quasi-identiques (ici celle du §139, al. 2 Patentgesetz) : « Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung eingeholt hätte. ».

²⁰⁵² V. les art. L. 331-1-3 pour la propriété littéraire et artistique, L. 521-7 pour les dessins et modèles, L. 615-7 pour les brevets, L. 623-28 pour les obtentions végétales, L. 716-14 pour les marques, L. 722-6 pour les indications géographiques du Code de la propriété intellectuelle.

²⁰⁵³ Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, *JORF*, n° 252, 30 oct. 2007, p. 17775 ; v. l'al. 1^{er} des art. cités à la note précédente.

²⁰⁵⁴ V. l'al. 2 des art. précités.

²⁰⁵⁵ V. sur ce mode de calcul P.-Y. GAUTIER, « Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent », *D.*, 2008, p. 727.

²⁰⁵⁶ V. *infra*, n° 432, où il est démontré que restituer le profit n'est pas indemniser un gain manqué.

bien la transposition d'une directive européenne du 29 avril 2004²⁰⁵⁷. Pour autant, le droit de l'Union n'apporta, sur ce point, pas grande innovation. En effet, les tribunaux usaient déjà de leur pouvoir souverain d'appréciation pour attribuer de généreuses sommes faisant entrer le profit réalisé dans le calcul des dommages et intérêts dus par le contrefacteur, exactement comme les y incite aujourd'hui le Code de la propriété intellectuelle²⁰⁵⁸. Un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1998 illustre bien cette tendance, qui maintient la condamnation d'un contrefacteur à la réparation d'un préjudice fixé par la Cour d'appel (« eu égard à la gravité des fautes commises ») en tenant compte de la marge brute attendue de la vente des 1000 pièces « contrefaites, commandées et reçues »²⁰⁵⁹. La solution est d'autant plus sévère que les pièces en question avaient été saisies par l'huissier instrumentaire, si bien qu'en réalité, ce n'était pas même le profit réalisé qui avait servi de mesure à la condamnation, mais le profit escompté de la contrefaçon. La jurisprudence française n'a donc pas attendu le législateur européen pour consacrer la restitution des profits en matière de contrefaçon. Le législateur français est encore de lui-même allé plus loin en adoptant la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon²⁰⁶⁰. Celle-ci a donné une nouvelle formulation aux articles du Code de la propriété intellectuelle relatifs aux dommages et intérêts sanctionnant la contrefaçon qui, pour permettre une restitution des profits encore plus intégrale, est venu ajouter à la liste des éléments à prendre en compte pour fixer les dommages et intérêts « les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits »²⁰⁶¹. Il faut encore noter que le caractère supra-compensatoire des dommages et intérêts mesurés à l'aune du bénéfice réalisé par le contrefacteur n'a pas échappé à la doctrine

²⁰⁵⁷ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

²⁰⁵⁸ V. T. AZZI, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.*, 2008, p. 700, spéc. n° 35 et les réf. citées.

²⁰⁵⁹ Com., 24 févr. 1998, n° 95-20.264, inédit.

²⁰⁶⁰ Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, *JORF*, n° 060, 12 mars 2014, p. 5112, spéc. art. 2.

²⁰⁶¹ V. à nouveau, dans leur version en vigueur depuis le 13 mars 2014, les art. L. 331-1-3 (pour la propriété littéraire et artistique), L. 521-7 (pour les dessins et modèles), L. 615-7 (pour les brevets), L. 623-28 (pour les obtentions végétales), L. 716-14 (pour les marques), L. 722-6 (pour les indications géographiques) du Code de la propriété intellectuelle, qui reprennent tous la formulation suivante : « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :

1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;

2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;

3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée. »

française. Pour Jean-Sébastien Borghetti, ils peuvent être perçue comme la consécration officielle des dommages et intérêts punitifs dans le droit civil français²⁰⁶². Selon Martine-Béhar-Touchais : « le rapporteur de la loi a refusé de qualifier ces derniers dommages et intérêts de dommages et intérêts punitifs, mais ils le sont »²⁰⁶³.

B. Les droits de la personnalité

412. La prise en compte des profits dans le calcul des dommages et intérêts en Allemagne : Herrenreiter et Caroline von Monaco. Un deuxième domaine où la restitution des profits et plus généralement la peine privée exercent une influence considérable est celui des atteintes aux droits de la personnalité. La notion de droit de la personnalité englobe le droit au respect de la vie privée, le droit à l'image, le droit au respect de la présomption d'innocence, le droit moral de l'auteur, le droit de réponse, les droits sur les données à caractère personnel en matière de traitements et peut-être même les droits de la personne sur son corps²⁰⁶⁴. Certains de ces droits tombent, en Angleterre, sous la protection du *Copyrights, Designs and Patents Act 1988* précité, si bien que leur violation peut justifier l'octroi de *additionnal damages*²⁰⁶⁵. En Allemagne, Bernhard Großfeld avait proposé dès les années 1960 de réhabiliter la *Privatstrafe* dans le domaine des droits de la personnalité²⁰⁶⁶. Son projet n'a pas été suivi, mais la solution concrète qu'il préconisait, qui était celle d'une privation des profits tirés de la violation pour les reverser à la victime, a finalement été accueillie sous une autre forme. En effet, ces profits ne sont pas confisqués à titre de sanction autonome, comme le ferait une peine privée assumée, mais ils sont pris en compte dans le calcul des dommages et intérêts qui seront versés à la victime. Un premier arrêt important a ouvert la voie, le *Herrenreiter-Fall*, à propos d'un dresseur de chevaux dont une photo prise à l'occasion d'un tournoi avait été utilisée sans son autorisation par un laboratoire pharmaceutique pour faire la promotion d'un médicament destiné à lutter contre l'impuissance sexuelle. Le

²⁰⁶² J.-S. BORGHETTI, « Punitive Damages in France », in : *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, dir. H. KOZIOL, V. WILCOX, Wien, Springer, 2009, p. 55, spéc. p. 60.

²⁰⁶³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le choix d'une orientation : punir ou réparer », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 91, spéc. p. 95 ; *adde* : C. CARON, « La loi du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon », *J.C.P. E.*, 2007, p. 2419, spéc. n° 13 : « Que l'on nomme ces dommages-intérêts de punitifs ou pas, force est de constater que c'est bien une peine privée qui est ici consacrée ».

²⁰⁶⁴ Telle est la liste dressée par A. LEPAGE, « Personnalité (Droits de la) », *Répertoire de droit civil*, ressource électronique, Dalloz, sept. 2009 (mise à jour : janv. 2013), spéc. n° 1.

²⁰⁶⁵ V. par ex. l'arrêt *Nottinghamshire Health Care National Health Service Trust v News Group Newspapers*, [2002] EWHC 409, présenté *supra*, spéc. n° 293.

²⁰⁶⁶ B. GROßFELD, *Die Privatstrafe : ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main, Berlin, Metzner, 1961.

Bundesgerichtshof, pour la première fois, décida que des dommages et intérêts moraux pouvaient être octroyés en raison d'une violation d'un droit de la personnalité tel que la publication non-autorisée d'une photo²⁰⁶⁷. Depuis, l'atteinte aux droits de la personnalité permet aux tribunaux d'octroyer de généreuses sommes qui comptent parmi les plus élevées d'Allemagne. En témoigne la célèbre jurisprudence *Caroline von Monaco*, qui a dégagé le principe selon lequel lorsque l'atteinte au droit général de la personnalité (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) a été commise intentionnellement dans le but d'une augmentation des tirages et d'un accroissement des bénéfices, les tribunaux doivent inclure dans l'évaluation du montant de l'indemnité le profit retiré de la violation²⁰⁶⁸. Un journal a ainsi été condamné à verser à la princesse DM 180.000²⁰⁶⁹, une somme très supérieure à ce qui était accordé jusqu'alors au titre du préjudice moral et qui a peu à envier aux dommages et intérêts dits « additionnels » du droit anglais tels que ceux accordés dans l'arrêt *Nottinghamshire Health Care* pour des faits comparables²⁰⁷⁰. Surtout, cette jurisprudence s'appuie ouvertement – et c'est suffisamment rare pour être souligné – sur la nécessité de permettre à ces dommages et intérêts d'assumer une « visée préventive » (*Präventionszweck*) et un « véritable effet dissuasif » (*echter Hemmungseffekt*)²⁰⁷¹.

413. Des dommages et intérêts délibérément dissuasifs en France également. La France n'est pas en reste. Comme l'écrit Jean-Sébastien Borghetti, en matière de droits de la personnalité (atteintes à l'honneur, la réputation, la vie privée) :

« [...] il est bien connu que les tribunaux fixeront les dommages et intérêts à un montant plus élevé lorsqu'il apparaît que le responsable a été délibérément violé ce droit dans le but de générer un profit »²⁰⁷².

En plus des exemples cités par l'auteur, on peut évoquer, à titre simplement indicatif, deux jugements du Tribunal de grande instance de Nanterre rendus le 20 octobre 1999 et qui condamnent deux éditeurs à des dommages et intérêts à hauteur de 150 000 et 100 000 francs

²⁰⁶⁷ BGH, 14 févr. 1958, I ZR 151/56, BGHZ 26, 349.

²⁰⁶⁸ Les arrêts sont nombreux, v. en particulier : BGH, 15 nov. 1994, VI ZR 56/94, NJW 1995, 861 (publication d'une conversation inventée avec la princesse), BGH, 5 déc. 1995, VI ZR 332/94, NJW 1996, 984 (titres trompeurs laissant entendre que la princesse serait atteinte d'un cancer), BGH, 12 déc. 1995, VI ZR 223/94, NJW 1996, 985 (publication non-autorisée et renouvelée de photos prises par des paparazzi dans un cadre de vie privé).

²⁰⁶⁹ OLG Hamburg, 25 juil. 1996, 3 U 60/93, NJW 1996, 2870.

²⁰⁷⁰ Comp. *supra*, spéc. n° 293.

²⁰⁷¹ V. les utilisations récurrentes de « Präventionsgedanke », « Präventionszweck » et « echter Hemmungseffekt » dans les arrêts préc.

²⁰⁷² J.-S. BORGHETTI, « Punitive Damages in France », *op. cit.*, spéc. p. 64, trad. libre de : « This is especially so when so-called "personality right" (honour, reputation, privacy, etc.) has been infringed. In such case, it is widely believed that courts will set damages at a higher level when it appears that the tortfeasor has deliberately infringed this right in order to make money ».

pour les atteintes que leurs publications ont portées respectivement à la vie privée d'un enfant princier et d'une princesse monégasques et qui insistent l'un comme l'autre sur les multiples fautes reprochées²⁰⁷³. Les droits de la personnalité sont de toute évidence un terrain propice à la restitution des profits et, plus généralement, à l'essor de la peine privée²⁰⁷⁴.

C. Le droit de la concurrence

1. Le droit des pratiques anticoncurrentielles : l'exemple allemand

414. Les sanctions du GWB prenant en compte le profit réalisé grâce à la violation. La restitution des profits n'est pas une sanction reconnue en tant que telle en droit de la concurrence. Cependant, d'autres sanctions existent, qui permettent indirectement de prendre en considération le profit retiré de la violation pour le remettre à la victime. Le droit allemand des pratiques anticoncurrentielles en fournit une illustration. Le droit des pratiques anticoncurrentielles vise principalement²⁰⁷⁵ deux infractions : les ententes et les abus de position dominante²⁰⁷⁶. Ces pratiques interdites respectivement par les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) sont visées, en droit allemand, par la loi contre les restrictions de la concurrence, le GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Les profits réalisés par l'entente ou l'abus de position dominante s'avèrent jouer un rôle décisif dans plusieurs de ces sanctions. Ils entrent d'abord dans le calcul des dommages et intérêts dus aux victimes potentielles depuis une jurisprudence initiée dans les années soixante-dix²⁰⁷⁷. Celle-ci a été depuis codifiée au §33 GWB qui prévoit que, pour mesurer le dommage dont la victime de l'infraction aux règles de la concurrence demande réparation, il y a lieu de tenir compte du profit que la violation a permis de réaliser²⁰⁷⁸. Par ailleurs, le §34 GWB organise un « dégorgement des profits »

²⁰⁷³ TGI Nanterre, 1^{ère} ch., sect. A, 20 oct. 1999, *C. Grimaldi c/ Société Point de vue* et TGI Nanterre, 1^{ère} ch., sect. A, 20 oct. 1999, *S. Grimaldi c/ Société Hachette Filipacchi Associés*, résumées dans le Panorama de Jurisprudence de *Légipresse*, 2000, I, p. 136, n° 170-51 et n° 171-42.

²⁰⁷⁴ V. pour une étude approfondie de la question S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995, spéc. n° 22 et s.

²⁰⁷⁵ Il faudrait y ajouter, en droit français, les abus de dépendance économique et les prix abusivement bas, v. sur les pratiques anticoncurrentielles incriminées en droit français les art. L. 420-1 et s. du titre II du livre IV du Code de commerce.

²⁰⁷⁶ V. à l'échelle du droit de l'Union les art. 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

²⁰⁷⁷ BGH, 4 avr. 1975, BGHZ 64, 232 ; v. aussi BGH, 25 janv. 1983, BGHZ 86, 324.

²⁰⁷⁸ §33 GWB « Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht », v. spéc. l'al. 3 : « Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Bei der Entscheidung über den

(*Vorteilsabschöpfung*) par l'autorité allemande de la concurrence (*Kartellbehörde*)²⁰⁷⁹. Cette sanction administrative n'est toutefois pas automatique. Elle doit d'abord être écartée si l'entreprise s'est déjà déstituée de son profit, par le paiement de dommages et intérêts ou par des répétitions notamment²⁰⁸⁰. Elle peut ensuite être modulée si la privation de la totalité des profits, au vu des circonstances, apparaît inopportunément sévère (*unbillige Härte*)²⁰⁸¹. Elle ne pourra enfin être ordonnée si le profit généré est négligeable²⁰⁸². Par ailleurs, l'autorité de la concurrence reste libre du choix de prononcer ou non une sanction. Si elle décide de s'abstenir, des associations agréées ou qui justifient d'un intérêt à agir peuvent se substituer à elle et demander le dégorgement des profits au bénéfice de l'Etat. Cette sanction originale est prévue spécialement par le §34a GWB²⁰⁸³. Les mêmes associations sont par ailleurs autorisées à demander des dommages et intérêts en application du §33 de la même loi²⁰⁸⁴. Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles choisies par le droit allemand accordent ainsi une importance centrale aux profits réalisés par l'auteur de la pratique. Elles soulignent que la privation des profits peut aussi bien prendre la forme d'une amende administrative, que

Umfang des Schadens nach §287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. [...] ».

²⁰⁷⁹ §34 GWB « Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde », v. spéc. l'al. 1^{er} : « Hat ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags auferlegen. ».

²⁰⁸⁰ §34, al. 2 GWB : « Absatz 1 gilt nicht, soweit der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft ist durch

1. Schadensersatzleistungen,
2. Festsetzung der Geldbuße,
3. Anordnung des Verfalls oder
4. Rückerstattung.

Soweit das Unternehmen Leistungen nach Satz 1 erst nach der Vorteilsabschöpfung erbringt, ist der abgeführte Geldbetrag in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen an das Unternehmen zurückzuerstatten. ».

²⁰⁸¹ §34, al. 3, 1^{ère} phrase GWB : « Wäre die Durchführung der Vorteilsabschöpfung eine unbillige Härte, soll die Anordnung auf einen angemessenen Geldbetrag beschränkt werden oder ganz unterbleiben. ».

²⁰⁸² §34, al. 3, 2^e phrase GWB : « Sie soll auch unterbleiben, wenn der wirtschaftliche Vorteil gering ist. ».

²⁰⁸³ §34a GWB « Vorteilsabschöpfung durch Verbände », v. spéc. l'al. 1 : « Wer einen Verstoß im Sinne des §34 Absatz 1 vorsätzlich begeht und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann von den gemäß §33 Absatz 2 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden, soweit nicht die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch Verhängung einer Geldbuße, durch Verfall, durch Rückerstattung oder nach §34 Absatz 1 anordnet. ».

²⁰⁸⁴ §33, al. 2 GWB : « Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von

1. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen, wenn ihnen eine erhebliche Zahl von betroffenen Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 Satz 3 angehört und sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen;
2. Einrichtungen, die nachweisen, dass sie eingetragen sind in
 - a) die Liste qualifizierter Einrichtungen nach §4 des Unterlassungsklagengesetzes oder
 - b) das Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. L 110 vom 1.5.2009, S. 30) in der jeweils geltenden Fassung. ».

participer au « *private enforcement* » en se glissant dans l'évaluation des dommages et intérêts demandés par la victime directe ou par une association représentant ses intérêts²⁰⁸⁵.

2. Le droit des pratiques restrictives de concurrence : l'exemple français

415. La « répétition de l'indu » consécutive à la nullité de la pratique pouvant coïncider avec une restitution des profits. La restitution des profits n'est reconnue en droit français ni dans le contexte des pratiques anticoncurrentielles, ni dans celui des pratiques restrictives de concurrence. Cependant, dans le domaine des pratiques restrictives de concurrence, elle parvient à prospérer de manière indirecte, par le truchement de la répétition de l'indu. Une pratique restrictive de concurrence entre deux partenaires contractuels peut en effet être sanctionnée de nullité. La constatation de la pratique illicite rend alors indues les sommes payées en violation des dispositions de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, ce qui ouvre au cocontractant victime un droit à répétition. La solution est occasionnellement directement fondée sur les articles 1235 et 1376 du Code civil²⁰⁸⁶, mais en réalité les restitutions sont la conséquence directe de la nullité, et il n'y a pas même lieu, en vérité, de parler de « répétition de l'indu »²⁰⁸⁷. Quoiqu'il ne s'agisse pas de leur but premier, les restitutions consécutives à la nullité peuvent aboutir à priver de son profit l'auteur de la pratique illicite. Ainsi, par exemple, un distributeur devra être condamné à restituer tout « avantage indu reçu [...] du fournisseur ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu [...] ou manifestement disproportionné au regard du service rendu »²⁰⁸⁸. Cela revient, de fait, à restituer au fournisseur le profit que la pratique restrictive de concurrence avait permis au distributeur de réaliser. Le ministre de l'économie et le ministère public sont par ailleurs eux-mêmes habilités à demander en justice la répétition de l'indu par le biais d'une « action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence »²⁰⁸⁹ avalisée par le Conseil constitutionnel²⁰⁹⁰.

²⁰⁸⁵ Sur le *private enforcement* en droit de la concurrence, v. la thèse incontournable de R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, Etude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Larcier, 2014.

²⁰⁸⁶ V. par ex. Com., 10 sept. 2013, pourvoi n° 12-21804, *RLC*, 2014, p. 48, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS, rendu au visa suivant : « Vu l'article L. 442-6, III du code de commerce, ensemble les articles 1235 et 1376 du code civil ».

²⁰⁸⁷ V. not. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du nouveau quant aux restitutions après nullité d'une opération de coopération commerciale », obs. sous Com., 10 sept. 2013, pourvoi n° 12-21804, *RLC*, 2014, p. 48 qui rappelle en ce sens la solution de l'arrêt Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 00-21278, *Bull. civ.*, I, n° 218 : « les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité ».

²⁰⁸⁸ Com., 18 oct. 2011, pourvoi n° 10-15296, *Bull.*, 2011, IV, n° 161, *D.*, 2011, p. 2961, note Y. SERRA.

²⁰⁸⁹ Com., 8 juil. 2008, pourvoi n° 07-16761, *D.*, 2009, p. 2888, chron. D. FERRIER.

²⁰⁹⁰ Conseil constitutionnel, 13 mai 2011, décision n° 2011-126 QPC.

416. L'autre sanction prenant en compte le profit réalisé : l'amende civile. La nullité et les restitutions qui lui font suite ne sont pas les seules sanctions à l'arsenal du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le droit positif en la matière est le fruit d'une évolution en plusieurs mouvements : dépénalisation de plusieurs pratiques restrictives de concurrence par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986²⁰⁹¹, renforcement corrélatif des actions civiles en cessation ou en réparation, puis finalement une certaine « résurgence de la réglementation sous couvert de 'régulation' »²⁰⁹². La loi du 15 mai 2001 a en effet réintroduit une amende, mais « civile », qui a trouvé sa place à l'article L. 442-6, III du Code de commerce²⁰⁹³. Ce texte autorise le ministre de l'économie et le ministère public à demander le prononcé d'une sanction pécuniaire « dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros » et qui, depuis une loi de 2008²⁰⁹⁴, « peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques [...] »²⁰⁹⁵. La sanction est forte, et l'on peut se demander, à l'instar de Martine Béhar-Touchais²⁰⁹⁶, si l'on ne risque pas d'atteindre ici le seuil de la matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰⁹⁷. D'autant qu'à l'inverse de la privation « simple » des profits qui a été décrite en droit allemand à propos des pratiques anticoncurrentielles, l'auteur de la pratique restrictive peut être condamné, en droit français, à la fois à cette amende *et* à la restitution des profits sur le fondement du droit commun. Ce qui signifie concrètement qu'un opérateur peut être condamné à « dégorger » jusqu'à quatre fois son profit²⁰⁹⁸, lequel peut atteindre avant démultiplication déjà non moins de 76,7 millions d'euros pour un grand distributeur²⁰⁹⁹. Autant dire que les profits illicites sont directement visés par le droit des

²⁰⁹¹ Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF*, 9 déc. 1986.

²⁰⁹² M. BEHAR-TOUCHAIS, D. FERRIER, « Les pratiques restrictives de concurrence », *Cah. dr. entr.*, 2001, n° 4, p. 18, spéc. p. 18.

²⁰⁹³ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, n° 113, 16 mai 2001, p. 7776, spéc. art. 56 ; sur les innovations apportés par cette loi sur le droit de la concurrence, v. M. BEHAR-TOUCHAIS, D. FERRIER, « Les pratiques restrictives de concurrence », *Cah. dr. entr.*, 2001, n° 4, p. 18.

²⁰⁹⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, n° 181, 5 août 2008, p. 12471.

²⁰⁹⁵ Art. L. 442-6, III, al. 2 du Code de commerce.

²⁰⁹⁶ V. en particulier M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? », Acte du colloque « Pratiques contractuelles et Droit de la concurrence » organisé par l'A.F.E.C. le 25 octobre 2010, *Concurrences*, 2011, n° 1, colloque, p. 38 et déjà en ce sens M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », acte du colloque CEDAG du 21 mars 2002 sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 36, spéc. n° 29 et s.

²⁰⁹⁷ Sur la notion de matière pénale et ses implications, v. *supra*, spéc. n° 278 et s.

²⁰⁹⁸ V. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? », *op. cit.*, spéc. n° 25.

²⁰⁹⁹ V. la célèbre décision du Tribunal de commerce de Créteil, 2^e ch., 24 oct. 2006, jugement n° 2005F00025, Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie des finances et de l'industrie c. SAS Système U centrale nationale.

pratiques restrictives de concurrence, qu'il s'agisse de restitution à la victime consécutive à la nullité, ou d'une amende civile qui ne se contente plus de confisquer un avantage indu, mais se rapproche sensiblement de dommages et intérêts punitifs²¹⁰⁰.

3. Le droit de la concurrence déloyale

417. Concurrence déloyale : la restitution des profits dans les droits français et allemand. Enfin, la restitution des profits est également au cœur du droit de la concurrence déloyale. En Allemagne, la jurisprudence a d'abord reconnu l'application de la triple méthode de calcul des dommages et intérêts (*dreifache Schadensberechnungsmethode*) – et donc la possibilité de demander la restitution des profits à titre de dommages et intérêts – à certaines hypothèses de concurrence déloyale²¹⁰¹, puis de manière générale à l'ensemble du contentieux²¹⁰². La loi contre la concurrence déloyale, le UWG (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), prévoit par ailleurs la possibilité de condamner l'entrepreneur coupable de concurrence déloyale à une confiscation au bénéfice de l'Etat des profits que la violation de la loi a permis de réaliser (*Gewinnabschöpfung*)²¹⁰³. Les titulaires de cette action sont les mêmes que ceux autorisés à demander la cessation de la concurrence déloyale (à l'exception du concurrent lui-même qui dispose de l'action en dommages et intérêts), c'est-à-dire des associations justifiant d'un intérêt à agir, certains organismes agréés, les chambres du commerce et d'industrie (*Industrie- und Handelskammern*) et les chambres des métiers (*Handwerkskammern*)²¹⁰⁴. Le législateur allemand a par ailleurs adopté des règles destinées à éviter que le coupable puisse être condamné deux fois à dégorger ses bénéfices (une fois au titre des dommages et intérêts et une seconde fois au titre de la privation des profits)²¹⁰⁵.

En droit français, à l'inverse, il n'existe pas à ce jour d'amende civile en matière de concurrence déloyale. Sauf à ce qu'on puisse l'écarter de la matière pénale²¹⁰⁶, une telle amende devrait répondre au principe de légalité et d'interprétation stricte, ce qui paraît

²¹⁰⁰ Pour une analyse des avantages et inconvénients de l'amende civile et des dommages et intérêts punitifs, v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *op. cit.*

²¹⁰¹ V. not. BGH, 8 oct. 1971, I ZR 12/70, BGHZ 57, 116 ; BGH, 16 févr. 1973, I ZR 74/71, BGHZ 60, 206 ; BGH, 18 févr. 1977, I ZR 112/75, NJW 1977, 1062.

²¹⁰² BGH, 22 avr. 1993, I ZR 52/91, BGHZ 122, 262, NJW 1993, 1989 « Kollektion "Holiday" ».

²¹⁰³ §10 UWG « Gewinnabschöpfung », v. spéc. l'al. 1^{er} : « Wer vorsätzlich eine nach §3 oder §7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß §8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden ».

²¹⁰⁴ V. le §10, al. 1^{er} UWG et le renvoi au §8, al. 3, n° 2 à 4 UWG.

²¹⁰⁵ V. le §10 UWG, spéc. les al. 2 à 4.

²¹⁰⁶ Sur les critères de la matière pénale au sens de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, v. *supra*, spéc. n° 279.

difficilement envisageable quand les fautes incriminées ne sont pas même définies²¹⁰⁷. Le droit français de la concurrence déloyale est en effet un droit prétorien développé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Ce qui n'a pas empêché la restitution des profits de se faire une place, par le détour de l'appréciation des dommages et intérêts. Les exemples de contrefaçons de marque sanctionnés par une restitution des profits déguisée en réparation ne manquent pas²¹⁰⁸. Les affaires « Rotschild »²¹⁰⁹ ou « La Tour d'Argent »²¹¹⁰ ont révélé que les juges du fond sont bien disposés à utiliser leur pouvoir souverain d'appréciation du montant des dommages et intérêts pour les mesurer à l'aune du profit réalisé, conduisant même Philippe Le Tourneau à proposer l'officialisation de cette :

« faculté de calquer l'indemnité qu'ils infligent à l'auteur du dommage sur le profit qu'il a réalisé, ou qu'il escomptait, notamment en matière de contrefaçon, de concurrence déloyale et de parasitisme »²¹¹¹.

418. Vers la protection du secret des affaires par la restitution des profits ? On notera pour finir que la « Loi Macron » devait introduire un titre V au Livre 1^{er} du Code de Commerce intitulé « Du secret des affaires », qui prévoyait notamment la mesure suivante (c'est nous qui soulignons) :

« Art. L. 151-5. – À titre de réparation, le tribunal peut prononcer les mesures suivantes :

1° Il peut accorder à la victime de l'atteinte des dommages et intérêts.

Ceux-ci compensent les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner et la perte, subies par la personne lésée du fait de l'atteinte, ainsi que le préjudice moral qui lui a été causé par celle-ci.

Lorsque l'auteur de l'atteinte avait connaissance du secret des affaires ou qu'il ne pouvait raisonnablement en ignorer l'existence, et qu'il a réalisé, du fait de cette atteinte, des économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels ou retiré des bénéfices, y compris des avantages concurrentiels, commerciaux ou financiers, qui excèdent le montant des dommages et intérêts évalués en application du premier alinéa du présent 1°, **le tribunal détermine les dommages et intérêts en considération de ces économies ou bénéfices**, dans la limite de leur montant total. [...] »²¹¹²

Le texte introduisait également des sanctions répressives lourdes qui provoquèrent l'émoi des principaux médias français, brandissant leur liberté d'information. Face à ces pressions, l'amendement fut retiré le 13 février 2015.

²¹⁰⁷ V. en ce sens not. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *op. cit.*, spéc. n° 30.

²¹⁰⁸ V. not. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 127 et s. et les nombreuses réf. citées.

²¹⁰⁹ CA Paris, 1^{ère} ch., sect. B, 10 juil. 1986, *J.C.P.*, 1986, II, 20712, note E. AGOSTINI.

²¹¹⁰ CA Paris, 4^e ch., 7 juin 1990, *PIBD*, 1991, III, 491, maintenu par Com. 16 juin 1992, pourvoi n° 90-18329, *Bull.*, IV, n° 241, p. 168.

²¹¹¹ PH. LE TOURNEAU, « Rapport de synthèse », in : *L'indemnisation. Journées québécoises*, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, SLC, 2008, p. 1, spéc. p. 15 et 16.

²¹¹² Art. L. 151-5 issu de la proposition d'amendement n° SPE1810 (Rect) au Projet de loi pour la croissance et l'activité, adopté par l'Assemblée Nationale le 12 janv. 2015, disponible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2447/CSCRACTIV/SPE1810.pdf> (lien vérifié le 24 sept. 2015).

419. Bilan sur la restitution des profits dans ces domaines particuliers. Il existe ainsi tout un éventail d'hypothèses (et la liste dressée n'est pas exhaustive) dans lesquelles les droits français et allemand aménagent une restitution des profits, parfois combinée à d'autres sanctions plus ouvertement punitives – amendes administratives, amendes civiles. Nous ne les développerons pas davantage car elles n'appartiennent pas au droit de la responsabilité contractuelle. Certes, en droit de la concurrence, les fautes lucratives peuvent survenir dans un contexte contractuel, tel le profit réalisé en contravention au droit des pratiques restrictives de concurrence par un distributeur au détriment d'un fournisseur. La possibilité d'une restitution des profits dans cette hypothèse montre que cette sanction peut prospérer même entre cocontractants. Toutefois, ce n'est pas de responsabilité dont il est question alors, mais de restitutions, malgré un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation venu semer le doute²¹¹³. Autrement dit : il ne s'agit pas d'un défaut d'exécution donnant lieu à des dommages et intérêts, mais d'un vice de formation sanctionné de nullité et de restitutions, ce qui n'est pas la même chose²¹¹⁴. Point de responsabilité contractuelle ici.

Le droit anglais offre une toute autre image. Si la restitution des profits y est aussi utilisée dans ces domaines particuliers²¹¹⁵, elle est surtout devenue un remède de portée générale, précisément utilisé pour sanctionner l'inexécution lucrative du contrat. Elle fait ainsi figure de modèle pour une généralisation de la sanction de la restitution des profits au droit de la responsabilité contractuelle.

§2. Une généralisation possible : l'exemple anglais

420. Les multiples visages des dommages et intérêts en droit anglais. Dans la première édition de ce que l'on peut sans grosse exagération désigner comme la « bible » des dommages et intérêts en droit anglais, Harvey McGregor posait la définition suivante des *damages* :

²¹¹³ Com., 10 sept. 2013, pourvoi n° 12-21804, préc. : « les restitutions étant prononcées par le juge en réparation du préjudice subi et non à titre de sanction [...] ».

²¹¹⁴ V. insistant à juste titre sur cette différence les observations de M. BEHAR-TOUCHAIS, « Du nouveau quant aux restitutions après nullité d'une opération de coopération commerciale », *op. cit.*, spéc. p. 48 : « Les restitutions ne sont pas la réparation du préjudice subi ! ».

²¹¹⁵ V. en particulier le *Copyright, Designs and Patents Act 1988* qui autorise les tribunaux à octroyer à la partie lésée par la contrefaçon des *additional damages* dans la mesure qu'ils estiment nécessaires en les invitant à prendre en considération l'ensemble des circonstances et plus particulièrement l'état de flagrance et tout profit que le défendeur a pu retirer de l'atteinte, spéc. les section 97(2) pour le *copyright*, section 229(3) pour le *design* et section 91J pour les *performer's property rights* ; ces *additional damages*, présentés *supra*, spéc. n° 292 et s., s'appliquent non seulement aux droits de la propriété intellectuelle mais aussi aux atteintes aux droits de la personnalité, tel le droit à l'image, v. not. l'arrêt *Nottinghamshire Health Care National Health Service Trust v News Group Newspapers*, [2002] EWHC 409 cité *supra*, spéc. n° 293.

« Les dommages et intérêts sont la compensation pécuniaire que l'on peut obtenir, en cas de succès de l'action, pour une faute qui consiste soit dans un délit soit dans une inexécution du contrat, la compensation prenant la forme du versement d'une somme d'argent octroyée en une fois, de manière inconditionnelle et en sterling. »²¹¹⁶

Au fil des années, l'auteur a été conduit à réviser cette définition pour en extraire tour à tour les critères abandonnés par la jurisprudence. Alors qu'il combattait encore cette vision simplifiée des dommages et intérêts il y a quelques années²¹¹⁷, Harvey McGregor écrit finalement, dans l'édition de 2014, que les *damages* visent aujourd'hui seulement :

« une somme d'argent due pour une faute civile »²¹¹⁸

Cette définition épurée des dommages et intérêts avait déjà été mise en avant par des auteurs comme Peter Birks²¹¹⁹ ou James Edelman²¹²⁰. Elle seule reflète la variété des sanctions que recouvre l'expression²¹²¹. C'est notamment le rôle croissant des dommages et intérêts permettant une restitution des profits à la victime qui a orienté ces auteurs vers cette définition²¹²². En effet, depuis une dizaine d'années, la restitution des profits est devenu un mécanisme incontournable en droit anglais et ce, contre toute attente²¹²³, spécifiquement en matière contractuelle (A). La doctrine est venue affiner l'analyse de cette sanction en distinguant la privation totale des profits d'autres dommages et intérêts restitutoires dont le caractère supra-compensatoire peut être discuté (B).

²¹¹⁶ J. D. MAYNE, H. MCGREGOR, *Mayne and McGregor on Damages*, London, Sweet & Maxwell, 1961, spéc. n° 1-001, trad. libre de : « Damages are the pecuniary compensation, obtainable by success in an action, for a wrong which is either a tort or a breach of contract, the compensation being on the form of a lump sum awarded at one time, unconditionally and in sterling ».

²¹¹⁷ V. not. H. MCGREGOR, « Restitutionary Damages », in : *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, dir. P. BIRKS, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 203.

²¹¹⁸ H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2014, spéc. n° 1-001, trad. libre de : « an award in money for a civil wrong ».

²¹¹⁹ P. BIRKS, « Equity in the Modern Law : an Exercise in Taxonomy », (1996) 26 *University of Western Australia Law Review* 1, spéc. p. 29 : « We are talking about only one thing, namely money awards for wrongs. (...) We should therefore speak of damages in every case, making 'damages' mean 'a money award for a wrong' ».

²¹²⁰ J. EDELMAN « The meaning of 'Damages' : Common Law and Equity », in : *The Law of Obligations, Connections and Boundaries*, dir. A. ROBETSON, Londres, UCL Press, 2004, p. 31, spéc. p. 31 : « 'Damages' simply means a 'money award' given for a wrong ».

²¹²¹ Sur la variété des dommages et intérêts en droit anglais – compensatory damages, aggravated damages, nominal damages, exemplary damages, restitutionary damages, disgorgement damages, vindictory damages – v. *supra*, spéc. n° 281.

²¹²² Peter Birks et James Edelman sont deux grands spécialistes de la question de la restitution des profits, pour le premier voir l'ouvrage de référence P. BIRKS, *Unjust enrichment*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2005 et pour le second la thèse incontournable J. EDELMAN, *Gain-based damages*, Oxford, Portland (Or.), Hart publishing, 2002.

²¹²³ Ce n'est pas là que l'on s'attendait à voir la restitution des profits se consolider dans les années 1997, comme le montre le rapport de la Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), spéc. Part III, n° 1.47 : « Most consultees considered that the case for restitutionary (and exemplary) damages was less powerful in respect of breach of contract than for torts and equitable wrongs. ».

