

POUR UNE RECONNAISSANCE ENCADRÉE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS PUNITIFS EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS CONTEMPORAIN, À L'INSTAR DU MODÈLE JURIDIQUE QUÉBÉCOIS

Mariève Lacroix*

Certaines manifestations des dommages-intérêts punitifs sont présentes dans le système juridique français et constituent une réalité voilée. La levée d'un tel voile tend toutefois à être prononcée avec l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (art. 1371). Le constat de l'importance accordée aux dommages-intérêts punitifs conduit l'auteure à se questionner au plan de l'opportunité d'une reconnaissance officielle encadrée de cette institution en droit privé français. Pour ce faire, une confrontation des obstacles théoriques apparents aux avantages pratiques réels, ainsi qu'un examen du modèle juridique québécois favorisant l'octroi de dommages-intérêts punitifs seront mis en exergue. Elle conclut qu'une reconnaissance des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain doit prévaloir, car la consécration d'une telle notion constitue une solution satisfaisante au plan de l'évolution interne du droit de la responsabilité civile et de l'influence reçue du droit civil québécois.

Signs of the concept of punitive damages are present in the French system of law, but constitute a veiled reality. This veil seems to have been lifted, however, with the "Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription" (s. 1371). The author examines the opportunity for official recognition of punitive damages in French law. Theoretical obstacles and real practical advantages are canvassed, and the relevant law of Québec is considered. The author concludes that punitive damages should be recognized in French law, because the acceptance of such a notion constitutes a satisfactory development in the internal evolution of civil liability, and demonstrates the influence of Québec law.

* LL.B., LL.M., Master 2 (Paris 1 – Panthéon-Sorbonne). Une version préliminaire de ce texte a été présentée comme étude réalisée dans le cadre de la 2^e année de Master (Droit privé général) à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, sous la direction de Monsieur le Professeur Patrice Jourdain.

Il y a deux aspects, les dommages-intérêts réparateurs et les dommages-intérêts punitifs.

C'est vraiment une question de culture.

J'espère que notre système ne basculera jamais dans l'exagération américaine qui est caricaturale et qui finit d'ailleurs par tuer le système judiciaire.

En revanche, il n'est pas absurde de chercher au civil non pas la punition, mais une juste indemnisation.

Réflexion de Francis Teitgen, Bâtonnier de Paris, le 1^{er} janvier 2000.

Introduction

Prééminence de la faute subjective, puis reflux de la faute, tantôt écartée, tantôt banalisée, voire objectivée, à une indemnisation directe et automatique : les manifestations de l'idéologie de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile sont évolutives. L'amplification du phénomène s'ensuit par la logique assurantielle, suivant le déplacement de la charge de la réparation, et l'atteinte de son apogée est annoncée par le développement des fonds d'indemnisation, véritable mode de collectivisation de la responsabilité.

L'évolution de la responsabilité civile traduit une mutation de son centre de gravité et une mise en orbite divergente de ses deux pôles caractéristiques, celui du responsable de l'acte dommageable et celui de la victime. Ce n'est plus au visa de la seule détermination du responsable que la responsabilité est envisagée, mais de l'indemnisation de la victime. D'une dette de responsabilité l'on tend à une créance de réparation. Peut-on énoncer pour autant que la responsabilité civile est « *déracinée, désincarnée, « décervelée* » »¹? Doit-on s'inquiéter de cette objectivation de la responsabilité, à l'instar des moralistes pour lesquels la subjectivité de la faute serait « *le substrat inhérent à un fondement moral de la responsabilité juridique* »²? Importe-t-il, par ailleurs, d'asseoir un socle éthique à la responsabilité civile afin de ne pas détacher la responsabilité de la morale?

L'exigence éthique est multiforme au sein de la responsabilité civile. Le droit positif français s'y conforme dans la plupart de ses règles fondamentales. Au plan du responsable, la responsabilité civile est essentiellement investie d'une fonction d'indemnisation, ce qui la distingue de celle pénale qui poursuit une finalité sociale de punition du

¹ Yvonne Lambert-Faivre, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation » [1987] R.T.D. civ. 1 à la p. 3.

² Yvonne Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité » [1998] R.T.D. civ. 1 à la p. 2.

coupable. Au plan de la victime, l'éthique de la responsabilité impose l'équité dans la responsabilité par le rétablissement d'un juste équilibre rompu par le dommage causé. Impératif civil de réparation contre l'auteur et droit de la victime à une juste indemnisation : ces deux traductions de l'éthique de la responsabilité civile s'imposent à l'auteur du fait dommageable et à la victime respectivement.

Toutefois, ce confinement de la responsabilité civile dans ses deux axiomes de réparation intégrale et de principe indemnitaire n'est-il pas muable au regard du phénomène de la déresponsabilisation? À ce titre, le poncif « *responsable mais non coupable* » illustre la dérive du droit de la responsabilité. Or, qu'en est-il lorsque l'auteur du fait dommageable est « *très coupable mais peu responsable* »? N'y aurait-il pas lieu de « *réactiver* » le rôle normatif de la responsabilité civile, sacrifié « *sur l'autel de la réparation* »³, et, à travers lui, la restauration du fragile équilibre entre liberté, responsabilité et garantie, par l'octroi de dommages-intérêts punitifs? Révolution au « *sens copernicien du terme* »⁴, en opérant un retour à la confusion originelle de la réparation et de la répression, bannie par le droit français contemporain, ou solution s'imposant pour pallier au divorce de la faute et de la responsabilité?

Loin d'être une question adventice, l'opportunité d'une institutionnalisation des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain s'inscrit au cœur de la présente étude. En dépit de la position marginale occupée par la peine privée parmi les paradigmes du droit français, un mouvement doctrinal se dessine en faveur de son renouveau⁵. La plus haute mission de la justice, selon Ihering⁶, est de proportionner la réparation à la gravité de la négligence. Quant à Starck, l'idée de peine privée aurait dû devenir une institution de droit positif⁷. La peine privée moderne doit être envisagée à titre de sanction juridique et non point de « *vestige des temps anciens où l'État, n'ayant pas les moyens de faire respecter l'ordre social, confiait ce soin à de simples*

³ Suzanne Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, thèse Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de droit privé, t. 250, 1995 à la p. 3, n° 5.

⁴ Philippe Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2005 à la p. 10, n° 14.

⁵ Carval, *supra* note 3; Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, préf. F. Pollaud-Dulian, thèse Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002; Alexis Jault, *La notion de peine privée*, préf. F. Chabas, thèse Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de droit privé, t. 442, 2005.

⁶ Rudolph von Ihering, *De la faute en droit privé*, t. 2, traduit par O. De Meulanaere, Paris, Librairie Maresq, 1880.

⁷ Boris Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée*

particuliers »⁸. Elle recouvre une réalité disparate et se traduit par diverses expressions : astreinte, clause pénale, effet exonératoire de la faute de la victime, fixation d'un minimum légal, recours entre coauteurs responsables, restitution... mais également dommages-intérêts punitifs⁹. Ceux-ci se caractérisent par la condamnation de l'auteur responsable au versement d'une somme supérieure à celle requise pour réparer le préjudice de la victime. L'importance du montant démontre alors une volonté de réprimer le responsable¹⁰.

Présents dans la législation babylonienne sous le Code d'Hammourabi et puisant leur source en droit romain avec le délit prétorien de *metus*, les dommages-intérêts punitifs reçoivent une première application en Angleterre, dans l'arrêt *Wilkes v. Wood*¹¹ de 1763. Leur vocation punitive, aux côtés de laquelle cohabite la dissuasion, est explicitement énoncée : « *châtier les individus dont il apparaissait qu'ils avaient violé la loi civile avec une intention méchante ou malicieuse* ». Institution spécifique à la common law, où des solutions pragmatiques d'inspiration utilitariste sont essentiellement recherchées, leur importation en droit privé français apparaît *a priori* incohérente avec un système de droit écrit et de tradition romano-germanique. En effet, la notion de dommages-intérêts punitifs semble incompatible avec le dogme de la réparation intégrale et la divergence des finalités propres aux responsabilités civile et pénale. S'agit-il pour autant d'obstacles infranchissables? La consécration des dommages-intérêts punitifs en droit civil québécois emporte la preuve qu'ils peuvent être intégrés avec succès dans un système civiliste inspiré de la tradition napoléonienne.

en sa double fonction de garantie et de peine privée, préf. M. Picard, thèse Rodstein, 1947.

⁸ Marcel Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne » dans *Études offertes à Pierre Kayser*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, 261 à la p. 261, n° 1.

⁹ Henry et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1976 aux pp. 703 et s., n^{os} 2353 et s.; Geneviève Viney et Patrice Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001 aux pp. 8 et s., n^{os} 6 et s.

¹⁰ Coutant-Lapalus, *supra* note 5 à la p. 396, n° 470. Voir également Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, 7^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2005 à la p. 731 (« *dommages-intérêts punitifs* »).

¹¹ (1763) 98 E.R. 489 (K.B.). Voir Hans Stoll, « Consequences of liability : remedies », c. 8, vol. XI « Torts » dans A. Tunc, dir., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Boston, Lancaster; Camille Jauffret-Spinosi, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers » Les Petites Affiches, 20 novembre 2002, n° 232, 8.

Les échos d'une réception des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain sont contrastés. Pour les opposants traditionalistes, les dommages-intérêts punitifs sont perçus telle une institution dangereuse, principalement au regard de la dérive procédurale américaine¹² et de l'irrespect de la stricte logique française qui confine au droit de la responsabilité pénale la fonction punitive¹³. Une réplique leur est opposée par les partisans qui relèvent de nombreux domaines où les dommages-intérêts punitifs apparaissent indispensables, dont celui de la résiliation unilatérale¹⁴, de la concurrence déloyale¹⁵, des atteintes à la personnalité¹⁶, qui sont le fait des organes de presse¹⁷ notamment, et des atteintes à l'environnement. Loin de s'apaiser, la question des dommages-intérêts punitifs suscite un vif intérêt et anime les débats au sein de plusieurs colloques¹⁸.

Il importe de s'interroger sur l'opportunité d'une reconnaissance des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain. La consécration d'une telle notion constitue-t-elle une solution satisfaisante au plan de l'évolution interne du droit de la responsabilité civile et de l'influence reçue des systèmes juridiques étrangers, dont le droit québécois, suivant l'introduction des paramètres de prévention et de dissuasion? En d'autres termes, les dommages-intérêts punitifs sont-ils

¹² Lambert-Faivre, *supra* note 2 à la p. 19; Sophie Schiller, « Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité » (2001) 45 Archives de philosophie du droit 177.

¹³ Stéphane Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir? » dans *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle : bilan prospectif*, Resp. civ. et assur., hors-série juin 2001, 68 à la p. 72, n° 22.

¹⁴ Soraya Amrani-Mekki, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée » Les Petites Affiches, 13 août 2002, n° 161, 4.

¹⁵ Daniel Fasquelle, « Concurrence déloyale : amendes civiles ou « dommages punitifs » » Gaz. Pal. 2001.I.1681; Jacques Azéma, « Table ronde animée par Jacques Azéma » Gaz. Pal. 2001.I.1692.

¹⁶ Raymond Lindon, note sous C.A. Paris, 26 avril 1983, D. 1983.II.376.

¹⁷ Éric Semmel, *Les dommages-intérêts punitifs en droit de la presse*, mémoire sous la direction de B. Beignier, Paris, Université Paris 2 – Panthéon-Assas, 1994.

