

## RECONNAÎTRE DE TRÈS LARGES POUVOIRS AU JUGE : LE JUGE PEUT-IL CONSIDÉRER LES COMPORTEMENTS DU RESPONSABLE ET DE LA VICTIME

(DOMMAGES INTÉRÊTS PUNITIFS, MINIMISATION DU DOMMAGE) ?

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE  
TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE - 5 AVRIL 2013

PAR MAUD LAROCHE\*

Après avoir étudié le rôle que peuvent jouer les parties dans la réparation de leur préjudice d'affaires, il convient de traiter du rôle du juge<sup>22</sup>. Plus précisément, d'envisager la prise en considération, par le juge, des comportements du responsable et de la victime. Et l'étude est guidée puisque sont évoqués les dommages intérêts punitifs et la minimisation du dommage.

La formulation du sujet semble fondée sur un présupposé : l'absence de tels mécanismes empêcherait le juge de considérer les comportements des parties au litige. Et il est vrai que, en principe, le juge français doit évaluer la réparation au vu du seul dommage.

Cela ne signifie pas que le juge doit ignorer totalement les comportements puisqu'il doit, en amont, qualifier le comportement fautif ou l'inexécution contractuelle<sup>23</sup>, cause du droit à réparation. Mais, ceci fait, il doit fixer la réparation en faisant abstraction des comportements.

Les droits anglo-saxons adoptent une solution différente. Des dommages intérêts « punitifs » peuvent imposer une réparation à la valeur plus élevée que celle du préjudice subi soit en vue d'imposer la restitution du profit réalisé grâce à une faute lucrative, soit afin d'amputer le patrimoine du responsable à raison

d'actes particulièrement répréhensibles<sup>24</sup>. A l'inverse, la réparation accordée à la victime peut être réduite si elle n'a pas tenté de prévenir le dommage ou son aggravation, si elle a contribué à l'aggravation ou si, ultime exigence, elle n'a pas réduit le dommage<sup>25</sup>. L'objectif poursuivi par ces mécanismes ? L'efficacité économique et la préservation du marché ; objectifs apparemment inhérents à la vie des affaires. C'est dire que de tels mécanismes passeraient aisément pour une nécessité en droit des affaires.

Et le mérite de ce colloque est bien de poser la question de l'utilité<sup>26</sup> de ces techniques sous l'angle du préjudice d'affaires, dont les conditions de réparation sont intégrées au calcul de risque des entrepreneurs. Si l'on peut profiter d'une faute lucrative, on tentera peut-être de parasiter une entreprise à succès<sup>27</sup>. Si l'on n'est pas tenu de réduire son préjudice, on évitera le remplacement d'une livraison qui viendrait finalement alourdir le stock.

Où l'on voit que la récurrence du débat est justifiée par l'importance de la question : efficacité et moralité, relations d'affaires parti-

---

\* Maud Laroche est agrégée des facultés de droit, professeur à l'Université de Rouen.

22 - La forme orale de l'intervention a été conservée.

23 - Pour ce faire, il doit également, parfois, envisager le comportement de tiers, tel le consommateur, pour qualifier la faute ; ainsi des qualifications de pratique de concurrence déloyale ou de tromperie, v. par exemple : Cass. com., 29 nov. 2011, *Bull. civ.*, IV, n° 195 ; Cass. com., 4 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.729, à paraître au bulletin.

---

24 - C. Jauffret-Spinozi, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », PA 20 nov. 2002, n° 232, p. 8.

25 - H. Muir-Watt, « La modération des dommages en droit anglo-américain », PA, 20 nov. 2002, n° 232, p. 45.

26 - La chose est plus que débattue en droit français, V. notamment « Faut-il moraliser le droit de la réparation du dommage », PA, 20 novembre 2002, n° 232 ; RDC 2010/3, pp. 1139 et s.

27 - Sur les fautes lucratives, v. not. : D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français », PA 20 nov. 2002, n° 232, p. 27 ; R. Méssa, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », D. 2012. 2754.

culières et marché sont en jeu, légitimant les attentes des acteurs du monde des affaires. Ce d'autant plus que la dimension internationale du commerce les confronte à ces mécanismes ; notamment la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises qui invite l'acheteur français au remplacement de la chose non livrée<sup>28</sup>.

Pour autant, on constate déjà une prise en compte des comportements du responsable et de la victime par le juge français (I), ce dont on peut inférer que la prise en compte des attentes du monde des affaires n'impose pas le recours aux dommages intérêts punitifs ou à l'obligation de minimiser son dommage (II).