A. La restitution des profits comme sanction de la violation du contrat en droit anglais

1. *Blake*

421. Avant Blake : l'application de la restitution des profits limitée au trust et à la violation de la propriété. La position de principe du droit anglais jusqu'au tournant du XXIème siècle était que les *damages* dus par le débiteur ne pouvaient pas être calculés sur la base du profit réalisé par le *breach*²¹²⁴. La règle était toutefois assortie de plusieurs exceptions²¹²⁵. Le créancier pouvait notamment obtenir la restitution des profits lorsqu'il existait entre les parties une relation fiduciaire (*trust*)²¹²⁶. Cette possibilité a été exploitée par la jurisprudence de manière assez vaste grâce à la théorie du « *constructive trust* » : un agent de l'armée qui avait facilité un trafic illégal de spiritueux en échange de pots-de-vin a ainsi pu être condamné à restituer les sommes perçues à son employeur à titre de *trustee*²¹²⁷. Une autre exception importante concernait les hypothèses dans lesquelles la violation du contrat avait pour effet de porter atteinte au droit de propriété du créancier²¹²⁸, par exemple lorsqu'un acheteur refusait de prendre livraison des biens, paralysant les locaux du vendeur²¹²⁹. Au-delà de ces hypothèses, si certains auteurs, à l'instar de Peter Birks²¹³⁰, avaient appelé de leurs vœux l'accueil de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution « cynique » du contrat (*cynical breach*)²¹³¹, ils n'avaient pas réussi à convaincre les juges²¹³², ni la Law Commission²¹³³. Le sort de la restitution des profits devait toutefois être bouleversé par l'arrêt *Attorney-General v Blake*²¹³⁴.

422. L'arrêt *Attorney-General v Blake* et la consécration de la restitution des profits comme sanction à la violation lucrative du contrat. Blake était un agent des services

²¹²⁴ *Teacher v Calder* [1899] AC 451 (à propos d'un investisseur qui s'engage auprès d'une entreprise, mais contracte finalement avec une autre à des conditions plus lucratives).

²¹²⁵ V. not. H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, spéc. n° 26-045 et s.

²¹²⁶ V. par ex. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2015, spéc. p. 552.

²¹²⁷ *Reading v Attorney General* [1951] AC 507.

²¹²⁸ V. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 552 et les exemples cités.

²¹²⁹ *Penarth Dock Engineering Co Ltd v Pounds* [1963] 1 Lloyd's Rep 359.

²¹³⁰ P. BIRKS, « Restitutionary Damages for Breach of Contract », [1987] LMCLQ 421.

²¹³¹ *Ibid.*

²¹³² V. not. les propos très hostiles aux dommages et intérêts restitutoires de LJ Steyn dans *Surrey County Council v Bredero Homes Ltd*, [1993] 1 WLR 1361 ; cette décision a toutefois été vivement critiquée par la suite, v. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, spéc. n° 14-038 et les réf. citées.

²¹³³ V. Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), préc., spéc. Part. III, n° 1.46 et 1.47.

²¹³⁴ *Attorney-General v Blake*, [2000] 3 WLR 625 ; v. not. sur cet arrêt la chron. de droit comparé de B. FAUVARQUE-COSSON, « L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat », *RDC*, 2005, p. 479.

secrets britanniques, jusqu'à ce que, dans les années 1960, il fût démis de ses fonctions, ayant été découvert qu'il était un agent double travaillant pour le compte de l'Union Soviétique. Condamné à une peine de prison, il parvint à s'enfuir vers Moscou. C'est là qu'au début des années quatre-vingt dix, il décida de publier ses mémoires. Les informations contenues dans cette œuvre littéraire n'étaient plus inconnues du public, auquel les « scandales » décrits avaient déjà été révélés, si bien qu'il eut été difficile de caractériser un dommage concret pour le gouvernement anglais. L'action de Blake constituait cependant une violation de son contrat avec les services secrets, puisqu'une clause de confidentialité avait été insérée au contrat de travail, qui lui interdisait de révéler les informations litigieuses même après avoir quitté le service. Le gouvernement britannique décida de poursuivre Blake sur ce fondement. La *House of Lords* lui donna raison et condamna Blake à la restitution de l'ensemble des profits qu'avait généré la publication de son livre à titre de sanction de la violation du contrat.

L'arrêt *Blake* est un arrêt de principe qui consacre une sanction nouvelle en *common law*, mais il ne constitue pas, du moins dans la perspective des juges qui en sont à l'origine, un bouleversement du droit anglais, car elle ne saurait s'appliquer qu'à des hypothèses très résiduelles. L'arrêt insiste en effet sur la nature exceptionnelle de cette sanction par rapport aux autres remèdes à l'inexécution :

« Ce n'est que dans des cas exceptionnels, lorsque ces remèdes sont inadéquats, que pourra surgir la question de la privation des profits. Aucune règle précise ne peut être édictée. Le tribunal devra prendre en considération toutes les circonstances, notamment l'objet du contrat, le but de la clause qui a été violée, les circonstances dans lesquelles est survenue l'inexécution, les conséquences de l'inexécution et les circonstances dans lesquelles il est recouru à la justice. De manière générale et à titre non exhaustif, il pourrait être utile de se demander si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher l'activité lucrative du défendeur et, par conséquent, à le priver de son profit »²¹³⁵.

La restitution des profits comme sanction de la violation du contrat était consacrée. Il restait à voir ce que les tribunaux décideraient d'en faire.

2. L'après-Blake

423. L'arrêt *Esso Petroleum Co Ltd v Niad Ltd*. Quinze ans après que sa consécration, il est possible de confirmer le caractère exceptionnel de cette sanction. Il semble qu'il n'y ait

²¹³⁵ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 A.C. 268, spéc. 285, par Lord Nicholls of Birkenhead, trad. libre de : « It will be only in exceptional cases, where those remedies are inadequate, that any question of accounting for profits will arise. No fixed rules can be prescribed. The court will have regard to all the circumstances, including the subject matter of the contract, the purpose of the contractual provision which has been breached, the circumstances in which the breach occurred, the consequences of the breach and the circumstances in which relief is being sought. A useful general guide, although not exhaustive, is whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity and, hence, in depriving him of his profit. »

qu'une décision de première instance qui ait condamné le débiteur fautif à une restitution totale²¹³⁶ des profits à la suite de *Blake*²¹³⁷. Une décision importante tout de même, car elle a été rendue dans une espèce beaucoup plus classique que l'arrêt *Blake* et l'utilité que peut présenter la restitution des profits dans les contrats commerciaux. Le litige opposait l'exploitant d'une station-service au fournisseur Esso. Le premier s'était engagé contractuellement envers le second à respecter une politique de prix (concrètement : à ne pas dépasser un prix au litre fixé par Esso pour chaque carburant) qu'il avait violé à plusieurs reprises. La hausse des prix pratiquée avait peut-être porté une atteinte à l'image de la marque, mais encore eût-il fallu la chiffrer, ce qui s'avérait pratiquement impossible. En effet, le contrôle des prix (*Pricewatch*) était appliqué dans la région par une centaine de stations-service, si bien qu'il eut été impossible d'évaluer l'impact négatif imputable à son non-respect par une station précisément. De surcroît, la station-service elle-même n'affichait pas de perte de clientèle sur les périodes concernées. Cette pratique lui avait au contraire permis de générer des profits, dont Esso demanda la restitution totale, avec succès²¹³⁸.

424. Le caractère punitif de la restitution des profits. Dans l'arrêt *Blake*, Lord Nicholls avait précisé que le caractère « cynique et délibéré » (*cynical and deliberate*) de l'inexécution ou encore le fait que le débiteur ait violé le contrat précisément pour en conclure un autre plus lucratif, ne suffisaient pas, à eux seuls, à justifier l'octroi de la restitution des profits²¹³⁹. Cependant, la gravité du comportement reproché au débiteur est mise en avant tant *Blake*, que dans *Esso Petroleum Co Ltd v Niad Ltd*, et elle semble bien faire partie des éléments qui entrent en compte dans le choix de la sanction²¹⁴⁰. Pour octroyer la restitution des profits dans l'arrêt *Esso Petroleum Co Ltd v Niad Ltd*, le juge Morritt V-C s'est appuyé sur quatre critères :

- (1) le caractère inapproprié des dommages et intérêts compensatoires
- (2) le caractère fondamental de l'obligation violée
- (3) le caractère répété de la faute et le fait que Niad ait donné l'impression, après chaque réprimande d'Esso, de se conformer à son obligation, pour ensuite répéter sa violation

²¹³⁶ A l'inverse, *Blake* a visiblement encouragé l'essor de dommages et intérêts qui opèrent une restitution partielle du profit mais les deux sanctions sont de natures différentes, v. *infra*, spéc. n° 425 et s.

²¹³⁷ V. H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.*, spéc. n° 26-056 : « To date, however, an account of profits has been awarded only in one case at first instance » ; *adde* : M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 552 et s.

²¹³⁸ *Esso Petroleum Co Ltd v Niad Ltd* [2001] EWHC 6 (Ch), [2001] All ER (D) 324.

²¹³⁹ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 A.C. 268, spéc. 286, par Lord Nicholls of Birkenhead.

²¹⁴⁰ V. en ce sens H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.*, spéc. n° 26-054.

(4) l'intérêt légitime d'Esso à empêcher Niad de profiter de la violation

Parmi ces quatre éléments, les deux premiers et le dernier correspondent à des critères mis en avant par Lord Nicholls dans *Blake*. Le troisième insiste, quant à lui, sur le caractère répété de la faute et le comportement particulièrement déloyal et hypocrite du débiteur. C'est déjà un premier élément qui imprègne la sanction d'une certaine coloration punitive. De surcroît, le caractère inapproprié des autres remèdes à l'inexécution est déduit exclusivement du fait que les dommages et intérêts compensatoires étaient barrés par des obstacles probatoires. La restitution des profits se présente alors comme la sanction à laquelle il est recouru dans une hypothèse où l'on veut octroyer plus au créancier que ce que ne permet le droit commun (critère matériel de la peine privée), car on estime la sanction de son comportement particulièrement répréhensible comme justifiée (critère moral). La restitution des profits présente ainsi les caractères d'une peine privée. Lord Hobhouse, le juge qui avait émis une opinion dissidente dans l'arrêt *Blake*, n'avait d'ailleurs pas manqué de le relever²¹⁴¹.

B. La distinction de la redevance fictive des *Wrotham Park Damages*

1. Wrotham Park et Experience Hendrix

425. Wrotham Park. Avant l'arrêt *Blake*, la *House of Lords* avait déjà accordé une restitution des profits à raison d'une violation contractuelle dans l'arrêt *Wrotham Park Estate Co v Parkside Homes*, mais une restitution partielle²¹⁴². Cette décision isolée, que Lord Nicholls avait qualifiée de « lanterne solitaire » (*solitary beacon*)²¹⁴³, allait donner naissance à une véritable famille de dommages et intérêts que l'on trouve aujourd'hui fréquemment désignée par « *Wrotham Park damages* »²¹⁴⁴, même sous la plume de juges²¹⁴⁵. Dans cette affaire, un propriétaire immobilier avait accepté de vendre une partie de son terrain à un promoteur qui avait pris un engagement contractuel (*restrictive covenant*) de ne pas dépasser

²¹⁴¹ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 A.C. 268, spéc. 299, par Lord Hobhouse : « The policy which is being enforced is that which requires Blake to be punished by depriving him of any benefit from anything connected with his past deplorable criminal conduct. Your Lordships consider that this policy can be given effect to without a departure from principle. I must venture to disagree. ».

²¹⁴² *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd* [1974] 1 WLR 798

²¹⁴³ *Attorney-General v Blake*, [2001] 1 A.C. 268, spéc. 283, par Lord Nicholls of Birkenhead.

²¹⁴⁴ L'expression « *Wrotham Park Damages* » est utilisée dans la plupart des manuels et ouvrages de référence postérieurs à *Blake*, v. par ex. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, *op. cit.*, spéc. n° 14-029 et n° 14-030 ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.*, spéc. n° 26-051 ; M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 553 ; on la trouve également dans plusieurs articles, v. par ex. A. BURROWS, « Are 'Damages on the Wrotham Park Basis' Compensatory, Restitutionary, or Neither? », in : *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, dir. D. SAIDOV, R. CUNNINGTON, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 165.

²¹⁴⁵ V. not. *WWF – World Wide Fund for Nature v World Wrestling Federation Entertainment Inc* [2007] EWCA Civ 286, par Chadwick L.J., spéc. n° 33, n° 38, n° 39, n° 47, n° 64, n° 69, n° 73, n° 74 et n° 76.

un certain nombre de constructions. Le promoteur construisit 14 maisons de plus que ce à quoi il était autorisé. En considération notamment du gâchis économique qu'elle provoquerait (*economic waste*), l'injonction à détruire ces logements fut refusée, mais des dommages et intérêts furent accordés au vendeur en lieu et place de celle-ci (*damages in lieu of a mandatory injunction*). Ces dommages et intérêts furent évalués à 5% du profit retiré par l'acquéreur du fait de la construction des maisons supplémentaires, ce montant étant censé représenter :

« la somme d'argent qui aurait raisonnablement pu être demandée par le demandeur [...] en échange de la libération de l'engagement de ne pas construire »²¹⁴⁶.

Cette restitution partielle des profits est une sanction originale qui laisse au juge un vaste pouvoir d'appréciation. On notera ainsi que dans un cas similaire tranché en 2004, les dommages et intérêts ont pu être évalués à une somme beaucoup plus élevée²¹⁴⁷ (entre 30% et 50% du profit)²¹⁴⁸.

426. Experience Hendrix. Un deuxième arrêt important, rendu en 2003, s'inscrit dans le prolongement direct de l'arrêt *Wrotham Park* : *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc*²¹⁴⁹. Le contrat en cause était une transaction conclue entre les héritiers du célèbre chanteur et guitariste Jimi Hendrix et l'agence PPX, dans laquelle cette dernière prenait notamment l'engagement d'interrompre l'exploitation de 63 titres. PPX accorda des licences pour 39 des titres interdits, ce qui lui permit de générer des profits substantiels dont les héritiers demandèrent la restitution en justice, en même temps qu'une injonction interdisant les violations pour l'avenir (*injunction against future infringements*). Les juges firent droit à cette deuxième requête, mais refusèrent la restitution des profits (*account of profits*) au motif que la situation n'était pas aussi exceptionnelle que celle de *Blake*, où intervenait un enjeu de sécurité nationale. Néanmoins, ils décidèrent que le créancier pouvait prétendre à des dommages et intérêts à hauteur de la somme qui aurait raisonnablement pu être négociée par les parties pour autoriser l'exploitation des titres en cause. Les héritiers purent ainsi recouvrer

²¹⁴⁶ *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd* [1974] 1 WLR 798, spéc. 815D, par BRIGHTMAN J., trad. libre de : « such a sum of money as might reasonably have been demanded by the plaintiffs from Parkside as a quid pro quo for relaxing the covenant ».

²¹⁴⁷ *Lane v O'Brien Homes* (2004) EWHC 303, sur lequel v. not. B. FAUVARQUE-COSSON, « L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 485 et s.

²¹⁴⁸ M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 556.

²¹⁴⁹ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc* [2003] EWCA Civ 323, [2003] 1 All ER (Comm) 830.

une partie des profits illégitimes au titre d'un « paiement raisonnable pour [l']utilisation d'œuvres en violation du contrat de transaction »²¹⁵⁰.

La restitution partielle des profits pratiquée dans *Wrotham Park* et *Experience Hendrix* est d'une nature toute autre que la restitution totale des profits consacrée dans l'arrêt *Blake*. Elle n'est pas une sanction punitive, mais une simple forme de redevance fictive.

2. Une redevance fictive tenant lieu de paiement

427. La distinction des *restitutionary damages* et *disgorgement damages* proposée par James Edelman. James Edelman, dans son étude brillante sur la restitution des profits, a mis en relief la différence de nature qui existe entre les « *Wrotham Park damages* » et les « *Blake Damages* »²¹⁵¹. Selon cet auteur, seule la première catégorie de dommages et intérêts peut prétendre à l'appellation de « *restitutionary damages* », tandis que la privation totale du profit consacrée dans *Blake* ne réalise plus une restitution, mais une confiscation. Il propose dès lors d'appeler cette deuxième catégorie « *disgorgement damages* » (dommages et intérêts confiscatoires)²¹⁵². Dommages et intérêts restitutoires et dommages et intérêts confiscatoires doivent être nettement distingués dès lors qu'ils ne poursuivent pas le même but et ne répondent pas aux mêmes conditions²¹⁵³. En particulier, la restitution partielle des profits de *Wrotham Park* ou de *Experience Hendrix* ne comporte aucune visée dissuasive. En effet, la seule menace que font peser ces dommages et intérêts sur celui qui projette de rompre sa promesse, c'est d'être tenu de payer ce qu'il doit. Il n'a même aucun intérêt à engager des frais dans des négociations pour obtenir un droit, quand il peut se l'arroger sans autre risque que celui d'être (éventuellement) tenu de payer un prix raisonnable (*reasonable fee*). La faiblesse de cette sanction est évidente dans l'arrêt *Wrotham Park*, où il était avéré que le vendeur n'aurait en réalité jamais consenti à écarter le *restrictive covenant*, pas plus contre 5% du profit que contre 95%. Et pourtant, le fait que l'acheteur ait forcé le consentement du vendeur n'est nullement « pénalisé » par ces dommages et intérêts. Comme le souligne James Edelman, les *Wrotham Park damages* consistent seulement à « rendre la valeur de ce qui a été obtenu illicitement de l'exploitation des biens ou du travail du demandeur »²¹⁵⁴. Dans

²¹⁵⁰ *Ibid.*, spéc. n° 42, par Lord Justice Mance, trad. libre de : « reasonable payment for its use of masters in breach of the settlement agreement ».

²¹⁵¹ J. EDELMAN, *Gain-based damages*, *op. cit.*

²¹⁵² *Ibid.*, *passim*.

²¹⁵³ *Ibid.*, spéc. p. 80 et s.

²¹⁵⁴ J. EDELMAN, « Gain-Based Damages and Compensation », in : *Mapping the Law : Essays in Memory of Peter Birks*, dir. A. BURROWS, A. RODGER, Oxford, OUP, 2006, p. 141, spéc. p. 142 : « there is a fundamental difference between two different types of gain-based damages; one type aims to give back value wrongfully

Wrotham Park, le défendeur doit au demandeur la valeur du droit de construire qu'il s'est arrogé. Dans *Experience Hendrix*, il doit la valeur du droit d'exploiter qu'il a usurpé. Les *restitutionary damages* n'ont pas pour visée de punir le défendeur, mais simplement de lui faire payer ce qu'il doit. Ils constituent une simple forme de redevance fictive. Il nous semble d'ailleurs préférable de l'appeler ainsi, plutôt que de recourir à l'expression de dommages et intérêts restitutoires qui entretient la confusion avec la « vraie » restitution des profits, qui est la restitution totale accordée dans *Blake*.

428. La fonction de paiement de la redevance fictive des *Wrotham Park Damages*. La différence de nature des deux catégories de dommages et intérêts justifie par ailleurs qu'il ne leur soit pas appliqué le même régime, ce que James Edelman ne manque pas de souligner²¹⁵⁵. La restitution totale des profits pratiquée dans *Blake* doit en effet rester exceptionnelle et ne peut intervenir que lorsque le besoin d'une peine privée est démontré. A l'inverse, la redevance fictive de *Wrotham Park* devrait être pratiquée de manière automatique. La raison en est, selon nous, que cette redevance fictive correspond à un substitut d'exécution et appartient à la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle. Ces dommages et intérêts viennent en effet rééquilibrer le contrat en donnant au créancier une somme qui correspond à la différence entre la valeur du promis (un contrat incluant une obligation de ne pas faire) et la valeur du reçu (un contrat *sans* l'obligation de ne pas faire). La redevance fictive permet ainsi de chiffrer la perte de valeur de la prestation²¹⁵⁶. C'est pour cette raison qu'il n'est besoin de démontrer ni dommage, ni faute d'une particulière gravité, car ces dommages et intérêts tiennent lieu de substitut d'exécution. La *Law Commission* elle-même semble avoir conscience de cette fonction de paiement puisqu'elle a écrit des dommages et intérêts restitutoires qu'ils sont « en réalité un forme monétaire d'exécution forcée »!²¹⁵⁷ Le fait qu'il s'agisse de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution rend encore plus évidente la nécessité de les distinguer clairement de la restitution totale des profits qui, elle, intervient à titre de peine privée²¹⁵⁸.

obtained from a claimant's assets or labour (*restitutionary damages*) whilst the other type aims to strip all profit wrongfully made irrespective of source (*disgorgement damages*). »

²¹⁵⁵ J. EDELMAN, *Gain-based damages, op. cit.*, spéc. p. 86 : « Restitutionary damages therefore should generally be available but disgorgement damages should only be available where there is an additional interest that compels an award to strip a defendant of every gain made from the wrong. »

²¹⁵⁶ Sur cette formule de la perte de valeur, v. *supra*, spéc. n° 180.

²¹⁵⁷ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), spéc. Part III, n° 1.46, trad. libre de : « [...] a restitutionary award is in reality a monetized form of specific performance [...] ».

²¹⁵⁸ Sur la fonction de peine privée de la restitution des profits, v. *infra*, spéc. n° 434.

429. L'autonomie de la licence fictive vis-à-vis de la restitution des profits. A l'heure actuelle, les *Wrotham Park damages* continuent d'être considérés comme une sous-catégorie de dommages et intérêts restitutoires *lato sensu* par la doctrine traditionnelle²¹⁵⁹. L'expression *restitutionary damages* est utilisée dans le sens d'une privation totale ou partielle du profit également par la *Law Commission* dans un rapport de 1997²¹⁶⁰ et par le *Department for Constitutional Affairs* (précurseur du Ministère de la Justice) dans un rapport de 2007²¹⁶¹. Cependant, l'idée selon laquelle les *Wrotham Park damages* devraient prendre leur autonomie vis-à-vis de la restitution des profits commence à gagner du terrain. Plusieurs ouvrages de droit des contrats mettent à l'honneur la distinction entre les dommages et intérêts qui opèrent une restitution partielle du profit, à l'instar de *Wrotham Park*, et ceux qui procèdent à une restitution totale, à l'instar de *Blake*²¹⁶². D'autres notions commencent aussi à apparaître, qui ne font plus référence ni à la restitution, ni au profit, pour désigner les premiers. On parle ainsi de plus en plus de « dommages et intérêts pour perte de chance de négocier » (*damages for lost opportunity to bargain*)²¹⁶³ ou de « dommages et intérêts de négociation hypothétique » (*hypothetical bargain damages*)²¹⁶⁴. Enfin, la jurisprudence récente encourage la distinction des deux catégories de dommages et intérêts²¹⁶⁵. L'arrêt *Pell Frischmann* rendu en 2009 en est une illustration²¹⁶⁶. Deux parties avaient conclu un contrat de négociation exclusive dans la perspective de l'élaboration d'un projet pétrolier, que l'une avait violé pour conclure avec un tiers. Le *Privy Council* octroya 2,5 millions de dollars de dommages et intérêts au créancier de l'obligation d'exclusivité violée, et ce en dépit du fait que le profit retiré de la conclusion du contrat avec le tiers était resté de l'ordre de 1 à 1,8 million de dollars. Cet arrêt met en évidence l'autonomie des dommages et intérêts traduisant une licence fictive. Ceux-ci représentent la somme qui aurait pu être négociée entre les parties pour libérer le débiteur de son obligation. Le recoupement entre cette redevance fictive et le

²¹⁵⁹ V. not. H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, qui réunit ces deux catégories de dommages et intérêts au sein d'un chapitre 14 sur les « Restitutionary Damages » et envisage la question sous l'angle du « level of recovery » (aux n° 14-049 et s.).

²¹⁶⁰ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), spéc. Part III.

²¹⁶¹ Department for Constitutional Affairs (DCA), *The law on damages*, CP 9/07, mai 2007, spéc. n° 195 : « Restitutionary damages aim to strip away some or all of the gains by a defendant arising from a civil wrong ».

²¹⁶² V. not. H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts, op. cit.*, spéc. n° 26-045 et s. qui traite dans deux sous-parties distinctes « Depriving the defendant of part of his profit » et « account of profits » et M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 553 et s. qui consacre une sous-partie à la « Relationship between *Blake* and *Wrotham Park* damages ».

²¹⁶³ Selon le titre de l'article fondateur coécrit par un juge et un professeur R. SHARPE, S. WADDAMS, « Damages for Lost Opportunity to Bargain », (1982) 2 OJLS 290.

²¹⁶⁴ V. not. H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts, op. cit.*, spéc. n° 26-050 et s.

²¹⁶⁵ V. not. M. CHEN-WISHART, *Contract Law, op. cit.*, spéc. p. 553 et s. et les réf. citées.

²¹⁶⁶ *Pell Frischmann Engineering Ltd v Bow Valley and PT Bakrie Interinvestindo* [2009] UKPC 45.

profit réalisé n'est qu'accidentel : elle peut lui être inférieur, elle peut aussi le dépasser si la rupture du contrat s'avère moins lucrative que prévu. Si, comme nous l'espérons, l'autonomie des *Wrotham Park damages* venait à s'affirmer, elle pourrait contribuer à la reconnaissance de la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle en droit anglais²¹⁶⁷.

La restitution des profits doit donc être distinguée de la redevance fictive, qui peut prendre la forme d'un pourcentage du bénéfice retiré de la violation mais peut aussi n'avoir rien de commun avec celui-ci. La restitution des profits couvre à l'inverse l'entier bénéfice retiré de la violation. Reconnue dans certains domaines spécifiques, elle a trouvé sa place dans le droit commun de la responsabilité contractuelle en Angleterre, tout en restant très encadrée. La voie ouverte par le droit anglais est-elle à suivre ? La réponse est positive : la restitution des profits mérite d'être reconnue comme sanction à part entière de la responsabilité contractuelle.

²¹⁶⁷ Sur l'émergence de la fonction de paiement en droit anglais, v. *supra*, spéc. n° 115.

Section 2. Pour la consécration de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution

430. L'introduction de la restitution des profits dans la responsabilité contractuelle.

Dès lors que la responsabilité contractuelle n'est pas conditionnée, dans sa mise en œuvre, par la commission d'une faute quelconque, est-il légitime de sanctionner le débiteur qui n'a pas exécuté ? Peut-on parler de « faute lucrative »²¹⁶⁸ pour désigner le comportement du débiteur qui choisit délibérément de ne pas tenir son engagement parce qu'il a calculé qu'il tirera de l'inexécution un profit supérieur au montant qu'il devra verser en réparation au créancier ? Ce calcul frauduleux lorsqu'il consiste à braver la loi l'est-il toujours autant lorsqu'il menace l'exécution du contrat ? Doit-on considérer que le contrat étant la loi des parties, sa violation sous couvert du principe indemnitaire est assimilable à une « fraude à la loi » ? Ou au contraire, lorsque l'exécution s'avère plus difficile ou plus onéreuse que prévu, n'est-il pas légitime pour le débiteur de renoncer à exécuter dès lors qu'il dédommage entièrement son créancier ? Et même si l'exécution reste possible pour lui, n'est-il pas opportun de laisser le débiteur augmenter son profit ? Doit-on sanctionner ou encourager ces inexécutions qualifiées par la doctrine économique « d'efficaces » ? Ce sont toutes ces interrogations que soulève la question de la consécration de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution du contrat. Le positionnement d'un ordre juridique sur ces questions révèle non seulement l'accueil qu'il est prêt à réserver à la peine privée, mais aussi, plus fondamentalement, la place respectivement occupée par l'autonomie de la volonté, la force obligatoire, la sécurité juridique et l'efficacité économique. Consacrer la restitution des profits comme sanction de la violation du contrat est un choix qui doit être justifié (§1). Dotée d'une assise théorique, la restitution des profits devra encore révéler son utilité pratique (§2). C'est alors seulement que pourra être tranchée la question du régime juridique qu'il convient de lui appliquer (§3).

§1. Le choix de consacrer la restitution des profits

431. Nature et régime. A quel titre le profit réalisé par le débiteur doit-il être reversé au créancier ? La restitution des profits est-elle une sanction autonome ou bien le profit sert-il de mesure à des dommages et intérêts qui demeurent compensatoires en essence ? S'agit-il, sinon, de dommages et intérêts punitifs ? C'est cette nature de la sanction qu'il faut d'abord

²¹⁶⁸ Sur la faute lucrative, v. *supra*, spéc. n° 406.

clarifier (A). Se posera alors la question de savoir si une sanction de cette nature est opportune en matière de responsabilité contractuelle (B).

A. La nature de la sanction

1. Une sanction supra-compensatoire

432. Priver des profits n'est pas réparer le préjudice. Le profit réalisé en violation du contrat ne peut être assimilé ni à une perte subie par le créancier, ni à un gain manqué par lui. La piste de la perte subie est d'abord à écarter. Le profit réalisé enrichit le patrimoine du débiteur, mais il n'appauvrit pas celui du créancier. Tout ce que perd éventuellement le créancier, c'est l'opportunité de négocier une libération de l'obligation qu'il aurait pu se faire rémunérer²¹⁶⁹. Or, même à considérer cette perte de chance de négocier (*lost opportunity to bargain*) comme un préjudice consécutif à l'inexécution²¹⁷⁰, cette perte ne coïncide pas avec le bénéfice retiré de la violation. Dès lors, ce profit qui est attribué au créancier à titre de sanction de l'inexécution n'est équivalent à aucune perte subie par elle. Il n'est pas non plus équivalent à un gain qu'elle aurait manqué.

Le profit attribué ne pourrait être appréhendé comme un gain manqué que s'il était démontré que le créancier aurait lui-même atteint le même gain que celui réalisé par le débiteur, ni plus, ni moins. Or, tel ne sera presque jamais le cas. Prenons, par exemple, un auteur publié sans son autorisation par un éditeur : ce dernier met en œuvre des moyens pour l'impression, la commercialisation et la publicité de l'œuvre que le titulaire des droits aurait bien été en peine d'égaliser. Le gain généré par le contrefacteur ne peut donc pas être appréhendé comme un gain manqué pour la victime. En octroyant à la victime d'une faute lucrative des bénéfices qu'elle n'aurait pas elle-même pu produire, ce ne peut pas être le principe indemnitaire que l'on met en œuvre. Comme le rappelle un auteur :

²¹⁶⁹ C'est cette ligne d'argumentation qui est avancée pour rattacher les *Wrotham Park damages* décrits plus haut à des dommages et intérêts compensatoires dans l'art. R. SHARPE, S. WADDAMS, « Damages for Lost Opportunity to Bargain », *op. cit.* et qui a été reprise dans l'arrêt *WWF – World Wide Fund for Nature v World Wrestling Federation Entertainment Inc* [2007] EWCA Civ 286, qualifié par H. MCGREGOR d'« autorité rétrograde » (H. MCGREGOR, *McGregor on Damages, op. cit.*, spéc. n° 14-028 « retrograde authority ») et qui a suscité, à raison, beaucoup de critiques, v. not. R. CUNNINGTON, « A Lost Opportunity to Clarify », (2007) 122 *LQR* 47.

²¹⁷⁰ Ce qu'elle n'est pas : il s'agit, en fait, de la perte du bénéfice de l'obligation elle-même, donc d'une perte intrinsèque dont il est dû paiement et qui donne lieu au versement de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.

« Ce n'est pas parce que l'auteur du délit fait des profits importants que la victime souffre plus. A l'inverse, si le délit n'est pas lucratif, la victime n'en subit pas moins un dommage. »²¹⁷¹

Priver des profits n'est pas réparer le préjudice. Il arrive d'ailleurs même que, loin d'avoir appauvri le demandeur, la faute lucrative l'ait placé dans une meilleure situation, ce qui n'empêchera pas la restitution des profits de prospérer. L'arrêt « Ariston », dans lequel le *Reichsgericht* a consacré la triple méthode de calcul des dommages et intérêts en droit de la propriété intellectuelle²¹⁷² en est révélateur²¹⁷³. Le compositeur dont la partition avait été utilisée sans autorisation pour être jouée par un système mécanique utilisant des disques perforés sur le modèle de l'orgue de barbarie avait certainement gagné en popularité du fait de cette utilisation : il n'en était pas moins autorisé à demander la restitution du bénéfice retiré par le contrefacteur²¹⁷⁴. La restitution des profits ne peut pas assumer une fonction de compensation. Elle n'est pas orientée vers la victime, dont on se désintéresse du préjudice, mais vers le coupable, qu'il s'agit de dissuader en rendant vaine sa tentative et, le cas échéant, de punir. C'est une peine, actionnée et perçue par la victime : une peine privée.

2. Une peine privée modérée

433. Rejet du fondement de l'enrichissement injustifié. La restitution des profits présente bien les caractères d'une peine privée : destinée à dissuader le contractant de violer son engagement (critère téléologique), elle enrichit la victime au-delà de ses pertes subies et gains manqués (critère matériel) et vient sanctionner une faute d'une particulière gravité : une faute intentionnelle, ou tout au moins lourde, et mue par une intention lucrative (critère moral)²¹⁷⁵. Un seul autre fondement pourrait être envisagé : celui de l'enrichissement sans cause. Plusieurs raisons incitent à l'écarter. Pour commencer, le mécanisme lui-même de l'enrichissement sans cause ne s'accorde pas avec la restitution des profits. Si l'enrichissement sans cause était le fondement véritable de la restitution des profits, celle-ci devrait pouvoir se voir appliquée l'action *de in rem verso*. Or, même en passant outre l'obstacle de la subsidiarité, l'action *de in rem verso* suppose la réunion de plusieurs conditions qui s'accordent mal au cas de la restitution des profits. Doivent être réunis un

²¹⁷¹ T. AZZI, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.*, 2008, p. 700, spéc. n° 35.

²¹⁷² V. *supra*, spéc. n° 410.

²¹⁷³ RG, 8 juin 1895, Rep. I. 13/95, RGZ 35, 63.

²¹⁷⁴ V. soulignant ce point G. DANNEMANN, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution. A Comparative Introduction*, Oxford, OUP, 2009, spéc. p. 102 : « The great success of the Ariston players may well have increased the fame of the claimant, but the *Reichsgericht* held that the claimant need not show any loss in order to recover. ».

²¹⁷⁵ Comp. les critères de la peine privée exposés *supra*, spéc. n° 264 et s., ainsi que la définition de la faute lucrative, *supra*, spéc. n° 406.

enrichissement, un appauvrissement, un lien de corrélation entre les deux, et une absence de cause à l'enrichissement²¹⁷⁶. Or, si l'absence de cause et l'enrichissement existent bien en présence d'une inexécution lucrative, l'appauvrissement apparaît plus délicat à caractériser. « Un patrimoine est appauvri lorsqu'il subit une perte quelconque, appréciable en argent [...] », écrit-on²¹⁷⁷. De tel appauvrissement du créancier, il n'y a point. Au mieux peut-on considérer comme un appauvrissement la « perte de chance de négocier » (*lost opportunity to bargain*)²¹⁷⁸. Mais alors, l'effet de l'action *de in rem verso* ne serait pas d'octroyer à la victime la restitution des profits : étant plafonnée à la plus faible des valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement²¹⁷⁹, la restitution serait alors limitée à l'octroi d'une redevance fictive. Ainsi, l'action *de in rem verso* ne peut nullement aboutir à une restitution des profits. A l'inverse, la restitution des profits, parce qu'elle est une peine privée, pourrait se mouler dans une disposition qui ordonnerait des dommages et intérêts punitifs ; il suffit de penser à la deuxième catégorie de l'arrêt *Rookes* pour s'en convaincre²¹⁸⁰. On pourrait toutefois considérer que la restitution des profits traduit surtout *l'idée* selon laquelle « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui », mais ce chemin là aussi est semé d'embûches. A l'inverse de la peine privée, ce précepte se désintéresse de la faute et de sa gravité. Or, dans les hypothèses dans lesquelles un *account of profits* a été octroyé, le comportement malicieux du défendeur était précisément mis en avant²¹⁸¹. Il ne suffit pas qu'un profit ait été généré par le défendeur au détriment du créancier pour que ce dernier puisse prétendre à une restitution de ce profit. Il faut encore que ce profit ait été généré par une faute d'une particulière gravité. Le fondement de la peine privée apparaît, pour l'ensemble de ces raisons, correspondre beaucoup mieux à la réalité. Il s'y mêle l'idée que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, mais son fondement n'en reste pas moins la peine privée. Autrement dit :

« C'est une peine privée dont l'objet, en matière contractuelle, est de dissuader et d'empêcher le débiteur de s'enrichir aux dépens du créancier, en manquant totalement ou partiellement à ses obligations. »²¹⁸²

²¹⁷⁶ V. par ex. F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013, spéc. n° 1066 et s. ; PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013, spéc. n° 1063 et s.