¹⁸ « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage? », Colloque du 21 mars 2002, sous la direction scientifique du Professeur M. Behar-Touchais, Les Petites Affiches, 20 novembre 2002; « La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle : bilan prospectif », 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 des 7-8 déc. 2000, Resp. civ. et assur., hors-série juin 2001; « L'appréciation du préjudice », Cycle de conférence organisé par la Cour de cassation et la Chaire Régulation de Sciences Po Paris du 1^{er} mars 2004 au 21 juin 2004, sous la direction scientifique de G. Canivet, Premier Président de la Cour de cassation, M.-A. Frison-Roche, Agrégée des Facultés de droit, Professeur à Sciences Po Paris, et B. Deffains, Professeur à l'Université Nancy II, Droit in Situ Avril 2005.

adéquats aux fins de pallier aux lacunes et de combler les insuffisances du droit positif au regard du droit à réparation ou constituent-ils plutôt une ingérence induite au dogme de la réparation intégrale et une confusion des finalités des responsabilités civile et pénale?

La présente réflexion impose, en premier lieu, de dresser un portrait de la situation du système juridique français quant aux manifestations des dommages-intérêts punitifs afin d'y observer une réalité voilée. Voile certes, mais dont la levée tend à être prononcée avec l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (Première partie). Le constat de l'importance des dommages-intérêts punitifs conduit, en second lieu, à se questionner au plan de l'opportunité d'une reconnaissance officielle encadrée de cette institution en droit privé français. Pour ce faire, une confrontation des obstacles théoriques apparents aux avantages pratiques réels sera mise en exergue et un examen du modèle juridique québécois favorisant l'octroi de dommages-intérêts punitifs sera effectué (Deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE – Les manifestations des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain

En dépit du manque de positivité des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain, les manifestations occultes et inavouées de ceux-ci sont nombreuses, revêtent des réalités diverses et peuvent favoriser toutes les dérives (Section 1). Il importe ainsi de jeter la lumière dans cette obscurité et d'observer la tentative de consécration, dans leur principe, des dommages-intérêts punitifs. À ce titre, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription tend explicitement à définir le domaine d'application des dommages-intérêts punitifs, les conditions de leur octroi, ainsi que les règles présidant à leur attribution et à leur caractère non-assurable (Section 2).

Section 1 : Les manifestations voilées de l'octroi de dommages-intérêts punitifs

Le traitement d'un thème horizontal, telles les manifestations des dommages-intérêts punitifs en droit positif français, se traduit par l'influence officieuse de la gravité de la faute de l'auteur responsable sur la réparation du dommage (Paragraphe I), ainsi que par certains procédés visant la sanction de la faute (Paragraphe II).

I – La prise en considération de la gravité de la faute sur la réparation du dommage

Sous le « *manteau protecteur du pouvoir souverain d'appréciation* »¹⁹ du quantum des dommages-intérêts, les juges du fond s'autorisent d'entraves suivant lesquelles ils considèrent des circonstances étrangères au dommage. À ce titre, ils peuvent prendre en compte la gravité de la faute du responsable et le sanctionner en octroyant une indemnité supérieure au préjudice. Le dommage moral, au regard de son caractère malléable (A), et le quasi-contrat, quant à sa finalité détournée dans le contentieux des loteries publicitaires (B), illustrent cette prétention.

A) La malléabilité du dommage moral

Prix de la douleur, le « *pretium doloris* » n'est qu'une illusion. La douleur ne peut être quantifiée; l'évaluation ne peut qu'être arbitraire. Kayser dénonce le « *risque grave d'arbitraire et d'inégalité, parce qu'il s'exerce sur des éléments qui, ne faisant pas partie du patrimoine, ne comportent pas d'estimation pécuniaire* »²⁰. Au regard d'un tel dommage fictif, par définition non susceptible d'expression en argent, le caractère grandement arbitraire et forfaitaire de l'évaluation favorise la considération de données extérieures, dont la faute du responsable. « *Il n'est pas douteux qu'en fait, les juges du fond proportionnent souvent l'indemnité, non seulement à l'étendue du préjudice, mais aussi à la gravité de la faute.* »²¹ La malléabilité de la notion de dommage moral constitue, à ce titre, une faille qui permet aux juges du fond, par une déformation du concept de dommage, de proportionner l'indemnité à la gravité de la faute. Le principe d'équivalence entre la réparation et le dommage doit être évincé, car « *radicalement inapplicable dans ce domaine : il y est, par essence, étranger* »²².

L'une des manifestations patentes de l'octroi de dommages-intérêts proportionnés à la gravité de la faute du responsable renvoie aux atteintes

¹⁹ Geneviève Viney, « L'appréciation du préjudice » Les Petites Affiches, 19 mai 2005, n° 99, 89 à la p. 90.

²⁰ Pierre Kayser, « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain » dans *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, 1970, 411 à la p. 419, n° 10.

²¹ *Ibid.* à la p. 424, n° 17.

²² Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, *Les obligations : 2. Le fait juridique*, 11^e éd., Paris, Armand Colin, 2005 à la p. 415, n° 388. Voir toutefois la nuance de Philippe Brun, « Les peines privées en droit français » dans *Congrès Henri-Capitant*, 1 à la p. 15, n° 31.

aux droits de la personnalité²³. En cette matière, « *les juges ont souvent tendance, en présence d'atteintes inqualifiables aux prérogatives essentielles de la personne, à gonfler le chiffre des réparations dans le but évident de punir les auteurs de ces comportements* »²⁴. Deux principaux facteurs contribuent à cet état des choses. Il s'explique, d'une part, par le caractère moralement répréhensible des atteintes à la personnalité, lequel inspire la réprobation judiciaire. Il est renforcé, d'autre part, par l'insuccès relatif du recours à la voie pénale par les victimes et le double avantage de la souplesse et de la rapidité offert par l'action civile.

Il convient de souligner, par surcroît, qu'en matière de concurrence déloyale, de contrefaçon ou de parasitisme²⁵, l'aspect punitif de la responsabilité civile est plus accusé, dans la mesure où le juge a tendance à moduler le quantum de la réparation en fonction des profits réalisés par l'auteur des pratiques illicites²⁶. Par ailleurs, dans le domaine des loteries publicitaires s'infère une volonté punitive poursuivie par la jurisprudence.

B) Le détournement du quasi-contrat dans le domaine des loteries publicitaires

La jurisprudence tend à « *sanctionner les organisateurs de loteries publicitaires, de façon efficace et dissuasive* »²⁷ dans le dessein de protéger les consommateurs, au regard de la stratégie commerciale et publicitaire qui vise à tromper les destinataires de courriers dans le seul but de les inciter à conclure une vente, par la formule équivoque « *Vous avez encore gagné!* »²⁸. Or, cette volonté jurisprudentielle ne semble pas s'asseoir sur un fondement juridique satisfaisant de la responsabilité civile des organisateurs de loteries publicitaires. Responsabilité civile fondée tantôt sur un engagement — unilatéral ou contractuel — tantôt sur une faute, la Chambre mixte de la Cour de cassation tranchant en faveur du quasi-contrat, par un arrêt du 6 septembre 2002²⁹.

²³ Patrice Jourdain, « La seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation » D. 1997.Chron.289.

²⁴ Carval, *supra* note 3 à la p. 24, n° 21.

²⁵ *Ibid.* aux pp. 121 et s., n°s 115 et s.

²⁶ Brun, *supra* note 22 à la p. 12, n° 25.

²⁷ Marius Tchendjou, « La responsabilité civile des organisateurs de loteries publicitaires » dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, 311 à la p. 311, n° 1.

²⁸ *Ibid.* à la p. 312, n° 3.

²⁹ Cass. mixte, 6 sept. 2002, Bull. n° 4; Denis Mazeaud, note sous Cass. mixte, 6 septembre 2002, D. 2002.II.2963.

Ce fondement se révèle cependant peu adapté³⁰. En effet, il occulte mal la volonté de la Cour de cassation de sanctionner les sociétés organisatrices de loteries publicitaires. Derrière la technique inadaptée du quasi-contrat, ce n'est pas tant l'indemnisation des consommateurs victimes qui est poursuivie, que la sanction du comportement des organisateurs de loteries et l'effet prophylactique recherché, qui consiste à les dissuader d'être trop légers en multipliant à l'excès un tel procédé³¹. La volonté d'éradiquer des pratiques commerciales condamnables, qui ne font pas seulement naître un espoir de gains mais une certitude trompeuse, conduit ainsi la Haute juridiction à admettre des solutions qui, sous couvert de réparation, infligent une véritable peine privée. La mise en oeuvre du mécanisme des dommages-intérêts punitifs est ici implicitement exprimée. Toutefois, à l'instar de l'indemnisation du préjudice moral, les moyens pour y parvenir sont pervertis.

Certes présentes dans les domaines des atteintes à la personnalité, de la concurrence déloyale et de la protection des consommateurs, sous le couvert du dommage moral ou du quasi-contrat, les manifestations des dommages-intérêts punitifs n'en demeurent pas moins clandestines. L'immixtion latente des dommages-intérêts punitifs se traduit également par divers procédés qui ont vocation à sanctionner une faute et dont la réalité est englobée sous le vocable de peine privée. La confusion des genres et l'insécurité qui en découle ne peuvent que croître à l'endroit des justiciables.

II – Les procédés connexes visant la sanction de la faute

Par essence, la peine privée se définit suivant la juxtaposition de ses qualificatifs « *peine* » et « *privée* » : « *peine parce que le but n'est plus de réparer, mais de causer un dommage à l'auteur de la faute, de le punir; peine privée, parce que le dommage souffert par le responsable se traduit par un avantage dont profite la victime* »³². Elle a été exposée par Huguéney³³, sur un plan général, et interprétée par Starck comme étant « *essentiellement un supplément d'indemnité qui s'ajoute à l'obligation de garantie et qui est d'autant plus élevé que la culpabilité de l'agent du dommage est grave* »³⁴. Récemment, Jault propose, au terme de sa thèse,

³⁰ Un auteur exprime le souhait d'un fondement sur le mécanisme de l'apparence : Tchendjou, *supra* note 27 à la p. 327, n° 25.

³¹ Rémi Libchaber, « Les loteries publicitaires : pour une substitution de la peine privée au quasi-contrat » [2003] *Deffrénois* 1168 à la p. 1171.

³² Mazeaud et Chabas, *supra* note 9 à la p. 703, n° 2352.

³³ Louis Huguéney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904.

³⁴ Starck, *supra* note 7 à la p. 396. Voir également Crémieux, *supra* note 8 à la p.

une définition de la peine privée formulée comme suit : « *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* »³⁵. La doctrine de la peine privée revêt un caractère protéiforme³⁶. Un examen sera arrêté sur deux réalités spécifiques : l'astreinte (A) et la clause pénale (B).

A) *Le recours à l'astreinte*

D'origine jurisprudentielle, puis consacrée par la loi du 5 juillet 1972 et celle du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, l'institution de l'astreinte acquiert un véritable statut juridique³⁷. Il s'agit essentiellement d'une mesure de coercition dont jouissent les magistrats pour garantir l'exécution de leurs décisions et tenant dans une somme à payer par jour ou mois de retard³⁸. L'astreinte représente une sanction redoutable en raison de la croissance de sa force comminatoire avec l'écoulement du temps, d'une part, et de son détachement progressif de la notion de dommages-intérêts pour atteindre sa pleine force répressive et dissuasive, d'autre part.