## I. Prise en compte des comportements

La prise en compte des comportements du responsable et de la victime, outre l'évidente qualification des fautes et inexécutions contractuelles, est déjà une réalité en droit français, notamment en droit des affaires. Elle résulte de la loi d'une part, de la pratique judiciaire d'autre part.

### A. La loi

La loi elle-même autorise, voire impose, parfois la considération du comportement du responsable pour fixer la réparation d'un préjudice d'affaires. La prise en compte légale du comportement du responsable, qui vise uniquement à sanctionner le comportement du responsable, pourrait être assimilée au prononcé de dommages-intérêts punitifs, qu'elle se fasse dans la limite de l'entier préjudice ou au-delà.

### 1/ L'entier préjudice

Dans la limite de l'entier préjudice, la loi prévoit que l'inexécution particulièrement grave d'un contrat justifie l'éviction du plafond de réparation que constitue, en principe, le dommage prévisible au profit d'un plafond constitué par l'entier préjudice. Vous aurez

---

28 - Si l'on voit parfois dans la Convention de Vienne le cheval de Troie introduisant l'obligation de minimiser son dommage en droit français en ce qu'elle conduit à la prise en compte de l'abstention de la victime, il reste qu'elle vise la seule vente internationale de marchandises et que les auteurs peinent à interpréter son article 77 comme une véritable obligation, un auteur préférant parler d'« incombance » (Cl. Witz, « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », PA 20 nov. 2002, n° 232, p. 50).

reconnu les termes de l'article 1150 du code civil<sup>29</sup>.

La règle est particulièrement appliquée en droit des transports, où les réparations sont plafonnées forfaitairement. Néanmoins, la portée de la règle a été réduite, en 2009, par la limitation de l'assimilation à la faute dolosive de la seule faute inexcusable en l'article L. 133-8 du code de commerce<sup>30</sup>. À rebours de la démonstration, seule une interprétation compréhensive du texte permettra donc, désormais, l'indemnisation complète de l'incompétence ou de la négligence graves du transporteur.

### 2/ Au-delà

Au-delà de l'entier préjudice, la loi peut également prévoir que la réparation soit adaptée au bénéfice tiré d'une faute lucrative<sup>31</sup>.

Les droits de propriété industrielle sont ainsi sanctionnés par l'allocation de dommages intérêts fixés « *en considération [des] conséquences économiques négatives [...] subies par la partie lésée, [des] bénéfices réalisés par le contrefacteur et [du] préjudice moral...* »<sup>32</sup>. Le juge peut même, indique les textes, prévoir une réparation forfaitaire. Si les débats parlementaires révèlent que le législateur<sup>33</sup>, entendait demeurer sous la bannière du principe de réparation intégrale, le code de la propriété intellectuelle dit bien autre chose...

Plus loin, le contrefacteur d'une marque notoire engage sa responsabilité lorsque la reproduction ou l'imitation est – classiquement,

---

29 - M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, Coll. Thémis droit, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, p. 684.

30 - Or une telle interprétation est loin d'être acquise, particulièrement en matière de transport de marchandises, au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation : v. par exemple, Cass. com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-68425 ou Cass. com., 16 oct. 2012, pourvoi n° 11-10071, à paraître au bulletin.

V. également : L. Leroy, « L'appréciation de la faute inexcusable du droit des transports, une hésitation symbole d'une inadéquation », PA 16 juill. 2009, n° 141, p. 8.

31 - D. Fasquelle, art. précité.

32 - V. par ex. pour les dessins et modèles : article L. 521-7 du code de la propriété intellectuelle.

Ph. Pierre, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – rapport français », RDC 2010/3, p. 1117.

33 - Transposition de la directive 2004/48 relative aux droits de propriété intellectuelle.

bien que le flou de l'expression ait donné lieu à interprétation – « *de nature à porter préjudice au propriétaire* » ou – alternative exceptionnelle – « *constitue une exploitation injustifiée* »<sup>34</sup>. La seule exploitation injustifiée, comportement fautif, paraît bien ici présumer un préjudice dont l'évaluation ne pourrait tenir qu'aux fruits de l'exploitation.

La loi autorise ainsi parfois le juge à fixer la réparation du préjudice d'affaires soit au vu du préjudice subi et de la gravité du comportement reproché, soit au vu du seul comportement. Les hypothèses restent toutefois limitées à un comportement particulièrement grave ou à des matières où la démonstration du préjudice est particulièrement délicate. Au-delà de ces hypothèses légales, les juges s'autorisent eux-mêmes à prendre en compte les comportements pour fixer la réparation des préjudices subis.