²¹⁷⁷ PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 1064.

²¹⁷⁸ *Comp. supra*, spéc. n° 432.

²¹⁷⁹ V. sur cet effet de l'action *de in rem verso* : F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, spéc. n° 1072 ; PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, spéc. n° 1066.

²¹⁸⁰ V. *supra*, spéc. n° 291.

²¹⁸¹ V. *supra*, spéc. n° 424.

²¹⁸² Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, spéc. n° 437.

434. Une peine privée « modérée ». Bien qu'elle réunisse les caractères de la peine privée, la restitution des profits n'en demeure pas moins une très « faible » peine. Comme le souligne James Edelman :

« Les dommages et intérêts confiscatoires diffèrent des dommages et intérêts punitifs en ce que des dommages et intérêts qui ne font que confisquer le profit [...] ne laissent pas le défendeur en plus mauvais état »²¹⁸³.

Le débiteur peut toujours tenter sa chance ; il ne risque, au pire des cas, que de devoir restituer ce qu'il a gagné. Il serait tentant d'en conclure que cette peine privée a une force dissuasive proche de zéro. Comme écrivait Jeremy Bentham : « il faut que le mal de la peine surpasse le profit du délit »²¹⁸⁴, ce qui est apparemment manqué ici. Toutefois, une étude récente a attiré l'attention sur la pluralité des modèles de dissuasion et l'apport de la théorie économique, qui souligne la diversité des facteurs entrant en ligne de compte dans le calcul coûts-avantages opéré par un acteur économique avant de commettre une faute lucrative²¹⁸⁵. On peut penser que la restitution (même « simple »²¹⁸⁶) des profits pourrait être dissuasive, si elle est mise en œuvre de manière généralisée par les créanciers victimes, parce qu'elle peut engendrer non seulement des surcoûts économiques (frais de conseil juridique, frais de justice) mais aussi des atteintes à l'image de l'entreprise (perte de crédibilité, de réputation). Quoiqu'il en soit, même si la restitution des profits s'avère susceptible de décourager la violation lucrative du contrat dans certaines hypothèses, elle ne constitue pas une panacée. Non seulement sa sanction reste modérée, mais en plus elle ne peut jouer que si un profit a effectivement été retiré de l'opération. A défaut, il n'y a rien à restituer. A cet égard, la supériorité des dommages et intérêts punitifs est évidente, qui peuvent sanctionner même les fautes lucratives « manquées »²¹⁸⁷. On se consolera de cette faiblesse en y voyant au moins un avantage : sa mise à l'écart de la matière pénale²¹⁸⁸. Il nous semble en effet qu'une peine privée qui se contente de reprendre ce qui a été mal acquis, sans infliger de perte plus conséquente dans le patrimoine du défendeur, ne devrait pas atteindre le niveau de sévérité exigé pour caractériser une peine au sens de la Convention européenne de sauvegarde des

²¹⁸³ J. EDELMAN, « The meaning of 'Damages' : Common Law and Equity », in : *The Law of Obligations, Connections and Boundaries*, dir. A. ROBERTSON, London, UCL Press, 2004, p. 31, spéc. p. 42, trad. libre de « Disgorgement damages differ from exemplary damages in that an award disgorging only the profit [...] does not leave the defendant any worse off. ».

²¹⁸⁴ J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, in : *Œuvres de J. Bentham*, t. 2, Bruxelles, Louis Hauman et compagnie, 1829, spéc. p. 7.

²¹⁸⁵ N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, op. cit., v. spéc. n° 230 et s.

²¹⁸⁶ Il est à l'évidence plus aisé de relever le caractère dissuasif de la privation « multiple » des profits, à l'instar de ce que prévoit l'amende civile de l'art. L. 446-6 III du Code de commerce, sur laquelle v. *supra*, spéc. n° 416.

²¹⁸⁷ A l'instar des *exemplary damages* de la deuxième catégorie de *Rookes* en droit anglais, v. *supra*, spéc. n° 291.

²¹⁸⁸ Sur laquelle, v. *supra*, spéc. n° 278 et s.

Droits de l'Homme et des libertés fondamentales²¹⁸⁹. C'est d'ailleurs un argument qui avait été mis en avant (notamment²¹⁹⁰) par Geneviève Viney pour plaider en faveur de la restitution des profits comme sanction de portée générale des fautes lucratives délictuelles comme contractuelles²¹⁹¹.

Si, comme nous le soutenons, la restitution des profits constitue bien une peine privée, son introduction dans le droit de la responsabilité contractuelle, où la peine privée n'a apparemment pas droit de cité, nécessite d'autant plus d'être justifiée.

B. L'opportunité de la sanction

1. Le rejet de la théorie de la violation efficace du contrat

435. La théorie de la violation efficace du contrat. En matière contractuelle, la restitution des profits se heurte à un obstacle particulier lié à la nature de la « faute » qu'elle cherche à sanctionner²¹⁹². En effet, selon une doctrine économique d'origine américaine, violer le contrat pour en tirer un profit supérieur à l'indemnisation du créancier n'est pas nécessairement un mal en soi, et certaines inexécutions lucratives méritent au contraire d'être encouragées en ce qu'elles sont « efficaces » (*efficient breach theory*)²¹⁹³. Ainsi :

« Selon les concepts de l'économie traditionnelle, l'économie est efficace seulement si les biens et les ressources disponibles sont utilisés de façon à ce qu'elles produisent la plus grande richesse possible. »²¹⁹⁴.

La violation du contrat sera dès lors considérée comme souhaitable lorsqu'elle permet une « allocation optimale des ressources »²¹⁹⁵, c'est-à-dire lorsqu'elle parvient à ce que :

« le bien ou le service objet de l'obligation contractuelle parvienne toujours pour un coût optimal entre les mains de celui qui le valorise le plus »²¹⁹⁶.

²¹⁸⁹ Comp. les critères de la matière pénale exposés *supra*, spéc. n° 279.

²¹⁹⁰ V. également R. MESA, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.*, 2012, p. 2754.

²¹⁹¹ G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2009, p. 2944, spéc. p. 2947.

²¹⁹² L'inexécution n'est pas en elle-même une faute, mais elle l'est bien dans ce contexte précis qui est celui de la violation lucrative du contrat.

²¹⁹³ Sur cette théorie, v. en particulier les dév. très riches de Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 405 et s. et les réf. citées.

²¹⁹⁴ A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, Paris, LGDJ, 2007, spéc. n° 61.

²¹⁹⁵ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 407.

²¹⁹⁶ *Ibid.*

Cette théorie peut être illustrée par un exemple. Un vendeur A propose un bien à un acheteur B pour une somme de 100. Un acheteur C se manifeste et lui offre 150. Selon la théorie de la violation efficace du contrat, A doit pouvoir rompre son contrat pour conclure avec C, dès lors que l'indemnisation due à B reste inférieure à 50. Par exemple, si B destinait le bien à une revente à un tiers X avec un bénéfice de 30, son gain manqué est égal à 30, s'il n'est pas livré. La théorie de la violation efficace encourage A à rompre le contrat avec B, l'indemniser de 30 et conclure avec C en conservant une marge de 20. Ainsi, chacun est satisfait : C acquiert le bien qu'il convoitait, B obtient l'utilité attendue du contrat par un équivalent en argent et A génère un profit supplémentaire de 20. La violation peut être qualifiée d'efficace, parce qu'elle a permis la meilleure distribution possible : celle qui génère le plus de richesses « dans l'absolu ». La revente à profit est l'exemple le plus classique de violation efficace. Il en est d'autres où le contrat n'est pas rompu, mais son exécution seulement altérée : par exemple lorsqu'un fabricant livre en priorité un acheteur plus généreux, ses capacités de production étant limitée, il ne peut livrer qu'en retard ou bien une quantité moindre.

436. Les critiques adressées à la théorie. La théorie de la violation efficace est née aux Etats-Unis dans les années 1970. Sa paternité est attribuée à Richard Posner²¹⁹⁷, mais c'est Robert Birmingham qui en a posé les jalons²¹⁹⁸, sinon encore le nom²¹⁹⁹. La théorie de la violation efficace du contrat compte au moins autant de pourfendeurs que de défendeurs²²⁰⁰. Il est reproché à cette théorie de ne pas regarder assez loin. Une violation pourrait être efficace à ne considérer que les protagonistes directs, mais ne plus l'être à plus grande échelle :

« [...] la théorie de l'inexécution efficace ne prend pas en compte les effets externes de l'inexécution du contrat sur une tierce personne envers laquelle le débiteur n'est pas tenu à des dommages-intérêts. Dès lors, compte tenu de ces effets externes, il ne pourrait que l'inexécution ne soit plus efficace »²²⁰¹.

Dans l'exemple donné, le préjudice de B a été estimé à 30 car tel était le profit qu'il espérait retirer de la revente à X. Cependant, X avait probablement aussi une utilisation attendue de ce

²¹⁹⁷ Son ouvrage clé intitulé « *Economic Analysis of Law* » est désormais accessible aux lecteurs francophones : R. A. POSNER, *L'analyse économique du droit*, trad. S. Harnay, A. Marciano, Paris, Michalon, 2003.

²¹⁹⁸ R. L. BIRMINGHAM, « *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency* », (1970) 24 *Rutgers LR* 273.

²¹⁹⁹ Le nom lui-même semble être apparu en premier sous la plume de C. J. GOETZ, R.E.E. SCOTT, « *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle : Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach* », 77 *Colum. L. Rev.* 554 (1977), cité par A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, Paris, LGDJ, 2007, spéc. n° 61.

²²⁰⁰ Pour un exposé des controverses suscitées aux Etats-Unis, v. not. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., spéc. n° 405 ; pour la doctrine anglaise, v. J. MORGAN, *Great Debates in Contract Law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, spéc. p. 238 et s. et les réf. citées.

²²⁰¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012, spéc. p. 722.

bien. Il l'avait peut-être proposé à la location ou à la revente, pour un bénéficiaire qui sera également perdu, de même que sera perdu le profit que le bénéficiaire de ce contrat subséquent espérait lui-même retirer de l'utilisation du bien, et ainsi de suite. La violation ne sera alors peut-être plus efficace du tout à grande échelle. Au lieu de permettre une allocation optimale des richesses, elle aura entraîné des pertes en cascade qui avaient échappé à son calcul. Un palliatif pourrait être de mieux intégrer ces pertes au calcul de la rupture efficace²²⁰². A l'évidence²²⁰³, les dommages et intérêts que A doit payer à B s'il choisit de rompre le contrat doivent englober non seulement son gain manqué, mais également la perte qui consiste dans le fait d'avoir à indemniser X. Ainsi, si cette indemnisation atteint 20, la violation n'est plus efficace puisque A devra 50 d'indemnisation, pour une marge attendue de la vente à C qui est elle-même de 50, et A n'est plus encouragé à rompre son engagement. Cette application de la théorie de la violation efficace est déjà plus convaincante en théorie, mais survit-elle à la pratique ? S'il est déjà discutable de postuler que A, lorsqu'il effectue son calcul économique puisse anticiper le gain manqué de B, il est devenu fallacieux d'admettre qu'il puisse chiffrer également les pertes en chaînes que subiront les acquéreurs successifs et qui pourront être répercutées sur B²²⁰⁴. De surcroît, le simple fait de procéder à cette évaluation a un coût qu'il ne faut pas oublier²²⁰⁵. De manière plus générale, il est reproché à la théorie de la violation efficace de sous-estimer le coût que représente la violation du contrat pour le débiteur²²⁰⁶. Elle oublie notamment « tous les coûts qui ne sont pas évaluables en argent et qui pourtant ont un prix dans la vie sociale : les coûts psychologiques, la perte de réputation de nature à entraîner des difficultés à trouver dans l'avenir de nouveaux partenaires, la perte de confiance, etc. »²²⁰⁷. Elle ignore, enfin, les coûts d'un procès sur lequel pourra éventuellement déboucher le litige. Si l'on prend en compte tous ces facteurs, il sera le plus souvent beaucoup plus « efficace » pour le débiteur de négocier la rupture avec le

²²⁰² V. en ce sens H. BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 1980, spéc. p. 161 : « If B is just the first in the chain of people who will suffer if the contract is not performed it is the aggregate of all their losses which must be compared to the gains to be made through breach. ».

²²⁰³ C'est l'application normale du principe indemnitaire : le créancier doit être placé dans une situation équivalente à celle qui serait la sienne si le contrat avait été exécuté, or si tel avait été le cas, il n'aurait pas eu à indemniser X ; sur l'intérêt positif, v. *supra*, spéc. n° 203 et s.

²²⁰⁴ V. en ce sens not. H. BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, spéc. p. 163, qui après avoir décrit quand la violation sera efficace et quand elle ne le sera pas, conclut que : « This at least is the theory. How it corresponds to reality awaits investigation, but at a guess the answer is that it does not correspond very closely. First, the "efficient breach" theory assumes that A has access to information about B, but in practice he is unlikely to know how much B will lose if he defaults. »

²²⁰⁵ *Ibid.* : « Discovering the necessary information may itself be just as costly as any form of negotiation ».

²²⁰⁶ V. not. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 433 et s. et les réf. citées.

²²⁰⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, spéc. p. 722.

créancier, que de rompre ainsi le contrat²²⁰⁸. Il y a toutefois lieu de penser que ces imperfections ne sont pas les raisons décisives qui ont conduit les droits anglais, allemand et français à écarter la théorie de la violation efficace, mais que ce rejet trouve sa source dans une rupture idéale plus fondamentale.

437. Le rejet de la théorie par les droits français, allemand et anglais. En Allemagne et en France, où la doctrine économique est peu relayée en droit des contrats²²⁰⁹ et où l'exécution forcée est en principe de droit pour le débiteur²²¹⁰, il n'y a pas lieu de s'étonner que la théorie de la violation efficace du contrat ne soit pas parvenue à prendre racine²²¹¹. Il est plus surprenant qu'elle demeure aussi marginale en droit anglais. Quelques manuels y font référence²²¹², et la *Law Commission* l'évoque dans un rapport de 1997, à propos des dommages et intérêts punitifs contractuels²²¹³. Elle reste sinon majoritairement perçue comme une théorie exogène, qui ne reflète pas le droit positif anglais²²¹⁴. Rompre délibérément son engagement à des fins lucratives n'est pas un comportement encouragé par le droit anglais, mais une pratique que les tribunaux cherchent au contraire à enrayer. La consécration du délit d'incitation à la violation du contrat (*tort of inducement of breach of contract*)²²¹⁵ et plus récemment de la restitution des profits par l'arrêt *Blake* en témoignent²²¹⁶. Même l'exécution forcée (*specific performance*) pourrait venir à se généraliser, à en croire certains auteurs²²¹⁷. Les droits anglais et américain ont pris des chemins différents et n'ont plus tout-à-fait la même conception du contrat. La violation efficace du contrat s'appuie directement sur Oliver Wendell Holmes et son constat que le contrat n'oblige à rien d'autre qu'à payer des

²²⁰⁸ V. not. I. R. MACNEIL, « Efficient Breach of Contract : Circles in the Sky », (1982) 68 *Virginia Law Review*, 947.

²²⁰⁹ On notera toutefois que plusieurs études récentes mettent toutefois la doctrine économique à l'honneur, v. not. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit. ; A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, op. cit. ; N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, op. cit.

²²¹⁰ V. *supra*, spéc. n° 50.

²²¹¹ V. not. J. ROCHFELD, « La rupture efficace », in : *Droit et économie des contrats*, dir. C. JAMIN, Paris, LGDJ, 2008, p. 169.

²²¹² V. tout particulièrement D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies in Contract and Tort*, 2^e éd., London, Butterworths, 2002 ; v. également l'article engagé de deux de ces auteurs D. CAMPBELL, D. HARRIS, « In Defense of Breach: A Critique of Restitution and the Performance Interest » (2002) *Legal Studies*, 208.

²²¹³ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), spéc. Part V. « Exemplary Damages: Reform », n° 1.72, p. 118 et s., cité *supra*, spéc. n° 396.

²²¹⁴ V. not. les critiques substantielles de la théorie et la mise en évidence de son incompatibilité avec les solutions du droit positif anglais soulevées par D. FRIEDMANN, « The Efficient Breach Fallacy », (1989) 18 *Journal of Legal Studies*, 1 ; adde : R. SEFTON-GREEN, « Breach of contract : Signification et conséquences en droit anglais », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 33, spéc. p. 37 qui souligne que « [l]a théorie de la violation efficace est peu consacrée en droit anglais ».

²²¹⁵ Sur lequel v. *supra*, spéc. n° 380 et s.

²²¹⁶ V. *supra*, spéc. n° 422 et s.

²²¹⁷ V. *supra*, spéc. n° 62 et les réf. citées.

dommages et intérêts si l'on ne s'exécute pas²²¹⁸. Or, la théorie anglaise du contrat a pris ses distances avec cette proposition. La *House of Lords* a souligné que l'obligation de payer des dommages et intérêts n'était pas une obligation alternative, mais une obligation secondaire, le contrat obligeant d'abord à l'exécution²²¹⁹. Un courant doctrinal s'est développé mettant en avant un « intérêt à l'exécution » du créancier (*performance interest*) qui n'est plus si loin d'un véritable « droit à l'exécution » (*right to performance*)²²²⁰. Ce mouvement, comme nous l'avons vu, participe de l'essor des *right-based theories*, théories qui s'appuient sur les droits subjectifs des individus comme principe explicatif du droit privé²²²¹. Les auteurs emblématiques de ce courant furent les premiers à s'opposer à la violation efficace et à plaider en faveur de la sanction de la restitution des profits pour toute faute lucrative²²²².

438. L'opportunité de consacrer la restitution des profits. Ces évolutions jurisprudentielles et doctrinales ont mené le droit anglais vers une conception de la force obligatoire du contrat qui n'est pas celle du droit américain et qui se rapproche davantage des droits continentaux. Or, dans cette conception, il ne peut être question de laisser rompre le créancier à son bon vouloir. La force obligatoire du contrat repose sur le respect de la parole donnée et n'a plus aucun sens si on transforme le contrat en simple promesse d'exécuter « sous réserve de ne pas trouver mieux ». Inciter les violations lucratives du contrat sous prétexte d'efficacité économique pourrait d'ailleurs se révéler contreproductif, en minant tout l'intérêt qu'ont les parties à contracter. Le contrat est un acte de prévisibilité et c'est ce qui lui confère son intérêt. Il faut dès lors sanctionner rigoureusement les violations lucratives du contrat pour décourager leur commission et renforcer l'effet obligatoire des conventions. C'est à cette fin que peut être utilisée la restitution des profits retirés de la violation du contrat, car elle saisit le mal à la racine. La restitution des profits peut d'ailleurs se vanter de donner effet à l'ensemble des trois « principes directeurs du droit européen du contrat » : elle encourage le respect de la parole librement donnée (principe de liberté contractuelle), elle incite à un comportement loyal entre les parties (principe de loyauté contractuelle) et elle assure une meilleure prévisibilité des transactions (principe de sécurité contractuelle)²²²³.

²²¹⁸ O. W. HOLMES, *The Common Law*, London, Mcmillan & Co, 1882, spéc. p. 300 et s., cité *supra*, spéc. n° 57.

²²¹⁹ *Photo Production Ltd v Securior Ltd*, [1980] A.C. 827 (HL), spéc. 848 et 849 (Lord Diplock).

²²²⁰ V. *supra*, spéc. n° 118 et s.

²²²¹ V. *supra*, spéc. n°121.

²²²² En premier lieu Daniel Friedmann, v. D. FRIEDMANN, « The Efficient Breach Fallacy », (1989) 18 *Journal of Legal Studies*, 1 ; adde D. FRIEDMANN « Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong », (1980) 80 Col LR 504.

²²²³ Ces trois principes directeurs du droit européen du contrat ont été mis en lumière par B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (dir.) *Principe contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de Législation Comparée, Paris, SLC, 2008.

Les arguments en faveur d'une sanction de l'inexécution lucrative l'emportent donc sur ceux en faveur de la violation efficace du contrat. D'ailleurs, même les défenseurs de la violation efficace du contrat, à commencer par Richard Posner lui-même²²²⁴, soutiennent l'introduction de la restitution des profits pour sanctionner les violations « opportunistes » du contrat²²²⁵. L'accueil de la restitution des profits semble d'ailleurs amorcé.

2. L'accueil de la sanction de l'inexécution lucrative par la restitution des profits

439. Le chemin qui a mené à l'accueil de la sanction en droit anglais. Les droits anglais, allemand et français sont-ils prêts à introduire la restitution des profits ? Dans un rapport de 1992 consacré aux *aggravated, exemplary et restitutionary damages*, la *Law Commission* isolait plusieurs obstacles à la consécration de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution contractuelle : (1) la difficulté de distinguer une inexécution « cynique » (*cynical breach*) d'une inexécution « innocente » (*innocent breach*), particulièrement en matière commerciale ; (2) le fait que la restitution des profits pourrait permettre de contourner la règle de minimisation du dommage (*mitigation*) ; (3) le fait que son application devrait être réservée aux contrats qui peuvent faire l'objet d'une exécution forcée (*specifically enforceable*) ; (4) des difficultés liées à l'allocation des profits²²²⁶. Sans être infondées, ces questionnements montraient que le débat ne se situait déjà plus sur l'opportunité de consacrer la restitution des profits, mais sur les difficultés de sa mise en œuvre pratique. Rappelant ces interrogations dans son rapport de 1997, la *Law Commission* décidait que la meilleure solution était de laisser le choix de l'introduction de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution aux juges²²²⁷. A peine trois ans plus tard, la *House of Lords* saisissait la main tendue et consacrait la restitution des profits dans l'arrêt *Blake*²²²⁸. Plutôt que de s'en

²²²⁴ R. A. POSNER, L'analyse économique du droit, op. cit. (« opportunistic breach »).

²²²⁵ V. également en France : Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., spéc. n° 437 et s. ; v. également Y.-M. LAITHIER, « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs », in : *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, Paris, LGDJ, 2008, p. 141.

²²²⁶ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 132 (1992), spéc. n° 7.18, p. 169 et p. 170 « First, many breaches of contract are made for commercial reasons and it is difficult to draw the line between 'innocent' breach, for which there would be only compensation, and 'cynical' breach, in which there would also be the option of restitution in the way suggested by some commentators. This would lead to greater uncertainty in the assessment of damages in commercial and consumer disputes. Secondly, in seeking restitution the plaintiff might be evading the requirements of the duty to mitigate. Thirdly, a restitutionary award is in reality a monetized form of specific performance but not all contracts are specifically enforceable. Fourthly, there may be difficulties of attribution. The making of a profit in excess of that which the plaintiff might have made had the contract been performed may require skill and initiative which should not be taken from the defendant save in exceptional cases. »

²²²⁷ Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), Part. III, n° 1.46 et n° 1.47, p. 41 et 42.

²²²⁸ *Attorney-General v Blake*, [2000] 3 WLR 625, sur lequel v. *supra*, spéc. n° 422.

offusquer, le *Department for Constitutional Affairs* (précurseur du Ministère de la Justice) renouvelait son support au développement jurisprudentiel en la matière dans son rapport sur le Droit des dommages et intérêts de 2007²²²⁹. La restitution des profits s'écrit déjà au présent en droit anglais. Toutefois, sa portée reste encore incertaine, car elle n'a été que très peu appliquée jusqu'à ce jour²²³⁰.

440. Les premiers pas des droits allemand et français vers l'accueil de la sanction. En droit allemand, il n'est pas au programme d'introduire pareille sanction. Pour autant, l'hostilité qui est portée aux dommages et intérêts punitifs n'est pas aussi marquée à l'égard de la restitution des profits. Ainsi, dans l'arrêt du 4 juin 1992 dans lequel la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs avait été refusée, une petite « fenêtre » en faveur de la restitution des profits avait été ouverte, le *Bundesgerichtshof* notant qu' :

« Il pourrait en aller différemment dans l'hypothèse où l'octroi de dommages et intérêts punitifs vise en fait à compenser des pertes qui n'ont pas encore été comptées, ou qui sont difficiles à prouver, ou encore lorsqu'il s'agit de priver le responsable du profit retiré de la violation. »²²³¹.

Autrement dit : la restitution des profits pourrait être jugée conforme à l'ordre public allemand. C'est déjà un premier pas.

En France, c'est au groupe de travail dirigé par François Terré que l'on doit la proposition de consacrer la restitution des profits comme sanction d'un « dol lucratif »²²³². Celle-ci est consacrée en ces termes :

« Article 120. Toutefois, en cas de dol, le créancier de l'obligation inexécutée peut préférer demander au juge que le débiteur soit condamné à lui verser tout ou partie du profit retiré de l'inexécution »²²³³.

Cette sanction prometteuse, à la fois simple et claire, n'a malheureusement pas été reprise par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015²²³⁴. Le projet

²²²⁹ Department for Constitutional Affairs (DCA), *The law on damages*, CP 9/07, mai 2007, spéc. n° 205 : « We share the Commission's view that the law on restitution for wrongs in general is best left to the courts, and do not believe that there is a need for legislation on any aspect of the law in this area. ».

²²³⁰ V. *supra*, spéc. n° 285.

²²³¹ BGH, 4 juin 1992, IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312, préc., spéc. 340, trad libre de : « Anders kann es sich möglicherweise verhalten, soweit mit der Verhängung von Strafschadensersatz restliche, nicht besonders abgegoltene oder schlecht nachweisbare wirtschaftliche Nachteile pauschal ausgeglichen oder vom Schädiger durch die unerlaubte Handlung erzielte Gewinne abgeschöpft werden sollen. »

²²³² PH. REMY, « Les dommages et intérêts », in : F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 281 et s., spéc. p. 286 : « Innovation destinée à sanctionner ce qu'on pourrait appeler le dol lucratif, c'est-à-dire l'inexécution volontaire de la partie qui préfère s'exposer à une résolution et à des dommages et intérêts pour pouvoir, par exemple, contracter ailleurs, à des conditions plus avantageuses. On est ici à l'opposé de la théorie dite de l'inexécution efficace ».

²²³³ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2011, art. 120.

d'ordonnance est en retrait par rapport à l'audace de la proposition de réforme du droit de la responsabilité présentée par le Sénateur Laurent Bétaille en 2010 et qui proposait d'introduire des dommages et intérêts punitifs comme sanction « d'une inexécution contractuelle commise volontairement et [ayant] permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer »²²³⁵.

La restitution des profits est donc encore en construction. Son omission du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats de 2015 pourrait s'expliquer par la volonté de traiter la question dans un second temps, à l'occasion de la réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle²²³⁶. Si, comme nous l'espérons, la question resurgit, il faudra décider de la manière dont doit être consacrée la restitution des profits, autrement dit : fixer son régime.

§2. Le régime de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution

441. Les questions soulevées par l'introduction de la restitution des profits. Consacrer la restitution des profits comme sanction de l'inexécution du contrat soulève plusieurs questions. En quoi consiste la « faute contractuelle » que la restitution des profits viendra sanctionner ? S'agit-il d'une faute délibérée ou seulement lourde ? Faut-il démontrer une intention lucrative ou seulement le résultat objectif d'un profit retiré de la violation ? Y-a-t-il des hypothèses dans lesquelles la restitution des profits devrait être refusée ? A quoi va aboutir concrètement cette sanction ? Le débiteur sera-t-il tenu de rendre tous les profits réalisés ou seulement une partie ? La sanction bénéficiera-t-elle à la victime ou pourra-t-il y avoir un partage avec l'Etat ou avec un fonds ? Le débiteur pourra-t-il s'assurer contre cette restitution ? Pourra-t-il exclure conventionnellement cette sanction ? Pourra-t-il faire valoir les limitations classiques de la réparation ? Pourra-t-il être condamné à la fois à la restitution des profits et à des dommages et intérêts pour inexécution ? A toutes ces questions, le régime

²²³⁴ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015.

²²³⁵ Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n° 657 présentée par L. Bétaille et enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010, art. 1386-25, cité *supra*, spéc. n° 401.

²²³⁶ C'est en effet l'ensemble du droit des dommages et intérêts que la proposition d'ordonnance laisse en l'état ; sur le chemin qui a mené le législateur vers la voie de l'ordonnance, v. not. H. BOUCARD, « La réforme, de la doctrine à l'ordonnance », in : *La réforme du droit des obligations* en France, 5^e journées franco-allemandes, dir. R. SCHULZE, G. WICKER, G. MÄSCH, D. MAZEAUD, Paris, SLC, 2015, p. 27.

de la restitution des profits doit donner une réponse : les unes au titre des conditions (A), les autres au titre des effets (B). Enfin, l'autonomie de la restitution des profits vis-à-vis des autres sanctions de l'inexécution, et particulièrement des dommages et intérêts devra être soulignée (C).

A. Les conditions de la sanction

1. Une inexécution dolosive génératrice d'un profit (dol lucratif)

442. Première condition : un dol. Le premier reproche que la Cour de cassation, dans son rapport sur l'avant-projet Catala, avait adressé à l'article 1371 sur les dommages et intérêts punitifs²²³⁷ était celui de la faute choisie (en italique dans l'original) :

« [...] les rédacteurs de la proposition ont pris le parti de cantonner les dommages-intérêts punitifs au cas d'une "*faute manifestement délibérée et notamment d'une faute lucrative*" [...] la faute requise est qualifiée de manière impropre et imprécise. Impropre, parce qu'il eût été préférable d'utiliser des concepts connus (faute intentionnelle ou, au contraire, simplement volontaire), plutôt que d'introduire les notions de faute délibérée ou de faute lucrative. Imprécise, car on ne fait que deviner les contours de cette faute spéculative, situation que vient aggraver l'usage de l'adverbe "manifestement". [...] »²²³⁸.

Il est en effet indispensable de bien définir la faute qui déclenche l'octroi de la restitution des profits. L'enjeu est peut-être même plus important encore en matière contractuelle, quand la responsabilité ne suppose en elle-même aucune faute, mais seulement une inexécution imputable au débiteur²²³⁹. Quelle faute choisir ? La restitution des profits étant tournée vers la dissuasion, il faut *a priori* un responsable qui ait pleine conscience de ses agissements. C'est donc la faute intentionnelle qui doit être visée, c'est-à-dire en matière contractuelle : le dol²²⁴⁰. La faute lourde pourra toutefois y être assimilée, comme il est habituel en jurisprudence²²⁴¹. Les réflexions menées à propos des dommages et intérêts punitifs en faveur d'une extension à la faute lourde peuvent être transposées à la restitution des profits²²⁴². Il apparaît cependant préférable de se référer au dol plutôt qu'à la faute lourde, afin de conserver un fait générateur commun pour les dommages et intérêts à coloration punitive de l'article

²²³⁷ P. CATALA (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006, art. 1371, cité *supra*, spéc. n° 399.

²²³⁸ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, spéc. n° 92.

²²³⁹ V. sur ce point *supra*, spéc. n° 170.

²²⁴⁰ Rappelons sa définition, posée par Civ. 1^{ère}, 4 févr. 1969, *Bull.*, n° 60 : « le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos libéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant ».

²²⁴¹ Depuis Req., 24 oct. 1932, *DP*, 1932, 1, p. 176, note E. P.

²²⁴² V. *supra*, spéc. n° 387.

1150 du Code civil et pour la restitution des profits. Les motivations qui soutiennent les deux sanctions sont fondamentalement les mêmes, et il est logique qu'elles soient l'une et l'autre déclenchées par la même faute. Aussi, si la règle de l'article 1150 du Code civil devait être modifiée pour inclure dans sa réserve finale non seulement le dol, mais aussi la faute lourde, il devrait en aller de même de la restitution des profits²²⁴³. Cela ne semble pas être la voie prise par la réforme²²⁴⁴ ; le dol sera donc seul retenu.

443. Deuxième condition : un profit. Ce dol doit encore être lucratif, c'est-à-dire avoir permis de générer un profit, sans quoi la restitution des profits n'a plus d'objet. Ce profit doit-il être considéré comme une condition distincte du dol, ou faut-il intégrer l'intention lucrative à l'élément subjectif de la faute ? Autrement dit : suffit-il de démontrer que le dol a permis de générer un profit ou faut-il de surcroît apporter la preuve que ce profit était spécialement recherché par l'auteur du dol ? Dans la mesure où la restitution des profits adresse le calcul coûts-avantages de l'inexécution, il semblerait logique de ne l'infliger qu'au débiteur qui a effectivement procédé à ce calcul. Cependant, si la faute lucrative doit bien être définie comme une faute commise « en vue d'un enrichissement illicite »²²⁴⁵, il n'en résulte pas que cet élément doive nécessairement intégrer le régime de la restitution des profits. Il peut aussi être décidé que la restitution des profits s'appliquera dès lors qu'un dol a permis de générer un profit, sans que le créancier n'ait à apporter la preuve de l'intention subjective du débiteur de générer celui-ci. Elle ne sanctionnera alors plus seulement les fautes lucratives telles que précédemment définies, mais également les fautes dolosives qui en quelque sorte « accessoirement » ont permis à leur auteur de générer un profit. Cette solution présente des avantages probatoires évidents. Elle évite au créancier d'avoir à rapporter une preuve psychologique relative à l'état d'esprit de la personne qui, dans un autre contexte, a pu être rapproché de la « *probatio diabolica* »²²⁴⁶. Imposer au créancier la charge de la démonstration

²²⁴³ Cette modification est proposée par le « projet Terré », v. F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, v. spéc. la réserve finale de l'art. 118 : « Les dommages et intérêts sont, en règle générale, d'un montant qui place le créancier dans la situation où il se trouverait si le contrat avait été dûment exécuté, en considérant la perte qu'il a faite et le gain dont il a été privé. Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on pouvait raisonnablement prévoir lors de la conclusion du contrat, lorsque l'inexécution n'est point due à son dol ou à sa faute lourde. ».

²²⁴⁴ Aucune référence à la faute lourde n'a été ajoutée à l'art. 1231-3 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, préc., qui reprend la formule de l'art. 1150 du Code civil à l'identique.

²²⁴⁵ V. en ce sens la définition de la faute lucrative proposée par N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, op. cit., spéc. n° 223, citée *supra*, spéc. n° 406.

²²⁴⁶ P.-Y. GAUTIER, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006, p. 1861, à propos de la double preuve incombant au bénéficiaire du pacte de préférence pour pouvoir obtenir la nullité et la substitution au tiers acquéreur et qui l'oblige à démontrer que ce tiers avait connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

du caractère délibéré de l'inexécution apparaît déjà bien suffisant. De plus, elle écarte la tentation qui pourrait être celle du juge de présumer l'intention lucrative des circonstances de la violation. De telles présomptions sont malvenues lorsque l'on manie la peine privée, car même si la restitution des profits n'appartient pas en principe à la matière pénale au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, elle s'en rapproche et pourrait occasionnellement atteindre le degré de sévérité qui lui ferait pénétrer son domaine²²⁴⁷. Pour ces raisons, la solution qui consiste à exiger d'une part un dol et d'autre part un profit généré par le dol apparaît la plus convaincante. Elle revient à étendre le champ d'application de la restitution des profits non seulement aux fautes lucratives, mais également aux fautes dolosives qui se révèlent *a posteriori* lucratives. Or, cela n'apparaît pas injustifié. Le débiteur qui viole le contrat dans le but de nuire à son créancier est-il moins blâmable que celui qui poursuit un profit économique ?

Enfin, il n'apparaît pas indispensable, à l'échelle de la responsabilité contractuelle, de préciser que le profit est « illicite » et qu'il est réalisé « au préjudice d'autrui »²²⁴⁸ ou, plus exactement « aux dépens d'autrui »²²⁴⁹. Ces précisions ont une pertinence en matière délictuelle mais, en matière contractuelle, elles ne soulèvent pas de difficulté. Le profit étant retiré de l'inexécution, il est nécessairement illicite et il impacte nécessairement le bénéficiaire de l'exécution, soit le créancier. Il suffit de réserver le jeu de l'action en restitution des profits au créancier.