Manifestation d'une peine privée comminatoire qui tend principalement à prévenir la violation d'une règle de droit, l'astreinte ne perd pas pour autant sa fonction répressive³⁹. Sa double nature peut, en effet, être déduite de la formule négative contenue à l'alinéa premier de l'article 34 de la loi du 9 juillet 1991 : « *L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts* ». Elle constitue un moyen de pression avant la liquidation définitive et une véritable peine privée, une fois liquidée. Son quantum, fixé à l'origine, est ajusté par la suite suivant la capacité de résistance supposée du plaideur récalcitrant. Au stade de la liquidation, c'est uniquement le comportement du débiteur qui est considéré⁴⁰. Le montant de l'astreinte ne s'inscrit donc nullement en adéquation au dommage subi par le créancier et n'a plus pour objet de réparer ce préjudice.

276, n° 26.

³⁵ Jault, *supra* note 5 à la p. 273, n° 415.

³⁶ Coutant-Lapalus, *supra* note 5 aux pp. 395 et s., n°s 466 et s.; Viney et Jourdain, *supra* note 9 aux pp. 4 et s., n°s 4 et s.

³⁷ François Chabas, « La réforme de l'astreinte » D. 1992.Chron.60 à la p. 299; Roger Perrot, « L'astreinte : ses aspects nouveaux » Gaz. Pal. 1991.I.801.

³⁸ Carval, *supra* note 3 à la p. 10, n° 11; Viney et Jourdain, *supra* note 9 à la p. 13, n° 6-5; Brun, *supra* note 22 aux pp. 3 et s., n°s 8 et s.

³⁹ Crémieux, *supra* note 8 à la p. 281, n° 35. L'auteur y ajoute toutefois une fonction réparatrice.

⁴⁰ Raymond Lindon, note sous Trib. gr. inst., 31 janvier 1984, D. 1984.II.283.

Il s'agit là, à n'en point douter, d'une peine privée. « *Peine* », car elle tient compte du caractère plus ou moins répréhensible de la conduite du débiteur et « *privée* », du fait qu'elle est versée intégralement à la victime et non au bénéficiaire du Trésor public, à la distinction des amendes pénales⁴¹. Force est ainsi de constater que l'astreinte conduit à des résultats voisins de ceux auxquels parviennent les dommages-intérêts punitifs, bien que ces deux procédés présentent des différences au plan de la technique juridique⁴². Dans de telles situations, la victime peut percevoir une somme plus élevée que celle en réparation de son seul dommage.

L'émancipation de l'astreinte au regard des dommages-intérêts, consacrée législativement, sous-tend qu'une faute civile puisse être sanctionnée par un biais plus efficace que la condamnation à réparation du dommage, soit par le prononcé d'une peine privée. Le droit positif offre, par ailleurs, un exemple de recours à la peine privée, en matière contractuelle, qui s'incarne dans le mécanisme de la clause pénale.

B) Le recours à la clause pénale

La clause pénale renvoie à la faculté offerte au créancier d'une obligation contractuelle de prévoir à son profit, dans le contrat qui le lie au débiteur, que « *celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts* »⁴³. La nature mixte de la clause pénale étant désormais admise, elle a tantôt pour vocation de déterminer à l'avance l'étendue de la réparation (thèse indemnitaire) et tantôt pour finalité de contraindre le débiteur à l'exécution (thèse comminatoire). Le droit positif reconnaît la validité de la clause pénale dans ses deux acceptions.

Toutefois, le caractère valide du principe de la clause pénale, admis par l'article 1152 du Code civil, peut susciter une certaine curiosité. Il témoigne d'une « *réelle tolérance à l'égard de la fonction punitive des dommages-intérêts* »⁴⁴. Le juge, saisi d'une inexécution contractuelle, peut condamner le débiteur à une pénalité supérieure au dommage subi. Cette dérogation au principe de réparation intégrale est alors justifiée par la satisfaction des seuls intérêts privés du créancier. La licéité de la clause pénale en droit privé français emporte la conséquence que les manquements aux obligations contractuelles peuvent être sanctionnés avec plus de rigueur que les fautes délictuelles, soumises pour l'essentiel

⁴¹ Pour des critiques sur le caractère privé de l'astreinte, voir Brun, *supra* note 22 aux pp. 4-5, n° 11.

⁴² Viney et Jourdain, *supra* note 9 à la p. 18, n° 6.

⁴³ Art. 1152, al. 1 C.civ.

⁴⁴ Viney et Jourdain, *supra* note 9 à la p. 11, n° 6-4.

aux règles ordinaires de la responsabilité civile. Le juge qui condamne au montant prévu par la clause pénale donne effet à une sanction qui relève, à l'instar de l'astreinte, de la catégorie des peines privées.

Au surplus, doit être occulté le refuge derrière le pouvoir modérateur de révision des magistrats, prévu par la loi du 9 juillet 1975, complétée par celle du 11 octobre 1985, pour contrer la réalité de la peine privée. « *La peine ne se métamorphose pas en dommages-intérêts du seul fait de l'intervention du juge et de l'exercice de son pouvoir d'équité.* »⁴⁵ Un tel pouvoir de réviser le montant de la clause pénale lorsque « *manifestement excessive* » est exercé avec parcimonie. En effet, l'exigence du caractère manifestement excessif que doivent présenter les pénalités comminatoires pour être réduites est appliquée strictement par les juges. Aucune obligation ne leur est, par ailleurs, imposée pour aligner les pénalités au montant du dommage subi. La révision d'une clause pénale peut donc laisser subsister une pénalité raisonnable. Celle-ci est alors fixée par les juges suivant la gravité de la faute du débiteur. Or, n'est-ce pas là ramener vers la notion de dommages-intérêts punitifs la clause pénale qui peut faire l'objet du pouvoir modérateur de révision des juges? Leur évaluation renvoie à « *une véritable peine sanctionnant l'inexécution illicite* » et de ce fait, « *le montant de la peine révisée doit nécessairement et sensiblement dépasser le préjudice réel* »⁴⁶.

Les manifestations des dommages-intérêts punitifs, qui se traduisent tantôt par l'incidence inavouée de la gravité de la faute sur la réparation du dommage et tantôt par certains procédés visant la sanction de la faute, sont couvertes d'un voile dont la transparence s'impose désormais. Bien plus, ce voile doit être levé et une consécration raisonnée doit faire jour. Il importe de substituer à la clandestinité peu satisfaisante — gage possible d'arbitraire — l'intelligibilité du droit. La transparence des fins poursuivies par la sanction judiciaire permettrait de pallier à certains effets pervers inhérents au fonctionnement occulte de l'institution des dommages-intérêts punitifs et qui nuisent à la cohérence de la règle de droit.

Section 2 : La tentative de levée du voile et l'octroi de dommages-intérêts punitifs

L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la

⁴⁵ Denis Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, thèse Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992 à la p. 360, n° 631.

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 355, n° 624.

prescription⁴⁷, présenté le 22 septembre 2005 au ministre de la Justice, ouvre la voie à l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Une telle notion est explicitement édictée à l'article 1371. Il importe d'énoncer la teneur de cette disposition législative :

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.

L'examen de la formule de l'article 1371 sera scindé suivant une vue théorique, soit la consécration du principe des dommages-intérêts punitifs (Paragraphe I) et suivant une vue pragmatique, celle de la mise en oeuvre de tels dommages-intérêts (Paragraphe II).

I – La consécration des dommages-intérêts punitifs dans leur principe avec la proposition de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription

L'article 1371 s'inscrit au sein d'un vaste mouvement de réforme du droit français des obligations et, plus particulièrement, de la responsabilité civile. Il importe de relever la terminologie employée afin d'observer son adéquation à la réalité qu'elle exprime (A) et de s'interroger sur l'intégration des dommages-intérêts punitifs dans le droit de la responsabilité civile (B).

A) La terminologie usée à l'article 1371 au regard des « dommages-intérêts punitifs »

La terminologie du projet Catala doit être signalée au regard de la notion de dommages-intérêts punitifs. L'adjonction du terme « *punitifs* » à l'expression « *dommages-intérêts* » traduit-elle une réalité nouvelle dans le domaine de la responsabilité civile? Au surplus, pourquoi ne pas avoir utilisé les termes « *dommages et intérêts punitifs* » ou encore simplement « *dommages punitifs* »? À partir d'une question de pure terminologie dérivent des conséquences sur le rôle que ces dommages-intérêts sont appelés à jouer.

Une incohérence au plan de la terminologie « *dommages-intérêts punitifs* » peut être observée d'emblée⁴⁸. Une antinomie patente prévaut

⁴⁷ Ci-après « projet Catala ».

⁴⁸ Robert Saint-Esteben, « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs » Les

entre les termes « *dommages-intérêts* » et « *punitifs* », lesquels sous-tendent respectivement une fonction compensatoire et punitive. L'expression « *dommages punitifs* » apparaîtrait plus adéquate, car renvoyant à une finalité répressive exclusivement. Au surplus, elle constituerait la traduction littérale de l'institution des « *punitive damages* » de la common law. Comment alors concilier les composantes d'une telle expression contenue dans le projet Catala? Une réconciliation pourrait provenir d'une définition propre donnée à l'institution des « *dommages-intérêts* » et distincte de celle des « *dommages et intérêts* ».

Une opinion fort pertinente est soutenue et jette un éclairage des plus intéressants quant à la différenciation entre les « *dommages et intérêts* » et les « *dommages-intérêts* », qualifiés de « *fausses jumelles dans le Code civil de 1804* »⁴⁹. Chacune de ces institutions posséderait des caractéristiques propres. Les « *dommages et intérêts* » seraient confinés dans une finalité curative, soit réparer la perte subie et le gain manqué. Pour leur part, les « *dommages-intérêts* » seraient voués à une fonction punitive, en l'absence d'adéquation aux éléments de l'article 1149 du Code civil. Le critère de fixation du montant de la condamnation serait tantôt le préjudice subi pour les « *dommages et intérêts* » et tantôt l'enjeu du comportement fautif pour les « *dommages-intérêts* ». Au regard de cette distinction, la controverse animant l'introduction des dommages-intérêts punitifs en droit privé français et sa mention à l'article 1371 semblerait quelque peu dissoute. En effet, l'expression « *dommages-intérêts punitifs* » apparaîtrait tel un pléonasme face aux « *dommages-intérêts* » qui accentuent d'emblée la dimension répressive de la condamnation.

Sorte de sanction civile, cette condamnation n'a pas pour but principal de réparer, mais plutôt de sanctionner l'auteur d'une faute. Il est dès lors possible de considérer que l'article 1371 du projet Catala, par la mention explicite des « *dommages-intérêts punitifs* », s'est inspiré, du moins inconsciemment, de la rédaction législative du Code civil de 1804. À titre de prolongement, il en a toutefois précisé et clarifié la portée par l'ajout de l'adjectif « *punitifs* ». Certes intéressante, cette position apparaît des plus théoriques. Si la terminologie des « *dommages-intérêts punitifs* » est discutable, qu'en va-t-il de l'incorporation de cette notion au sein de la responsabilité civile?

B) L'intégration des dommages-intérêts punitifs dans le droit de la responsabilité civile

Le projet Catala renvoie implicitement aux fonctions assignées à la

Petites Affiches, 20 janvier 2005, n° 14, 53 à la p. 53.