Deux conditions cumulatives doivent donc être retenues pour mettre en jeu la sanction de la restitution des profits : une inexécution dolosive et un profit généré par l'inexécution. Par commodité de langage, et par emprunt à Philippe Rémy²²⁵⁰, ce fait générateur peut être appelé « dol lucratif ». Il n'est pas inutile d'en donner quelques illustrations, qui soulignent dans le même temps l'opportunité du recours à la restitution des profits en matière contractuelle.

²²⁴⁷ Sur les critères de la matière pénale, v. *supra*, spéc. n° 278.

²²⁴⁸ Comp. à nouveau la définition de la faute lucrative proposée par N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, *op. cit.*, spéc. n° 223, citée *supra*, spéc. n° 406.

²²⁴⁹ L'expression « aux dépens d'autrui » est préférable afin de conserver le sens particulier du mot préjudice, sur lequel v. *supra*, spéc. n° 247.

²²⁵⁰ PH. REMY, « Les dommages et intérêts », in : F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 281 et s., spéc. p. 286.

2. Illustrations de dols lucratifs

444. (1) La revente à profit. Un premier exemple de dol lucratif déjà évoqué à propos de la théorie de la violation efficace du contrat est celui de la revente à meilleur offrant. En droit allemand, la restitution des profits en pareille hypothèse est prévue par le §285 BGB :

« Lorsque, à la suite de l'événement qui le dispense de fournir la prestation selon le §275, al. 1 à 3, le débiteur obtient pour l'objet dû une indemnité ou un droit à indemnité, le créancier peut demander soit la restitution de cette indemnité soit la cession de ce droit [...] »²²⁵¹

Ce mécanisme, appelé « *stellvertretende Commodum* », permet à l'acheteur, lorsque le vendeur a délivré la chose à un meilleur offrant et ne peut plus exécuter son engagement (impossibilité au sens du §275 BGB²²⁵²), de récupérer le surplus acquis par le vendeur, le privant ainsi des fruits de la violation du contrat²²⁵³. Le mécanisme a été mis en parallèle par des auteurs allemands avec l'arrêt anglais *Blake*²²⁵⁴. Cependant, le §281 BGB s'applique exclusivement aux contrats portant sur un objet particulier (« pour l'objet dû ») soit principalement à la vente d'une chose individualisée. Le *Bundesgerichtshof* est resté fidèle à la lettre de la disposition et n'a pas transformé le *stellvertretende Commodum* en une sanction générale de la violation lucrative du contrat. Il a ainsi refusé au bailleur la restitution des loyers perçus par le preneur qui avait conclu une sous-location non-autorisée²²⁵⁵. Il a également écarté la restitution au preneur des loyers perçus par le bailleur qui avait re-loué à un tiers une partie des lieux²²⁵⁶.

Le nom de *stellvertretende Commodum* évoque l'idée de représentation, une évocation que l'on retrouve en droit anglais dans le même contexte. En effet, le droit anglais accorde lui aussi la restitution des profits en cas de revente à meilleur offrant²²⁵⁷. Pour y parvenir, le juge reconnaît l'existence d'une relation fiduciaire (*constructive trust*) entre le vendeur et l'acheteur : le vendeur étant considéré le *trustee* de l'acheteur, tout profit généré par le

²²⁵¹ §285 BGB, trad. R. LEGEAS, M. PEDAMON (dir.), *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010.

²²⁵² Sur l'impossibilité d'exécution, v. *supra*, spéc. n° 36.

²²⁵³ Sur ce mécanisme, v. par ex. H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 39^e éd., München, Beck, 2015, spéc. p. 230 et s.

²²⁵⁴ K. BUSCH, « Gewinnabschöpfung bei Vertragsbruch – Teil II », ZEuP 2002, p. 122, spéc. p. 133 ; T. HELMS, « Grenzen der Gewinnabschöpfung bei vorsätzlichem Vertragsbruch », ZEuP 2008, p. 150, spéc. p. 160.

²²⁵⁵ BGH, 13 déc. 1995, XII ZR 194/93, BGHZ 131, 297 ; NJW 1996, 838 : une application directe du §285 BGB était exclue puisqu'il ne s'agissait pas d'un nouveau contrat empêchant l'exécution du premier (au contraire, les deux contrats avaient été exécutés concomitamment) et ce sont donc d'autres voies qui ont été explorées, en vain : enrichissement injustifié du §812, al. 1^{er}, 1^{ère} phrase, 2^e alternative BGB ou du §816, al. 1^{er}, 1^{ère} phrase BGB, gestion d'affaire du §687, al. 2 BGB et les règles de restitution des profits au propriétaire des §987 et s. BGB.

²²⁵⁶ BGH, 10 mai 2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, 312 ; NJW 2006, 2323.

²²⁵⁷ V. K. BARNETT, *Accounting for Profit for Breach of Contract, Theory and Practice*, Oxford, Portland (Or.), Hart publishing, 2012, spéc. p. 89 et s. et les arrêts cités ; v. également H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, op. cit., spéc. n° 26-048.

premier doit être restitué au second²²⁵⁸. Utilisée en matière de vente immobilière, cette restitution des profits constitue une nouvelle illustration de la forte protection dont jouit l'acheteur, dont on a vu qu'il était déjà l'un des rares bénéficiaires de l'exécution forcée en nature (*specific performance*)²²⁵⁹.

Les mécanismes du *stellvertretende Commodum* et du *constructive trust* offrent une solution opportune au problème du dol lucratif du vendeur infidèle. Le droit français pourrait s'en inspirer, lui qui peine à trouver une sanction adéquate au non-respect de la promesse unilatérale de vente²²⁶⁰. Si la restitution des profits était consacrée en droit français, elle pourrait être appliquée à la rupture de la promesse de vente lorsqu'elle caractérise un dol lucratif. La solution présente de nombreux avantages. Premièrement, elle sanctionne la bonne personne : le vendeur dolosif, et non l'acheteur, qui peut être de bonne foi. Deuxièmement, elle évite précisément d'avoir à se poser la question de la bonne ou mauvaise foi de l'acheteur, dont on a pu constater les inconvénients en matière de promesse unilatérale de vente²²⁶¹. Troisièmement, elle est apte à dissuader le promettant de vendre à meilleur offrant, en minant à la base l'intérêt qu'il pourrait retirer de la violation. La violation de la promesse unilatérale de vente, lorsqu'elle constitue un dol lucratif, devrait pouvoir tomber sous le coup de la restitution des profits.

445. (2) La violation d'une clause de non-concurrence post-contractuelle. La restitution des profits consacrée comme sanction du dol lucratif pourrait également adresser le problème de la violation des obligations de non-concurrence. La solution n'apporterait, il est vrai, pas grand bouleversement de la pratique en droit français. Les juges du fonds usent déjà de leur pouvoir souverain d'appréciation pour évaluer les dommages et intérêts à l'aune des bénéfices réalisés grâce à l'activité concurrente²²⁶². La Cour de cassation ne s'y oppose d'ailleurs pas. D'une part, elle interprète l'article 1145 du Code civil, sur lequel sont régulièrement tranchés les litiges portant sur une clause de non-concurrence inexécutée, comme affranchissant le créancier de la preuve de l'existence d'un dommage²²⁶³. Or, si aucune perte subie ni gain

²²⁵⁸ V. not. *Lake v Bayliss*, [1974] 1 WLR 1073.

²²⁵⁹ V. *supra*, spéc. n° 60.

²²⁶⁰ V. à nouveau *supra*, spéc. n° 60.

²²⁶¹ V. not. P.-Y. GAUTIER, « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006, p. 1861.

²²⁶² V. not. M. MALAURIE, « Clause de non concurrence – sanctions », *Jurisclasseur Contrats-Distribution*, Fasc. 125 (2004), spéc. n° 46 et les réf. citées.

²²⁶³ V. Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, pourvoi n° 02-15910, *Bull.*, I, n° 201, p. 170, *RTD civ.*, 2005, p. 594, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 600, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2006, I, 111, n° 3 obs. P. STOFFEL-MUNCK, à propos d'une clause de non rétablissement et Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, pourvoi n° 05-19978, *Bull.*, I, n° 212, *D.*, 2007, p. 1725, obs. I. GALLMEISTER, p. 2784, note C. LISANTI et p. 2974, chron. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP G*, 2007,

manqué du côté du créancier ne sont rapportés, comment pourront être mesurés les dommages et intérêts sinon à l'aune des profits générés par le débiteur ?²²⁶⁴ D'autre part, la Cour de cassation n'a pas trouvé matière à cassation lorsqu'était attaqué devant elle un arrêt d'appel ayant condamné l'ex-salarié n'ayant pas respecté la clause de non-concurrence que lui imposait son contrat de travail à payer à son ex-employeur, à titre de dommages et intérêts, l'équivalent du chiffre d'affaires réalisé par la société que cet ancien salarié avait fondée et dont il était le gérant et le principal agent commercial pendant la période visée par la clause (deux ans)²²⁶⁵. La solution est juste, mais elle ne peut être rendue au nom du principe indemnitaire. C'est un dol lucratif qui doit être assorti d'une sanction autonome de restitution des profits au créancier.

446. (3) Les manquements à la loyauté contractuelle (infidélité, pots de vin, confidentialité). Enfin, d'autres obligations que l'on peut rattacher à l'impératif de loyauté contractuelle pourraient voir leur violation dolosive et lucrative sanctionnée par la restitution des profits. Le droit allemand en fournit plusieurs illustrations. La restitution des profits est d'abord utilisée pour sanctionner l'infidélité du commis (*Handlungsgehilfe*) qui ne respecte pas l'interdiction de conclure des affaires en son nom personnel (prévue au §60, al. 1^{er} HGB). Selon le §61 *Handelsgesetzbuch* (HGB), l'employeur concurrencé peut réclamer des dommages et intérêts ou « il peut à la place demander à ce que le commis [...] lui restitue les rémunérations pour les affaires conclues en son nom propre ou qu'il lui cède son droit aux rémunérations »²²⁶⁶. La même sanction pèse sur les associés (§113, al. 1^{er} HGB²²⁶⁷) ou les actionnaires (88, al. 2 *Aktiengesetz*²²⁶⁸) qui ne respectent pas leurs obligations légales de non-

I, 185, n° 3, obs. PH. STOFFEL-MUNCK à propos d'une clause de non-concurrence ; sur ces deux arrêts, v. *supra*, spéc. n° 105.

²²⁶⁴ Une seule autre mesure paraît envisageable : l'évaluation des dommages et intérêts à l'aune du montant que le créancier aurait accepté en échange de la suppression de la clause de non-concurrence. C'est le modèle de la redevance fictive présenté *supra*, spéc. n° 427 et s. Entendu ainsi, l'art. 1145 du Code civil consacrerait une forme de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution (d'où l'affranchissement de la condition de dommage).

²²⁶⁵ Soc. 6 nov. 1984, pourvoi n° 82-41888, *Bull.* 1984, V, n° 409.

²²⁶⁶ §61, al. 1^{er} HGB, trad. libre (et partielle) de : « Verletzt der Handlungsgehilfe die ihm nach §60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete. ».

²²⁶⁷ §113, al. 1^{er} HGB : « (1) Verletzt ein Gesellschafter die ihm nach §112 obliegende Verpflichtung, so kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern; sie kann statt dessen von dem Gesellschafter verlangen, daß er die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete. ».

²²⁶⁸ §88 *Aktiengesetz* : « Wettbewerbsverbot. (1) Die Vorstandsmitglieder dürfen ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. [...] (2) Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen dieses Verbot, so kann die

concurrence. On remarquera que dans ces hypothèses, c'est uniquement la non-concurrence prévue par un texte et non celle prévue par la convention qui est visée, ce qui ne prive pas pour autant ces obligations de leur caractère contractuel. Ces dispositions sont d'ailleurs citées comme exemple de l'influence de la restitution des profits dans le droit de la responsabilité contractuelle²²⁶⁹.

Un autre dol lucratif qui peut également être rattaché au devoir de loyauté des cocontractants est fourni par l'interprétation jurisprudentielle des §667 BGB, §675 BGB et §384, al. 2 HGB selon laquelle le mandataire (*Kommissionär* ou *Geschäftsbesorger*) qui accepte des pots de vin est tenu de les remettre au mandant²²⁷⁰. On a vu d'ailleurs que le droit anglais aussi permettait la restitution des pots de vins à l'employeur, en mettant encore à profit la technique du *constructive trust*²²⁷¹. Enfin, l'infidélité du cocontractant peut aussi se matérialiser dans un manquement à une obligation de confidentialité²²⁷². Telle était l'hypothèse de l'arrêt *Blake*²²⁷³. Pour chacun de ces dols lucratifs, la restitution des profits constituerait une sanction idoine, donc il convient de déterminer les effets précis.

B. Les effets de la restitution des profits

1. Une restitution intégrale des profits générés par le dol

447. Tout le profit. Plusieurs modèles de restitution des profits existent. Ils varient dans leur étendue et dans leur bénéficiaire. C'est le modèle le plus simple d'une restitution de l'intégralité des profits nets au bénéfice exclusif du créancier qui apparaît le plus adéquat à la sanction du dol lucratif.

La restitution doit être intégrale pour la raison que lorsqu'elle ne l'est pas, elle traduit, en fait, une autre sanction. La restitution partielle des profits tend en effet à être confondue avec d'autres dommages et intérêts qui tout en étant bien *extra-compensatoires*, n'ont pas pour objet de dissuader l'inexécution, mais de « racheter » cette inexécution. C'est la pratique

Gesellschaft Schadenersatz fordern. Sie kann statt dessen von dem Mitglied verlangen, daß es die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten läßt und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgibt oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtritt. » ; v. également le §284, al. 2 Aktiengesetz à propos des sociétés en commandit par actions.

²²⁶⁹ V. not. K. RUSCH, « Restitutionary Damages for Breach of Contract : a Comparative Analysis of English and German Law », 118 SALJ 59, spéc. p. 73 et s.

²²⁷⁰ V. not. BGH, 29 oct. 1962, II ZR 194/60, BGHZ 38, 171, NJW 1963, 102 et BGH, 7 janv. 1963, VII ZR 149/61, BGHZ 39, 1, NJW 1963, 649, cités par P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadenersatzrecht*, Berlin, New York, de Gruyter, 2000, spéc. p. 256.

²²⁷¹ *Reading v Attorney General* [1951] AC 507, exposé *supra*, spéc. n° 421.

²²⁷² Plus généralement, sur la violation du secret des affaires, v. *supra*, spéc. n° 418.

²²⁷³ *Attorney-General v Blake*, [2000] 3 WLR 625, sur lequel v. *supra*, spéc. n° 422.

des redevances fictives, qui a été décrite²²⁷⁴. La somme pour laquelle le créancier aurait accepté de libérer le débiteur de son obligation est due au créancier à titre de substitut à l'exécution, elle correspond à la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle. Quand bien même elle peut être évaluée à un pourcentage de ce profit, par exemple 5% dans l'arrêt *Wrotham Park*²²⁷⁵, elle n'a rien de commun avec la restitution des profits qui vise, elle, non pas à rééquilibrer le contrat, mais à dissuader le débiteur de commettre l'inexécution. Cette différence de nature explique que l'on ne puisse pas assimiler la restitution partielle des profits qui rééquilibre le contrat à une restitution totale des profits à visée dissuasive²²⁷⁶. La seule « véritable » restitution des profits est une privation intégrale de ces profits. De surcroît, pour reprendre les mots de Geneviève Viney, « on ne voit pas ce qui peut justifier de laisser au défendeur tout ou partie d'un avantage qu'il s'est procuré de façon illicite »²²⁷⁷. Pour la même raison, il doit aussi être renoncé à plafonner la restitution des profits à un multiple des dommages et intérêts compensatoires, à l'instar de ce qui existe en droit américain à propos des dommages et intérêts punitifs²²⁷⁸. Pareil plafonnement paraît pour le moins déplacé pour une sanction qui n'est pas compensatoire mais restitutive et punitive²²⁷⁹. Il en va de même des limitations applicables aux dommages et intérêts compensatoires (prévisibilité, minimisation du dommage, etc.) qui sont sans objet dans le cas de la restitution des profits.

Enfin, un autre écueil tient à l'ambivalence de la notion de profit. Si l'on entend ce profit comme les économies réalisées par le débiteur du fait de n'avoir pas exécuté, c'est à nouveau d'équilibre des prestations et contreprestations dont il est question. Ces économies réalisées par le défaut d'exécution coïncident avec la perte de valeur de la prestation pour le créancier : il s'agit de dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution²²⁸⁰. Aussi le profit qui doit être restitué correspond-il seulement au profit effectivement *généré* par l'inexécution,

²²⁷⁴ V. *supra*, spéc. n° 427 et s.

²²⁷⁵ V. *supra*, spéc. n° 425.

²²⁷⁶ V. à nouveau nos dév. détaillés *supra*, spéc. n° 427 et s.

²²⁷⁷ G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. p. 2948 ; v. également G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2011, spéc. n° 6-8 ; *contra* : Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 132 (1992), préc. spéc. n° 7.18, p. 170 : « The making of a profit in excess of that which the plaintiff might have made had the contract been performed may require skill and initiative which should not be taken from the defendant save in exceptional cases. ».

²²⁷⁸ V. Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, spéc. p. 219 qui renvoie à l'état des lieux dressé par la *American Tort Reform Association* disponible à l'adresse <http://www.atra.org> (rubrique : issues).

²²⁷⁹ G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. p. 2948 : « Dans tous les cas, le plafonnement à une somme calculée en fonction des dommages et intérêts compensatoires (double ou triple, comme dans certains systèmes étrangers) paraît arbitraire, à moins qu'elle n'ait été acceptée à l'avance dans le cadre d'une clause pénale ».

²²⁸⁰ Sur la formule de la perte de valeur comme mesure des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, v. *supra*, spéc. n° 180.

et non aux coûts économisés grâce à l'inexécution. Ce profit doit être restitué en intégralité. Une seule motivation pourrait justifier de plafonner cette restitution : assurer la survie de l'entreprise sanctionnée. On pourrait alors appliquer le plafond des 5% du chiffre d'affaire annuel pratiqué en droit des pratiques restrictives de concurrence²²⁸¹, mais cette réserve apparaît moins pertinente lorsque la sanction ne cherche pas à aller au-delà du profit que le dol a permis de réaliser.

448. Rien que le profit. Alors qu'en Angleterre, on s'interroge sur la fraction du profit qui doit être restituée²²⁸², en France, on se demande s'il ne faudrait pas condamner l'auteur d'une faute lucrative à restituer *plusieurs fois* le profit réalisé²²⁸³. Si la solution n'est pas sans rappeler les *treble damages* du droit américain, elle semble s'inspirer davantage de l'amende civile instaurée en droit des pratiques restrictives de concurrence²²⁸⁴. En effet, ce n'est pas le montant des dommages et intérêts compensatoires qui est multiplié, mais le profit réalisé. La piste est intéressante car, comme il a été vu, la restitution « simple » des profits est une peine privée dont le pouvoir dissuasif reste modéré²²⁸⁵. Cependant, en matière contractuelle, il n'apparaît pas qu'il soit nécessaire d'aller au-delà, du moins à titre de sanction générale de l'inexécution dolosive. Des dommages et intérêts punitifs spécifiques pourraient être introduits si nécessaire dans certains contentieux. A titre de sanction *générale*, la restitution de 100% des profits réalisés apparaît suffisante.

Enfin, c'est le profit *net* que doit restituer le débiteur au créancier, c'est-à-dire après soustraction des dépenses qui ont été réalisées par le débiteur pour générer ce profit et « rentabiliser son affaire ». Le patrimoine du débiteur doit être privé du profit illégitimement acquis, mais il ne doit pas être atteint au-delà. Le mécanisme de la restitution des profits, quand bien même il répond aux critères de la peine privée, demeure un mécanisme restitutoire par essence.

2. Du débiteur personnellement au créancier exclusivement

449. Le débiteur seul tenu à la restitution : la question de l'assurance. Dès lors que la restitution des profits a été qualifiée de peine privée et que ses vertus dissuasives ont été mises en avant, il faut s'interroger sur l'assurabilité de la sanction. Le problème est connu : si l'on

²²⁸¹ V. l'art. L. 442-6, III du Code de commerce.

²²⁸² Dans le cas des « Wrotham Park Damages », sur lesquels v. *supra*, spéc. n° 425 et s.

²²⁸³ V. en ce sens N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative, op. cit.*, v. spéc. les propositions de thèses résumées à la fin de l'étude.

²²⁸⁴ Sur laquelle v. *supra*, spéc. n° 416.

²²⁸⁵ V. *supra*, spéc. n° 434.

veut que la peine infligée ait un impact sur le comportement du responsable et l'amène à renoncer à la violation, il faut qu'il en soit tenu personnellement. Comme l'explique Geneviève Viney :

« il faut bien reconnaître qu'une sanction payée par un garant n'est pas vraiment une sanction et que la peine privée qui vise à priver une faute de son caractère lucratif manque totalement son but si elle n'est pas pleinement supportée par l'auteur de celle-ci. »²²⁸⁶

La pratique offre une image plus contrastée. D'une part, le système du bonus malus, qui aboutit à une augmentation du coût des primes d'assurances par suite d'une condamnation peut, au moins dans une certaine mesure, répercuter indirectement l'effet dissuasif de la peine²²⁸⁷. D'autre part, l'expérience des droits étrangers en matière de dommages et intérêts punitifs est loin d'être catégoriquement hostile à l'assurance²²⁸⁸. Suzanne Carval relève ainsi qu'aux Etats-Unis :

« [...] les droits des différents Etats se divisent en quatre catégories : 21 sont favorables à l'assurance, 8 ont pris position contre, 10 n'ont pas tranché la question et 6 réservent la possibilité d'une assurance aux cas où les dommages et intérêts punitifs sont infligés à un responsable du fait d'autrui »²²⁸⁹.

Dans le contexte particulier qui est celui de la responsabilité contractuelle, les observations suivantes peuvent être faites. On peut sans grande difficulté exclure l'application à la restitution des profits des garanties de la dette d'exécution (notamment les sûretés), dont on a vu qu'elles ne devraient déjà pas même couvrir les dommages et intérêts compensatoires²²⁹⁰. Ce sont donc les assurances de responsabilité civile qui sont visées. La faveur à l'assurance peut se justifier en dépit du caractère de peine privée de la restitution des profits si l'on parvient à isoler un intérêt supérieur, comme lorsque l'on est confronté à des dommages corporels, par exemple. En matière contractuelle, tel n'est pas le cas en principe²²⁹¹. Le bénéfice économique dont il est demandé restitution est certes « mérité » par la victime, mais il ne lui ait pas non plus indispensable au point qu'il faille encourager son assurance. L'impératif dissuasif nous semble ici prioritaire et c'est pourquoi il apparaît raisonnable

²²⁸⁶ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., spéc. n° 197.

²²⁸⁷ V. not. PH. PIERRE, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », *RDC*, 2010, n° 3, p. 1117, qui parle de « l'assureur juge » aux côtés du juge des dommages et intérêts punitifs.

²²⁸⁸ Il existe en fait une variété de solutions en la matière, v. Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 132 (1992), spéc. para 6.39 et s. et les réf. citées, où l'on apprend que les dommages et intérêts punitifs sont parfois pris en charge par une police d'assurance en Australie et dans certains états des Etats-Unis, not. en matière d'accidents de la circulation et de responsabilité du fait des produits défectueux.

²²⁸⁹ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., spéc. n° 326.

²²⁹⁰ V. *supra*, spéc. n° 190 et s.

²²⁹¹ V. *supra*, spéc. n° 224 et s. où il est avancé que l'atteinte à la personne survenue à l'occasion de l'exécution du contrat devrait appartenir à la responsabilité civile extracontractuelle.

d'interdire une prise en charge par l'assurance de la sanction punitive que constitue la restitution des profits²²⁹².

450. Le créancier comme bénéficiaire exclusif. Une question subsiste : à qui doivent être restitués les profits sanctionnant l'inexécution dolosive ? Une peine « semi-privée »²²⁹³, c'est-à-dire partagée entre les mains de la victime et d'un fonds représentant certains intérêts, par exemple, est instaurée lorsque l'on craint un enrichissement injustifié de la victime, un avantage indu sur un marché par exemple. Comme le relève Geneviève Viney, « si ce profit aurait été vraisemblablement partagé avec d'autres, comme en matière de concurrence déloyale [...] on conçoit fort bien que la somme soit attribuée pour partie à un fonds destiné à gérer l'intérêt qui a été atteint ou, à défaut, au Trésor public »²²⁹⁴. Cependant, en matière contractuelle, dans la majorité des cas, le seul intérêt lésé est celui du créancier. Le profit réalisé est en lien direct avec la violation du droit personnel du créancier à l'exécution. Le créancier de l'inexécution était le titulaire du droit à l'exécution qui a été bafoué, c'est à son détriment que le profit a été généré. Il est logique que ce soit lui seul qui bénéficie de la restitution des profits²²⁹⁵.

Toutefois, un enrichissement injustifié pourrait survenir si le créancier pouvait obtenir à la fois la restitution des profits et des dommages et intérêts. Aussi faut-il régler la question de l'articulation de ces deux sanctions en insistant sur l'autonomie de l'action en restitution des profits.

C. L'autonomie de l'action en restitution des profits

1. Le choix entre la restitution des profits et les dommages et intérêts

451. Les deux directions de la responsabilité contractuelle : l'enrichissement du débiteur et appauvrissement du créancier. Quelle place aurait la restitution des profits au sein de la responsabilité contractuelle ? La restitution des profits est une sanction complète et autonome de l'inexécution dolosive. Le créancier doit être libre d'opter en faveur des

²²⁹² *Contra* : G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. p. 2948 qui estime que l'assurance est « tout à fait acceptable lorsque la condamnation tend à la restitution d'un profit » car elle considère qu'il ne s'agit pas d'une « véritable peine privée ».

²²⁹³ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, v. spéc. n° 277 sur cette notion de « peine semi-privée ».

²²⁹⁴ G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. p. 2948.

²²⁹⁵ V. dans le même sens R. MESA, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.*, 2012, p. 2754.

dommages et intérêts ou de la restitution des profits (des lors que les conditions de chacune des actions sont remplies), mais demander l'un et l'autre reviendrait à sanctionner doublement l'inexécution. La violation lucrative du contrat provoque à la fois un appauvrissement du côté du créancier et un enrichissement du côté du débiteur. La responsabilité contractuelle vient corriger l'inexécution en opérant un « rétablissement ». Comme il a été vu, le rétablissement est la mission générale de la responsabilité contractuelle, à laquelle participe chacune des sanctions qui la composent²²⁹⁶. Pour rétablir le créancier, les dommages et intérêts donnent à celui-ci une somme d'argent qui correspond à l'appauvrissement au sens large du créancier : la perte intrinsèque de la prestation promise (dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution), les préjudices consécutifs à l'inexécution (dommages et intérêts compensatoires) et le cas échéant des pertes plus indirectes de l'inexécution (dommages et intérêts à coloration punitive). La restitution des profits, elle, ne prend pas pour mesure l'appauvrissement du créancier mais l'enrichissement du débiteur. La restitution des profits participe dès lors bien à la mission générale de rétablissement de la responsabilité contractuelle, mais par une manière distincte des dommages et intérêts et incompatible avec celle-ci. La responsabilité contractuelle pourra refléter l'appauvrissement (au sens large) du créancier ou l'enrichissement du débiteur, mais elle ne pourra pas refléter les deux (de la même manière que l'action *de in rem verso* ne pourrait pas mener à donner au créancier à la fois la valeur de l'appauvrissement et la valeur de l'enrichissement). La sanction de la restitution des profits doit donc être bien perçue comme une sanction autonome et alternative des dommages et intérêts.

2. La consécration d'une sanction autonome

452. La consécration de la restitution des profits comme sanction autonome du dol lucratif. Une sanction spécifique et distincte des dommages et intérêts doit donc être consacrée au dol lucratif : la restitution des profits. L'article 120 de la proposition du groupe de recherche dirigé par le professeur Terré constitue une excellente base : elle distingue bien la restitution des profits des dommages et intérêts et fait de la première une sanction alternative et autonome de la seconde ; elle retient le dol comme condition, le créancier comme bénéficiaire²²⁹⁷. Deux corrections devraient toutefois lui être apportées au regard des développements qui précèdent. D'une part, la restitution des profits doit nécessairement être intégrale, comme il a été vu. La périphrase « tout ou partie du profit » devrait donc être

²²⁹⁶ V. *supra*, spéc. n° 113.

²²⁹⁷ F. TERRE (dir), Pour une réforme du droit des contrats, *op. cit.*, art. 120, cité *supra*, spéc. n° 440.

remplacée par « l'intégralité du profit ». D'autre part, il devrait être interdit au débiteur de pouvoir reporter sa condamnation sur une assurance. Il est étonnant, d'ailleurs, que cette précision ait été omise par les rédacteurs du projet car, dans la disposition relative à la restitution des profits adoptée dans le projet relatif à la responsabilité civile, on trouve la précision suivante :

« La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité »²²⁹⁸.

Aussi peu élégante soit la formulation, son résultat apparaît parfaitement justifié. La solution devrait valoir pareillement pour la restitution des profits en matière contractuelle.

²²⁹⁸ F. TERRE (dir), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, spéc. art. 54, 2^{ème} phrase.

Conclusion du chapitre 2

453. La responsabilité contractuelle et la lutte contre les fautes lucratives. La faute lucrative n'est pas un phénomène nouveau, et pourtant elle attire aujourd'hui tous les regards. Cela tient peut-être à ce que ces fautes sont devenues, sinon plus nombreuses, du moins plus visibles. Il ne s'agit plus d'un bateau qui fait étape pour un nouveau client et biaise le premier dont la marchandise périmée ou qui charge les marchandises sur le pont alors que le fret avait été payé pour un transport sous cale²²⁹⁹, mais de la publication illicite d'une photo en première page d'un magazine publié à des millions d'exemplaires et diffusé dans le monde entier²³⁰⁰. Des fautes lucratives d'une nouvelle ampleur sont apparues : lorsqu'un grand distributeur introduit dans ses contrats une clause qu'il sait abusive, ou lorsqu'il conclut une entente illicite, les victimes potentielles se comptent vite en milliers, et on peut en dire autant du dommage environnemental. La faute lucrative, exploitation basique des défauts du droit, révèle les faiblesses d'une responsabilité qui s'est peut-être trop radicalement détournée de la sanction pour se consacrer à corps perdu à la réparation. Cette dérive n'a pas échappé aux législateurs et les droits français, allemand et anglais ont déjà introduit des sanctions spécifiques pour lutter contre certaines fautes lucratives, en matière de propriété intellectuelle et artistique, de droit à l'image ou encore en droit de la concurrence. Le droit de l'union européenne apporte lui aussi sa pierre à la construction de l'édifice²³⁰¹. En matière contractuelle, la faute lucrative soulève des questions particulières. Avant même d'envisager les moyens de la combattre, il faut s'assurer qu'elle doit être convaincue. Le débiteur qui viole le contrat pour générer un bénéfice supérieur à la somme qu'il devra au créancier du fait de l'inexécution est-il aussi blâmable que celui qui viole la loi dans le même dessein ? Une doctrine américaine, la *efficient breach theory*, voudrait nous convaincre à l'inverse que certaines violations lucratives, parce qu'elles sont efficaces économiquement, doivent au contraire être encouragées. L'argument vaut peut-être dans une conception du contrat telle que celle de Holmes, selon laquelle le contrat n'impose jamais qu'une obligation alternative

²²⁹⁹ V. par ex. Req., 5 juin 1920, S. 1921, 1, p. 293.

²³⁰⁰ Selon les faits de la célèbre jurisprudence *Caroline von Monaco* du BGH en Allemagne, citée *supra*, spéc. n° 412.

²³⁰¹ L'adoption de la Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne participe de ce mouvement ; la Commission européenne tente par ailleurs de poser les jalons de l'introduction d'actions de groupe au niveau européen qui permettrait une lutte plus efficace contre les fautes lucratives en droits de la consommation, de la concurrence, de l'environnement et des services financiers, v. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectif » du 11 juin 2013, COM (2013) 401 final.

d'exécuter ou de payer des dommages et intérêts, au libre choix du débiteur. Dans la conception française et allemande, mais également dans la conception anglaise du contrat, les dommages et intérêts ne sont qu'une obligation *secondaire* et le contrat oblige bel et bien *premièrement* le créancier à exécuter. Aussi ne s'étonnera-t-on pas que la doctrine n'ait connu qu'une réception très limitée en Angleterre et quasi-inexistante en Allemagne ou en France²³⁰². Aussi, dans chacun des trois systèmes étudiés, il est admis que la violation lucrative du contrat doit être découragée.

454. Le choix d'une restitution intégrale des profits au bénéfice du créancier. En droit de la responsabilité civile, la lutte contre les fautes lucratives se cristallise dans une sanction particulière : la restitution des profits. Le droit anglais est le plus « expérimenté » en la matière. La restitution des profits pour inexécution du contrat a été prononcée dans un arrêt de 1974 qui a donné son nom à cette forme particulière de dommages et intérêts : les « *Wrotham Park Damages* ». Il ne s'agissait cependant encore que d'une restitution partielle des profits, qui s'apparentait, en fait au paiement d'une « redevance fictive » représentant le coût que le débiteur aurait eu à payer au créancier pour être libéré de son engagement (*cost of release of the negative covenant*). C'est avec l'arrêt *Blake*, rendu par la Chambre des Lords en 2000 qu'a véritablement été consacrée la « vraie » restitution des profits comme sanction de la violation lucrative du contrat, appelée « *account of profits* ». Le droit anglais, en distinguant ces deux sanctions, a mis l'accent sur le double rôle que peut jouer la restitution des profits : lorsqu'elle est partielle, elle cherche à rééquilibrer le contrat, à l'instar d'une réfaction ; lorsqu'elle est totale, elle va au-delà et permet, comme il a été démontré, d'infliger au débiteur une peine privée. C'est ce deuxième modèle de restitution totale des profits nets tirés de l'inexécution qui se montre le plus approprié, en ce qu'il offre une sanction dissuasive, mais qui reste mesurée.

²³⁰² Yves-Marie Laithier incarne la défense française de la théorie, mais s'il est vrai qu'on lui en doit, à notre connaissance, la présentation la plus riche, la plus fine et la plus complète en français du *efficient breach*, l'auteur lui-même en admet les limites et soutient que, pour les violations lucratives qui ne sont pas efficaces et qui, selon lui, demeurent les plus fréquentes, la sanction de la restitution des profits peut être envisagée, v. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., spéc. n° 436 et s.

Conclusion du Titre 2

455. Les convergences de la *common law* anglaise et de la *civil law*. Il y a quelques années, des professeurs de Droit de toute l'Europe se sont interrogés sur la place qu'occupaient les dommages et intérêts punitifs dans leurs systèmes juridiques respectifs²³⁰³. Le résultat de cette étude comparative, publiée sous le titre « *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspective* », a révélé que le rejet des dommages et intérêts punitifs par les systèmes dits continentaux n'était pas si catégorique qu'on pouvait le penser, et que l'idée des dommages et intérêts punitifs s'exprimait de manière occulte dans un certain nombre de sanctions²³⁰⁴. C'est au même constat qu'a abouti l'étude des sanctions de la responsabilité contractuelle traduisant la fonction de peine privée, qui fait ressortir l'existence de dommages et intérêts à coloration punitive et l'émergence de la restitution des profits. A nouveau, il a pu être observé à quel point les oppositions entre le droit anglais d'une part et les droits allemand et français d'autre part étaient moins marquées qu'on aurait pu l'imaginer au premier abord. Spécialement en matière de dommages et intérêts contractuels, le droit anglais a pris un tout autre chemin que le droit américain : les dommages et intérêts punitifs n'existent pas ; la violation du contrat pour des raisons d'efficacité économique (*efficient breach*) n'est pas encouragée ; au contraire, on cherche à mieux dissuader les violations lucratives du contrat ; l'idée d'un « droit à l'exécution » est même de plus en plus répandue en doctrine. Ce faisant, le droit anglais s'est éloigné des systèmes américain ou canadien et rapproché des autres systèmes européens. Il est d'autant plus important de le souligner que l'on pourrait être tenté, à l'heure de la construction européenne, de penser les oppositions de principe entre *common law* et *civil law* comme insurmontables, alors qu'il existe, au contraire, une réelle convergence de ces systèmes au sein de l'Europe²³⁰⁵.

456. La restitution des profits comme sanction punitive de la responsabilité contractuelle. Le titre précédent avait permis de mettre en évidence la pénétration de la peine privée dans le droit de la responsabilité civile délictuelle, puis dans celui de la responsabilité

²³⁰³ H. KOZIOL, V. WILCOX, *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien, Springer, 2009.

²³⁰⁴ V. tout particulièrement les rapports sur le droit français de J.-S. BORGHETTI, « Punitive Damages in France », p. 55, de V. WILCOX, « Punitive Damages in England », p. 7 et de N. JANSEN, L. RADEMACHER, « Punitive Damages in Germany », p. 75.

²³⁰⁵ Convergence réciproque, d'ailleurs, comme en témoigne, par exemple, la réception annoncée en droit français de la théorie du *severe hardship* ou la consécration de la résolution extrajudiciaire, sur lesquelles v. respectivement *supra*, spéc. n° 64 et *supra*, spéc. n° 29 *in fine*.

contractuelle. Le présent titre a prolongé cette réflexion en s'interrogeant sur les moyens d'adapter les sanctions de la responsabilité contractuelle à cette fonction de peine privée. La voie de la restitution des profits est apparue plus prometteuse, en la matière, que celle des dommages et intérêts punitifs. Des dommages et intérêts à *coloration* punitive existent déjà, mais ils se prêtent mal à une généralisation. A l'inverse, la restitution des profits pourrait être érigée en sanction générale de la violation lucrative du contrat. Il faudrait alors vérifier son appartenance à la matière pénale au sens de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales²³⁰⁶ (même si en toute hypothèse cette qualification ne serait pas rédhibitoire à leur consécration²³⁰⁷). Comme il a été vu, qualifier une sanction de « peine privée » n'offre pas, en soi, de réponse à cette question²³⁰⁸. C'est l'application des trois critères dégagés par la jurisprudence « *Engel* » qui permet de décider de l'appartenance d'une sanction à la matière pénale au sens de la Convention : la qualification en droit interne, la nature de l'infraction et la sévérité de la sanction²³⁰⁹. On peut penser que la restitution des profits, dans la forme qui est proposée – c'est-à-dire une restitution totale mais sans coefficient multiplicateur des profits – devrait échapper à cette qualification. En dépit d'une certaine généralité, elle reste en effet plafonnée par le montant du profit réalisé. Elle n'apparaît dès lors pas plus sévère qu'une action fondée sur un enrichissement sans cause, par exemple²³¹⁰. La restitution des profits constitue ainsi une sanction dont la consécration permettrait de lutter efficacement contre les violations lucratives du contrat, tout en s'intégrant harmonieusement dans le droit civil français.

²³⁰⁶ Sur la matière pénale au sens de la Convention, v. *supra*, spéc. n° 278.

²³⁰⁷ V. à ce sujet S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, spéc. n° 208 et s.

²³⁰⁸ V. *supra*, spéc. n° 278.

²³⁰⁹ C.E.D.H., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, aff. n° 5100/71, spéc. para. 81, v. *supra*, spéc. n° 279 sur ces critères.

²³¹⁰ Ce fondement aurait d'ailleurs lui aussi pu être retenu pour consacrer la restitution des profits, comme le note un auteur ayant participé au projet de réforme dirigé par François Terré, mais « le droit français s[y] prêterait assez mal », v. les explications de P. REMY-CORLAY, « De la réparation », in : *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. Terré, Paris, Dalloz, 2011, p. 191, spéc. p. 201.

Conclusion de la Partie II

457. Du rejet de la peine privée à son renouveau. La doctrine de la peine privée, destinée à mettre en lumière les fonctions punitives de la responsabilité civile, n'a pas connu d'écho retentissant au XX^{ème} siècle. Quand Boris Starck se consacre à son étude un demi-siècle après Louis Huguency, il constate « la censure universelle » que lui a réservée la doctrine et compare l'étude d'Huguency au « chant du cygne de la théorie de la peine privée »²³¹¹. Il faut dire que les auteurs les plus prestigieux du XX^{ème} siècle ne lui ont pas fait bonne presse, allant jusqu'à la rattacher à la vileté de la nature humaine :

« L'homme qui a souffert, n'est pas satisfait par cela seul que disparaît sa souffrance ; l'instinct le pousse à désirer que l'auteur de la faute souffre à son tour le même mal. L'idée est barbare ; elle tient à tout ce qu'il y a de mauvais dans la nature humaine. »²³¹²

En dépit des critiques qu'elle a essuyées, la peine privée a survécu. Elle s'est frayée un chemin dans le droit positif de la responsabilité civile, où le principe de l'équivalence du dommage et de la réparation paraissait lui réserver un sort funeste. Elle est contenue et le plus souvent opaque, mais elle est bien là. En dépit des apparences, la peine privée n'est pas plus exceptionnelle, qu'elle n'est dépassée. Elle connaît même un visible regain d'intérêt²³¹³. L'introduction des dommages et intérêts punitifs, la « peine privée incarnée », est même sérieusement envisagée par le droit français. La nouvelle génération serait-elle insensible aux mises en garde de ses aïeux ? Helmut Koziol note ainsi que :

« Semblables à des parents qui cherchent à s'assurer que leurs enfants resteront sur le droit chemin moral en leur racontant des histoires d'horreur impressionnantes, les enseignants dans le droit européen continental se plaisent à décrire à leurs étudiants les jurys américains habitués à accorder aux demandeurs des millions de dollars : par exemple, parce que l'un souffre de s'être renversé du café sur ses propres jambes – café servi « trop chaud » par le défendeur. Cependant, de la même manière qu'en dépit de tout effort parental, le comportement de certains enfant ne se plie pas aux idéaux des vieux contes de fée, les juristes européens ne semblent pas non plus suffisamment choqués par les manières américaines et

²³¹¹ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, spéc. p. 361.

²³¹² H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 4^e éd., Paris, Librairie du recueil Sirey, 1950, spéc. n° 2352 ; on notera que la phrase n'est pas reprise dans la 5^e éd. à la préparation de laquelle s'est joint André Tunc.

²³¹³ V. en particulier les remarquables thèses de S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995 et P. MÜLLER, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin, New York, W. de Gruyter, 2000.

sont disposés à approuver et même encourager la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs »²³¹⁴.

458. La peine privée comme troisième pilier de la responsabilité contractuelle. Le XXI^{ème} siècle pourrait donc marquer le retour de la peine privée, peut-être d'ailleurs sous un autre nom. Des auteurs de plus en plus nombreux soulignent en effet la « fonction normative » de la responsabilité²³¹⁵. Quant aux dommages et intérêts punitifs, ils resteront probablement d'abord en retrait de l'autre sanction punitive plus mesurée que constitue la restitution des profits. En matière contractuelle, la consécration de la restitution des profits apparaît une réforme « plus réaliste »²³¹⁶ et « plus facile à faire passer »²³¹⁷ précisément parce qu'elle se concilie mieux avec les principes du droit civil français. Elle s'y intégrera d'autant mieux que, d'ores et déjà, la peine privée a sa place dans le droit de la responsabilité civile contractuelle. Incarnée dans la clause pénale, elle irrigue jusqu'au droit commun de la responsabilité contractuelle, comme en témoignent le sort réservé au dol et à la mauvaise, ou encore les règles présidant au partage de responsabilité avec le créancier. Comme l'a écrit un auteur :

« le droit français de la responsabilité ne repose pas sur un principe – la réparation intégrale – qui serait assorti d'une exception – la punition – mais sur deux principes d'égale valeur et complémentaires. Cette dichotomie est l'expression de la nature même de la responsabilité civile, une nature hybride, réparatrice et punitive »²³¹⁸.

La fonction de peine privée vient s'ajouter à la fonction de réparation, mais aussi à la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle. Elle en constitue le troisième pilier.

²³¹⁴ H. KOZIOL, « Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation », in : in : *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, dir. H. KOZIOL, V. WILCOX, Wien, Springer, 2009, p. 275, spéc. p. 275, trad. libre de : « « Like parents who want to make sure that their children will remain on the right moral path by telling them impressive horror stories, continental European law lecturers like to inform their students about American juries which are accustomed to awarding claimants millions of dollars: for example, because the latter suffers pain when she spills coffee - served « too hot » by the defendant - on her own legs. Nevertheless just as, regardless of all parental efforts, the behaviour of some children does not comply with the ideals of the old fairytales, continental European lawyers also do not seem sufficiently shocked by American mannerisms and are inclined to endorse and even support the recognition of punitive damages ».

²³¹⁵ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité civile, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005, qui décrit cette fonction normative du droit comme celle qui « concentre les objectifs de punition et de prévention » (n° 107), v. spéc. les n° 106 à 108 sur la notion ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2008, spéc. n° 39 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2013, spéc. p. 489 ; PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, spéc. n° 13 ; N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, thèse Paris V, dacty., 2015, *passim* ; *adde* : P.-Y. GAUTIER, « Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent », *D.*, 2008, p. 727.

²³¹⁶ J.-S. BORGHETTI, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in : *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. 257, spéc. p. 272.

²³¹⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le choix d'une orientation : punir ou réparer », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. Le Gac-Pech, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 91, spéc. p. 96.

²³¹⁸ F.-X. LICARI, obs. CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 26 févr. 2009, n° 07/02404, *JDI*, 2010, p. 1230, spéc. n° 25, p. 1251.

Conclusion de la thèse

459. Vers une rénovation de la responsabilité contractuelle. Alors que l'annonce de sa disparition était presque concomitante à celle de sa naissance, et en dépit du regain des attaques dont elle a fait l'objet à la fin du XXème siècle, la responsabilité contractuelle est toujours là. Elle attend d'être portée sur les fonts baptismaux par le législateur français, qui semble enfin disposé à l'introduire dans le Code civil. Si l'on peut se réjouir de cette consécration promise, il faut espérer qu'elle s'accompagnera d'un nouveau regard sur cette institution. La responsabilité contractuelle doit en effet être rénovée. Cela suppose, en premier lieu, de revoir sa définition. Il faut en exclure la réparation en nature : confondue en partie avec l'exécution forcée, elle est illégitime pour le surplus. Il faut y inclure l'ensemble des sanctions pécuniaires de l'inexécution : des dommages et intérêts classiques aux indemnités conventionnelles (clause pénale, clause de dommages et intérêts) en passant par les indemnités légales (intérêts moratoires notamment) et la restitution des profits. La définition proposée au début de l'étude peut être rappelée :

La responsabilité contractuelle est l'obligation, pour le débiteur, de répondre de son inexécution en versant au créancier une somme d'argent.

La rénovation du concept de responsabilité contractuelle implique, en second lieu, de reconnaître la pluralité des fonctions qu'elle remplit. La responsabilité contractuelle n'est pas synonyme de réparation. Elle assume trois fonctions, qui constituent les trois piliers de l'institution : le paiement, la réparation et la peine privée. Par sa fonction de paiement, la responsabilité contractuelle offre au créancier un substitut en argent à l'exécution à laquelle il avait droit et dont il a été privé. Par sa fonction de réparation, elle indemnise le créancier des préjudices qu'il a souffert en conséquence de l'inexécution. Par sa fonction de peine privée, elle inflige une punition au débiteur coupable d'une violation délibérée ou lourde du contrat. Lorsque la faute est lucrative, cette punition peut prendre la forme d'une restitution des profits retirés de l'inexécution. Comme l'écrivait Philippe Rémy :

« l'argent est bon à tout : exécuter le contrat comme réparer un dommage, ou restituer un enrichissement injuste »²³¹⁹

²³¹⁹ PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323, spéc. p. 326.

La responsabilité contractuelle, qui regroupe l'ensemble des sanctions pécuniaires de l'inexécution, relève les trois défis : payer, réparer, punir.

460. D'une pluralité de fonctions à une pluralité de sanctions. Reconnaître la pluralité de fonctions de la responsabilité contractuelle est un premier pas, mais c'est le second, plus délicat, qui est décisif : la consécration d'une pluralité de sanctions. La responsabilité contractuelle n'est pas *une* sanction de l'inexécution, elle regroupe plusieurs sanctions, assorties de leurs régimes propres. Cette autonomie est déjà reconnue à certaines d'entre elles : la clause pénale et les intérêts moratoires, par exemple. Au-delà, il y a « les dommages et intérêts », sanction présentée comme homogène et au régime uniforme. La présente étude a révélé que l'unité des dommages et intérêts contractuels n'était qu'une façade. Les dommages et intérêts contractuels se déclinent en trois variantes, dont chacune est orientée vers une fonction particulière : aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution la fonction de paiement ; aux dommages et intérêts compensatoires la fonction de réparation ; aux dommages et intérêts à coloration punitive la fonction de peine privée. Une sanction de la responsabilité contractuelle, en essor, doit encore être ajoutée : la restitution des profits retirés de l'inexécution, peine privée spécialement dirigée vers les violations lucratives du contrat.

L'objectif poursuivi par chacune de ces sanctions étant différent, le régime qui leur est appliqué varie lui aussi. Exiger du créancier la démonstration d'un dommage pour lui donner un substitut en argent de l'exécution à laquelle il a droit du simple fait du contrat n'a pas de sens. Il n'y a pas de sens, non plus, à obliger le créancier à accorder une deuxième chance d'exécution au débiteur lorsque les dommages et intérêts cherchent à réparer un dommage qui est d'ores et déjà acquis, indépendamment de l'exécution. Un autre exemple est celui de la faute contractuelle : s'il n'y a aucune utilité à distinguer celle-ci de l'inexécution pour les dommages et intérêts tournés vers le rétablissement du créancier (à visée de paiement comme de réparation), la faute contractuelle retrouve tout son intérêt lorsqu'il s'agit d'infliger au débiteur une peine privée. Dans le droit positif, on trouve déjà des signes de variations du régime de la responsabilité contractuelle, mais ils sont refoulés. On y décrypte, au mieux, des règles et des exceptions. On dénonce, au pire, des incohérences. La responsabilité contractuelle reste alors vouée à ne réaliser ses fonctions que « malgré elle ». La cohérence et la transparence du droit ne pourront être rétablies que lorsqu'il sera reconnu à la responsabilité contractuelle une pluralité de fonctions *et* une pluralité des sanctions lui permettant d'accomplir ces fonctions. Au-delà de la cohérence et de la transparence, c'est aussi le choix d'une vision du contrat que cette reconnaissance permettra d'affirmer.

461. Le droit des sanctions de l'inexécution révélateur d'une vision du contrat. La place qu'occupe la responsabilité contractuelle au sein de la responsabilité civile, c'est-à-dire sa frontière avec la responsabilité délictuelle, est souvent le reflet de choix d'opportunité (indemnisation la plus facile pour la victime, notamment). La place réservée à la responsabilité contractuelle au sein des sanctions de l'inexécution se révèle à la fois plus complexe et, pour ainsi dire, plus réfléchie, même si elle doit encore beaucoup à l'histoire. Par le choix et l'articulation des sanctions de l'inexécution, c'est une conception particulière du contrat qui s'exprime. On le relève aussi bien en France²³²⁰ qu'en Angleterre²³²¹. L'organisation des sanctions de l'inexécution met en lumière le rôle que chaque système juridique accorde aux principes directeurs du droit des contrats : liberté contractuelle, force obligatoire, justice contractuelle²³²². Ainsi, en droit français et en droit allemand, la primauté de l'exécution en nature dévoile une conception du contrat qui n'est pas celle de la *common law*. Denis Mazeaud écrit que :

« [...] dans le modèle contractuel français, le contrat est autre chose qu'une valeur qui ne vaut qu'à travers l'intérêt qu'il représente pour le marché. Dans notre tradition contractuelle, le contrat est autre chose qu'un instrument de création des richesses, qui n'est protégé que dans la mesure de l'avantage économique qu'il confère au créancier. Le principe de l'exécution forcée en nature est un signe de résistance du modèle contractuel au diktat de la loi du marché, parce qu'il véhicule d'autres valeurs, morales, sociales, spirituelles, que celles que prône l'analyse économique du droit, laquelle inscrit le contrat dans la seule sphère matérielle de l'avoir, alors que le modèle contractuel français l'inscrit dans la sphère spirituelle de l'être. »²³²³

Le trait est volontairement forcé et quelques nuances s'imposent. La théorie du *consumer surplus* montre que, tout en étant réceptifs à l'analyse économique du droit, les juges anglais admettent que le contrat puisse conférer au créancier des avantages immatériels dont l'inexécution doit donner lieu à sanction. Il est vrai, cependant, que le droit anglais demeure réticent à forcer la main du débiteur (et du créancier d'ailleurs) qui ne veut plus de son union. Cela signifie-t-il qu'il protège moins l'intérêt qu'a le créancier dans l'exécution du contrat et, par là, qu'il attache moins d'importance à la force obligatoire du contrat ? Il n'en est pas

²³²⁰ S. LEGAC-PECH, « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 déc. 2007, n° 242, p. 7, spéc. p. 7 : « Aussi le traitement des pathologies contractuelles révèle-t-il la conception que l'on se fait du contrat ».

²³²¹ J. CARTWRIGHT, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007, spéc. p. 247 : « The remedies provided by a legal system for breach of contract tell us much about the system's notion of contract ».

²³²² Sur les principes directeurs du droit des contrats dans une perspective européenne et comparative, v. Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et Société de Législation Comparée, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (dir.), *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Paris, SLC, 2008, qui isole trois principes directeurs du droit européen des contrats : la liberté contractuelle, la sécurité contractuelle et la loyauté contractuelle.

²³²³ D. MAZEAUD et Y.-M. LAITHIER, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? », *RDC*, 2012, p. 681, spéc. p. 683.

certain. Ainsi que l'a relevé à juste titre un éminent professeur allemand, un système juridique qui ne connaîtrait que les dommages et intérêts serait efficace à protéger le créancier, là où un système qui ne connaîtrait que l'exécution forcée ne le serait pas²³²⁴. La force obligatoire des conventions ne s'exprime pas qu'à travers l'exécution forcée, elle s'exprime, aussi, à travers les dommages et intérêts. Les deux sanctions originales dont la présente étude propose la consécration renforcent précisément le droit à l'exécution du créancier et, par là, la force obligatoire des conventions. La première donne directement effet à ce droit à l'exécution, tandis que la seconde dissuade le débiteur de sa violation. Il s'agit des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et de la restitution des profits.

462. La reconnaissance de l'autonomie des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Consacrer les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, c'est reconnaître au créancier un véritable droit à l'exécution, qui ne disparaîtra pas du seul fait qu'il ne peut plus être exécuté et que l'inexécution n'a causé aucun dommage supplémentaire, sinon la perte de la chose promise elle-même. Comme il a été vu, la réparation a pris une place si imposante dans le droit de la responsabilité contractuelle que l'indemnisation pour la perte de « la chose qui a fait l'objet du contrat »²³²⁵ est devenue tributaire de la réparation de préjudices supplémentaires. C'est ce qu'illustre Philippe Stoffel-Munck à travers un exemple :

« Pour prendre un exemple de vieux droit civil, prenons le cas d'un convive à un repas de fête organisé par un restaurant. Il choisit un menu gastronomique et le paye 100. Arrivé au fromage, voici qu'il n'y en a plus. Arrivé au dessert, voici qu'il est autre que prévu. Voici enfin qu'il découvre que le vin servi était coupé, mais il se trouve qu'il l'a bu volontiers. [...] Dira-t-on désormais que notre convive devra démontrer qu'il avait encore faim pour pouvoir obtenir des dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution ? La plasticité de la notion de préjudice moral pourra bien venir à son secours pour caractériser chez lui un préjudice de déception ; mais s'il est rapporté qu'il s'est, malgré tout, fort amusé, qu'en sera-t-il ? Ne serait-il pas plus simple et plus juste d'affirmer que, n'en ayant pas eu pour son acquit, il peut obtenir des dommages et intérêts représentant les prestations dont il a été privé ? Voilà ce que sont des dommages et intérêts de paiement [...] »²³²⁶.

²³²⁴ U. HUBER, « Schadensersatz statt der Leistung », AcP 210 (2010), 319, spéc. p. 322 : « Es gibt Rechtsordnungen, die einen durchsetzbaren Anspruch auf Erfüllung in Natur [...] überhaupt nicht kennen [...] oder ihn jedenfalls nur unter besonderen Voraussetzungen zulassen [...] In solchen Rechtsordnungen ist der Schadensersatzanspruch statt der Leistung der einzige oder zumindest doch der primäre Rechtsbehelf im Fall der Nichterfüllung. Natürlich geht auch hiervon mittelbar ein erheblicher Druck auf den Schuldner aus, den Vertrag so wie versprochen zu erfüllen, um sich nicht den Weiterungen der Schadensersatzhaftung auszusetzen. [...] Dagegen wäre eine Rechtsordnung, die als Rechtsbehelf für den Fall der Nichterfüllung *nur* den Erfüllungsanspruch vorsieht, ohne ihn durch einen dahinterstehenden Schadensersatzanspruch abzusichern, nicht funktionsfähig. Sie müsste immer dann versagen, wenn die Erfüllung in Natur unmöglich ist, oder wenn sie, wie bei persönlichen Leistungen, aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht erzwingbar ist, oder wenn die Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs aus sonstigen Gründen scheitert, oder wenn sie sich als so langwierig erweist, dass der Gläubiger darüber sein ursprüngliches Interesse an der Leistung einbüßt. »

²³²⁵ J.-R. POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., spéc. n° 161.

²³²⁶ PH. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », chron., RDC, 2004, p. 280, spéc. p. 283 et 284.

Reconnaître les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution, c'est reconnaître que le créancier dispose d'un droit à l'exécution qui doit être indemnisé du seul fait qu'il a été méconnu, même si aucun dommage supplémentaire (patrimonial ou extrapatrimonial) n'en est résulté. Exiger un préjudice pour ces dommages et intérêts est en quelque sorte « hors-sujet ».

« Dira-t-on bientôt qu'il faut souffrir pour être payé ? »²³²⁷

interroge sarcastiquement Philippe Stoffel-Munck. Le droit français, s'il veut prendre au sérieux le droit à l'exécution du créancier, doit être prêt à reconnaître la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle et donc l'autonomie des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution. Cela n'implique pas de renoncer à la priorité de l'exécution en nature. Bien au contraire, les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution permettent précisément de donner un cadre à cette priorité à travers le délai supplémentaire d'exécution qui constitue une condition préalable à leur mise en jeu. Ce mécanisme, inspiré de la *Nachfrist* allemande, opère un juste équilibre entre les prétentions légitimes du débiteur (avoir une seconde chance) et du créancier (ne pas se voir imposer l'exécution tardivement).

463. L'adoption de la restitution des profits tirés de la violation lucrative du contrat.

Une autre sanction, à fonction punitive cette fois, permet de renforcer la force obligatoire du contrat : la restitution au créancier des profits que le débiteur a retirés de l'inexécution. La restitution des profits se met au service des « valeurs morales, sociales, spirituelles » décrites par Denis Mazeaud en déjouant le calcul de rentabilité qui peut conduire le débiteur à rompre son engagement. C'est un cas précis d'inexécution qui est visé : la violation lucrative du contrat. En matière contractuelle, la faute lucrative désigne l'hypothèse où le débiteur viole délibérément le contrat (ou tout au moins lourdement, par assimilation de la faute lourde au dol) et génère, ce faisant, un profit qui excède les dommages et intérêts dus au créancier au titre du paiement et de la réparation. La restitution des profits évite que le débiteur fautif « s'en tire à bon compte » et lui soustrait l'ensemble du profit net réalisé par la violation, pour le remettre au créancier au détriment duquel il a été généré. Tel est du moins le modèle de restitution des profits proposé. D'autres modèles existent : la restitution seulement partielle des profits (dont l'utilisation en Angleterre révèle qu'elle s'apparente, en fait, à une redevance fictive), la privation des profits partagée entre les mains de la victime et de l'Etat ou d'un organisme agréé (que l'on peut appeler, à la suite de Suzanne Carval, une « peine semi-privée »²³²⁸) ou encore la privation « multiple » des profits (condamnation du débiteur à

²³²⁷ *Ibid.*, spéc. p. 284.

²³²⁸ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995, spéc. n° 277.

restituer deux ou trois fois le profit réalisé). Le dernier modèle possède, à l'évidence, la plus grande force dissuasive et peut, au demeurant, être combiné avec le second. Toutefois, il ne s'agit plus de restitutions : ce sont des dommages et intérêts punitifs. La consécration de dommages et intérêts punitifs, également envisagée dans la présente étude, a été écartée pour différentes raisons, à la fois pratiques et théoriques. La consécration des profits apparaît une réforme « plus réaliste »²³²⁹ et « plus facile à faire passer »²³³⁰ précisément parce qu'elle ne constitue pas une rupture aussi brutale des principes du droit civil que les dommages et intérêts punitifs. Par la proportion qu'elle conserve avec le profit réalisé, qui en constitue une limite inhérente, la restitution des profits reste mesurée. Elle s'appuie par ailleurs sur le principe général du droit civil selon laquelle « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui ».

A la pluralité de fonctions de la responsabilité contractuelle correspond donc une pluralité de sanctions : aux dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution la fonction de paiement ; aux dommages et intérêts compensatoires la fonction de réparation ; à la restitution des profits – ainsi qu'aux dommages et intérêts à coloration punitive dont l'étude décrit également les manifestations – la fonction de peine privée.

464. Le droit comparé et l'avenir de la responsabilité contractuelle. La vision plurale de la responsabilité contractuelle qui est celle proposée est inspirée de l'expérience des droits allemand et anglais. Le *Schadensersatz statt der Leistung* et le *Schadensersatz neben der Leistung* du nouveau droit allemand des obligations ont alimenté la distinction entre les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution et les dommages et intérêts compensatoires et servi d'inspiration à la construction d'un régime original pour les premiers. Quant à la restitution des profits, elle s'appuie notamment sur la consécration récente, en droit anglais, des *restitutionary damages* en matière contractuelle. Rien que pour ces deux points centraux, il est évident que la présente étude n'aurait pu aboutir à la même démonstration en faisant l'économie du droit allemand, du droit anglais, ou des deux. Toutefois, notre proposition ne consiste certainement pas en un « transplant ». L'étude des droits étrangers a nourri notre réflexion, mais la rénovation de la responsabilité contractuelle proposée a été pensée pour le système français, dans le respect de son identité. La réforme allemande du droit des obligations a été inspirée par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, les Principes du droit européen du contrat et les

²³²⁹ J.-S. BORGHETTI, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in : *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. 257, spéc. p. 272.

²³³⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le choix d'une orientation : punir ou réparer », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. Le Gac-Pech, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 91, spéc. p. 96.

Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, et pourtant son droit « reste bien allemand » et « le BGB reste le BGB »²³³¹. Il ne doit pas en aller différemment du droit français. Dans le même temps, il faut éviter l'excès inverse, qui voudrait voir dans le Code civil un modèle immuable et exceptionnel. Des convergences étonnantes entre les droits français, allemand et anglais ont été révélées, qu'il serait aussi absurde que vain de combattre. C'est précisément à cela que sert le droit comparé :

« confronter [des] conceptions au premier regard antinomiques, [en] dégager les enjeux et [voir] dans quelle mesure chacune pourrait s'enrichir de l'autre. Telle est, à notre sens, la tâche du comparatiste contemporain [...] : avoir recours aux conceptions d'un univers juridique autre, afin de comprendre, voire de modifier les siennes, en déjouant tant les pièges du particularisme culturel, en matière juridique, que la tentation de la transposition et de l'harmonisation systématiques ».²³³²

L'étude des fonctions de la responsabilité contractuelle à l'aune des droits français, allemand et anglais a montré que les oppositions ne se situaient pas toujours là où on les attendait. S'il n'est pas complètement abscons de distinguer les conceptions « continentale européenne » et « de *common law* » de la responsabilité contractuelle, c'est le plus souvent au sein d'un seul et même pays que l'on trouve les oppositions les plus radicales : la thèse du « tout paiement » contre celle du « tout réparation », la thèse de l'*efficient breach* contre la privation des profits. Si des positions aussi tranchées peuvent s'affronter au sein d'un même droit, c'est précisément parce que la responsabilité contractuelle n'est pas uniforme. Elle remplit plusieurs fonctions que l'on ne saurait réduire sans occulter pour partie sa spécificité. En accomplir la synthèse était l'enjeu du présent travail.

²³³¹ C. WITZ, « Remarques conclusives », in : *La réforme du droit allemand des obligations*, dir. C. WITZ, F. RANIERI, Paris, SLC, 2004, p. 117.

²³³² F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in : *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2011, p. 91, spéc. p. 93.

Bibliographie

I. Références en langue française

A. Ouvrages généraux, traités et manuels

ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

AUBRY C., RAU C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, *Les obligations*, 4^e éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal, Billard et Cie, Imprimeurs-Editeurs, 1871.

BACACHE-GIBEILI M., *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, Traité de Droit civil*, dir. N. MOLFESSIS, t. 5, 2^e éd., Paris, Economica, 2012.

BAUDRY-LACANTINERIE G., BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. 1, Paris, 3^e éd., Paris, Recueil J.-B. Sirey et Journal du Palais, 1906.

BENABENT A., *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., Paris, LGDJ, 2014.

BONIS-GARÇON E., PELTIER V., *Droit de la peine*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2015.

BRUN PH., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2015.

BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2014.

CABRILLAC R. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2015.

CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000.

CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 2, *Les biens et les obligations*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1957.

CHAGNY M., PERDRIX L., *Droit des assurances*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2014

CONSTANTINESCO L.-J., *Traité de droit comparé*, t. I, *Introduction au droit comparé*, Paris, LGDJ, 1972

CONSTANTINESCO L.-J., *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1974

CONSTANTINESCO L.-J., *Traité de droit comparé*, t. III, *La science des droits comparés*, Paris, LGDJ, 1983.

CORNU G. (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014.

DEMOLOMBE C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Cours de Code Napoléon XXIV, Paris, Durand, Hachette, 1868.

DEMOLOMBE C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 8, Cours de Code Napoléon XXXI, Paris, Lahure, 1882.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012.

FAGES B., *Droit des obligations*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013.

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Paris, Sirey, 2015.

GAUDEMET J., *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, réimpr. Dalloz, 2004

GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd., Paris, Dalloz, 2015.

HEUZE V., *La vente internationale de marchandises*, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2000.

VON JHERING R., « Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen », 1860, trad. O. DE MEULENAERE, « De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in : *Œuvres choisies*, Paris, Maresq., 1893, p. 1.

JESTAZ PH., JAMIN C., *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009.

LEGEAIS R., PEDAMON M. (dir.), *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010.

LE TOURNEAU PH., *La responsabilité civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1982.

LE TOURNEAU PH., CADIET L., *Droit de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1996.

LE TOURNEAU PH., CADIET L., *Droit de la responsabilité*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998.

LE TOURNEAU PH., CADIET L., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2000.

LE TOURNEAU PH. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporain, Approche comparative*, Paris, Litec, 2^e éd., 2008

MALAURIE PH., AYNES L., STOFFEL-MUNCK PH., *Les obligations*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2013.

MALAURIE PH., AYNES L., *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2012.

MARCADE V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 8^e éd., Paris, J. Delamotte, 1892.

MAZEAUD, H., MAZEAUD L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 4^e éd., Paris, Librairie du recueil Sirey, 1950.

MAZEAUD H., MAZEAUD L., MAZEAUD J., *Leçons de droit civil*, t. 2, *Obligations : théorie générale. Biens : droit de propriété et ses démembrements*, Paris, Montchrestien, 1956.

MAZEAUD, H., MAZEAUD L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1960.

MAZEAUD, H., MAZEAUD L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965.

MAZEAUD, H., MAZEAUD L., MAZEAUD J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1970.

MAINGUY D., DEPINCE M., *Droit de la concurrence*, Paris, LexisNexis, 2005, spéc. n° 5.

PEDAMON M., *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2004.

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges et les hypothèques*, 9^e éd., Paris, LGDJ, 1923.

POTHIER J.-R., *Traité des obligations*, nouvelle éd. par J. BERNARDI, t. 1, Paris, Letellier, 1805.

RIPERT G., BOULANGER J., *Traité de droit civil*, d'après le Traité de Planiol, t. 2, *Obligations, contrat - responsabilité, droits réels, biens - propriété*, Paris, LGDJ, 1957.

ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013.

SALEILLES R., *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1914.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L. *Droit civil, Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L. *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6^e éd., Paris, Litec, 1998.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L. *Droit civil, Les obligations, 3. Régime général*, 6^e éd., Paris, Litec, 1999.

TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

TERRE F., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris, Dalloz, 2015.

TUNC A., *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Economica, 1989.

VINEY G., *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2008.

VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S., *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013.

VINEY G., JOURDAIN P., *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2011.

WITZ, C., *Le droit allemand*, 1^{ère} éd., Paris, Dalloz, 2001.

WITZ, C., *Le droit allemand*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

B. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

AMARO R., *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Etude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

ATIAS C., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, 5^e éd., Paris, Litec, 2010.

AUBIN J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Bordeaux, dacty., 1897.

BEHAR-TOUCHAIS M. (dir.), *La date de naissance des créances*, Actes du colloque organisé par le Centre d'études et de recherche en droit des affaires et de gestion (CEDAG) de l'Université Paris Descartes le 25 mars 2004, *LPA*, 9 nov. 2004.

BLOCH C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Dalloz, 2008.

- BRUN A., *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931.
- CADIET L., *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, dacty., 1983.
- CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995.
- CARVAL S. *La construction de la responsabilité civile : controverses doctrinales*, Paris, PUF, 2011.
- CATALA N., *La nature juridique du payement*, Paris, LGDJ, 1961.
- CONSTANTINESCO L.-J., *Inexécution et Faute contractuelle en Droit comparé (Droits français, allemand, anglais)*, Stuttgart/Bruxelles, W. Wohlhammer Verlag/Librairie Encyclopédique, 1960.
- COUTANT-LAPALUS C., *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.
- FOURNIER DE CROUY N., *La faute lucrative*, thèse Paris V, dacty., 2015.
- DEBILY E., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, thèse Poitiers, dacty., 2002.
- DRAGU R., *De l'exécution en nature des contrats*, Paris, F. Loviton, 1936.
- FLAMIA-BIONDETTI M., *Réparation et dissuasion : analyse de la dimension punitive de la condamnation civile*, thèse La Rochelle, dacty., 2010.
- FAURE-ABBAD M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Paris, LGDJ, 2003.
- GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, LGDJ, 2007.
- GRANDMOULIN J., *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, thèse Rennes, Typographie Alphonse Le Roy, 1892.
- GRARE C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité civile, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005.
- GREAU F., *Recherche sur les intérêts moratoires*, Paris, Defrénois, coll. des thèses, t. 21, 2006.
- GROSSER P., *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris, dacty., 2000.
- GUELFUCCI-THIBIERGE G., *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, LGDJ, 1992.
- HUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, dacty., 1978.
- HUGUENEY L., *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, dacty., 1904.
- HUSSON L., *Les transformations de la responsabilité, Etude sur la pensée juridique*, Paris, PUF, 1947.
- JAULT A., *La notion de peine privée*, Paris, LGDJ, 2005.
- LAITHIER Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004.
- LE GAC-PECH S. (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- LE GALLOU C., *La notion d'indemnité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2007.