⁴⁹ Omid Saedi, « Dommages-intérêts ou dommages et intérêts. Celle-ci ou celle-là;

responsabilité civile. Le triptyque des finalités curative, punitive et préventive est illustré au sein de quelques dispositions. La réparation est confortée dans une première place, en conformité avec la tradition⁵⁰. Or, les membres du groupe Catala ne sont pas demeurés totalement insensibles aux autres finalités de la responsabilité civile. La fonction de dissuasion ou de sanction est essentiellement confinée à la disposition contenue à l'article 1371. Quant à la prévention, une place timide lui est réservée, sous le couvert de la réparation en nature, par l'alinéa premier de l'article 1369-1⁵¹, ainsi que par l'article 1344⁵².

De cette prévalence relative des fonctions de prévention et de sanction au sein du projet Catala, découle une portée nuancée accordée à la réparation. L'affirmation de la réparation intégrale (article 1370) est assortie de certaines innovations propres aux dommages-intérêts, lesquelles accroissent en quelque sorte la force normative de la réparation. Outre l'octroi de dommages-intérêts punitifs, une volonté répressive s'infère de la possibilité de réduire l'indemnisation lorsque la victime n'a pas fait preuve d'une diligence suffisante afin de réduire le dommage ou d'en éviter l'aggravation (article 1373). La finalité des dommages-intérêts ainsi poursuivie intéresse moins la réparation que le droit de la responsabilité civile à travers la sanction d'un coupable. Ce constat porte à la réflexion suivante : l'intégration des dommages-intérêts punitifs dans le droit de la responsabilité civile, aux côtés des dommages-intérêts compensatoires, est-elle efficiente? Ne devrait-on pas plutôt leur attribuer une place à part, à titre d'institution autonome?

Selon certains auteurs, l'introduction des dommages-intérêts punitifs pourrait conduire à une « certaine déformation des concepts du droit de la responsabilité civile »⁵³, ou encore à un « infléchissement des conditions de la responsabilité civile »⁵⁴. Exigence d'une faute aggravée et amenuisement du rôle du préjudice, tels seraient les deux axes atteints. Certes, un infléchissement prévaut, mais non une défiguration du droit de

ou bien les deux? » Les Petites Affiches, 7 juin 2005, n° 112, 6 à la p. 6.

⁵⁰ Geneviève Viney, « Exposé des motifs », Sous-titre III - De la responsabilité civile (articles 1340 à 1386).

⁵¹ Art. 1369-1 [al. 1]. Lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable.

⁵² Art. 1344. Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour écarter son aggravation ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées.

⁵³ Patrice Jourdain, « Rapport introductif » Les Petites Affiches, 20 novembre 2002, n° 232, 3 à la p. 5.

⁵⁴ Piedelièvre, *supra* note 13 à la p. 69, n° 7.

la responsabilité civile. Il s'agit plutôt d'une adéquation à un constat d'inefficacité d'une condamnation civile purement indemnitaire laissant à l'auteur fautif un large avantage à continuer son activité illicite. Par surcroît, les facettes occultes de la responsabilité civile, renvoyant à la prévention et à la dissuasion, sont mises en lumière dans de telles situations. Il importe ainsi que les dommages-intérêts punitifs soient sanctionnés dans le cadre d'une action en responsabilité civile.

Au surplus, un argument de texte souligne la position adoptée par les membres du groupe Catala en faveur d'une subordination des dommages-intérêts punitifs au droit de la responsabilité civile, par l'usage de la préposition « *outré* » à l'article 1371⁵⁵. Les dommages-intérêts punitifs ne constitueraient pas une institution autonome. Ils auraient vocation à combler les lacunes du droit positif, lorsque les dommages-intérêts compensatoires seraient incapables à remplir leurs fonctions normative et curative.

L'inscription des dommages-intérêts punitifs au sein du droit de la responsabilité civile français étant observée, leur articulation doit être envisagée, dans une visée pratique.

II – La mise en oeuvre des dommages-intérêts punitifs dans la proposition de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription

Les conditions d'octroi de dommages-intérêts punitifs (A), ainsi que leurs modalités (B) seront respectivement examinées.

A) Les conditions d'octroi de dommages-intérêts punitifs

D'emblée, au plan des conditions de la validité du recours aux dommages-intérêts punitifs, il importe de signaler que le Conseil constitutionnel entend soumettre les sanctions punitives extra-pénales, dont les peines privées, à un régime protecteur des droits des justiciables. Les grands principes qui gouvernent le droit pénal, notamment ceux qui dérivent de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du

⁵⁵ Cette opinion est émise sous réserve des interprétations jurisprudentielles qui seront ultérieurement données sur la portée du terme « *outré* ». En droit québécois, une lecture littérale de l'expression « *en outré* » permet l'*obiter* suivant de la Cour suprême du Canada : « *le recours en dommages-intérêts punitifs n'est que l'accessoire du recours compensatoire; il ne peut être dissocié de la responsabilité civile* » (*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés des services public inc.*, [1996] 2 R.C.S. 395). Pour une opinion divergente, voir Pierre Pratte, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile » (1998) 58 R. du B. 287.

citoyen de 1789⁵⁶ (principes de légalité et de proportionnalité) et le respect de certaines garanties procédurales s'imposent à l'action en dommages-intérêts punitifs.

Les propositions émises au regard des dommages-intérêts punitifs, si elles sont acceptées, constitueront une intervention législative autorisant expressément le magistrat à allouer des dommages-intérêts punitifs. Une telle immixtion du juge, décisive au plan du principe de légalité des délits et des peines⁵⁷, doit s'accompagner d'un encadrement corrélatif afin que l'individu ne soit pas livré à l'arbitraire judiciaire et que soient contenus les risques de dérives ou d'injustices. Une interprétation souple, adaptée à la flexibilité des dommages-intérêts punitifs, doit être favorisée afin de concilier le respect du principe de légalité et l'efficacité du recours. La voie médiane d'une légalité atténuée, telle qu'énoncée par Carval⁵⁸, doit être prônée. À ce titre, l'article 1371, qui sanctionne l'auteur d'une « *faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative* », s'inscrit-il en conformité avec le principe « *assoupli* » de légalité? En d'autres termes, la définition de cette faute civile est-elle suffisamment précise pour offrir au justiciable une garantie essentielle de sa liberté individuelle? Une réponse affirmative peut être fournie. Elle appelle toutefois la nuance. En effet, l'expression « *faute manifestement délibérée* » constitue une notion quelque peu équivoque. Au surplus, l'emploi de l'adverbe « *notamment* » confère un caractère non exhaustif à la définition et semble présenter la faute lucrative tel un exemple parmi d'autres. Il importe de traiter plus exhaustivement de ces notions.

En cas de « *faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative* », le juge peut condamner à des dommages-intérêts punitifs. Une difficulté principale réside toutefois dans la délimitation de la « *faute manifestement délibérée* ». Cette notion sous-tend une faute qualifiée. Le degré de gravité requis est discutable. Selon Cornu, une faute délibérée est celle « *qui procède d'une résolution intime mûrement réfléchie; se dit d'une action consciente et décidée, d'un fait que son*

⁵⁶ Art. 8. Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et également appliquée.

⁵⁷ Il n'y a pas d'infraction ni de peine sans un texte légal : *nullum crimen nulla poena sine lege*. Le principe de légalité des délits et des peines a été consacré par l'article 4 du Code pénal de 1810 et par l'article 111-3 du nouveau Code pénal. Voir Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 19^e éd., Paris, Dalloz, 2005.

⁵⁸ Carval, *supra* note 3 aux pp. 224 et s., n^{os} 208 et s. Voir également Geneviève Viney, « Rapport de synthèse » Les Petites Affiches, 20 novembre 2002, n^o 232, 66 à la p. 69.

auteur accompli résolument après l'avoir examiné en lui et posé »⁵⁹. Il s'agit d'une faute qui se situe entre les bornes de la simple faute de négligence et de la faute intentionnelle⁶⁰. L'intention de nuire étant ici évacuée, il s'agit, en fait, d'une faute manifestant la conscience chez l'auteur des conséquences découlant de ses actes. La faute lucrative illustre un cas de faute manifestement délibérée et peut constituer, à ce titre, un indice tendant à une définition générale.

La faute lucrative, concept multiforme, s'entend d'un enrichissement fautif et se déduit de l'articulation posée entre le profit tiré par l'auteur responsable et le montant de sa condamnation. Il s'agit de 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* »⁶¹. L'octroi de dommages-intérêts punitifs s'inscrit dans une situation d'inadéquation des sanctions offertes par le système juridique à la réalité des situations économiques et où la faute de l'auteur est animée d'une certaine gravité. Il supplée au principe indemnitaire dans le cas où sa stricte application aurait pour effet manifestement pervers d'encourager les calculs frauduleux et la violation délibérée de la loi. Une fois les conditions d'octroi circonscrites, il importe d'observer les modalités d'attribution des dommages-intérêts punitifs.

B) Les modalités d'octroi de dommages-intérêts punitifs

En conformité avec le principe de proportionnalité, le législateur ne peut édicter que des peines « *strictement et évidemment nécessaires* »⁶². Ce postulat inspire un souci législatif de proportionner la peine à la gravité du manquement afin de proscrire toute sanction judiciaire arbitraire. La mesure des dommages-intérêts punitifs n'est aucunement précisée à l'article 1371 du projet Catala, laissant aux juges toute latitude pour en déterminer l'étendue. En l'absence de quelque mention de la part des membres du groupe à ce titre, la fixation de critères d'évaluation apparaît requise pour restreindre le pouvoir considérable accordé aux magistrats et pallier au risque d'une disparité du chiffrage entre les juridictions.

Indication de la méthode de calcul à suivre; fixation d'un montant maximum de la sanction; mention des orientations générales quant à la mesure des dommages-intérêts punitifs, telles sont les diverses facultés offertes au législateur afin de circonscire le pouvoir judiciaire. La dernière d'entre elles pourrait être privilégiée. Elle est d'ailleurs adoptée

⁵⁹ Cornu, *supra* note 10 à la p. 278 (« *délibéré* »).

⁶⁰ Carval, *supra* note 3 aux pp. 330 et s., n^{os} 290 et s.

⁶¹ Cornu, *supra* note 10 à la p. 553 (« *faute lucrative* »).

⁶² Carval, *supra* note 3 à la p. 227, n^o 210.

par le droit québécois à l'article 1621 C.c.Q.⁶³ Elle permet de garantir adéquatement le principe de proportionnalité, d'offrir une grande souplesse et de lutter contre tout calcul de rationalité économique. Par surcroît, un contrôle efficient de la Cour de cassation pourrait s'exercer. La gravité de la faute du débiteur, sa capacité financière et l'étendue de la réparation sont autant de critères à prendre en compte, dans le but principal d'assurer une juste prévention par la condamnation à des dommages-intérêts punitifs.

Une appréciation souple doit être favorisée, laquelle n'est pas synonyme de discrétionnaire. Les juges doivent, suivant l'article 1371, motiver leurs décisions et distinguer le montant accordé au titre des dommages-intérêts punitifs de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime, afin que la Cour de cassation puisse ultimement exercer un contrôle sur la méthode suivie. Ils ont également la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public et pour une autre part la victime. La destination des dommages-intérêts punitifs vient ainsi tempérer les effets pervers d'un enrichissement injustifié de la victime.