- MÄSCH G., MAZEAUD D., SCHULZE R., *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich, Sellier, 2009.
- MAZABRAUD B., *La peine privée : aspects de droit interne et international*, thèse Paris II, dacty., 2006.
- MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, 1992.
- MAZEAUD D., SCHULZE R., WICKER G. (dir.), *L'amorce d'un droit européen du contrat : La proposition de directive relative aux droits des consommateurs*, Paris, SLC, 2010.
- MEIGNE M., *Responsabilité et contrat, Essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Lille, O. Marquant, 1924 .
- MESA R., *Les fautes lucratives en droit privé*, thèse Université du Littoral-Côte d'Opale, dacty., 2006.
- MOLE N., HARBY C., *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 2^e éd., Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007, accessible en ligne à l'adresse <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/publi/materials/1094.pdf> (vérifiée le 20 sept. 2015).
- NOIROT R., *Les dates de naissance des créances*, thèse Paris V, dacty., 2013.
- PINNA A., *La mesure du préjudice contractuel*, Paris, LGDJ, 2007.
- POSNER R. A., *L'analyse économique du droit*, trad. S. Harnay, A. Marciano, Paris, Michalon, 2003.
- REISS L., *Le juge et le préjudice, Etude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.
- RICOEUR P., *Le juste*, Paris, Editions Esprit, 1995.
- RIPERT L., *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 1933.
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, rééd. 2014.
- ROUJOU DE BOUBÉE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ, 1974.
- SAINCTELETTE CH., *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1884.
- SICHEL L., *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse Paris I, dacty., 2011.
- SIGNAT C., *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat. Etude de droit comparé franco-allemande*, thèse Paris II, dacty., 2014.
- SINTEZ C., *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, thèse Montréal, dacty., 2009.
- SOULEAU I. *La prévisibilité du dommage contractuel*, thèse Paris II, 1979.
- STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947.
- VAN RYN J., *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932.
- VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, LGDJ, 1965.

WERY P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

C. Articles, rapports et chroniques²³³³

ANCEL P., « La responsabilité contractuelle », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats* (actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'Institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet), Paris, Dalloz, 2003, p. 243.

ALBIGES C., « Le développement discret de la réfaction du contrat », *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 3.

ANCEL P., « Présentation des solutions de l'avant-projet », *RDC*, 2007, p. 19.

AZZI T., « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.*, 2008, p. 700.

BACACHE M., « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *D.*, 2011, p. 1725.

BEALE H., « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit anglais », in : *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, dir. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1991, p. 153.

BEHAR-TOUCHAIS M., FERRIER D., « Les pratiques restrictives de concurrence », *Cah. dr. entr.*, 2001, n° 4, p. 18.

BEHAR-TOUCHAIS M., « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », acte du colloque CEDAG du 21 mars 2002 sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 36.

BEHAR-TOUCHAIS M., « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC*, 2009, p. 202.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Le choix d'une orientation : punir ou réparer », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 91.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? », Acte du colloque « Pratiques contractuelles et Droit de la concurrence » organisé par l'A.F.E.C. le 25 octobre 2010, *Concurrences*, 2011, n° 1, colloque, p. 38.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Du nouveau quant aux restitutions après nullité d'une opération de coopération commerciale », obs. sous Com., 10 sept. 2013, pourvoi n° 12-21804, *RLC*, 2014, p. 48.

BELLIVIER F., SEFTON-GREEN R., « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in : *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2011, p. 91.

BENABENT A., note sous Com., 30 juin 1992, *D.*, 1994, p. 454.

BORE J., « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP*, 1974, I, 2620.

²³³³ Sont comprises dans cette rubrique les notes de jurisprudence substantiellement citées.

BORGHETTI J.-S., « Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contractuelle », *chron.*, *RDC*, 2006/4, p. 1217.

BORGHETTI J.-S., « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *in* : *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 213.

BORGHETTI J.-S., « La qualification de clause pénale », *RDC*, 2008, p. 1158.

BORGHETTI J.-S., « Retour sur la qualification de clause pénale », *RDC*, 2009, p. 88

BORGHETTI J.-S., « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.*, 2010, p. 1.

BORGHETTI J.-S., « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », *in* : *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. 257.

BORGHETTI J.-S., « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va », *D.*, 2015, p. 1376.

BOUCARD H., « Responsabilité contractuelle », *Rép. droit civil*, ressource électronique, Dalloz, mars 2014 (actualisé en avril 2015).

BOUCARD H., « La réforme, de la doctrine à l'ordonnance », *in* : *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, dir. R. SCHULZE, G. WICKER, G. MÄSCH, D. MAZEAUD, Paris, SLC, 2015, p. 27.

BOUCARD H., « Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle », *in* : *La réforme du droit des obligations en France, 5^e journées franco-allemandes*, dir. R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud, Paris, SLC, 2015, p. 153.

BRUN PH., « Rapport introductif » *in* : *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, hors-série *RCA*, juin 2001, p. 4.

BRUN PH., « Personnes et préjudice », *Revue générale de droit* [Ottawa] 2003 (33), p. 187.

BRUN PH., « Les peines privées – Rapport français », *in* : *L'indemnisation. Journées Québécoises*, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. LIV, Paris, SLC, 2004, p. 155.

BRUN PH., « Synthèse des travaux de la matinée », acte du colloque « Etats Généraux du dommage corporel. Réparation intégrale : mythe ou réalité ? », dir. Conseil National de Barreaux, *Gaz. Pal.*, 9 et 10 avril 2010, n° 99-100, p. 31.

BRUN PH., « La réparation du dommage », *in* : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 129.

CADIET L., « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *in* : *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 495.

CANIVET G., « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », *in* : *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 213.

CARON C., « La loi du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon », *J.C.P. E.*, 2007, p. 2419.

CARVAL S., « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *RDC*, 2006, p. 822.

CHABAS F. et DEIS S., « Astreintes », *Jurisclasseur de droit civil*, Fasc. 224-2 (1999).

CHENAIS, D. FENOUILLET D., « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique – Présentation et conclusions de la recherche collective », in : *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. XI, spéc. p. XVIII et s.

CREMIEUX P., « Réflexions sur la peine privée moderne », in : *Etudes offertes à Pierre Kayser*, T. 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 261.

DE LA MASSUE H., « De l'absence de novation dans la résolution de l'obligation contractuelle », *RTD civ.*, 1932, p. 377.

DELEBECQUE PH. et MAZEAUD D., « Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales », chapitre IX, rapport français, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 361.

DELMAS-MARTY M., « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », *D.*, 2001, p. 1326.

DEPREZ J. « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1968, p. 28.

DESHAYES O., « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC*, 2008/3, p. 1008.

DREYER E., « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, I, 201.

DURRY G., « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *RCA hors-série*, Juin 2001, p. 20.

ESMEIN A., « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », *RTD civ.*, 1903, p. 5.

ESMEIN P., « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.*, 1933, p. 627.

ESMEIN P., « Peine ou réparation », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, p. 37.

ESMEIN P., « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », *D.*, 1964, chron. p. 205.

FABRE-MAGNAN M., « Le dommage existentiel », *D.*, 2010, p. 2376.

FASQUELLE D., « L'existence de fautes lucratives en droit français », acte du colloque CEDAG du 21 mars 2002 sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 27.

FAURE-ABBAD M., « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D.*, 2007, p. 165.

FAUVARQUE-COSSON B., « Compte-rendu de « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat » d'Yves-Marie Laithier », *RIDC*, 2006, vol. 58, p. 244.

FAUVARQUE-COSSON B., « L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat », *RDC*, 2005, p. 479.

FAUVARQUE-COSSON B., « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique », in : *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, SLC, 2005, p. 69

FAUVARQUE-COSSON B., « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC*, 2006/2, p. 529.

FAUVARQUE-COSSON B., « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », *RDC*, 2013, p. 671.

GARDNER D., MOORE B., « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », *Les cahiers De Droit*, Laval, 2007, 48 C. de D. 543.

GAUDEMET J., « Justice distributive », *Encyclopaedia Universalis*, ressource en ligne consultée le 21 oct. 2015 (<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/justice-distributive/>).

GAUDEMET-TALLON H., note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13303, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 93.

GAUTIER P.-Y., « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica* », *D.* 2006, p. 1861.

GAUTIER P.-Y., « Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent », *D.*, 2008, p. 727.

GAZZANIGA J.-L., « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in : *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes journées René Savatier, Paris, PUF, 1997, p. 3.

GENICON T., « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC*, 2008/3, p. 982

GENICON T., « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », note sous Civ. 3^e, 27 mars 2002, pourvoi n° 11-11798 et Com., 7 févr. 2012, pourvoi n° 10-20937, *RDC*, 2012, p. 773.

GENY F., « Risques et responsabilité », *RTD civ.*, 1902, p. 812.

GRIDEL J.-P., « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.*, 2002, p. 228.

GRIDEL J.-P., LAITHIER Y.-M., « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP*, 2008, I, 143.

GROSSER P., « L'ordonnancement des remèdes », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 101.

GROSSER P., « Bref retour sur les effets de la responsabilité contractuelle », in : *Leçons du droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 369.

GRYNBAUM L., « Responsabilité et contrat : l'union libre. Variations sur la responsabilité contractuelle, le préjudice corporel et les groupes de contrat », in : *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 409.

HENRIOT J., « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot 'responsabilité' », *Archives de philosophie du droit*, t. 22 « La responsabilité », Sirey, 1977, p. 59.

HUET J., « Observations sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC*, 2007/1, p. 31.

HUGUENEY L., « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle », in : *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. II, *La propriété, contrats et obligations, la vie économique*, Paris, LGDJ, 1950, p. 249.

HOCQUET-BERG S., « Conditions de la responsabilité : dommage prévisible. Avocat empêché d'assister son client à cause du retard d'un train », note sous Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, pourvoi n° 11-13177, *RCA*, 2012, comm. n° 330.

JAMBU-MERLIN R., « Dol et faute lourde », *D.*, 1955, chron. p. 84.

JOBIN P.-G., « Amputer la responsabilité contractuelle ? Une tourmente inutile et néfaste », *Les cahiers De Droit*, Laval, 2009, 50 C. de D. 3.

JONAS H., *Le principe responsabilité : une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Le Cerf, 1990.

JOURDAIN P., « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in : *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes journées René Savatier, Paris, PUF, 1997, p. 65.

JOURDAIN P., « Les dommages-intérêts alloués par le juge », in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2001, p. 263.

JOURDAIN P., « Les peines privées – Rapport général », in : *L'indemnisation. Journées Québécoises*, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, t. LIV, Paris, SLC, 2004, p. 25.

JOURDAIN P., « Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ? », in : *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 247.

JOURDAIN P., « La perte d'une chance, une curiosité française », in : *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 167.

JOURDAIN P., « Les nouveaux usages de la perte d'une chance », obs. Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2010, pourvois joints n° 08-20755 et 08-21692 et Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2010, pourvois joints n° 08-16760 et 08-21562, *RTD civ.*, 2010, p. 330.

JUILLET C., « La reconnaissance maladroite de la responsabilité contractuelle par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2011, p. 259.

LAITHIER Y.-M., « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, p. 161.

LAITHIER Y.-M., « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs », in : *Droit et économie des contrats*, dir. C. JAMIN, Paris, LGDJ, 2008, p. 141.

LAITHIER Y.-M., « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle », *RDC* 2010/3, p. 1091.

LAMBERT-FAIVRE Y. : « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.*, 1987, p. 1.

LAPOYADE-DESCHAMPS CH., « Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français », in : *Failure of contracts. Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences*, dir. F. D. ROSE, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 175.

LARROUMET C., « Pour la responsabilité contractuelle », in : *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543.

LE TOURNEAU PH., « Rapport de synthèse », in : *L'indemnisation. Journées québécoises*, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, SLC, 2008, p. 1.

LE TOURNEAU PH., « Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.*, 2007, p. 2180.

LECUYER H., « Le contrat, acte de prévision », in : *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 643.

LEDUC F., « La réparation intégrale du dommage », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 403.

LEDUC F., « Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – Principes fondamentaux », *JurisClasseur Civil*, Fasc. 201, 2006.

LEFEBVRE A.-F., « De la responsabilité, délictuelle, contractuelle », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n° 15, 1886, p. 485.

LEGAC-PECH S., « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 déc. 2007, n° 242, p. 7.

LEGAC-PECH S., « La direction de la sanction », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 123, publié également chez *LPA*, 2009, n° 38, p. 3.

LEPAGE A., « Personnalité (Droits de la) », *Répertoire de droit civil*, ressource électronique, Dalloz, sept. 2009 (mise à jour : janv. 2013).

LETURMY L., « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.*, 1998, p. 839.

LICARI F.-X., « Les frais d'avocat comme dommage réparable », *RLDC*, 2006/31, n° 2247, p. 66.

LICARI F.-X., obs. CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 26 févr. 2009, n° 07/02404, *JDI*, 2010, p. 1230.

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

LORENZ S., PACHE S., « La réparation du dommage en droit allemand », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1009.

MALAURIE PH., « Les sanctions en droit privé », *Defrénois*, n° 38333, p. 316.

MARECHAL C., « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.*, 2012, p. 245.

MAZEAUD D., « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in : *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 637.

MAZEAUD D., « Exécution des contrats préparatoires », *RDC*, 2005/1, p. 61.

MAZEAUD D., « La révision du contrat. Rapport français », in : *Le contrat. Journées brésiliennes*, Travaux de l'association Henri Capitant, Paris, SLC, 2008, p. 553.

MAZEAUD D., « Clauses de responsabilité, la fin de la saga ? », *D.*, 2010, p. 1832.

MAZEAUD D., Y.-M. LAITHIER, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? » *RDC*, 2012, p. 681.

- MAZEAUD D., « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », in : *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. 235.
- MAZEAUD D., « Droit des contrats : réforme à l'horizon », *D.*, 2014, p. 291.
- MEADEL J., « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA*, 17 avril 2007, n° 77, p. 6.
- MESA R., « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2009, n° 325, p. 15.
- MESA R., « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.*, 2012, p. 2754.
- MESTRE J., « De la notion de clause pénale et de ses limites », *RTD civ.*, 1985, p. 372.
- MESTRE J., « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », *Revue de droit Henri Capitant*, n° 3, 30 déc. 2011, accessible à l'adresse <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=317> (vérifiée le 27 oct. 2015)
- MOLFESSIS N., « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC*, 2005, p. 37.
- MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, p. 503.
- OPHELE C., « Faute délictuelle et faute contractuelle », *RCA*, 2003, p. 21.
- PIERRE PH., « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », *RDC*, 2010, n° 3, p. 1117.
- PIERRE PH., « Responsabilité (Droit) – Vue d'ensemble », *Encyclopaedia Universalis*, ressource en ligne consultée le 21 oct. 2015 (<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/responsabilite-droit-vue-d-ensemble/>).
- PICHONNAZ P., « Prévisibilité du dommage et *damnum extra rem* », in : *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel*, R. VAN DEN BERGH, G. VAN NIEKERK, P. PICHONNAZ, et al. (dir), Pretoria, University of South Africa Press, 2014, p. 702.
- PINTO-MONTEIRO A., « La clause pénale en Europe », in : *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 719.
- PORCHY-SIMON S., « Barémisation des indemnisations, choix des modes de réparation (capital, rente). Rapport français », in : *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Etudes de droit comparé*, dir. B. Dubuisson, P. Jourdain, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 647.
- QUENILLET-BOURRIE M., « L'évaluation monétaire du préjudice corporel : pratique judiciaire et données transactionnelles », *JCP G*, 1995, I, 3818.
- RADE C., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.*, 1998, p. 301.
- RADE C., « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, p. 2247.
- RANIERI F., « La notion allemande de troubles dans l'exécution », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 45.
- REMY PH., chron. à propos de Civ. 1^{ère}, 16 mai 1984, *Bull. civ.*, I, n° 165, p. 140 à la *RTD civ.*, 1985, p. 179.
- REMY PH., « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures*, n° 31, 1996/1, p. 31.

- REMY PH., « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.
- REMY PH., « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *La sanction du droit : mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 121.
- REMY PH., « L'inexécution du contrat », in : *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRE, Paris, Dalloz, 2009, p. 253.
- REMY PH., « Les dommages et intérêts », in : *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. TERRE, Paris, Dalloz, 2009, p. 281.
- REMY PH., « Réflexions préliminaires sur le chapitre *Des délits* », in : *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. TERRE, Paris, Dalloz, 2011, p. 15.
- REMY-CORLAY P., « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC*, 2005, p. 13.
- REMY-CORLAY P., « De la réparation », in : *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. TERRE, Paris, Dalloz, 2011, p. 191.
- RICOEUR P., « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique » in : P. RICOEUR, *Le juste*, Paris, Editions Esprit, 1995, spéc. p. 41.
- ROCHFELD J., « La rupture efficace », in : *Droit et économie des contrats*, dir. C. JAMIN, Paris, LGDJ, 2008, p. 169.
- ROUHETTE G., « Contrat », in : *Encyclopaedia Universalis*, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2008, p. 725 (ressource également accessible en ligne à l'adresse vérifiée le 21 oct. 2015 : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/contrat/>).
- SALAS D., « Du déclin de la faute à la tentation du bouc émissaire », *Droit et cultures*, n° 31, 1996/1, p. 7.
- SALEILLES R., « Ecole historique et droit naturel », *RTD civ.*, 1902, p. 80.
- SAVAUX E., « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.*, 1999, p. 1.
- SAVAUX E., SCHÜTZ R.-N., « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs, Réflexions à partir du contrat de bail », in : *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 271.
- SAVAUX E., « Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *RDC*, 2007, p. 45.
- SEFTON-GREEN R., « *Breach of contract* : Signification et conséquences en droit anglais », in : *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 33.
- SERIAUX A., « Responsabilité civile », in : *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS, Paris, PUF, 2003.
- STOFFEL-MUNCK PH., « chronique de contrats spéciaux », *LPA*, 2002, n° 230, p. 7.
- STOFFEL-MUNCK PH., « Responsabilité contractuelle », chron., *RDC*, 2004, p. 280.
- STOFFEL-MUNCK PH., « La relativité de la faute contractuelle », *RDC*, 2007, p.587.
- STOFFEL-MUNCK PH., « Exécution et inexécution du contrat », *RDC*, 2009, p. 333.
- STOFFEL-MUNCK PH., « Les sources des obligations », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 282.

STOFFEL-MUNCK PH., « Faurecia 3 : la Cour de cassation restaure l'efficacité des clauses limitatives de réparation dans les contrats de services informatiques », *JCP E*, 2010, 1790.

TALLON D., « Les remèdes. Le droit français », in : *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, dir. D. Tallon, D. Harris, Paris, LGDJ, 1987, p. 271.

TALLON D., « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in : *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, 1994, p. 429.

TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 233.

TALLON D., « L'article 1184 du Code civil, Un texte à rénover ? », in : *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas, centre de formation permanente (dir.), Paris, Dalloz, 2000, p. 253.

TERRE F., « Propos sur la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, t. 22 « La responsabilité », Paris, Sirey, 1977, p. 37.

TERRE F., « Propos conclusifs », in : *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, Paris, Dalloz, 2015, p. 143.

THIBIERGE C., « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile, Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ? », *RTD civ.*, 1999, p. 561.

THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599

TUNC A. « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTD civ.*, 1945, p. 235.

TUNC A. « Le droit en miettes », *Archives de philosophie du droit*, t. 22 « La responsabilité », Paris, Sirey, 1977, p. 31.

TUNC A., « Quatorze ans après : le système d'indemnisation néo-zélandais », *RIDC*, 1989, p. 139.

TUNC A. « Evolution du concept juridique de responsabilité », *Droit et cultures*, n° 31, 1996/1, p. 19.

TUNC A., « Responsabilité (droit) – responsabilité civile », *Encyclopaedia Universalis*, ressource en ligne consultée le 21 oct. 2015 (<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/responsabilite-droit-responsabilite-civile/>).

VILLEY M., « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de philosophie du droit*, t. 22 « La responsabilité », Paris, Sirey, 1977, p. 45.

VINEY G., « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, t. 35 « Vocabulaire fondamental du droit », Paris, Sirey, 1990, p. 275

VINEY G., « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », chapitre V, rapport français, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. Fontaine et G. Viney, Paris, LGDJ, 2001, p. 167.

VINEY G., « La responsabilité contractuelle en question », in : *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 920.

VINEY G., « Rapport de synthèse », in : *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, hors-série RCA, juin 2001, p. 82.

VINEY G., « Les différentes voies de droit proposées aux victimes », *Archives de politique criminelle*, 2002, n° 24, p. 27.

VINEY G., « Rapport de synthèse », acte du colloque CEDAG du 21 mars 2002 sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *LPA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 66.

VINEY G., « Les difficultés de la recodification du droit de la responsabilité civile », in : *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 255.

VINEY G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2009, p. 2944.

VINEY G., « Le dommage imprévisible », obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *RDC*, 2011, p. 1163.

WEIR T., « La notion de dommage en responsabilité civile », in : *Common Law d'un siècle à l'autre*, dir. P. LEGRAND, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1992, p. 1.

WERY P., « L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel », chapitre VI, rapport belge, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE, G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 205.

WERY P., « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », in : *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, dir. P. WERY, Bruges, La Charte, p. 287.

WESTER-OUISSE V., « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.*, 2010, p. 419.

WHITTAKER S., « Les sanctions de l'inexécution des contrats. Droit anglais », chapitre XXIII, in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 977.

WHITTAKER S., « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC*, 2005, p. 49 (acte du colloque annuel de la Revue des Contrats « Exécution en nature, exécution par équivalent » du 14 octobre 2004).

WINTGEN R., « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *RDC*, 2005, p. 217.

WINTGEN R., « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC*, 2006, p. 543.

WITZ, C., chron. (à propos de BGH 4 juin 1992, BGHZ 118, 312), *RTD civ.*, 1992, p. 457.

WITZ C., « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », *D.*, 2002, p. 3156.

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

WITZ C., « Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France », in : *La réforme du droit allemand des obligations*, dir. C. WITZ, F. RANIERI, Paris, SLC, 2004, p. 11.

WITZ C., « Le nouveau droit allemand de la vente sous le double éclairage de la directive et de la convention de Vienne », in : *La réforme du droit allemand des obligations*, dir. C. WITZ ET F. RANIERI, Paris, SLC, 2004, p. 203.

WITZ C., « Remarques conclusives », in : *La réforme du droit allemand des obligations*, dir. C. WITZ ET F. RANIERI, Paris, SLC, 2004, p. 117.

WITZ C., « L'influence des codifications nouvelles sur le code civil de demain », in : *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 687.

WITZ C., « La faute contractuelle – Rapport français », in : *Droit français et droit brésilien, Perspectives nationales et comparées*, Actes du colloque réalisé dans le cadre de l' « Année de la France au Brésil », Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 659.

ZIMMERMANN R., « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.*, 2007, p. 451.

ZWEIGERT K., « Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé) », *RIDC*, 1966, p. 5

D. Codifications supranationales, matériel législatif, projets de réforme

Académie des Privatistes européens de Pavie, GANDOLFI G. (dir.), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, 1, 3^e éd., Milano, A. Giuffrè, 2002.

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et Société de Législation Comparée, FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD D. (dir.), *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Paris, SLC, 2008.

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française et Société de Législation Comparée, FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD D. (dir.), *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Paris, SLC, 2008.

CATALA P. (dir.), *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006.

Commission pour le droit européen du contrat, LANDO O. (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, trad. G. ROUHETTE (dir.), Paris, SLC, 2003.

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, accessible à l'adresse <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf>, vérifiée le 31 oct. 2015.

Cour de cassation, *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007, accessible à l'adresse https://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_10699.html (vérifiée le 3 sept. 2015).

FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827.

GHESTIN J. (dir.), « Traduction française des trois premiers livres du DCFR réalisée avec le soutien de la Fondation pour le droit continental (*Civil Law Initiative*) *RDC*, 2010, p. 213.

Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international 2010*, Rome, Unidroit, 2010.

Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié sur le site du Ministère de la Justice le 25 février 2015, accessible à l'adresse http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf (vérifiée le 31 oct. 2015).

Proposition d'amendement n° SPE1810 (Rect) au Projet de loi pour la croissance et l'activité, adopté par l'Assemblée Nationale le 12 janv. 2015, accessible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2447/CSCRACTIV/SPE1810.pdf> (vérifiée le 24 sept. 2015)

Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n° 657 présentée par L. Béteille et enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010.

Rapport d'information n° 558 « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », dirigé par A. Anziani et L. Béteille au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009.

Rapport de la mission confiée à Corinne Lepage sur la gouvernance écologique, février 2008, accessible à l'adresse <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000490.pdf> (vérifiée le 31 oct. 2015).

TERRE F. (dir), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.

TERRE F. (dir), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011.

TERRE F. (dir), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, Dalloz, 2013.

E. Jurisprudence

Juridictions supranationales

C.E.D.H., 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, aff. n° 5100/71.

C.E.D.H., 21 févr. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, aff. n° 8544/79.

C.J.C.E., 10 avril 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. n° 14/83, *Rec.*, p. 1892.

C.J.C.E., 10 avril 1984, *Dorit Harz c/ Deutsche Tradax GmbH*, aff. n° 79/83, *Rec.*, p. 1922.

C.E.D.H., 22 mai 1990, *Weber c/ Suisse*, aff. n° 11034/84.

C.J.C.E., 2 août 1993, *M. Helen Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, aff. C-271/91, *Rec.*, 1993, I, p. 4400.

C.J.C.E., 22 avril 1997, *Nils Draehmpaehl c/ Urania Immobilienservice OHG*, aff. C-180/95, *Rec.*, I, p. 2212.

C.J.C.E., 12 mars 2002, *Simone Leitner c/ TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, aff. C-168/00.

C.J.U.E., 13 oct. 2011, *Aurora Sousa Rodriguez et autres c. Air France SA*, aff. C-83/10, *D.*, 2012 p. 475, obs. G. POISSONNIER.

C.E.D.H., 25 juin 2013, *Trévalec c/ Belgique*, aff. n° 30812/07, *D.*, 2013, p. 2106, point de vue P.-Y. GAUTIER, p. 2139, somm. L. SADOUD-JARIN et note O. SABARD, et p. 2658, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER ET S. PORCHY-SIMON ; *RTD civ.*, 2013, p. 807, obs. J.-P. MARGUENAUD.

Conseil d'état

Conseil constitutionnel, 28 juil. 1989, décision n° 89-260 DC.

Conseil constitutionnel, 25 mars 2011, décision n° 2011-111 QPC.

Conseil constitutionnel, 13 mai 2011, décision n° 2011-126 QPC.

Cour de cassation

Civ., 10 nov. 1884, *S.*, 1885, 1, 129, note C. LYON-CAEN.

Civ. 16 juin 1896, *D.*, 1897, 1, p. 433, concl. L. SARRUT, note R. SALEILLES, *S.*, 1897, 1, p. 17, note A. ESMEIN.

Civ., 14 mars 1900, *D.*, *S.*, 1900, 1, p. 489.

Civ., 21 nov. 1911, *D.*, 1913, 1, 249, note L. SARRUT ; *S.*, 1912, 1, 73, note C. LYON-CAEN.

Civ. 13 févr. 1923, *DP*, 1923, 1, p. 52, note. H. LALOU

Civ., 4 juin 1924, *S.*, 1925, I, p. 97, note L. HUGUENEY.

Com., 27 juil. 1924, *S.*, 1925, 1, p. 321, note R. LESCOT.

Cass. ch. réun., 13 févr. 1930, *D.*, 1930, 1, p. 57, note G. RIPERT ; *S.*, 1930, 1, 121, note P. ESMEIN.

Civ., 21 oct. 1946, *JCP*, 1946, II, 3348, note P. L.-P. ; *RGAT*, 1947, p. 178, note A.B.

Civ. 20 janv. 1953, *JCP*, G., 1953, II, 7677, note P. ESMEIN.

Crim., 22 janv. 1953, *D.*, 1953, jurispr. p. 109.

Civ. 1^{ère}, 14 oct. 1958, *Bull. civ.*, I, n° 430.

Com., 15 juin 1959, pourvoi n° 57-12362, *Bull. com.*, n° 265, p. 231.

Civ. 1^{ère}, 20 oct. 1959, pourvoi n° 57-10110, *Bull. civ.*, I, n° 419, p. 347.

Civ. 1^{ère}, 16 janv. 1962, *Bull.*, n° 33, *D.*, 1962, p. 199, note R. RODIERE, *JCP*, 1962, II, 12557, note P. ESMEIN, *RTD civ.*, 1963, p. 93, obs. A. TUNC.

Civ. 1^{ère}, 17 mars 1963, *Bull.* n° 558, *JCP*, 1964, II, n° 13609, note C. BLAEVOET.

Civ. 2^{ème}, 8 mai 1964, *Bull.*, n° 358, *Gaz. Pal.*, 1964, II, 233, note anonyme, *JCP*, 1965, II, 14140, note P. ESMEIN.

Com., 4 mars 1965, pourvoi n° 60-12767, *Bull.*, n° 171.

Civ. 1^{ère}, 14 déc. 1965, *Bull.*, n° 707, *JCP*, 1966, II, 14753, note R. SAVATIER

Civ. 1^{ère}, 4 févr. 1969, *Bull.*, n° 60 ; *D.*, 1969, 601, note J. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1969, 708, obs. G. DURRY.

Civ. 1^{ère}, 18 mars 1969, *Bull.*, n° 117, *Bull. civ.*, I, n° 37, *JCP*, 1970, II, 1970, II, 16422 note A. RABUT.

Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1970, pourvoi n° 68-12782, *Bull. civ.*, I, n° 37.

Civ. 1^{ère}, 9 déc. 1970, pourvoi n° 69-10403, *Bull. civ.*, I, n° 325, p. 268, *JCP*, 1971, II, 16920, note M.D.P.S.

- Civ. 3^{ème}, 14 mai 1974, pourvoi n° 73-11833, *Bull. civ.*, III, n° 191, p. 144.
- Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1975, pourvoi n° 74-13217, *Bull. civ.* 1, n° 290, p. 242, *D.*, 1976, p. 601, note J. MAZEAUD, *RTD civ.*, 1976, p. 353, note G. DURRY. *Bull. civ.* *Bull. civ.*
- Crim., 8 févr. 1977, *Bull. crim.*, 1977, n° 52.
- Civ. 1^{ère}, 16 mars 1977, pourvoi n° 75-11255, *Bull. civ.*, I, n° 139, p. 107.
- Com., 23 janv. 1979, pourvoi n° 77-12129, *Bull. com.*, n° 30, p. 24.
- Soc., 24 janvier 1979, pourvoi n° 77-41536, *Bull. soc.*, n° 67, p. 48, *D.*, 1979, note Y. SERRA.
- Civ. 1^{ère}, 4 mars 1980, pourvoi n° 78-15968, *Bull. civ.*, I, n° 72.
- Civ. 3^e, 19 mai 1981, pourvoi n° 79-16605, *Bull. civ.*, III, n° 101.
- Civ. 1^{ère}, 13 avril 1983, pourvoi n° 82-10262, *Bull. civ.*, I, n° 118.
- Civ. 1^{ère}, 6 déc. 1983, pourvoi n° 82-14898, *Bull. civ.*, I, n° 287.
- Civ. 3^e, 17 janv. 1984, inédit, pourvoi n° 82-15982, *RTD civ.*, 1984, p. 711, obs. J. MESTRE.
- Civ. 1^{ère}, 16 mai 1984, *Bull. civ.*, I, n° 165, p. 140, *RTD civ.*, 1985, p. 179, chron. PH. RÉMY.
- Soc., 6 nov. 1984, pourvoi n° 82-41888, *Bull.* 1984, V, n° 409.
- Soc., 18 mars 1985, 2 arrêts, pourvois n° 83-12826 et n° 83-13566, *Bull. civ.*, 1985, V, n° 183, p. 132.
- Civ. 1^{ère}, 16 févr. 1988, pourvoi n° 86-14918, *Bull. civ.*, I, n° 42.
- Com., 24 févr. 1988, pourvoi n° 95-20264, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1988, pourvoi n° 86-15972, inédit, *RCA*, 1989, comm. n° 7.
- Com., 18 oct. 1988, pourvoi n° 87-13108, inédit.
- Com., 29 nov. 1988, pourvoi n° 87-11371, *Bull. civ.*, IV, n° 329, p. 221.
- Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, pourvoi n° 87-11.493, *Bull. civ.*, I, n° 118, p. 77, *D.*, 1991, p. 1, note PH. MALAURIE et p. 80, chron. C. MASCALA ; *RTD civ.*, 1989, p. 548, obs. P. JOURDAIN.
- Civ. 3^e, 10 janv. 1990, pourvoi n° 88-18098, *Bull. civ.*, III, n° 5.
- Com., 8 janv. 1991, pourvoi n° 89-15439, *Bull. civ.*, IV, n° 20.
- Com., 29 janv. 1991, pourvoi n° 89-16446, *Bull.*, IV, n° 43, p. 27.
- Com., 25 mars 1991, pourvoi n° 89-15003, inédit.
- Soc., 18 déc. 1991, pourvoi n° 88-45083, *Bull.*, V, n° 598, p. 372.
- Com. 16 juin 1992, pourvoi n° 90-18329, *Bull.*, IV, n° 241, p. 168.
- Com., 23 juin 1992, pourvoi n° 90-16650, inédit.
- Com., 19 janv. 1993, pouvoi n° 91-11805, *Bull.*, IV, n° 24, p. 14.
- Com., 5 oct. 1993, pouvoi n° 90-21146, *Bull. civ.*, IV, n° 313, *RTD com.*, 1994, p. 343, obs. BOULOC .
- Civ. 3^{ème}, 1^{er} déc. 1993, pourvoi n° 91-22232, *Bull. civ.*, III, n° 156, p. 104.
- Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, pourvoi n° 91-10199, *Bull.* 1993, III, n° 174, p. 115, *JCP*, 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD, *RTD civ.*, 1994, p. 588, obs. J. MESTRE.

Civ. 3^{ème}, 25 janv. 1995, pourvoi n° 92-19600, *Bull. civ.*, III, n° 29, p.17, *AJDI*, 1995, p. 868, obs. R. LEOST.

Civ. 1^{ère}, 2 févr. 1994, pourvoi n° 91-18764, *Bull. civ.*, I, n° 41, *JCP G*, 1994, II, 22294, note P. DELEBECQUE, *RTD civ.* 1994, p. 613, obs. P. JOURDAIN.

Civ. 2^{ème}, 22 févr. 1995, pourvoi n° 93-12644, *Bull.*, 1995, II, n° 61, p. 34.

Civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, pourvoi n° 93-16869, *Bull.*, 1995, I, n° 347, p. 243, *D.*, 1996, p. 486, note B. FILLION-DUFOULEUR, *JCP G*, 1996, II, 22580, note G. PAISANT, *JCP G*, 1996, I, 3914, n° 9, obs. M. BILLIAU.

Civ. 3^{ème}, 26 juin 1996, pourvoi n° 94-16326, *Bull.*, 1996, III, n° 165, p. 105, *D.*, 1997, p. 169, obs. D. MAZEAUD.

Com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 93-18632, *Bull.*, 1996, IV, n° 261, p. 223.

Soc., 1^{er} avril 1997, pourvoi n° 94-43381, *Bull.*, V, n° 130, p. 95.

Civ., 30 avr. 1997, pourvoi n° 1997, *Bull.*, III, n° 96, p. 63, *D.*, 1997, p. 475, note D.MAZEAUD.

Civ. 1^{ère}, 8 juil. 1997, pourvoi n° 95-14067, *Bull. civ.*, I, n° 234.

Civ. 1^{ère}, 30 sept. 1997, pourvoi n° 95-20519, *Bull.*, 1997, I, n° 257, p. 173.

Civ. 1^{ère}, 21 oct. 1997, pourvoi n° 95-16717, *Bull. civ.*, I, n° 279, p. 189.

Civ. 3^{ème}, 13 nov. 1997, pourvoi n° 95-21.311, *Bull. civ.*, III, n° 202, p. 136, *D.*, 1998, p. 97, obs. A. HONORAT, *RDI*, 1998, p. 146, obs. F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPPE, *RTD civ.*, 1998, p. 124, obs. P. JOURDAIN et p. 696, note P.-Y. GAUTIER.

Com., 24 févr. 1998, n° 95-20264, inédit.

Civ. 1^{ère}, 6 oct. 1998, pourvoi n° 96-15.660, *Bull.*, 1998, I, n° 276, p. 192.

Civ. 1^{ère}, 2 févr. 1999, pourvoi n° 96-22.470, inédit.

Com., 8 juin 1999, pourvoi n° 96-18840, *Bull.*, IV, n° 121, p. 99.

Crim., 6 févr. 2001, pourvoi n° 00-81526, *Bull. crim.*, 2001, n° 32, p. 85.

Com., 19 mars 2001, pourvoi n° 98-18236, inédit, *Bull. Joly Soc.*, 2001, n° 12, p. 1297, note J.-J. DAIGRE.

Civ. 1^{ère}, 4 avril 2001, pourvoi n° 98-11364, *Bull. civ.*, I, n° 101.