Enfin, l'article 1371 précise que les « *dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables* » au titre de l'assurance de responsabilité civile. Cette solution s'impose d'emblée, à l'instar de celle retenue pour les amendes civiles⁶⁴. L'inassurabilité est une condition de l'efficacité des dommages-intérêt punitifs. Elle permet de décourager certains comportements déviants motivés par un calcul purement économique et assure aux dommages-intérêts punitifs une valeur préventive et répressive, dès lors que l'auteur responsable contribue à même son propre patrimoine et ne peut s'assurer. Au surplus, elle est juste, car la collectivisation des risques ne doit pas mener à faire supporter la sanction à d'autres en violation du principe de personnalisation des peines.

La tentative de levée du voile sur le concept des dommages-intérêts punitifs, mentionnés explicitement à l'article 1371 du projet Catala, est déterminante aux fins de lui conférer un caractère tangible et de l'inscrire en droit positif. Le texte de cet article demeure toutefois perfectible, notamment pour assurer, de façon plus satisfaisante, le respect des principes de légalité et de proportionnalité. Notamment, l'encadrement proposé pour le recours aux dommages-intérêts punitifs apparaît plutôt léger. Dès lors que le tribunal conclut à l'existence d'une « *faute*

⁶³ Voir *infra* Deuxième partie, Section 2, Paragraphe II, A et B.

⁶⁴ Martine Behar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs? » Les Petites Affiches, 20 novembre 2002, n° 232, 36.

manifestement délibérée », il aurait la faculté, à sa seule discrétion, même si sa décision doit être « *spécialement motivée* », de condamner à des dommages-intérêts punitifs. En l'absence de balise législative au regard de l'exercice du pouvoir judiciaire, il est possible de spéculer sur certains comportements à risque qu'adopteront les magistrats. Tantôt une frilosité excessive à condamner aux dommages-intérêts punitifs et tantôt un dérapage dans l'autre sens où ils pourront être tentés d'utiliser les dommages-intérêts punitifs tel un outil de politique économique ou sociale. Le voile étant désormais susceptible d'être levé sur cette réalité, est-il opportun de reconnaître les dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain?

DEUXIÈME PARTIE – L'opportunité d'une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain

La tentative de reconnaissance des dommages-intérêts punitifs, prévue à l'article 1371 du projet Catala, suscite une interrogation au plan des obstacles et des avantages inhérents (Section 1). De fait, une inscription en droit positif ne peut se faire sans tempérer certains axiomes de la responsabilité civile, mais sans y apporter, sur le plan pratique, une « *plus-value* ». Par ailleurs, les dommages-intérêts punitifs étant, par essence, une institution étrangère, l'opportunité de leur reconnaissance en droit français requiert d'observer leur incorporation au sein d'un modèle juridique étranger. Le choix sera arrêté sur le droit civil québécois (Section 2).

Section 1 : La pondération des obstacles et des avantages à une reconnaissance des dommages-intérêts punitifs

Aux côtés des obstacles théoriques apparents à une reconnaissance des dommages-intérêts punitifs (Paragraphe I), prévalent plusieurs avantages pratiques (Paragraphe II).

I – Les obstacles théoriques apparents à une reconnaissance des dommages-intérêts punitifs

Finalité essentiellement curative attribuée à la responsabilité civile (A) et principe de réparation intégrale (B), tels sont les deux principaux barrages à une reconnaissance des dommages-intérêts punitifs en droit de la responsabilité civile français. Obstacles certes, mais dont la muabilité peut être plaidée et le monolithisme dénoncé. Tant en amont qu'en aval, une « *distorsion* » de la responsabilité ne peut être affirmée.

A) *Le fondement de la responsabilité civile et sa confrontation à la responsabilité pénale*

Dans la tradition civiliste, une distinction est communément admise entre les fondements respectifs dévolus aux responsabilités civile et pénale. La responsabilité civile tend à replacer le patrimoine de la victime dans son état antérieur. La responsabilité pénale vise à sanctionner les infractions troublant l'ordre social par l'imposition d'une peine pécuniaire ou privative de liberté. Par voie de conséquence, cette dernière recherche un effet dissuasif tant pour le délinquant que pour les membres de la société du fait de l'exemplarité de la sanction. L'indemnisation de la victime est la fin poursuivie par la responsabilité civile; la punition du coupable est celle assignée à la responsabilité pénale. Une telle distinction des temps modernes⁶⁵ apparaît comme un progrès du droit portant les stigmates des temps barbares⁶⁶ et une marque de son humanisation par rapport à la loi du Talion⁶⁷. « *Oeil pour oeil, dent pour dent* », tel est le symbole archaïque de l'équilibre mythique et quasi-religieux rétabli entre la victime et le responsable⁶⁸.

Cette séparation, établie artificiellement, entre un droit pénal répressif et un droit civil restitutif n'est toutefois pas conforme à la réalité juridique et requiert la nuance. Divorce entre les deux types de responsabilité au plan de leurs fondements ou rapprochement possible? Il ne s'agit pas tant d'une ingérence à proscrire que d'une convergence à favoriser, sans pour autant mener à une confusion originelle des responsabilités civile et pénale. À ce titre, il importe de restituer expressément à la responsabilité civile son revêtement pénal par le biais des dommages-intérêts punitifs.

Tandis que l'on prête traditionnellement à la responsabilité civile une fonction de réparation des dommages, soit la résorption du trouble social engendré, il est possible que la responsabilité civile joue, en outre, un rôle prophylactique de dissuasion des comportements dommageables⁶⁹. Cette dualité des fondements apparaît en filigrane de la théorie de la

⁶⁵ Pour un exposé sur l'évolution générale des rapports entre les responsabilités civile et pénale, voir Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995 aux pp. 112 et s., n^{os} 68 et s.

⁶⁶ Pierre Loiseau, « Le civil tient le pénal à l'écart. Quelques exemples de droit américain de la responsabilité médicale » *Gaz. Pal.* 2000.I.3.

⁶⁷ Loïc Cadet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation » dans *Le juge entre deux millénaires : Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, 495 à la p. 506.

⁶⁸ Lambert-Faivre, *supra* note 2 à la p. 21.

⁶⁹ Brun, *supra* note 22 aux pp. 8-9, n^o 12. Voir aussi Crémieux, *supra* note 8 aux pp. 261-262, n^o 2; André Tunc, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Economica, 1989 aux

garantie de Starck, qui propose d'assigner à la responsabilité civile une double fonction de garantie et de peine privée⁷⁰, et est éloquemment illustrée dans la thèse de Carval au regard d'une reconnaissance de la peine privée⁷¹. L'idée de pénalité privée, dont les dommages-intérêts punitifs, démontre que la responsabilité civile se charge d'une fonction répressive et normative accessoire à sa fonction primaire de réparation. Une telle finalité assignée à la responsabilité civile doit être reconnue, à l'instar du droit pénal, car nécessaire à l'équilibre et à la légitimité du droit de la responsabilité⁷². Elle assure l'efficacité de la sanction par la voie civile, d'une part, et sa lisibilité, d'autre part.

Les dommages-intérêts punitifs s'inscrivent ainsi dans cette absence de statisme des finalités poursuivies par la responsabilité civile. Ils ne doivent point être envisagés telle une menace aux acquis de l'évolution du droit qui a permis de confirmer la distinction des fonctions respectivement assignées à la responsabilité civile et à la responsabilité pénale. Ils tendent, tout à la fois, à prévenir les atteintes aux droits, à réprimer les fautes dommageables et à réparer leurs conséquences. Les dommages-intérêts semblent, par surcroît, remettre en cause le principe de réparation intégrale du dommage en droit de la responsabilité civile.

B) Le principe de réparation intégrale du dommage et sa portée relativisée

Le droit commun de la responsabilité civile est fondé sur un principe de justice commutative qui renvoie lui-même au principe de réparation intégrale ou « *principe d'équivalence entre dommages et réparation* »⁷³, lequel est élevé au rang de dogme par la doctrine. Il est formulé, en matière contractuelle, par l'article 1149 du Code civil, et l'est implicitement, en matière délictuelle, par l'article 1382 du Code civil qui sous-tend une finalité réparatrice de la dette du responsable. La jurisprudence circonscrit le principe en ces termes : « *Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu.* »⁷⁴

pp. 49-50, n° 53; pp. 139-140, n° 166; Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2004-2005 à la p. 18, n° 45.

⁷⁰ Starck, *supra* note 7.

⁷¹ Carval, *supra* note 3.

⁷² Viney, *supra* note 65 à la p. 125, n° 75-1.

⁷³ Expression empruntée à Viney et Jourdain, *supra* note 9 aux pp. 111 et s., n°s 57 et s.

⁷⁴ René Savatier, note sous Cass. civ. 2^e, 28 octobre 1954, J.C.P. 1955.I.8765.

Le rétablissement de l'équilibre rompu par le dommage implique que la réparation équivaille exactement ou aussi exactement que possible au dommage. Réparer le dommage renvoie au fait de remettre la victime dans son état antérieur, c'est-à-dire de rétablir le *statu quo ante*⁷⁵. Lorsque la réparation est pécuniaire, l'équivalence qui assure la réparation intégrale est de type quantitatif. L'indemnité versée à la victime doit alors se mesurer exclusivement à l'aune de la valeur du dommage, lequel apparaît tel l'unique critère de la réparation⁷⁶. La portée du principe d'équivalence entre dommages et réparation se décompose en deux axiomes : « *tout le dommage* » et « *rien que le dommage* ». Pour sa part, un auteur présente le dogme indemnitaire tel un triptyque en ajoutant aux deux axiomes que « *seule compte la situation de la victime* »⁷⁷.

Appliqué avec rigueur et fermeté, le principe d'équivalence s'oppose à l'octroi de dommages-intérêts d'un montant supérieur au préjudice réel subi et, par voie de conséquence, à la prise en considération de la gravité de la faute de l'auteur responsable. Or, par nature, les dommages-intérêts punitifs tendent, en raison d'un objectif répressif, à accorder plus à la victime que ce à quoi elle a droit au titre de la réparation de son seul préjudice. Le dogme indemnitaire s'en voit-il anéanti? Le principe de réparation intégrale suscite la critique, d'une part, et sa portée impose la nuance, d'autre part.

Au regard des critiques adressées, le principe d'équivalence est inadapté à la réparation de certains dommages, essentiellement ceux extra-patrimoniaux. En outre, l'irréalisme économique de la réparation intégrale par la présence d'impératifs budgétaires peut être soulevé, ainsi que l'injustice inhérente. La réparation intégrale peut, en effet, paraître très rigoureuse pour le responsable qui exerce une activité à hauts risques, pour laquelle il ne peut pas s'assurer complètement, et insuffisamment sévère pour celui qui commet des fautes peu dommageables, mais très lucratives⁷⁸.

Par ailleurs, certaines nuances s'imposent face au caractère absolu du principe d'équivalence entre dommages et réparation. D'emblée, le

⁷⁵ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005 à la p. 878, n° 900.

⁷⁶ Patrice Jourdain, « Les dommages-intérêts alloués par le juge : rapport français » dans *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, 263 à la p. 266.

⁷⁷ Saint-Esteben, *supra* note 48 à la p. 53.

⁷⁸ Viney et Jourdain, *supra* note 9 aux pp. 115-120, n° 58-1; Jourdain, *supra* note 76 aux pp. 288-289, n° 25.

Code civil prévoit des dérogations importantes au caractère intégral de l'indemnisation aux articles 1150 à 1155 et certaines lois spéciales édictent des plafonnements du montant des indemnités dues par l'auteur responsable. Au plan conventionnel, les parties contractantes peuvent insérer des clauses suivant lesquelles elles modulent l'indemnisation. Elles ont aussi la possibilité, sous certaines réserves, de prévoir des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité, ou des clauses pénales, afin de limiter ou de majorer l'indemnité. Sur le terrain judiciaire, le principe d'équivalence postule une évaluation *in concreto* qui implique une relativité dans sa mise en oeuvre et en modère la rigueur. Sous le couvert de leur pouvoir souverain d'appréciation du quantum des dommages-intérêts⁷⁹, les juges du fond peuvent condamner à des dommages-intérêts punitifs, à condition de ne pas en révéler la véritable nature dans les motifs de leurs décisions⁸⁰, sous peine de censure de la Cour de cassation. La relativité du principe d'équivalence se manifeste également lorsque la mesure des dommages est affectée d'une large part d'aléa ou de difficultés d'estimation telle que toute évaluation est nécessairement approximative⁸¹. Il s'ensuit que le caractère arbitraire des appréciations peut affecter le principe d'équivalence d'une certaine relativité⁸².

Ainsi, il ne saurait être question de condamner les propositions issues du projet Catala, portant sur les dommages-intérêts punitifs, au bénéfice des observations du fondement spécifique de la responsabilité civile et du dogme de la réparation intégrale. Le dynamisme des finalités et la relativité qui sous-tendent respectivement ces obstacles théoriques laissent subsister la possibilité d'un aménagement officiel du recours. Par surcroît, plusieurs avantages prévalent, sur le plan pratique, à une reconnaissance des dommages-intérêts punitifs.

II – Les avantages pratiques à une reconnaissance des dommages-intérêts punitifs

Certaines insuffisances et lacunes que comporte le système juridique français peuvent être comblées ou palliées efficacement en ayant recours aux dommages-intérêts punitifs. Les dommages-intérêts octroyés en matière contractuelle présentent une déficience au plan de la finalité

⁷⁹ Geneviève Viney, note sous Cass. Ass. plén., 26 mars 1999, J.C.P. 2000.I.199; Théodore Ivainier, « Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités réparatrices » D. 1972.Chron.2 à la p. 3.

⁸⁰ Rodière, note sous Cass. civ. 2^e, 8 mai 1964, Gaz. Pal. 1964.II.233.

⁸¹ Concernant le dommage moral, voir *supra* Première partie, Section 1, Paragraphe I, A.

⁸² Jourdain, *supra* note 76 à la p. 286.

comminatoire (A), d'une part, et la faute lucrative témoigne d'une situation où le droit positif est dépourvu de solution adéquate à la réalité (B), d'autre part.

*A) Le comblement des insuffisances du droit positif en matière contractuelle*⁸³

Les dommages-intérêts alloués par le juge en cas d'inexécution du contrat poursuivent l'objectif principal de compenser le préjudice découlant de la violation d'une obligation contractuelle et non de prévenir l'inexécution, ni de punir le débiteur fautif en lui infligeant une peine privée. « *Il s'agit, pour employer une formule, de remédier à une situation dommageable plutôt que de sanctionner celui qui l'a causée.* »⁸⁴ La positivité de cette règle, exprimée à l'article 1149 du Code civil, est unanimement approuvée par la doctrine. Le principe compensatoire procède d'un élémentaire souci de justice, lequel impose de rétablir l'équilibre rompu par l'inexécution du contrat, « *en prenant garde à ne pas placer le créancier dans une meilleure situation patrimoniale que celle qui aurait été la sienne si l'obligation avait été exécutée* »⁸⁵. La primauté de la règle est essentiellement justifiée par les besoins de l'économie de marché. À ce titre, l'inefficacité des dommages-intérêts octroyés dans un cadre contractuel peut être soulevée. Une telle sanction, à défaut de pouvoir exhorter convenablement au respect de la force obligatoire de l'engagement contractuel, entraînerait une rationalisation économique du coût de l'inexécution contractuelle.

L'inaptitude des dommages-intérêts à régir des situations juridiques contractuelles s'illustre notamment dans le domaine de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée⁸⁶. Une partie peut décider de rompre le contrat si elle estime le manquement de son partenaire d'une gravité suffisante. Elle le fait toutefois à ses « *risques et périls* », ce qui sous-tend un effet comminatoire afin d'éviter les abus. Dans un tel cas, l'intervention *a posteriori* du juge prévaut; la faveur étant donnée à

⁸³ Yves-Marie Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, thèse Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de droit privé, t. 419, 2004; Nicolas Molfessis, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature? » [2005] *Revue de Droit Civil* 37; Philippe Rémy, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept » [1997] *R.T.D. civ.* 323; Denis Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation » [1994] *R.T.D. civ.* 223.

⁸⁴ Laithier, *ibid.* à la p. 425, n° 329.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Amrani-Mekki, *supra* note 14.

l'unilatéralisme dans le contrat à durée déterminée. Or, la condamnation à des dommages-intérêts à titre de sanction, suivant leur caractère purement indemnitaire et leur absence de finalité comminatoire, ne constitue pas une incitation suffisante au respect de l'engagement conclu. Il s'agit d'une sanction judiciaire trop faible pour être efficace. L'auteur, devant une analyse favorable coûts/bénéfices de la résiliation, n'hésitera pas à rompre son engagement. De fait, la menace aux « *risques et périls* » n'est pas véritablement comminatoire. Par surcroît, une telle situation ne pourra que se multiplier devant l'essor des prérogatives unilatérales en droit des contrats et la marge de calcul qu'elles induisent.

Outre la recherche d'un correctif spécifique propre à chaque domaine contractuel pour pallier à l'insuffisance des dommages-intérêts, notamment par le maintien forcé du contrat afin de faire échec à la résiliation unilatérale, la voie d'un correctif général applicable à toute hypothèse peut être privilégiée. L'octroi de dommages-intérêts punitifs, en sus des dommages-intérêts compensatoires, pourrait être cet instrument de correction du déséquilibre, confié au pouvoir judiciaire. En effet, les dommages-intérêts punitifs poursuivent une finalité comminatoire et constituent, à ce titre, une incitation au respect de la force obligatoire de l'engagement contractuel convenu. Ils s'inscrivent dès lors dans le comblement des insuffisances du droit positif au regard du domaine contractuel.

Les situations contractuelles envisagées, dans leur généralité, constituent des exemples de fautes lucratives du fait qu'elles participent d'un calcul de rationalité économique. Il importe, à cet égard, de discuter plus exhaustivement de cette faute qualifiée où les dommages-intérêts punitifs apparaissent nécessaires.

B) Le palliatif des lacunes du droit positif et la neutralisation de la faute lucrative⁸⁷

La faute lucrative⁸⁸ naît d'un constat d'ineffectivité des articles 1149 et 1382 du Code civil et du fait que le juge ne peut tenir compte du bénéfice que la faute procure à son auteur dans la détermination du montant des dommages-intérêts. Elle peut être définie comme étant la faute qui rapporte plus qu'elle ne coûte⁸⁹, ou encore, la faute dont l'indemnisation

⁸⁷ Il importe de distinguer la faute lucrative qui génère un gain pour l'auteur responsable de celle qui est lucrative pour la victime.

⁸⁸ Daniel Fasquelle et Rodolphe Méta, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages » [2005] R.G.D.A. 351, n° 2005-02; Daniel Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français » Les Petites Affiches, 20 novembre 2002, n° 232, 27.

⁸⁹ Jourdain, *supra* note 53 à la p. 4.

de la victime laisse à l'auteur responsable une marge bénéficiaire⁹⁰. Elle prévaut lorsque les profits que l'auteur tire de son activité illicite sont très supérieurs aux indemnités calculées en fonction de l'ampleur des dommages causés.

La faute lucrative est d'abord évoquée dans le cadre de certaines atteintes à la vie privée réalisées par des organes de presse⁹¹, puis se répercute dans de nombreux domaines, dont celui de la concurrence déloyale et de la contrefaçon, des atteintes à l'environnement, ainsi que de la consommation. En dépit de l'accroissement des situations dans lesquelles s'inscrit la faute lucrative, le législateur est resté aussi discret que la doctrine, imitée également par la jurisprudence.

Un effort de systématisation de la faute lucrative est toutefois entrepris par un auteur⁹². En premier lieu, la faute lucrative implique une faute qui consiste dans le fait de tirer profit de l'effort d'un autre (domaine des atteintes aux droits de la personnalité), ou de prendre avantage sur un concurrent ou de conquérir une position plus forte sur le marché de façon illicite (domaine de la concurrence déloyale et la contrefaçon), ou de poursuivre un but égoïste (domaine de l'environnement), ou encore de tirer profit d'un rapport de force déséquilibré (domaine contractuel de la consommation). En second lieu, la faute lucrative suppose un gain chez l'auteur responsable qui découle d'un calcul mathématique, du comportement anticipé des victimes ou de la difficulté de ces dernières de chiffrer le préjudice. En présence d'une faute lucrative, qui ne peut être compensée par d'autres moyens⁹³, et dont le droit positif se montre impuissant à la sanctionner, il importe de trouver un remède efficace. Il en va de l'effectivité du droit; la faute lucrative symbolisant la négation du droit.

Les dommages-intérêts punitifs représentent une réponse bien adaptée devant la pérennisation des activités dommageables, à défaut de sanction efficace, et les situations où l'auteur responsable tire profit de sa faute et demeure impuni en l'absence d'une incrimination pénale. L'articulation des finalités préventive et répressive de tels dommages s'exercera valablement, notamment s'ils sont mesurés aux profits réalisés, privant de tout intérêt un calcul de rationalité économique. La dissuasion du responsable d'adopter un même comportement pourra s'accompagner d'une exemplarité collective lorsque les dommages-intérêts punitifs sont associés à des mesures de publicité des

⁹⁰ Brun, *supra* note 22 à la p. 10, n° 13.

⁹¹ Raymond Lindon, note sous Paris (7^e ch.), 13 février 1971, J.C.P. 1971.II.16774.

⁹² Fasquelle, *supra* note 88 à la p. 27.

⁹³ Voir *supra* Deuxième partie, Section 1, Paragraphe II, A.

condamnations. La répression du responsable pourra constituer, à l'endroit de la victime, une véritable satisfaction morale⁹⁴.

Comblement de la défaillance du caractère comminatoire des dommages-intérêts en matière contractuelle et palliatif des lacunes du droit positif au regard de la faute lucrative, les dommages-intérêts punitifs représentent un outil juridique adéquat et un remède à privilégier. La froide et implacable logique économique qui anime certains comportements préjudiciables des justiciables doit dès lors être enrayerée.

Outre l'examen au plan du droit interne, les exemples provenant de systèmes juridiques étrangers peuvent amener à repenser le droit privé français de l'indemnisation et en inspirer certaines de ses solutions. À ce titre, le modèle québécois, qui connaît le concept de dommages-intérêts punitifs, sera tout particulièrement observé. Il s'agit d'un exemple de l'opportunité de jeter à bas le dogme indemnitaire, au profit de l'admission des fonctions préventive et punitive de la condamnation civile⁹⁵.