Com., 2 mai 2001, pourvoi n° 97-19300, inédit.

Soc., 12 juin 2001, pourvoi n° 99-41571, *Bull.*, V, n° 214, p. 169.

Civ. 3^e, 30 janv. 2002, « Bolmont », pourvoi n° 00-15784, *Bull. civ.*, III, n° 17, p. 13, *LPA*, 2002, n° 30, p. 7, chron. PH. STOFFEL-MUNCK.

Civ. 1^{ère}, 26 févr. 2002, pourvoi n° 99-19053, *Bull. civ.*, I, n° 68, p. 51, *RTD civ.*, 2002, p. 809, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *LPA*, 2002, n° 30, p. 7, chron. PH. STOFFEL-MUNCK.

Com., 22 mai 2002, pourvoi n° 99-11113, *Bull.* 2002, IV, n° 89, p. 95.

Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, pourvoi n° 00-21278, *Bull. civ.*, I, n° 218.

Soc., 4 déc. 2002, pourvoi n° 00-44303, *Bull.*, V, n° 368, p. 363, *RTD civ.*, 2003, p. 711, obs. P. JOURDAIN, *RDC*, 2003/1, p. 54, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

- Civ. 3^e, 29 janv. 2003, pourvoi n° 01-02.759, *Bull.*, III, n° 23, p. 22, *Defrénois*, 2003, n° 12, p. 844, obs. E. SAVAUX.
- Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, pourvois n° 01-13289 et n° 00-22302, *Bull.*, 2003, II, n° 203 p. 171, *D.* 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL.
- Civ. 1^{ère}, 9 juil. 2003, pourvoi n° 00-22.202, inédit, *RTD civ.*, 2003, p. 709, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Civ. 3^e, 3 déc. 2003, pourvoi n° 02-18033, *Bull.*, III, n° 221, p. 196, *RTD civ.*, 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN; *RDC*, 2004, p. 280, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.
- Civ. 2^{ème}, 8 juil. 2004, pourvoi n° 02-14854, *Bull. civ.*, II, n° 393, *RTD civ.*, 2004, p. 739, obs. P. JOURDAIN.
- Civ. 3^e, 6 avr. 2004, pourvoi n° 00-19991, inédit, *RDC*, 2004, p. 969, obs. F. COLLART DUTILLEUL.
- Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, pourvois n° 02-18.326 et n° 03-14.112, *Bull.*, 2005, mixt., n° 3, p. 9 et *Bull.*, 2005, mixt., n° 4, p. 10.
- Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14112, *Bull.*, mixte, n° 4, p. 10.
- Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, pourvoi n° 02-15910, *Bull.*, I, n° 201, p. 170, *RTD civ.*, 2005, p. 594, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 600, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2006, I, 111, n° 3 obs. P. STOFFEL-MUNCK.
- Civ 3^e, 11 mai 2005, pourvoi n° 03-21.136, *Bull.*, III, n° 103, p. 96, *RDC*, 2006/2, p. 323, obs. D. MAZEAUD et p. 529, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Civ. 3^e, 8 juin 2005, pourvoi n° 03-20922, *Bull.*, 2005, III, n° 123, p. 113.
- Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, pourvoi n° 01-17730, *Bull. civ.*, I, n° 277, p. 231.
- Civ. 2^{ème}, 11 juil. 2005, pourvoi n° 04-30317, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 11 juil. 2005, pourvoi n° 04-30320, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 11 juil. 2005, pourvoi n° 04-30321, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 11 juil. 2005, pourvoi n° 04-30322, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 11 juil. 2005, pourvoi n° 04-30323, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 11 juil. 2005, pourvoi n° 04-30324, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 11 oct. 2005, pourvoi n° 04-30360, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 15 nov. 2005, pourvoi n° 04-30359, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 9 févr. 2006, pourvoi n° 04-30392, inédit.
- Soc., 1^{er} mars 2006, pourvoi n° 03-45210, inédit.
- Soc., 26 avril 2006, pourvoi n° 03-47525, *Bull.*, V, n° 146, p. 142.
- Com., 23 mai 2006, pourvoi n° 03-19211, inédit.
- Civ. 3^e, 14 juin 2006, pourvoi n° 05-14181, *Bull.*, III, n° 151, p.125.
- Civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, pourvoi n° 06-13.983, *Bull.*, 2007, I, n° 19, p. 17, *D.*, 2007, p. 2966, chron. B. FAUVARQUE-COSSON, *RTD civ.*, 2007, p. 342, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *RDC*, 2007/3, p. 719, note D. MAZEAUD et p. 741, obs. G. VINEY.

Com., 13 févr. 2007, « Faurecia », pourvoi n° 05-17407, *Bull.* 2007, IV, n° 43, *D.*, 2007, p. 654, obs. X. DELPECH et p. 2966, panorama S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2007, p. 567, obs. B. FAGES ; *RDC*, 2007, p. 707, obs. D. MAZEAUD, et p. 746, obs. S. CARVAL.

Civ. 3^e, 9 mai 2007, pourvoi n° 06-12474, inédit.

Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, pourvoi n° 05-19978, *Bull.*, I, n° 212, *D.*, 2007, p. 1725, obs. I. GALLMEISTER, p. 2784, note C. LISANTI et p. 2974, chron. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP G*, 2007, I, 185, n° 3, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

Com., 18 déc. 2007, pourvoi n° 04-16069, *Bull.* 2007, IV, n° 265, *D.*, 2008, p. 154, obs. X. DELPECH et p. 1776, chron. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2008, p. 310, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2008, I, 125, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

Civ. 3^e, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721, inédit, *RTD civ.*, 2008, p. 475, obs. B. FAGES ; *RDC*, 2009/1, p. 143, note PH. BRUN.

Civ. 2^e, 11 sept. 2008, pourvoi n° 07-20857, *Bull.*, II, n° 191, *RDC*, 2009, p. 77, obs. O. DESHAYES.

Cass. ch. mixte, 28 novembre 2008, pourvoi n° 06-12307, *D.*, 2008, p. 3079, obs. I. GALLMEISTER et 2009, p. 461, note G. Viney ; *JCP*, 2009, II, 10011, note P. GROSSER ; *RTD civ.*, 2009, p. 129, note P. JOURDAIN.

Com., 8 juil. 2008, pourvoi n° 07-16761, *D.*, 2009, p. 2888, chron. D. FERRIER.

Civ. 1^{ère}, 18 févr. 2009, pourvoi n° 08-12855, *Bull.*, I, n° 35, *RDC*, 2009, p. 1047, note S. CARVAL.

Civ. 1^{ère}, 14 janv. 2010, pourvois joints n° 08-16760 et 08-21562, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 5

Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2010, pourvois joints n° 08-20755 et 08-21692, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 19.

Soc. 11 mai 2010, pourvois joints n° 09-42257 à n° 09-42257, *Bull.*, 2010, V, n° 106 ; *D.*, 2010, p. 2048, note C. BERNARD ; *RTD civ.*, 2010, p. 564, obs. P. JOURDAIN

Civ. 2^{ème}, 17 juin 2010, pourvoi n° 09-15842, *Bull.*, 2010, II, n° 115.

Civ. 3^e, 22 juin 2010, pourvoi n° 09-16199, inédit.

Com. 29 juin 2010, « Faurecia 2 », pourvoi n° 09-11841, *Bull.*, 2010, IV, n° 115, *D.*, 2010, p. 1707, obs. X. DELPECH et p. 1832, note D. MAZEAUD ; *D.*, 2011, p. 35, obs. P. BRUN et O. GOUT, et p. 472, panorama S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.*, 2010, p. 555, obs. B. FAGES ; *RDC*, 2010/4, p. 1253, obs. O. DESHAYES, p. 1220, obs. Y.-M. LAITHIER ; *JCP G*, 2010, 787, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E*, 2010, 1790, comm. PH. STOFFEL-MUNCK.

Civ. 2^{ème}, 16 sept. 2010, pourvoi n° 09-69433, *Bull.*, 2010, II, n° 155.

Crim., 5 oct. 2010, pourvois n° 09-87385 et n° 10-81743.

Civ. 1^{ère}, 14 oct. 2010, pourvoi n° 09-69195, *Bull. civ.*, I, n° 200, *RTD civ.*, 2011, p. 128, obs. P. JOURDAIN.

Com., 3 nov. 2010, pourvoi n° 09-72029, *Bull.*, 2010, IV, n° 166.

Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13303, *Bull.*, I, n° 248, *D.*, 2011, p. 24, obs. I. GALLMEISTER, p. 423, note F.-X. LICARI ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 93, note H. GAUDEMET-TALLON ; *RTD civ.*, 2011, p. 122, obs. B. FAGES, p. 317, note P. REMY-CORLAY ; *JCP*, 2011, 140, note J. JUVENAL, et 415, obs. PH. STOFFEL-MUNCK.

- Civ. 1^{ère}, 12 janv. 2011, pourvoi n° 09-15426, inédit.
- Civ. 3^e, 15 mars 2011, pourvoi n° 10-15769, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *Bull.*, 2011, I, n° 77, *D.*, 2011, p. 1725, note M. BACACHE ; *RDC*, 2011, p. 1156, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RDC*, 2011, p. 1163, obs. G. VINEY ; *RTD civ.*, 2011, p. 547 ; obs. P. JOURDAIN.
- Civ. 3^e, 11 mai 2011, pourvoi n° 10-12875, *Bull.*, 2011, III, n° 77, *D.*, 2011, p.1457, note D. MAZEAUD et p. 1460, note D. MAINGUY.
- Civ. 2^{ème}, 12 mai 2011, pourvoi n° 10-17148, *Bull.* 2011, II, n° 106.
- Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-24869, *Bull.*, IV, n° 80, *L'essentiel du droit des contrats*, 2011/7, p. 2, note O. DESHAYES, *RDC*, 2011/4, p. 1170, note S. CARVAL.
- Civ. 3^{ème}, 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15500, *Bull.*, III, n° 101, *D.*, 2011, p. 2635, note B. PARANCE ; *RTD civ.*, 2011, p. 765, obs. P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2011, doct. 1333, chron. P. STOFFEL-MUNCK et C. BLOCH.
- Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, pourvoi n° 10-11539, inédit.
- Com., 18 oct. 2011, pourvoi n° 10-15296, *Bull.*, 2011, IV, n° 161, *D.*, 2011, p. 2961, note Y. SERRA.
- Com., 10 janv. 2012, pourvoi n° 10-26837, inédit, *RDC*, 2012, p. 782, obs. Y.-M. LAITHIER.
- Civ. 3^e, 14 mars 2012, pourvoi n° 10-28263, *RDC*, 2012, p. 768, obs. Y.-M. LAITHIER.
- Civ. 3^e, 14 mars 2012, pourvoi n° 11-10695, inédit, *RDC*, 2012, p. 768, obs. Y.-M. LAITHIER.
- Com., 30 mai 2012, pourvoi n° 11-13253, inédit.
- Civ. 3^e, 25 sept. 2012, pourvoi n° 11-11936, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2012, pourvoi n° 11-13177, *Bull.*, 2012, I, n° 185, *RCA*, 2012, comm. n° 330, note S. HOCQUET-BERG.
- Com., 2 oct. 2012, pourvoi n° 10-25633, *Bull.*, IV, n° 177, *D.*, 2012, p. 2387, note A. LIENHARD.
- Civ. 2^e, 22 nov. 2012, pourvoi n° 11-25988, inédit, *RCA*, 2013, n° 2, comm. 50
- Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, pourvoi n° 12-26975, inédit.
- Civ. 1^{ère}, 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-26522, inédit.
- Civ. 2^{ème}, 22 nov. 2012, pourvoi n° 11-21031, *Bull.*, 2012, II, n° 191.
- Civ. 2^{ème}, 22 nov. 2012, pourvoi n° 11-25988, inédit.
- Civ. 3^e, 27 mars 2013, pourvoi n° 12-13734, *Bull.*, 2013, III, n° 40, *Gaz. Pal.*, n° 157 du 6 juin 2013, p. 17, chron. M. MEKKI ; *RDC*, 2013, p. 890, note T. GENICON, p. 903, note G. VINEY, p. 974, obs. J.-B. SEUBE ; *RTD civ.*, 2013, p. 603, obs. H. BARBIER.
- Civ. 3^e, 23 mai 2013, pourvoi n° 12-11652, inédit, *D.*, 2013, p. 2142, note D. MAZEAUD,
- Civ. 3^{ème}, 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-13851, inédit.
- Com., 10 sept. 2013, pourvoi n° 12-21804, *RLC*, 2014, p. 48, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.
- Com., 3 déc. 2013, pourvoi n° 12-26412, inédit, *RDC*, 2014/2, p. 176, obs. T. GENICON.
- Soc., 12 févr. 2014, pourvoi n° 12-29168, *L'essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 2 mai 2014, n° 5, p. 7, note G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER.

Com., 5 mai 2015, pourvois joints n° 14-11148 et n° 14-15278, à paraître au *Bull., L'essentiel Droit des contrats*, 9 juin 2015, n° 6, p. 1, obs. M. LATINA.

Crim., 2 juin 2015, pourvoi n° 14-83967, à paraître au *Bull.*

Juridictions du second degré

CA Nancy, 9 déc. 1876, *DP*, 1879, 2, p. 47.

CA Paris, 1^{ère} ch., sect. B, 10 juil. 1986, *JCP.*, 1986, II, 20712, note E. AGOSTINI.

CA Paris, 4^e ch., 7 juin 1990, *PIBD*, 1991, III, 491.

CA Paris, 8^e ch. A, 15 sept. 1992, *D.*, 1993, p. 98, note PH. DELEBECQUE.

CA Paris, 31 mars 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, 1, p. 407.

CA Paris, 18^e ch. B, 8 mars 2004 (6 arrêts, v. en détails n° 365).

CA Paris, 18^e ch. B, 22 mars 2004 (2 arrêts, v. en détails n° 365).

CA Paris, 18^e ch. B, 1^{er} avril 2004 (1 arrêt, v. en détails n° 365).

CA Paris, ch. 25, sect. A, 26 nov. 2008, n° 07/07221, *Jurisdata*, 2008-006565.

CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 26 févr. 2009, n° 07/02404, *JDI*, 2010, p. 1230, note F.-X. LICARI.

CA Riom, ch. com., 12 mai 2010, n° 09/00161.

CA Paris, 22 sept. 2010, n° 08/14438, *D.*, 2011, p. 1445, obs. H. KENFACK

CA Paris, 16 juin 2011, n° 10/21923.

CA Paris, Pôle 6, ch. 7, 16 juin 2011, n° 09/11758.

Juridictions du premier degré

TGI Nanterre, 1^{ère} ch., sect. A, 20 oct. 1999, *C. Grimaldi c/ Société Point de vue*, Panorama de Jurisprudence *Légipresse*, 2000, I, p. 136, n° 170-51.

TGI Nanterre, 1^{ère} ch., sect. A, 20 oct. 1999, *S. Grimaldi c/ Société Hachette Filipacchi Associés*, Panorama de Jurisprudence *Légipresse*, 2000, I, p. 136, n° 170-42.

TGI Paris, 15 juillet 2004, 1^{re} ch., n° 03/09481, *Cts Chapgier c/ Taitbout Prévoyance et B. Mesqui*.

TI Paris 14^e ardt, 2 nov. 2011, n° 91-11-000024, *D.*, 2012, p. 609, obs. V. AVENA-ROBARDET.

II. Références en langue allemande

A. Ouvrages généraux, traités et manuels

BRAND O., *Schadensersatzrecht*, 2e éd., München, Beck, 2015.

BROX H., WALKER W.-D., *Allgemeines Schuldrecht*, 39^e éd., München, Beck, 2015.

DEUTSCH E., *Allgemeines Haftungsrecht*, 2^e éd., Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1996.

ESSER J., *Schuldrecht*, Band I *Allgemeiner Teil*, Teilband 2 *Vertragshaftung, Schadensersatz, Personenmehrheit im Schuldverhältnis*, 5^e éd., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1976.

ESSER J., *Schuldrecht*, Band I *Allgemeiner Teil*, Teilband 2 *Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis*, 8^e éd., par E. SCHMIDT, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2000.

KÖTZ H., *Vertragsrecht*, 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

KLUNZINGER E., *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 14^e éd., München, Verlag Vahlen, 2009.

LANGE H., SCHIEMANN G., *Handbuch des Schuldrechts*, dir. J. GERNHUBER, t. 1 *Schadensersatz*, 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1990.

LANGE H., SCHIEMANN G., *Handbuch des Schuldrechts*, dir. J. GERNHUBER, t. 1 *Schadensersatz*, 3^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1, *Allgemeiner Teil*, 14^e éd., München, Beck, 1987.

LOOSCHELDERS D., *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 12^e éd., München, Franz Vahlen, 2014.

MEDICUS D., LORENZ S., *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2012.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, t. 2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil §§241-432*, dir. W. KRÜGER, 6^e éd., München, Beck, 2012.

PALANDT, O. (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 74^e éd., München, Beck, 2015.

SCHULZE R., ZOLL F. (dir.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

STAUDINGER J. VON (fondateur), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§249-254 (Schadensersatzrecht)*, par G. SCHIEMANN, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2005.

STAUDINGER J. VON (fondateur), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§328-345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe)*, par R. JAGMANN et V. RIEBLE, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2009.

ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3^e éd., Tübingen, Mohr, 1996.

B. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 2^e éd., Leipzig, Wilhelm Engelmann, 1890.

BRIESKORN K., *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, v. spéc. p. 25, note 37.

DEGENHART T., *Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes in §253 BGB*, Bielefeld, Giesecking Buchverlag, 2011.

DREIER T., *Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

EBERT I., *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

GOTTWALD P., *Schadenszurechnung und Schadensschätzung. Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, München, Beck, 1979.

GROBFELD B., *Die Privatstrafe: ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main, Berlin, Metzner, 1961.

HORTER C., *Der Strafgedanke im Bürgerlichen Recht. Zugleich ein Versuch der Neubewertung der Rechtsfolgen missbilligter Rechtsgeschäfte sowie Verletzungen des Körpers und des Persönlichkeitsrechts*, Hamburg, Kovač, 2004.

KLUMPP S., *Die Privatstrafe - eine Untersuchung privater Strafzwecke. Zivilrechtlicher Schutz vor Zwangskommerzialisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

VON JHERING R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, Verlag von Emil Roth, 1867.

LÖWE H., *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2000.

VON MAYENBURG D., *Die Bemessung des Inkommensurablen. Wege zur Bestimmung des Ersatzes immaterieller Schäden am Beispiel des Schmerzensgeldes*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012

MÖLLER R., *Das Präventionsprinzip des Schadensrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

MÜLLER P., *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin, New York, de Gruyter, 2000.

SAILER K., *Prävention im Haftungsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2005.

SCHLOBACH K., *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004.

SONNTAG E., *Entwicklungstendenzen der Privatstrafen: Strafschadensersatz im antiken römischen, deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.

STOLL H., *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993.

WELKE W. A., *Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts. Zum gegenwärtigen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht. Zugleich eine Analyse von exemplary (punitive) damages*, Frankfurt am Main, Lang, 2008.

WENDEHORST C., *Anspruch und Ausgleich, Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999

C. Articles, rapports et chroniques²³³⁴

BAUMGARTNER S., «Zulässigkeit und Bemessung von punitive damages» (note sous Supreme Court of the United States, 20 mai 1996, *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore, Jr.*, 64 U.S.L.W. 4335), JZ 1997, 158.

BRECHT A., «System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug)», in : *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, n° 53 (1908), p. 213.

²³³⁴ Sont comprises dans cette rubrique les notes de jurisprudence substantiellement citées.

- BUSCH K., « Gewinnabschöpfung bei Vertragsbruch – Teil II », ZEuP 2002, p. 122, spéc. p. 133.
- FLEISCHER H., « Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht », JZ 1999, 766.
- FUCHS A., « Schadensausgleich und Verhaltenssteuerung – Rechtsvergleichende Überlegungen zu den Zwecken deliktischer Haftung », in : *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann*, dir. H. KRONKE, K. THORN, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2011, p. 776.
- GRIESSBACH L, CORDERO D., « BMW v. Gore – praktische Folgen. Auswirkungen der Entscheidung des US-Supreme Court auf die Vollstreckbarkeit von « punitive damages » in Deutschland », RIW 1998, 592.
- HELMS T., « Grenzen der Gewinnabschöpfung bei vorsätzlichem Vertragsbruch », ZEuP 2008, p. 150.
- HUBER U., « Schadensersatz statt der Leistung », AcP 210 (2010), 319.
- KERN B.-R., « Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht ? », AcP 191 (1991), 247.
- KÖNDGEN J., « Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch ? Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse, *RabelsZ*, n°56, 1992, p. 696.
- KOZIOL H., « Schadensersatz für den Verlust einer Chance ? », in : *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, dir. H. HOHLOCH, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 233
- KRAMER H., « Ladendiebstahl und Privatjustiz », ZRP 1974, 62.
- LOEWENHEIM U., « Schadensersatz in Höhe der doppelten Lizenzgebühr bei Urheberrechtsverletzungen ? » JZ 1972, 12.
- LORENZ S., « Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die „Zauberformel“? », in : *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus. Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012*, dir. M. HÄUBLEIN, S. UTZ, Berlin, De Gruyter, 2012, p. 147.
- SCHÄFER C., « Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht », AcP 202 (2002), 397.
- SPENGLER A., « Einige Rechtsfragen betreffend die GEMA », GRUR 53, 78.
- STAUB H., « Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen », in : *Festschrift für den XXVI Deutschen Juristentag*, Berlin, Guttentag, 1902, p. 29.
- STOLL H., « Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze », in : *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969*, t. 2, *Nationales und vergleichendes Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1969, p. 569.
- TETTINGER P. W., « Zu den Freizeichnungsmöglichkeiten des Verkäufers einer mangelhaften Sache. Überprüfung der Kardinalpflichtenrechtsprechung zu fahrlässig verursachten Schäden », AcP 205 (2005), 1.
- WAGNER G., « Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden », in : *Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Band I, München, Beck, 2006, Gutachten A.

WAGNER G., « Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen », in : *Karlsruher Forum 2006 : Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen*, dir. E. LORENZ, Karlsruhe, VVW, 2006, p. 5.

WAGNER G., « Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata », in : *Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2008, p. 453.

WAGNER G., « Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht », in : *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, dir. P. APATHY, R. BOLLENBERGER, P. BYDLINSKI, G. IRO, E. KARNER, M. KAROLLUS, Wien, Jan Sramek Verlag, 2010, p. 925.

WÄLDE T., « Schadensersatz wegen Vorsorgekosten bei Ladendiebstahl », NJW 1972, 2294.

WOLLSCHLÄGER C., « Schadenshaftung von Ladendieben », NJW 1976, 12.

D. Codifications supranationales, matériel législatif, projets de réforme

Bundesministerium für Justiz, Bundesministerium für Gesundheit, « Patientenrechtegesetz Grundlagenpapier », 22 mars 2011, *Medizinrecht*, 2011, vol. 29, n° 4, p. 236, également accessible à l'adresse http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Grundlagenpapier_Patientenrechte.pdf?__blob=publicationFile (vérifiée le 3 sept. 2015)

Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, Drucksache 14/6040 (accessible à l'adresse <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>, vérifiée le 30 oct. 2015).

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, t. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, J. Guttentag, 1888, réimpr. 1896.

E. Jurisprudence

Reichsgericht

RG, 8 juin 1895, Rep. I. 13/95, RGZ 35, 63.

RG, 31 déc. 1898, Rep. I. 360/80, RGZ 43, 56.

RG, 11 janv. 1902, Rep. I 303/01, RGZ 50, 111.

RG, 9 juil. 1907, II 115/07, RGZ 66, 289.

RG, 26 nov. 1912, II 359/12, RGZ 81, 359 (« objektive Möglichkeit »).

RG, 13 déc. 1922, III 453/22, RGZ 105, 264.

RG, 24 avr. 1952, III ZR 100/51, NJW 1952, 1010.

Bundesgerichtshof

BGH, 13 févr. 1952, II ZR 91/51, BGHZ 5, 133, NJW 1952, 623.

BGH, 29 sept. 1952, III ZR 340/51, BGHZ 7, 223.

BGH, 24 juin 1955, I ZR 178/53, BGHZ 17, 376.

- BGH, 6 juil. 1955, GSZ 1/55, BGHZ 18, 149.
- BGH, 2 déc. 1955, VI ZR 127/55, VersR 1956, 499.
- BGH, 14 févr. 1958, I ZR 151/56, BGHZ 26, 349.
- BGH, 24 févr. 1961, I ZR 83/59, BGHZ 34, 320.
- BGH, 29 oct. 1962, II ZR 194/60, BGHZ 38, 171, NJW 1963, 102.
- BGH, 7 janv. 1963, VII ZR 149/61, BGHZ 39, 1, NJW 1963, 649.
- BGH, 12 janv. 1966, Ib ZR 5/64, BGHZ 44, 372.
- BGH, 3 févr. 1967, VI ZR 111/65, VersR 1967, 495.
- BGH, 6 nov. 1967, VIII ZR 81/65, BGHZ 49, 84, NJW 1968, 148.
- BGH, 15 nov. 1967, VIII ZR 150/65, BGHZ 49, 56.
- BGH, 7 juin 1968, VI ZR 1/67, NJW 1968, 2287.
- BGH, 8 oct. 1971, I ZR 12/70, BGHZ 57, 116.
- BGH, 10 mars 1972, I ZR 160/70, BGHZ 59, 286.
- BGH, 16 févr. 1973, I ZR 74/71, BGHZ 60, 206.
- BGH, 4 avr. 1975, KZR 6/74, BGHZ 64, 232.
- BGH, 16 déc. 1975, VI ZS, NJW 1976, 1147.
- BGH, 18 févr. 1977, I ZR 112/75, NJW 1977, 1062.
- BGH, 6 nov. 1979, VI ZR 254/77, BGHZ 75, 230.
- BGH, 23 sept. 1982, III ZS, NJW 1983, 442,
- BGH, 18 janv. 1983, VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240, NJW 1983, 1371.
- BGH, 25 janv. 1983, KZR 12/81, BGHZ 86, 324.
- BGH, 25 juin 1985, VI ZR 270/83, NJW 1985, 2749.
- BGH, 9 juil. 1985, VI ZR 244/83, BGHZ 95, 199, NJW 1985, 2752.
- BGH, 24 oct. 1985, IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157, NJW 1986, 576.
- BGH, 26 nov. 1991, VI ZR 389/90, NJW 1992, 754.
- BGH, 4 juin 1992, IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312 ; NJW 1992, 3096, note H. KOCH p. 3073 ; IPrax 1993, 310, obs. H. KOCH, J. ZEKOLL p. 288 ; RIW 1993, 132, note SCHÜTZE ; JZ 1993, 261, note E. DEUTSCH ; *RTD civ.*, 1994, p. 457, chron. C. WITZ ; *RGDA*, 1996, p. 205, note J.-M. GARDETTE.
- BGH, 13 oct. 1992, VI ZS, NJW 1993, 781.
- BGH, 22 avr. 1993, I ZR 52/91, BGHZ 122, 262, NJW 1993, 1989 « Kollektion "Holiday" ».
- BGH, 11 nov. 1992, VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335.
- BGH, 15 nov. 1994, VI ZR 56/94, NJW 1995, 861.
- BGH, 5 déc. 1995, VI ZR 332/94, NJW 1996, 984.
- BGH, 12 déc. 1995, VI ZR 223/94, NJW 1996, 985.
- BGH, 13 déc. 1995, XII ZR 194/93, BGHZ 131, 297 ; NJW 1996, 838.

BGH, 17 févr. 1998, VI ZR 342/96, NJW 1998, 1633.
BGH, 15 févr. 2000, VI ZR 135/99, BGHZ 143, 389, NJW 2000, 1782.
BGH, 27 sept. 2000, VIII ZR 155/99, BGHZ 145, 203, NJW 2001, 292.
BGH, 9 nov. 2000 III ZR 314/99, NJW 2001, 434.
BGH, 14 nov. 2000, X ZR 211/98, NJW-RR 2001, 342.
BGH, 11 janv. 2005, X ZR 118/03, BGHZ 161, 389, NJW 2005, 1047.
BGH, 26 juil. 2005 X ZR 134/04, NJW 2005, 3348.
BGH, 10 mai 2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, 312 ; NJW 2006, 2323.
BGH, 11 juil. 2007, VIII ZR 110/06, NJW 2007, 2619,
BGH, 11 juil. 2007, XII ZR 197/05, NJW 2007, 2988.
BGH, 15 juil. 2008, VI ZR 212/07, NJW 2009, 681.
BGH, 9 juil. 2009, IX ZR 88/08, NJW 2009, 3025, JZ 2011, 524, note G. SCHIEMANN.
BGH, 19 juin 2009, V ZR 93/08, NJW 2009, 2674,
BGH, 29 janv. 2009 III ZR 74/08, VersR 2009, 986.
BGH, 3 juil. 2013, VIII ZR 169/12, NJW 2013, 2959.

Bundesarbeitsgericht

BAG, 31 oct. 1958, 1 AZR 632/57, BAGE 6, 371.
BAG, 18 déc. 1969, 2 AZR 80/69, NJW 1970, 1469.
BAG, 26 mars 1981, 3 AZR 485/78, BAGE 35, 179, NJW 1981, 2430.
BAG, 23 mars 1984, 7 AZR 37/81, NJW 1984, 2846.

Oberlandesgerichte et Kammergericht Berlin

KG, 2 sept. 1937, UFITA 11 (1938), 55.
KG, 19 janv. 1939, UFITA 12 (1939), 194.
OLG Hamm, 11 déc. 1946, 3 U 311/46, MDR 1947, 100.
OLG Hamm, 17 janv. 1964, 4 U 292/62, NJW 1964, 1373.
OLG Hamm, 10 oct. 1972, 14 W 72/72, NJW 1973, 1135.
OLG München, 20 mars 1980, 27 W 22/80, NJW 1980, 1581.
OLG Munich, 23 févr. 1990, NJW-RR 1990, 828.
OLG Hamburg, 25 juil. 1996, 3 U 60/93, NJW 1996, 2870.
OLG Schleswig, 4 mai 2012, 14 U 39/11.

Landesgerichte

LG Kiel, 18 mars 2011, 16 O 24/10.

III. Références en langue anglaise

A. Ouvrages généraux, traités et manuels

BAKER J. H., *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, OUP, 2002, réimpr. 2007.

BEALE H., *Remedies for Breach of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 1980.

BEALE H., FAUVARQUE-COSSON B., RUTGERS J., TALLON D., VOGENAUER S., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2010.

BEALE H. (dir.), *Chitty on Contracts*, 31^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2012.

BEATSON J., BURROWS A., CARTWRIGHT J., *Anson's Law of Contract*, 29^e éd., Oxford, OUP, 2010.

BURN E., CARTWRIGHT J., *Modern Law of Real Property*, 18^e éd., Oxford, OUP, 2011, spéc. p. 203 et s.

BURROWS A., *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2004.

CARTWRIGHT J., *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

CHEN-WISHART M., *Contract Law*, 5^e éd., Oxford, OUP, 2015.

HARRIS D., CAMPBELL D., HALSON R., *Remedies in Contract and Tort*, 2^e éd., London, Butterworths, 2002.

HOLMES O. W., *The Common Law*, London, Mcmillan & Co, 1882.

IBBETSON D., *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, OUP, 1999, réimpr. 2006.

MAYNE J. D., MCGREGOR H., *Mayne and McGregor on Damages*, London, Sweet & Maxwell, 1961.

MCKENDRICK E., *Contract Law*, 11^e éd., London, Palgrave Macmillan, 2015.

MCKENDRICK E., *Contract Law. Text, Cases and Materials*, 6^e éd., Oxford, OUP, 2014.

MCGREGOR H., *McGregor on Damages*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2014.

POLLOCK P., *Principles of Contract*, 3^e éd., London, Stevens, 1881.

ROEBUCK D., *The Background of the Common Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 1990.

The Oxford English Dictionary, 1^{ère} éd., Oxford, OUP, 1922, réimpr. 1978.

TREITEL G. H., PEEL E., *The Law of Contract*, 13^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2011.

VAN GERVEN W., LEVER J., LAROUCHE P., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

ZWEIGERT K., KÖTZ H., (WEIR T. trad.), *Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998.

B. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

BARNETT K., *Accounting for Profit for Breach of Contract, Theory and Practice*, Oxford, Portland (Or.), Hart publishing, 2012.

BIRKS P., *Unjust enrichment*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2005.

CANE P., *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

DANNEMANN G., *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution. A Comparative Introduction*, Oxford, OUP, 2009

EDELMAN J., *Gain-based damages*, Oxford, Portland (Or.), Hart publishing, 2002.

GORDLEY J. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

GORDLEY J., *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, OUP, 2006.

KOZIOL H., WILCOX V.(dir.), *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien, Springer, 2009.

MORGAN J., *Great Debates in Contract Law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012.

ROWAN S., *Remedies for Breach of Contract. A comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford, OUP, 2012.

SCHULZE R., ZOLL F. (dir.), *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications*, München, Sellier, 2003.

SCHULZE R., *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2^e éd., München, Sellier, 2009.

SMITH S. A., *Contract Theory*, Oxford, OUP, 2004.

STEVENS R., *Torts and Rights*, Oxford, OUP, 2007.

TREITEL G. H., *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

VON BAR C., CLIVE E., SCHULTE-NÖLKE H. (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009.

WEINRIB E., *The Idea of Private Law*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1995, rééd. Oxford, OUP, 2012.

WINIGER B., KOZIOL H., KOCH B., ZIMMERMANN R. (dir.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, *Essential Cases on Damage*, Berlin, De Gruyter, 2011.

WINTERTON D., *Money Awards in Contract Law* », Oxford, Hart Publishing, 2015.

ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, OUP, 1996.

C. Articles, Chroniques et Rapports²³³⁵

BEHR V., « Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts », 78 *Chicago-Kent Law Review* 105 (2003).

BIRKS P., « Restitutionary Damages for Breach of Contract », [1987] *LMCLQ* 421

BIRKS P., « Equity in the Modern Law : an Exercise in Taxonomy », (1996) 26 *University of Western Australia Law Review* 1.

BISHOP W., « The Choice of Remedy for Breach of Contract », (1985) 14 *JLS* 299.

BORGHETTI J.-S., « Punitive Damages in France », in : *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, dir. H. KOZIOL, V. WILCOX, Wien, Springer, 2009, p. 55.

BRIDGE M., « Expectation Damages and Uncertain Future Losses », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, J. BEATSON, D. FRIEDMANN (dir.), Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 427.

BRIDGE M., « The Market Rule of Damages Assessment », in : *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, dir. D. SAIDOV, R. CUNNINGTON, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 431.

BUCKLAND W. W., « The Nature of Contractual Obligation », (1944) 8 *CLJ* 247.

BURROWS A., « Are ‘Damages on the Wrotham Park Basis’ Compensatory, Restitutionary, or Neither? », in : *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, dir. D. SAIDOV, R. CUNNINGTON, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 165.

BURROWS A., « Damages and Rights », in : *Rights and Private Law*, dir. D. Nolan, A. Robertson, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 275.

CAMPBELL D., HARRIS D., « In Defense of Breach: A Critique of Restitution and the Performance Interest » (2002) *Legal Studies*, 208.

CARTWRIGHT J., « Remoteness of Damage in Contract and Tort: A Reconsideration », [1996] 55 *Cambridge Law Journal* 488.

CARTWRIGHT J., « Compensatory Damages: Some Central Issues of Assessment », in : *Commercial Remedies, Current Issues and Problems*, dir. A. BURROW, E. PEEL, Oxford, OUP, 2003, p. 3.

COESTER-WALTJEN D., « The New Approach of Contract in German Law », in : *Comparative Remedies for Breach of contract*, dir. N. COHEN, E. MCKENDRICK, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 135.

COOTE B., « Contract Damages, Ruxley and the Performance Interest », [1997] 56 *Cambridge Law Journal* 637.

CRASWELL R., « Against Fuller and Perdue », *U. Chi. L. Rev.*, Vol. 67, n°1 (2000), p. 99.

CUNNINGTON R., « Contract Rights as Property Rights », in : *The Law of Obligations. Connections and Boundaries*, London, UCL Press, 2004, p. 169.

CUNNINGTON R., « Should punitive damages be part of the judicial arsenal in contract cases ? », (2006) 26 *Legal Studies* 369.