Section 2 : Le modèle juridique québécois favorisant l'octroi de dommages-intérêts punitifs

Le droit québécois est un droit mixte qui se rattache aux deux familles du droit, soit le droit civil et la common law. Il s'est démarqué des systèmes de tradition civiliste en introduisant la manifestation la plus explicite de la notion de peine privée : les dommages-intérêts punitifs⁹⁶. Incontestablement partie du droit privé québécois et loin d'être un épiphénomène, les dommages-intérêts punitifs feront l'objet d'un examen au regard de l'articulation de leurs conditions d'octroi (Paragraphe I) et de leurs modalités d'attribution (Paragraphe II).

D'emblée, un bref historique de l'introduction des dommages-intérêts punitifs en droit civil québécois s'impose. Dès la deuxième moitié du XIX^e siècle, certains tribunaux reconnaissent l'existence de dommages-intérêts punitifs, notamment dans des situations où prévaut

⁹⁴ Jourdain, *supra* note 53 aux pp. 4-5.

⁹⁵ Carval, *supra* note 3 à la p. 47, n^o 42.

⁹⁶ Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003; Claude Dallaire, *La mise en oeuvre des dommages exemplaires sous le régime des chartes*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003; Pauline Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois : instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 1995. Pour une discussion en droit français, voir Carval, *supra* note 3 aux pp. 57 et s., n^{os} 56 et s.; Jault, *supra* note 5 aux pp. 7-8, n^o 10.

une conduite particulièrement répréhensible ou malicieuse. Cet octroi traduit alors une méconnaissance du dommage moral. S'inscrit toutefois en divergence avec ce courant jurisprudentiel la Cour d'appel du Québec⁹⁷ qui, dès 1908, manifeste son opposition au recours à de tels dommages-intérêts. La Cour suprême du Canada confirme cette tendance prohibitive, en 1955, dans l'arrêt *Chaput c. Romain*⁹⁸. Elle statue que le droit civil du Québec ne connaît pas les dommages punitifs ou exemplaires; il a pour unique finalité d'indemniser la victime.

Le législateur québécois se montre néanmoins plus innovateur et proscrit l'attitude dogmatique de la jurisprudence au plan de la réparation. Une première reconnaissance législative des dommages-intérêts punitifs apparaît, vers 1886, dans la *Loi sur la compagnie royale d'électricité*⁹⁹, puis une consécration au plan de la terminologie dans la *Loi de la protection des arbres*¹⁰⁰ de 1929. L'apport le plus significatif survient, en 1975, avec l'avènement de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁰¹ qui consacre un recours en dommages-intérêts punitifs pour toute atteinte illicite et intentionnelle aux droits et libertés qui y sont garantis. S'ensuit, en 1978, la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰² qui prévoit la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts punitifs lorsque le commerçant enfreint une obligation imposée par la loi. Le législateur adopte ponctuellement, par la suite, une douzaine de lois de moindre portée en faveur des locataires, des épargnants et de certains salariés¹⁰³. Devant ces applications circonscrites des dommages-intérêts punitifs, le droit civil québécois sollicite une disposition générale propre à consacrer leur existence. L'adoption du *Code civil du Québec*¹⁰⁴, en

⁹⁷ *French c. Hétu*, (1908) 17 B.R. 429.

⁹⁸ [1955] R.C.S. 834.

⁹⁹ S.Q. 1898, c. 66, art. 26.

¹⁰⁰ L.Q. 1929, c. 71, devenue la *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q. c. P-37, art.

1.

¹⁰¹ L.R.Q. c. C-12, art. 49.

¹⁰² L.R.Q. c. P-40.1, art. 272.

¹⁰³ Voir notamment *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11, art. 46; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. c. A-2.1, art. 167; *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q. c. D-2, art. 31; *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, L.R.Q. c. P-29.1, art. 67; *Loi sur la régie du logement*, L.R.Q. c. R-8.1, art. 54.10; *Loi concernant les services de transport par taxi*, L.R.Q. c. S-6.01, art. 83 et 127; *Loi sur les arrangements préalable de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q. c. A-23.001, art. 56. Pour une nomenclature exhaustive, voir Pauline Roy, « Différentes manifestations de la notion de peine privée en droit québécois » (2005) 39 R.J.T. 263.

¹⁰⁴ L.Q. 1991 c. 64, art. 1621. Le *Code civil du Québec* est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Voir les articles 1899, 1902 et 1968 qui prévoient spécifiquement un recours en dommages-intérêts punitifs.

1991, a toutefois failli à cette tâche. De fait, l'article 1621 n'élève nullement les dommages-intérêts punitifs au rang de règle générale; « *il ne fait que consolider le droit existant en incorporant ce recours au droit commun* »¹⁰⁵. Le *Code civil du Québec* ne généralise donc pas le fondement de l'octroi de dommages-intérêts punitifs, il se contente d'encadrer cette institution. Cette dernière doit être étudiée tout particulièrement.

I – Les conditions d'octroi de dommages-intérêts punitifs

« *Pas de texte, pas de dommages-intérêts punitifs* », tel est le postulat de l'octroi de dommages-intérêts punitifs en droit civil québécois (A). Plus particulièrement, le texte de la Charte québécoise des droits et libertés fera l'objet d'un examen spécifique au regard des conditions d'octroi de tels dommages-intérêts (B).

A) La nécessité d'une disposition législative

L'alinéa premier de l'article 1621 C.c.Q. édicte certes la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs, mais il pose en outre comme condition qu'une loi particulière en autorise l'utilisation. Le droit civil québécois ne permet pas l'octroi de dommages-intérêts punitifs sur une base discrétionnaire. La nécessité d'un support législatif spécifique impose aux magistrats l'obligation de fonder la condamnation à des dommages-intérêts punitifs sur un texte législatif précis¹⁰⁶. Deux conséquences s'ensuivent. Il importe que les juges fassent preuve de rigueur et identifient la loi qui les autorise à le faire, d'une part. En l'absence d'un texte habilitant, les dommages-intérêts punitifs doivent être refusés, d'autre part¹⁰⁷. La position adoptée par le législateur québécois est qualifiée de « *geste timide* »¹⁰⁸, de « *compromis* »¹⁰⁹ ou

¹⁰⁵ Pierre-Gabriel Jobin, « Les dommages punitifs en droit québécois » dans Jean Calais-Auloy, dir., *Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, 537 à la p. 543.

¹⁰⁶ Au Québec, un besoin se fait particulièrement sentir d'étendre le domaine d'application des dommages-intérêts punitifs. Un rapport du comité *ad hoc* sur les frais du Barreau de Montréal, du 7 mai 2004, traite de la question d'un élargissement du recours en dommages-intérêts punitifs afin de permettre à tout justiciable, victime d'une conduite malveillante, arbitraire ou extrêmement répréhensible, qui déroge nettement aux normes ordinaires de bonne conduite, d'y avoir recours. Il y aurait alors adéquation à la position de la common law adoptée dans l'arrêt *Whiten c. Pilot*, [2002] 1 R.C.S. 595. Voir Stéphane Beaulac, « Les dommages-intérêts punitifs depuis l'affaire *Whiten* et les leçons à en tirer pour le droit civil québécois » (2002) 36 R.J.T. 637.

¹⁰⁷ Baudouin et Deslauriers, *supra* note 96 à la p. 269, n° 335.

¹⁰⁸ Jobin, *supra* note 105 à la p. 543.

¹⁰⁹ Baudouin et Deslauriers, *supra* note 96 à la p. 268, n° 334.

encore de « *solution transactionnelle* »¹¹⁰ au regard des documents préparatoires ayant conduit à l'adoption de l'article 1621. Les intentions initiales de l'Office de révision du Code civil¹¹¹ favorisaient une disposition générale sur les dommages-intérêts punitifs. Une dérogation au principe de compensation de la responsabilité civile était permise lorsque l'atteinte à la personne ou à ses biens était intentionnelle ou résultait d'une faute lourde. Cette proposition trouvait un écho dans l'Avant-projet du Code civil du Québec¹¹² qui réitérait la présence d'une faute lourde ou intentionnelle pour l'octroi de dommages-intérêts punitifs.

À ce titre, un rapprochement peut être tissé entre les propositions du projet Catala et celles contenues dans le projet de Code civil québécois quant à la généralité des dommages-intérêts punitifs. Toutes deux fondent l'octroi de dommages-intérêts punitifs sur une disposition d'application générale. Il convient de s'interroger sur la position définitive qui sera adoptée en droit privé français contemporain et de spéculer sur deux solutions possibles. Maintien des propositions initiales et droit général aux dommages-intérêts punitifs? Ou restriction apportée, à l'instar du droit civil québécois, et encadrement strict des dommages-intérêts punitifs? Certes, jouer la carte de la prudence est satisfaisante et on ne pourrait reprocher au législateur de demeurer prudent en présence d'un risque réel ou d'une anticipation fondée de répercussions négatives. Il est néanmoins raisonnable d'espérer une attitude modérée de la part des magistrats et d'étendre cet instrument dans des circonstances où son utilisation serait justifiée et souhaitable.

La Charte québécoise des droits et libertés prévoit expressément l'octroi de dommages-intérêts punitifs. En raison de l'importance d'un tel instrument juridique, de son statut quasi-constitutionnel et du caractère fondamental des droits et libertés fondamentaux qui y sont protégés¹¹³, elle joue un rôle moteur décisif et impose un véritable droit de cité aux dommages-intérêts punitifs.

¹¹⁰ Jault, *supra* note 5 à la p. 8, n° 10.

¹¹¹ Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil. Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978, art. 290.

¹¹² Avant-projet de *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1^{re} sess., 33^e lég., Québec, 17 décembre 1987, art. 1677 et s.

¹¹³ Louis Perret, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil du contrat et de la responsabilité au Québec » (1981) R.G.D. 131.

B) Les conditions spécifiquement énoncées à la Charte des droits et libertés de la personne

Bien que prolixe dans la nomenclature des droits et libertés des citoyens du Québec¹¹⁴, la Charte québécoise fait preuve d'un certain laconisme au regard des dommages-intérêts punitifs. L'alinéa deuxième de l'article 49 de la Charte québécoise édicte : « *En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.* » Le régime de cette sanction n'est nullement précisé; seul le fardeau de la preuve qui incombe à la victime est mentionné. La partie victime d'un comportement attentatoire à l'un de ses droits doit ainsi faire la preuve du caractère illicite et intentionnel de l'atteinte afin d'obtenir une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. Outre la condition inhérente de l'atteinte à un droit protégé par la Charte québécoise, deux conditions de fond cumulatives doivent être remplies : l'illicéité de l'atteinte et le caractère intentionnel de celle-ci.

La notion d'« *atteinte illicite* », qui suscitait auparavant le débat quant à la nature distincte de l'atteinte illicite et de la faute, fût tranchée par la Cour suprême du Canada¹¹⁵. L'atteinte est illicite si elle ne peut se justifier en fonction des normes de conduite autorisées par la loi et du devoir général de bonne conduite adoptée par une personne prudente et diligente¹¹⁶. La violation d'un droit protégé par la Charte québécoise équivaut donc à une faute civile. Quant à l'« *atteinte intentionnelle* », la controverse animant l'interprétation de son caractère intentionnel est explicitement décidée par la Cour suprême, dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*¹¹⁷. Il importe que le résultat du comportement fautif soit voulu. L'auteur de l'acte doit avoir un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite ou encore qu'il ait agi en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles, ou au moins extrêmement probables, que sa conduite engendrera. Une interprétation « *intermédiaire* »¹¹⁸ de la notion d'atteinte intentionnelle est ainsi adoptée par les magistrats. Bien que favorisant une interprétation libérale de la Charte, ils refusent de considérer la faute

¹¹⁴ La Charte québécoise couvre le champ des libertés publiques suivant la protection des droits politiques, judiciaires, économiques et sociaux (art. 21 à 48) et offre une protection contre toute forme de discrimination (art. 10 à 20.1) et de harcèlement pour des motifs de discrimination énumérés à l'article 10. Elle protège aussi les droits individuels (art. 1 à 9.1).

¹¹⁵ *Béliveau St-Jacques*, *supra* note 55.

¹¹⁶ Roy, *supra* note 103 à la p. 272.

¹¹⁷ [1996] 3 R.C.S. 211. Voir également *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3.

¹¹⁸ Baudouin et Deslauriers, *supra* note 96 à la p. 284, n^o 344.

lourde et, *a fortiori*, la simple négligence comme une atteinte intentionnelle.

Par ailleurs, l'octroi de dommages-intérêts punitifs n'est pas automatique lorsque ses conditions d'ouverture sont satisfaites. Les magistrats disposent d'un pouvoir discrétionnaire afin d'évaluer s'il est approprié ou non d'accorder ce recours. Ils détiennent, en outre, un pouvoir d'appréciation du quantum assujéti aux facteurs codifiés à l'article 1621 C.c.Q.

II – Les modalités d'octroi de dommages-intérêts punitifs

Un encadrement au plan des modalités d'attribution des dommages-intérêts punitifs est énoncé à l'article 1621 C.c.Q. Le législateur québécois propose une orientation générale (A), tout en identifiant certains critères précis (B).

A) Le critère directeur d'évaluation des dommages-intérêts punitifs

Au Québec, lorsqu'une loi prévoyant le recours aux dommages-intérêts punitifs ne précise aucun plancher, ni plafond d'indemnité, la disposition de droit commun de l'article 1621 C.c.Q. trouve application. Un objectif d'uniformisation des critères applicables à l'évaluation des dommages-intérêts punitifs est poursuivi par le législateur québécois. Le critère directeur qui chapeaute l'ensemble est exprimé à l'alinéa premier de l'article 1621 : « *Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.* » Le quantum de tels dommages-intérêts doit donc être intimement lié à leur justification. Il s'agit là d'un appel à la modération¹¹⁹.

La finalité principale de la condamnation à des dommages-intérêts punitifs, assortie d'une velléité punitive, renvoie à la prévention. « *D'un double objectif de punition et de dissuasion, les dommages punitifs ont maintenant une seule fonction officielle : la prévention.* »¹²⁰ Du modèle rétributif, il importe de migrer vers le modèle utilitaire. Quatre

¹¹⁹ Voir toutefois la décision *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, [2006] R.J.Q. 2851 (C.S.) (règl. hors cour) où le juge Senécal a accordé une somme de 1,5 million de dollars à titre de dommages punitifs à l'encontre d'une maison de courtage de valeurs mobilières. Un tel montant ainsi octroyé s'inscrit en divergence avec ceux accordés par la jurisprudence antérieure, où ils n'avaient pas été supérieurs à 300 000 \$ (sauf un cas de recours collectif dans *Pearl c. Investissements Contempra ltée*, [1995] R.J.Q. 2697 (C.S.)). Nous pouvons ainsi nous interroger si les risques inhérents de dérapage à l'américaine ne sont pas désormais présents au Québec.

¹²⁰ Pierre Pratte, « Le rôle des dommages punitifs en droit québécois » (1999) 59 R.

observations s'ensuivent. Premièrement, les magistrats orientent leur regard vers l'avenir pour fixer un montant, qui empêche la récidive, et se détournent du passé où une sanction est imposée. Deuxièmement, la dissuasion n'est plus appréhendée tel un objectif, mais comme un moyen. Les dommages-intérêts punitifs ont pour fonction de prévenir l'inexécution et la dissuasion n'est qu'un moyen pour parvenir à un tel résultat. Troisièmement, un comportement fautif, mais non gravement répréhensible en soi, peut donner lieu à une condamnation exemplaire si celle-ci permet de prévenir une nouvelle inexécution de l'obligation. Quatrièmement, la personnalisation des peines prévaut et non plus leur harmonisation, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables pour des infractions semblables. Enfin, il est possible de juxtaposer le but d'éducation à la prévention afin de policer certains comportements anti-sociaux.

À titre subsidiaire, il convient de dénoncer l'incohérence, au plan terminologique, de l'expression « *dommages-intérêts punitifs* »¹²¹. Si l'objectif essentiel est la prévention, pourquoi adjoindre le qualificatif « *punitifs* » aux dommages-intérêts? Il s'agit là, à n'en point douter, d'une confusion au plan des finalités poursuivies par le législateur québécois. Peut-être apparaîtrait-il préférable de recourir à la notion plus juste de « *dommages exemplaires* », édictée dans la Charte québécoise avant 1999. Certains paramètres sont, en outre, mentionnés par le législateur québécois au soutien de la fonction préventive.

B) Les critères accessoires d'évaluation et leur impact

L'alinéa deuxième de l'article 1621 C.c.Q. énumère une série de critères non exhaustifs dont la fonction est de guider le tribunal au chapitre de l'évaluation des dommages-intérêts punitifs. Ces critères, congruents pour une sanction à vocation préventive et éducative, sont formulés comme suit :

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

Outre la prise en considération de la gravité de la faute, les magistrats peuvent adapter la sanction au niveau financier de l'auteur de

du B. 445 à la p. 576.

¹²¹ Daniel Gardner, « Réflexions sur les dommages punitifs et exemplaires » (1998) 77 R. du B. can. 198 à la p. 203; Roy, *supra* note 103 à la p. 270.

la faute de manière à entraîner un effet patrimonial dissuasif pour le futur. À cet égard, l'étendue de la réparation — plus particulièrement le fait qu'elle puisse être assumée par un tiers¹²² — et la situation patrimoniale du débiteur peuvent être appréciées. Il est possible d'inférer certaines constantes de ces paramètres. Un examen doit être mené au plan de la conduite (durée, gravité de la faute) et de la situation du débiteur (profits réalisés, ressources financières, autres punitions infligées), mais aussi au regard de la victime (impact de la conduite sur elle, provocation de sa part) et du montant total accordé. Bien que ces balises législatives soient établies, les magistrats ont trop souvent tendance à déterminer le montant des dommages-intérêts punitifs de façon sommaire, sans aucune motivation, usant de leur pouvoir discrétionnaire de façon arbitraire¹²³.

Enfin, le caractère privé des dommages-intérêts punitifs accordés par le tribunal résulte du fait qu'ils sont directement versés dans le patrimoine de la victime. « *C'est elle qui est maîtresse de l'action et qui en est bénéficiaire, non le Trésor public.* »¹²⁴ Est-ce là une lacune du législateur québécois au regard de la destination des dommages-intérêts punitifs? L'Avant-projet du Code civil du Québec prévoyait pourtant que le créancier ne pourrait toucher à l'entier de la condamnation correspondant aux dommages punitifs, une partie de laquelle serait plutôt versée à un organisme oeuvrant à prévenir le genre d'acte précisément reproché à la personne fautive¹²⁵. Cette proposition, bien que perfectible car trop directive, était novatrice et bien adaptée au concept d'une peine privée à vocation préventive¹²⁶. À l'instar de l'article 1371 du projet

¹²² Il est à noter qu'au Québec, les assureurs peuvent être tenus de couvrir les dommages-intérêts punitifs. Toutefois, certaines compagnies d'assurance excluent spécifiquement de leur couverture de tels dommages. À ce titre, elles peuvent prendre appui sur l'article 2464 C.c.Q. qui édicte que l'assureur n'est « *jamais tenu de réparer le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l'assuré* ». Voir Baudouin et Deslauriers, *supra* note 96 à la p. 297, n° 352. Il importerait, pour éviter de donner un blanc-seing aux auteurs d'une faute intentionnelle, que les tribunaux déclarent expressément cette disposition d'ordre public. De fait, nous pouvons nous interroger si l'absence de l'expression « *nonobstant toute convention contraire* » de l'article 2563 C.c.B.C. a enlevé le caractère d'ordre public à la disposition contenue à l'article 2464 C.c.Q.

¹²³ Jobin, *supra* note 105 à la p. 546; Roy, *supra* note 103 à la p. 287.

¹²⁴ Louis Perret, « Le droit de la victime à des dommages punitifs en droit civil québécois : sens et contresens » (2003) 33 R.G.D. 233 à la p. 241.

¹²⁵ Art. 1680 de l'Avant-projet du Code civil du Québec.

¹²⁶ Un élargissement à certaines institutions caritatives devrait néanmoins être favorisé afin de pallier à la difficulté d'identifier un organisme directement impliqué dans la prévention de l'acte en question.

Catala, elle proscrivait un enrichissement injustifié de la victime aux dépens du débiteur, en violation du principe compensatoire.

L'encadrement général du *Code civil du Québec*, au regard de l'application des dommages-intérêts punitifs, paraît suffisamment circonscrit pour éviter les excès de la jurisprudence américaine¹²⁷. Qu'il suffise, à ce titre, de préciser l'absence de procès devant un jury en droit privé, depuis 1975, et l'exorbitance des montants accordés en corollaire. Au surplus, lorsqu'il y a lieu à condamnation à des dommages-intérêts punitifs, ces dommages ne représentent souvent qu'une fraction des dommages-intérêts compensatoires. Par ailleurs, le législateur québécois a refusé de créer un droit général aux dommages-intérêts punitifs, même assorti de conditions strictes; il s'est borné à poser des facteurs pour leur évaluation. Ils ne peuvent donc être attribués que dans les cas expressément permis par la loi. Quant à la jurisprudence québécoise, celle-ci a réussi, au fil des ans, à développer ses propres points de repère et sa propre structure, sans pour autant copier servilement les préceptes de la common law.

Conclusion

Requis de sortir d'une clandestinité peu satisfaisante, les dommages-intérêts punitifs ne peuvent qu'emporter un fort sentiment de sympathie. Ils recevraient application, suivant l'article 1371 du projet Catala, en présence d'une « *faute manifestement délibérée et notamment d'une faute lucrative* », sans précision toutefois au plan de leurs modalités d'attribution. Il n'est pas sans intérêt de signaler que les propositions contenues au projet Catala semblent favoriser un large pouvoir discrétionnaire aux juges, sous réserve de la motivation de leurs décisions, dans un domaine sensible, plus que ne l'a été un législateur nord-américain. Le législateur québécois, en revanche, a choisi la solution de se réserver à lui-même le pouvoir de déterminer les circonstances d'octroi de dommages-intérêts punitifs et, ensuite, d'encadrer l'exercice par les juges du pouvoir spécifiquement reconnu par lui. L'inscription de cette institution au sein de la tradition civiliste requiert, à ce titre, une certaine pondération afin d'en assurer la cohérence interne et de proscrire une ingérence indue aux fondements assignés et aux finalités dévolues à la responsabilité civile. L'encadrement du régime de dommages-intérêts préconisé par le législateur québécois demeure perfectible. Mais peut-on se satisfaire de l'absence quasi-totale d'encadrement des dommages-intérêts punitifs que le projet Catala semble préconiser?

¹²⁷ Sous réserve de la remarque énoncée quant à l'affaire *Markarian*, *supra* note 119.