CUNNINGTON R., « A Lost Opportunity to Clarify », (2007) 122 *LQR* 47.

²³³⁵ Sont comprises dans cette rubrique les notes de jurisprudence substantiellement citées.

- DANNEMANN G., « Restitution for Termination of Contract in German Law », in : *Failure of contracts. Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences*, dir. F. D. ROSE, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 145.
- DANNEMANN G., « Comparative Law : Study of Similarities or Differences ? », in : *The Oxford Handbook of Comparative Law*, dir. M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, Oxford, OUP, 2008, p. 401.
- EDELMAN J., « The meaning of ‘Damages’ : Common Law and Equity », in : *The Law of Obligations, Connections and Boundaries*, dir. A. ROBERTSON, London, UCL Press, 2004, p. 31.
- EDELMAN J., « Gain-Based Damages and Compensation », in : *Mapping the Law : Essays in Memory of Peter Birks*, dir. A. BURROWS, A. RODGER, Oxford, OUP, 2006, p. 141.
- FRIEDMANN D., « The Efficient Breach Fallacy », (1989) 18 *Journal of Legal Studies*, 1.
- FRIEDMANN D., « Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong », (1980) 80 *Col LR* 504.
- FRIEDMANN D., « The Performance Interest in Contract Damages », (1995) 111 *LQR* 628.
- FULLER L. L., W. R. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages » (1936-1937) 46 *Yale L.J.* 52 (Part. I), 373 (Part. II).
- HARRIS D., OGUS A., PHILLIPS J., « Contract Remedies and the Consumer Surplus », (1979) 95 *LQR* 581.
- HOLMES O. W., « The Path of the Law », (1896) 10 *Harv. L. Rev.* 457.
- JANSEN N., « The idea of a Lost Chance », 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 271 (1999).
- JANSEN N., RADEMACHER L., « Punitive Damages in Germany », in : *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, dir. H. KOZIOL, V. WILCOX, Wien, Springer, 2009, p. 75.
- KELLY B., « The Phantom Reliance Interest in Contract Damages », *Wis. L. Rev.* 1755 (1992).
- KOZIOL H., « Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation », in : *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, dir. H. KOZIOL, V. WILCOX, Wien, Springer, 2009, p. 275.
- MACNEIL, I. R. « Efficient Breach of Contract : Circles in the Sky », (1982) 68 *Virginia Law Review*, 947.
- MCGREGOR H., « Restitutionary Damages », in : *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, dir. P. BIRKS, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 203.
- MCKENDRICK E., « Breach of Contract and the Meaning of Loss », (1999) 52 *Current Legal Problems* 37.
- MCKENDRICK E., GRAHAM M., « The Sky’s The Limit: Contractual Damages for Non-Pecuniary Loss » (2002) *Lloyds’ Maritime and Commercial Law Quarterly* 161.
- MCKENDRICK E., « The Common Law at Work: The Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd », (2003) 3 *Oxford University Commonwealth Law Journal* 145.
- MCKENDRICK E., K. WORTHINGTON, « Damages for Non-Pecuniary Loss », in : *Comparative Remedies for Breach of contract*, dir. N. COHEN, E. MCKENDRICK, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 287.

MCLAUCHLAN D., « Expectation Damages: Avoided Loss, Offsetting Gains and Subsequent Events », in : *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, dir. D. SAIDOV, R. CUNNINGTON, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 349.

PEARCE D., HALSON R., « Damages for Breach of Contract; Compensation, Restitution and Vindication », (2008) 28 *OJLS* 73 (vol. 1).

RUSCH K., « Restitutionary Damages for Breach of Contract : a Comparative Analysis of English and German Law », 118 *SALJ* 59

SCHULZE R., « The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law », in : *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, dir. R. SCHULZE, 2^e éd., München, Sellier, 2009, p. 3.

SCHWARTZ A., « The Case for Specific Performance », (1979) 89 *Yale L. J.*, 271.

SHARPE R., WADDAMS S., « Damages for Lost Opportunity to Bargain », (1982) 2 *OJLS* 290.

SMITH L., « Understanding Specific Performance », in : *Comparative Remedies for Breach of contract*, dir. N. COHEN, E. MCKENDRICK, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 221.

SMITH S. A., « Substitutionary Damages », in : *Justifying Private Law Remedies*, dir. C. RICKETT, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 91.

STEVENS R., « Damages and the Right to Performance: A Golden Victory or Not? », in : *Exploring Contract Law*, dir. N.J. NEYERS, R. BRONAUGH, S. G. A. PITEL, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 171.

STEVENS R., « Rights and Other Things », in : *Rights and Private Law*, dir. D. Nolan, A. Robertson, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 115.

STOLL H., « Penal Purposes in the Law of Tort », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 18, n° 1, 1970, p. 3.

WEBB C., « Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation », (2006) 26 *OJLS* 41.

WILCOX V., « Punitive Damages in England », in : *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspective*, dir. H. KOZIOL, V. WILCOX, Wien, Springer-Verlag, 2009, p. 7.

WINTERTON D., « Money Awards Substituting for Performance », [2012] *LMCLQ* 446.

ZIMMERMANN R., « Non-Pecuniary Damages. Comparative Report », in : B. WINIGER, H. KOZIOL, B. KOCH, R. ZIMMERMANN (dir.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, *Essential Cases on Damage*, Berlin, De Gruyter, 2011, p. 706 (rapport 13/30).

D. Codifications supranationales, matériel législatif, projets de réforme

Department for Constitutional Affairs (DCA), The law on damages, CP 9/07, mai 2007, accessible à l'adresse <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/consult/damages/cp0907.pdf> (vérifiée le 3 sept. 2015).

Law Commission for England and Wales, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Law Com., n° 132 (1992), accessible à l'adresse <http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/cp132.pdf> (vérifiée le 3 sept. 2015).

Law Commission for England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Com., n° 247 (1997), accessible à l'adresse <http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/LC247.pdf> (vérifiée le 3 sept. 2015).

Ministry of Justice, Civil Law Reform. A Draft Bill, déc. 2009, accessible à l'adresse <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bills-acts/draft-civil-law-reform-bill.pdf> (vérifiée le 3 sept. 2015).

VON BAR C., CLIVE E., SCHULTE-NÖLKE H. (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009.

E. Jurisprudence

A v Bottrill [2003] A.C. 449.

AB v South West Water Services Ltd [1993] QB 507.

Addis v Gramophone Co Ltd [1909] A.C. 488.

Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd [2001] 1 A.C. 518 (HL).

Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons [1995] 1 WLR 1602.

Anglia Television Ltd v Reed [1972] 1 QB 60.

Attorney General v Blake [2001] 1 A.C. 268, [2000] 3 WLR 625, [2000] 4 All ER 385.

BMW of North America, Inc. v. Gore, [1996] 517 US 559 (Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique)

Broome v Cassell & Co. [1972] A.C. 1027.

Campbell Mostyn (Provisions) Ltd v Barnett Trading Co [1954] 1 Lloyd's Rep 65 (CA).

Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786.

Clydebank Engineering Co v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda [1905] A.C. 6.

Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd [1998] A.C. 1.

Darlington Borough Council v Wiltshier Northern Ltd [1995] 1 WLR 68.

Doyle v Olby [1969] 2 All ER 119.

Dunlop Pneumatic Tyre Co v New Garage and Motor Co [1915] A.C. 79.

Elsley v J.G. Collins Insurance Agencies Ltd [1978] 83 (3d.) 1.

Esso Petroleum Co Ltd v Niad Ltd [2001] EWHC 6 (Ch), [2001] All ER (D) 324.

Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc [2003] EWCA Civ 323, [2003] 1 All ER (Comm) 830.

Farley v Skinner (No 2) [2001] UKHL 49.

Farley v Skinner [2001] 3 WLR 899.

Flint v Lovell [1935] 1 KB 354 CA.

Frans Maas (UK) Ltd v Samsung Electronics (UK) Ltd [2004] EWHC 1502].

- Giedo van der Garde BV & anr v Force India Formula One Team Ltd* [2010] EWHC 2373 (QB).
- Glynn v Martgetson & Co* [1893] A.C. 351.
- Golden Strait Corporation v Nippon Yusen Kubishika Kaisha* [2007] UKHL 12.
- Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.
- H Parson (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd* [1978] QB 791.
- Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1995] 2 A.C. 145.
- Hotson v East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All ER 909.
- Huckle v Money* [1763] 2 Wils KB 205, 95 ER 768.
- Jamal v Moolla Dawood Sons & Co*, [1916] 1 A.C. 175 (PC).
- Jarvis v Swan Tours* [1973] QB 233.
- John Grimes Partnership Ltd v Gubbins*, [2013] EWCA Civ 37.
- Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 A.C. 122.
- Lake v Bayliss* [1974] 1 WLR 1073.
- Lane v O'Brien Homes* [2004] EWHC 303.
- Linden Gardens Trusts Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd* [1994] 1 A.C. 85 (HL).
- London, Chatam & Dover Ry v South Eastern Ry* [1893] A.C. 429.
- Lumley v Gye* [1853] EWHC QB J73, 2 Ellis and Blackburn 216.
- Lumley v Wagner* [1852] EWHC (Ch) J96.
- Murray v Leisureplay plc* [2005] I.R.L.R. 946 CA.
- Nottinghamshire Health Care National Health Service Trust v News Group Newspapers*, [2002] EWHC 409.
- Panatow Ltd v Alfred McAlpine Construction Ltd* [2000] 4 All ER 97.
- Pell Frischmann Engineering Ltd v Bow Valley and PT Bakrie Interinvestindo* [2009] UKPC 45.
- Penarth Dock Engineering Co Ltd v Pounds* [1963] 1 Lloyd's Rep 359.
- Philips Hong Kong Ltd v Attorney General of Hong Kong* (1993), 61 B.L.R. 41.
- Photo Production Ltd v Securior Ltd* [1980] A.C. 827 (HL).
- Public Works Commissioner v Hills* [1906] A.C. 368 PC.
- Reading v Attorney General* [1951] A.C. 507.
- Robinson v Harman* [1848] 1 Ex Rep 850.
- Rodocanachi Sons & Co v Milburn Bros* [1887] 18 QBD 67 (CA).
- Rookes v Barnard* [1964] A.C. 1129.
- Royal Bank of Canada v W Got & Associate Electric Ltd* [2000] 178 DLR (4th) 385 (Cour Suprême du Canada).
- Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* [1996] A.C. 344 (HL).

Sempra Metals Ltd v Commissioners of Inland Revenue [2008] A.C. 561.
Slater v Hoyle & Smith Ltd [1920] 2 KB 11 (CA).
Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. NVV Rotterdamsche Kolen Centrale [1967] 1 A.C. 361.
Supershield Ltd v Siemens Building Technologies FE Ltd, [2010] EWCA Civ 7.
Surrey County Council v Bredero Homes Ltd, [1993] 1 WLR 1361.
Teacher v Calder [1899] A.C. 451.
The Achilleas ou Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc [2008] UKHL 48.
The Gleaner Co Ltd v Abrahams [2004] 1 A.C. 628 (PC).
The Heron II ou Koufos v C Czarnikow Ltd [1969] 1 A.C. 350.
Thorpe v Thorpe [1832] 3 B & Ad 580.
Tito v Waddell (No 2) [1977] Ch 106.
Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc [2008] UKHL 48 (9 July 2008), [2008] 3 WLR. 345.
Vicars v Wilcocks [1806] 8 East 1.
Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd [1949] 2 KB 528.
White v Jones [1995] UKHL 5 (16 February 1995), [1995] 2 A.C. 207.
Whiten v Pilot Insurance Co. Ltd [2002] 209 DLR (4th) 257 (Cour Suprême du Canada).
Wilkes v Wood [1763] Lofft I, 18, 98 ER 489.
Williams Bros v Ed T Agius Ltd [1914] A.C. 510 (HL).
Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd [1974] 1 WLR 798.
WWF – World Wide Fund for Nature v World Wrestling Federation Entertainment Inc [2007] EWCA Civ 286.

Index

(Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Action for the agreed price : 43 ; 60

Adäquenztheorie : 239

Additionnal damages : 292

Aménagements conventionnels de la réparation :

v. clause d'indemnisation forfaitaire, clause limitative de réparation, clause pénale

Aménagements légaux de la réparation : 243 et s. ; 339 et s.

Amende civile (droit de la concurrence) : 416

B

Bail (contrat de) : 103 et s. ; 163 et s. ; 241 ; 250 ; 373 ; 378 et s

C

Cause of action : 43 ; 393

Clause d'indemnisation forfaitaire : 317 ; 319

v. aussi *liquidated damages*

Clause limitative de réparation : 181 et s. ; 341 et s.

Clause pénale : 317 et s.

- modération : 321

v. aussi *penalty*, *Vertragsstrafe*

Consumer surplus : 221

Correction (faculté de) : 54

Coût de substitution : 179

D

Discrimination : 265

Délai supplémentaire d'exécution : 173 et s.

v. aussi *Nachfrist* et correction

Destruction

- description : 30

- qualification en exécution : 66 et s.

Dol : 338 et s.

- dol lucratif : 442 et s.

Dommmage

- et préjudice : 247
- intrinsèque/extrinsèque : 154 et s.

Dommages et intérêts

- date de naissance de la créance : 107 ; 192 et s.
- libre disposition : 194

Dommages et intérêts punitifs

- dommages et intérêts à coloration punitive *de lege lata* : 355 et s.
- dommages et intérêts punitifs *de lege ferenda* : 383 et s.

Dommages et intérêts compensatoires : 199 et s.

Dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution

- définition : 148
- régime : 168 et s.

E

Efficient breach : 396 ; 435 et s.

Equity : 44

Estimatoire (action)

- v. réduction du prix

Exception d'inexécution

- droit français : 31
- droit allemand : 38

Exécution forcée

- droit français : 29 ; 50 ; 55 ; 63 et s.
- droit allemand : 35 et s. ; 51 ; 63 et s.
- droit anglais : 44 ; 56 ; 60 et s.

Exécution par équivalent : 111

Exemplary damages

- régime général : 281 et s. ; 291
- en matière contractuelle : 377 et s. ; 393 et s.

F

Faute contractuelle

- en droit français : 170
- en droit allemand : 40

Faute du créancier : 343 et s.

Faute lucrative : 406 et s.

- v. aussi Dol lucratif

Forfaits d'indemnisation

v. aménagements légaux de la réparation

G

Gain manqué : 209

H

Hardship : 63 et s.

I

Illicite (cessation de l') : 67

Injunction : 44

Intérêts moratoires : 325 et s.

- droit français : 329 et s.
- droit allemand : 331
- droit anglais : 332
- du droit commercial : 334 et s.
- du droit commun : 336

Intérêt positif / intérêt négatif : 203 et s.

L

Licenciement (indemnité de) : 314

Liquidated damages : 319

v. aussi clause d'indemnisation forfaitaire

M

Matière pénale : 278 et s.

Minimisation du dommage

v. *mitigation*

Mitigation : 47 ; 344

Moral (préjudice)

- atteintes à la personne du créancier : 224
- *consumer surplus* : 221
- et intérêt positif : 220 et s.
- *Schmerzensgeld* : 306 et s.
- voyages à forfait : 220

N

Nachfrist : 53 ; 177

v. aussi correction (faculté de) et délai supplémentaire d'exécution

O

Obligations

- de moyens et de résultat : 170
- primaires et secondaires : 58
- principales et accessoires : 162 et s.

P

Paiement

- définition du paiement : 109
- définition de la fonction de : 112

Peine privée

- définition : 273
- critères : 264 et s.

Peine semi-privée : 450

Penalty : 319 et s.

Perte de chance

- droit français : 215 ; 218 et s. ; 371
- droit allemand : 216
- droit anglais : 217

Perte de valeur : 180

Pflichtverletzung : 34

Plafonds d'indemnisation

v. aménagements légaux de la réparation

Pouvoir souverain d'appréciation des juges

- droit français : 300 et s.
- droit allemand : 307

Positive Vertragsverletzung : 33

Prescription : 107 ; 193

Prévisibilité du préjudice contractuel

- règle : 229 et s.
- exception (dol) : 357 et s.

Promesse unilatérale de vente : 60

R

Rechtmäßiges Alternativverhalten : 241 ; 374 et s.

Redevance fictive

- et restitution partielle des profits : 427 et s.
- propriété intellectuelle et artistique : 410

Réduction du prix : 31

Remoteness : 235

Réfaction

v. réduction du prix

Remède : 25

Remplacement (faculté de)

- droit français : 30 ; 68 et s.
- droit anglais : 47

Réparation en nature :

- en droit français : 65 ; 70 et s.
- en droit allemand : 39

Réparation intégrale : 246

Résolution

- droit français : 29
- droit allemand : 38
- droit anglais : 45 et s.

Responsabilité contractuelle

- définition en droit français : 8
- définition en droit allemand : 9
- définition en droit anglais : 11

Responsabilité extracontractuelle

- dommage moral : 225
- frontière contrat/délit : 23 ; 102
- réception de la peine privée : 260 et s.

Restitution des profits

- désignation : 408
- nature : 432 et s.
- régime : 441 et s.

Rétablissement : 18 ; 113

S

Sanction (définition) : 25

Schutzzweck der Norm : 240

Specific performance

v. exécution forcée

Substitutive damages : 121 et s.

Substitutionary damages : 124 et s.

T

Tort of inducement of breach of contract : 380 et s.

Travail (contrat de) : 103 ; 191 ; 224 ; 241 ; 265 ; 280 ; 314 et s. ; 358 ; 365 ; 375 ; 422 ; 445 ; 446.

U

Unmöglichkeit : 36

V

Vertragsstrafe : 318 et s.

Verzugszinsen : 331 et s.

Vices cachés

- droit français : 31 ; 389
- droit allemand : 138

Vorteilsausgleichung : 241 ; 372 et s.

W

Writs : 43

Table des matières

Avertissement	III
Remerciements	VII
Résumé	IX
Abstract.....	IX
Sommaire.....	XI
Liste des abréviations.....	XIII
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ORIENTÉE VERS LE CRÉANCIER : LE PAIEMENT ET LA RÉPARATION	26
TITRE 1. LES FONCTIONS DE PAIEMENT ET DE RÉPARATION.....	30
Chapitre 1. La responsabilité contractuelle au sein des sanctions de l'inexécution.....	34
Section 1. L'éventail des sanctions de l'inexécution	36
§1. Le droit français de l'inexécution.....	37
A. L'exécution forcée, la résolution et les dommages et intérêts comme sanctions principales ...	37
B. Les autres sanctions	39
1. La destruction et le remplacement.....	39
2. L'exception d'inexécution et la réduction du prix.....	40
§2. Le droit allemand des troubles dans l'exécution	41
A. De l'ancien au nouveau régime des troubles dans l'exécution	41
B. Les sanctions de l'inexécution dans le nouveau droit allemand des obligations	44
1. L'exécution forcée.....	44
2. La résolution.....	46
3. Le Schadensersatz	47
§3. Le droit anglais des remèdes	50
A. Les remèdes judiciaires	50
1. Les remèdes originels de la common law	50
2. Les remèdes développés par l'equity	51
B. Les remèdes extrajudiciaires.....	52
1. La résolution.....	52
2. Les remèdes extrajudiciaires et la règle « mitigation ».....	54
Section 2. La place de la responsabilité contractuelle.....	56
§1. Responsabilité contractuelle et exécution forcée	56
A. La responsabilité contractuelle concurrencée par l'exécution forcée en France et en Allemagne	56
1. L'exécution en nature imposée par le créancier	56
2. L'exécution en nature imposée au créancier.....	59
B. La primauté de la responsabilité contractuelle sur l'exécution en droit anglais	62
1. Facteurs historiques et sociologiques	62
2. Dommages et intérêts et droit à l'exécution	63
C. L'amarce d'un rapprochement	65
1. Vers une admission élargie de l'exécution forcée en droit anglais.....	65
2. Vers une restriction de l'exécution forcée en France et en Allemagne.....	68
§2. Responsabilité contractuelle et réparation en nature	72
A. L'intégration de la « fausse » réparation en nature à l'exécution	72
1. Les facultés de destruction et de remplacement du Code civil	72
2. La réparation en nature dans la jurisprudence	76
3. L'absorption de la pseudo-réparation en nature par l'exécution.....	79
B. L'abandon de la « vraie » réparation en nature.....	80
1. L'illégitimité de la réparation en nature	80
2. Les dommages et intérêts comme unique sanction réparatrice.....	82
§3. Synthèse : le double jeu de la responsabilité contractuelle	85
A. La distinction des sanctions réglant le sort du contrat et des sanctions réglant le sort des parties	85

1. La classification de Paul Grosser.....	85
2. L'intérêt de la classification	86
B. La responsabilité contractuelle comme sanction réglant le sort du contrat et celui des parties	87
1. La responsabilité contractuelle mise en jeu à titre principal.....	87
2. La responsabilité contractuelle mise en jeu à titre complémentaire	88
Conclusion du chapitre 1	90
Chapitre 2. La double fonction de paiement et de réparation de la responsabilité contractuelle.....	92
Section 1. La double fonction de paiement et de réparation en droit français	96
§1. La controverse relative au bien-fondé de la responsabilité contractuelle.....	98
A. Les acteurs.....	99
B. Les arguments historiques	103
1. L'émergence du concept.....	103
2. Les textes du Code.....	105
C. Les arguments pratiques	108
1. Les faux problèmes de la faute et de la frontière contrat-délit.....	108
2. La question centrale du dommage	110
3. La prescription et la date de naissance de la dette de dommages et intérêts.....	114
§2. Du sens véritable des fonctions de paiement et de réparation.....	116
A. Le rejet du concept d'exécution par équivalent.....	116
1. La pertinence d'une définition large de l'exécution	116
2. L'impossible assimilation des dommages et intérêts à une exécution.....	118
B. La combinaison des fonctions de paiement et de réparation.....	119
Section 2. Les fonctions de paiement et de réparation au-delà du droit français	121
§1. L'émergence de la double fonction dans la doctrine anglaise contemporaine	121
A. De l'intérêt à l'exécution au droit à l'exécution	123
1. Les intérêts contractuels de Fuller et Perdue et les critiques de Daniel Friedmann.....	123
2. La percée du droit à l'exécution	125
B. Les théories relevant la double orientation des dommages et intérêts contractuels.....	127
1. La <i>right-based approach</i> et les substitutive damages de Robert Stevens.....	127
2. Les substitutionary damages de Stephen Smith et Charlie Webb.....	130
3. La voie de la synthèse ouverte par David Winterton.....	132
§2. La dualité des dommages et intérêts depuis la réforme du droit allemand des obligations.....	133
A. Les dommages et intérêts du nouveau droit de l'inexécution.....	134
1. Les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation	134
2. Les dommages et intérêts en marge de la prestation.....	137
B. Confrontation à la théorie du paiement et de la réparation	139
1. Une démarche distincte	139
2. Un rapprochement certain	141
Conclusion du chapitre 2	146
CONCLUSION DU TITRE 1	148
TITRE 2. LES SANCTIONS TRADUISANT LE PAIEMENT ET LA RÉPARATION.....	150
Chapitre 1. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution	154
Section 1. La détermination des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.....	158
§1. La vision simplifiée : l'indemnisation d'un dommage intrinsèque	159
A. La fonction de paiement confondue avec l'indemnisation d'un dommage intrinsèque.....	159
1. Le dommage intrinsèque selon Pothier.....	159
2. Le dommage immédiat (direct loss) du droit anglais.....	162
B. La nécessité d'abandonner la référence au dommage.....	164
1. Le dommage intrinsèque exclu de la définition actuelle du dommage.....	164
2. L'abandon de la référence au dommage.....	166
§2. La description pertinente : un substitut à l'exécution corrective.....	168
A. Le rejet du critère de l'obligation principale	168
1. La distinction des obligations principales et accessoires.....	168
2. L'incapacité de l'obligation principale à caractériser les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.....	170
B. Les dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution comme substitut à l'exécution corrective.....	171
1. Le critère de l'exécution corrective dans le droit allemand.....	171
2. Le sens retenu du substitut à l'exécution corrective.....	173
Section 2. La construction d'un régime des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.....	175

§1. Les conditions des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.....	176
A. L'inexécution.....	176
1. L'inexécution comme condition commune des sanctions de l'inexécution.....	176
2. L'inexécution comme fait générateur des dommages et intérêts.....	178
B. L'octroi d'un délai supplémentaire d'exécution.....	179
1. L'opportunité du délai supplémentaire d'exécution.....	179
2. La mise en œuvre du délai supplémentaire d'exécution.....	182
§2. Les effets des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.....	185
B. L'inapplicabilité des clauses limitatives de réparation.....	188
1. Obligation essentielle, Kardinalpflichten, interprétation <i>contra proferentem</i>	188
2. La protection de la dette d'exécution.....	193
C. La dette de dommages et intérêts.....	199
1. La répartition de la dette (solidarité).....	199
2. La protection de la dette (garanties, sûretés, assurances).....	201
3. La date de naissance de la dette (prescription).....	203
D. La libre disposition des dommages et intérêts.....	206
1. La libre disposition des dommages et intérêts en lieu et place de l'exécution.....	206
2. L'influence de l'affectation sur le choix entre le coût de substitution et la perte de valeur.....	207
Conclusion du chapitre 1.....	211
Chapitre 2. Les dommages et intérêts compensatoires.....	214
Section 1. La réparation réalisée par les dommages et intérêts compensatoires.....	217
§1. Les éléments classiques de la réparation.....	217
A. Le rétablissement de l'intérêt positif.....	218
1. La distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif.....	218
2. L'évaluation de la réparation contractuelle à l'aune de l'intérêt positif.....	220
B. Les pertes subies et les gains manqués.....	222
1. Aperçu de la double mesure.....	222
2. Le gain manqué.....	224
3. Les pertes subies.....	225
§2. Les mesures exceptionnelles de la réparation.....	227
A. Les préjudices patrimoniaux particuliers.....	227
1. La réparation de l'intérêt négatif.....	227
2. La perte de chance.....	232
B. Les préjudices extrapatrimoniaux.....	237
1. Les préjudices moraux inclus dans l'intérêt positif.....	237
2. Les préjudices moraux résultant d'une atteinte à la personne.....	241
Section 2. La réparation encadrée par les dommages et intérêts compensatoires.....	244
§1. Le cantonnement du préjudice contractuel réparable.....	245
A. La prévisibilité du dommage contractuel en droit français.....	246
1. Les justifications de la règle.....	246
2. L'application de la règle.....	249
B. Les méthodes utilisées en droit comparé.....	253
1. En droit anglais.....	253
2. En droit allemand.....	258
§2. La spécificité de la réparation contractuelle.....	264
A. Comparaison avec les aménagements spéciaux de la réparation.....	265
1. Paliers, plafonds, forfaits : variété de formes et pluralité de buts.....	265
2. L'indemnisation d'un préjudice nécessairement fictif.....	266
B. Le sens de la réparation contractuelle.....	267
1. La réparation intégrale en matière contractuelle.....	267
2. La définition du préjudice contractuel.....	269
Conclusion du chapitre 2.....	271
CONCLUSION DU TITRE 2.....	273
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	275
DEUXIÈME PARTIE. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ORIENTÉE VERS LE DÉBITEUR : LA PEINE PRIVÉE.....	279
TITRE 1. LA FONCTION DE PEINE PRIVÉE.....	283
Chapitre 1. La peine privée dans la responsabilité civile extracontractuelle.....	285
Section 1. Le rejet apparent de la peine privée par la responsabilité civile.....	287

§1. La peine privée définie par son opposition à la réparation.....	287
A. Le critère téléologique : un but préventif et punitif.....	290
B. Le critère matériel : une sanction allant au-delà de la réparation.....	293
C. Le critère moral : une sanction proportionnée à la faute.....	294
D. Synthèse et retour sur la définition de la peine privée.....	296
§2. La peine privée maintenue à l'écart de la responsabilité civile.....	297
A. Un rejet appuyé sur la séparation du pénal et du civil.....	297
1. Un mécanisme appartenant au passé.....	297
2. La confusion de la peine privée avec la matière pénale.....	300
B. Le signe du rejet : l'endiguement des dommages et intérêts punitifs.....	304
1. Le caractère exceptionnel des dommages et intérêts exemplaires anglais.....	304
2. La reconnaissance délicate des dommages et intérêts punitifs étrangers.....	306
Section 2. L'influence réelle de la peine privée dans la responsabilité civile.....	310
§1. La « grande porte » : la consécration de peines privées par le droit positif.....	311
A. Les dommages et intérêts exemplaires du droit anglais.....	311
1. Une sanction réservée à la responsabilité délictuelle.....	311
2. Le cas des « additional damages ».....	312
B. L'astreinte en droit français.....	313
C. Les dommages et intérêts multiples au bénéfice de la GEMA du droit allemand.....	314
§2. La « petite porte » : l'influence de la peine privée dans la pratique judiciaire.....	317
A. La peine privée dans la pratique judiciaire française.....	317
1. Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.....	317
2. La complicité de la Cour de cassation.....	320
B. La peine privée dans la pratique judiciaire allemande.....	322
1. Le refoulement affiché de la peine privée.....	322
2. La « Genugtuung » : la peine privée sous couvert d'indemnisation du préjudice moral.....	325
C. La peine privée dans la pratique judiciaire anglaise.....	327
1. Un contrôle restreint du <i>quantum</i> des dommages et intérêts.....	327
2. La peine privée glissée dans l'évaluation des dommages et intérêts.....	328
Conclusion du chapitre 1.....	332
Chapitre 2. La réception de la peine privée par la responsabilité contractuelle.....	335
Section 1. Des indemnités punitives.....	336
§1. La clause pénale.....	338
A. La clause pénale et sa distinction de la clause d'indemnisation forfaitaire.....	339
1. Les caractères de la clause pénale.....	339
2. Le traitement de la clause pénale.....	342
B. La clause pénale en tant que peine privée.....	345
1. L'échec de la justification indemnitaire.....	345
2. La caractérisation d'une peine privée.....	346
§2. Les intérêts moratoires.....	348
A. Le fonctionnement des intérêts moratoires.....	350
1. Aperçu du mécanisme des intérêts moratoires.....	350
2. Les intérêts moratoires en droit français.....	351
3. Les intérêts moratoires en droit allemand.....	354
4. Les intérêts moratoires en droit anglais.....	355
5. Synthèse des taux en vigueur en France, en Allemagne et en Angleterre.....	357
B. La nature de peine privée des intérêts moratoires.....	357
1. Les intérêts moratoires du droit commercial caractérisant une peine privée.....	357
2. Les intérêts moratoires du droit commun pouvant relever de la peine privée.....	359
Section 2. Une appréciation morale du fait libérateur de responsabilité.....	361
§1. Les limitations de la réparation refusées au débiteur coupable de dol.....	362
A. Les forfaits et plafonds légaux d'indemnisation neutralisés.....	362
B. Les clauses limitatives de réparation privées d'effet.....	364
§2. L'appréciation morale du partage de responsabilité.....	365
A. La prise en compte de la faute du créancier.....	365
B. D'une appréciation causale à une appréciation morale du partage de responsabilité.....	368
Conclusion du chapitre 2.....	371
CONCLUSION DU TITRE 1.....	373
TITRE 2. LES SANCTIONS REFLÉTANT LA PEINE PRIVÉE.....	375
Chapitre 1. Les dommages et intérêts à coloration punitive.....	379

Section 1. L'existence de dommages et intérêts à coloration punitive.....	381
§1. En droit français.....	382
A. La sanction du dol par des dommages et intérêts à caractère punitif.....	382
1. Les dommages et intérêts étendus au préjudice imprévisible.....	382
2. Illustrations du caractère punitif.....	384
B. La sanction du retard présentant un caractère dilatoire.....	386
1. Les dommages et intérêts supplémentaires du Code civil.....	386
2. Les intérêts de retard doubles du Code des assurances.....	389
C. Les dommages et intérêts moraux « multiples ».....	390
1. Les difficultés d'évaluation du préjudice moral.....	390
2. Les dommages et intérêts multiples : la jurisprudence relative à l'amiante.....	392
3. Le caractère punitif de la « démultiplication » du préjudice moral.....	394
§2. En droit allemand.....	396
A. Les dommages et intérêts sanctionnant la faute lourde du médecin.....	397
1. Une présomption de causalité aux allures de peine privée.....	397
2. L'intégration du mécanisme punitif dans le BGB.....	399
3. La distinction entre la solution allemande et la perte de chance du droit français.....	400
B. Le bénéfice d'une exonération refusé au débiteur dolosif.....	401
1. Les causes exonératoires et leur refus d'application.....	401
2. Illustrations de refus d'exonération à des fins punitives.....	404
§3. En droit anglais.....	407
A. Les dommages et intérêts exemplaires appliqués au contrat.....	408
1. Le principe : le rejet des dommages et intérêts exemplaires contractuels.....	408
2. Le contournement : l'inexécution constituant un délit.....	409
B. La punition du tiers incitant à la violation du contrat.....	411
1. L'arrêt <i>Lumley v Gye</i>	411
2. Le caractère punitif du délit d'incitation à la violation du contrat.....	412
Section 2. L'inopportunité d'une généralisation des dommages et intérêts punitifs.....	414
§1. Irréductibilité à un modèle unique de dommages et intérêts punitifs.....	414
A. Diversité des faits générateurs.....	414
1. Dol, faute lourde, faute inexcusable.....	414
2. Quelle faute pour les dommages et intérêts punitifs ?.....	416
B. Pluralité d'effets.....	418
1. Des sanctions aux effets différents.....	418
2. Une difficulté supplémentaire : la référence persistante au dommage.....	420
§2. Prudence des législateurs.....	421
A. L'extension au contrat des dommages et intérêts exemplaires écartée en Angleterre.....	422
1. Une évolution permise par le droit anglais.....	422
2. Le rejet des dommages et intérêts punitifs contractuels par la <i>Law Commission</i> anglaise.....	424
B. Les réticences à l'égard des dommages et intérêts punitifs en France et en Allemagne.....	429
1. Une évolution compatible avec la conception continentale de la responsabilité.....	429
2. Le rejet des législateurs allemand et français.....	432
Conclusion du chapitre 1.....	436
Chapitre 2. La restitution des profits.....	439
Section 1. L'essor de la restitution des profits.....	442
§1. Une sanction émergente en France et en Allemagne.....	443
A. Le droit de la propriété intellectuelle.....	443
B. Les droits de la personnalité.....	446
C. Le droit de la concurrence.....	448
1. Le droit des pratiques anticoncurrentielles : l'exemple allemand.....	448
2. Le droit des pratiques restrictives de concurrence : l'exemple français.....	450
3. Le droit de la concurrence déloyale.....	452
§2. Une généralisation possible : l'exemple anglais.....	454
A. La restitution des profits comme sanction de la violation du contrat en droit anglais.....	456
1. <i>Blake</i>	456
2. L'après- <i>Blake</i>	457
B. La distinction de la redevance fictive des <i>Wrotham Park Damages</i>	459
1. <i>Wrotham Park</i> et <i>Experience Hendrix</i>	459
2. Une redevance fictive tenant lieu de paiement.....	461
Section 2. Pour la consécration de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution.....	465

§1. Le choix de consacrer la restitution des profits	465
A. La nature de la sanction	466
1. Une sanction supra-compensatoire	466
2. Une peine privée modérée	467
B. L'opportunité de la sanction	470
1. Le rejet de la théorie de la violation efficace du contrat	470
2. L'accueil de la sanction de l'inexécution lucrative par la restitution des profits	475
§2. Le régime de la restitution des profits comme sanction de l'inexécution	477
A. Les conditions de la sanction	478
1. Une inexécution dolosive génératrice d'un profit (dol lucratif)	478
2. Illustrations de dols lucratifs	481
B. Les effets de la restitution des profits	484
1. Une restitution intégrale des profits générés par le dol	484
2. Du débiteur personnellement au créancier exclusivement	486
C. L'autonomie de l'action en restitution des profits	488
1. Le choix entre la restitution des profits et les dommages et intérêts	488
2. La consécration d'une sanction autonome	489
Conclusion du chapitre 2	491
CONCLUSION DU TITRE 2	493
CONCLUSION DE LA PARTIE II	495
CONCLUSION DE LA THESE	497
BIBLIOGRAPHIE	505
INDEX	543
TABLE DES MATIERES	549