## B. La pratique judiciaire

La pratique judiciaire révèle une même tendance à prendre aisément en considération le comportement du responsable mais plus rarement celui de la victime.

### 1/ Le responsable

La prise en compte du comportement du responsable par les juges prend plusieurs formes<sup>35</sup> qui, toutes, biaisent le principe de l'entier préjudice auquel la Cour de cassation rappelle régulièrement.

D'abord, les juges du fond peuvent allouer, sous couvert d'appréciation souveraine, une réparation supérieure à la valeur du préjudice. Mais la chose doit être tue : la Cour de cassation sanctionne les dommages-intérêts forfaitaires ou accordés en équité<sup>36</sup> ainsi que l'indemnisation

---

34 - Art. L. 713-5 CPI.

35 - Le comportement visé est, d'évidence, le comportement répréhensible.

On pourrait pourtant imaginer que soit pris en compte un comportement particulièrement diligent depuis la faute ou l'inexécution ou un geste commercial de l'entreprise qui souhaiterait conserver un client malgré une inexécution partielle ou un retard. La jurisprudence ne semble pourtant pas se faire l'écho de telles pratiques, peut-être idylliques d'ailleurs. En toute hypothèse, le débiteur défaillant ne pouvant imposer l'exécution forcée au créancier, il paraît impossible qu'il se « rattrape » sans l'accord de celui-ci.

V. par ex., en matière de vice caché : Cass. com., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-13176, à paraître au bulletin.

36 - Civ. 1, 3 juill. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 296 ; Civ. 3, 26 sept. 2007, *Bull. civ.*, III, n° 149.

du bénéfice attendu d'une convention évaluée au-delà de la perte de chance<sup>37</sup>. Autrement dit, pas de dommages intérêts punitifs affichés, sauf l'*exequatur* d'une décision étrangère autorisé par la Cour en 2010<sup>38</sup>.

Ensuite, les juges peuvent faciliter la mise en œuvre de la responsabilité, favorisant la réparation.

Ainsi de la présomption d'existence d'un préjudice en présence d'une pratique constitutive de concurrence déloyale. La chambre commerciale de la cour de cassation a affirmé « *qu'il s'inférait nécessairement des actes déloyaux [...] un préjudice, fût-il seulement moral* »<sup>39</sup>. Et la première chambre civile énonce, au sujet d'une obligation de non rétablissement, que « *celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* »<sup>40</sup>. Où l'on voit que chaque chambre à son tour admet de présumer le préjudice. Dans le même sens, les juges peuvent interpréter avec souplesse la prévisibilité du dommage, augmentant d'autant le plafond d'indemnisation contractuelle<sup>41</sup> ou écartant la force majeure.

En outre, les juges peuvent qualifier, parallèlement à la faute ou à l'inexécution première, la violation d'une obligation créée pour l'occasion. La réparation est alors augmentée de celle d'un préjudice complémentaire, plus ou moins réel. Ainsi des obligations d'information, de conseil ou de

---

37 - Perte qui n'est d'ailleurs même pas de la chance de réaliser le gain espéré : Cass. com., 26 nov. 2003, *Bull. civ.*, IV, n°186 ; D. 2004. 869, note Dupré-Dallemagne, JCP E 2004. 738 note Stoffel-Munck ; RTD Civ., 2004. 80, obs. Mestre et Fages ; plus récemment Cass. com., 18 sept. 2012, pourvoi n° 11-19.629, à paraître au bulletin.

38 - Cass. civ. 1, 1<sup>er</sup> déc. 2010, *Bull. civ.*, I, n° 248.

39 - Cass. com., 3 mars 2004, pourvoi n° 01-15.706. Formule d'autant plus intéressante que, à lire le rappel de sa motivation dans l'arrêt de cassation, la cour d'appel contestait la « réalité du préjudice ».

Bien que plus ancienne, la solution peut désormais se recommander de l'article L. 713-5 du code de la propriété intellectuelle évoqué ci-avant.

40 - Cass. civ. 1, 10 mai 2005, *Bull. civ.*, I, n° 201 ; Cass. civ. 1, 31 mai 2007, *Bull. civ.*, I, n° 212.

V. not. J.-P. Gridel, Y.-M. Laithier, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », JCP G 2008. I. 143, spé. n°s 35 et s. associant cette solution à la mise en œuvre de dommages intérêts punitifs.

41 - V. O. Bustin, « Les présomptions de prévisibilité du dommage contractuel », D. 2012. 238.

cohérence des comportements contractuels<sup>42</sup> – la dernière étant sans doute plus adaptée aux relations d'affaires – que l'on a vu fleurir.

Enfin, les juges peuvent autoriser le créancier à faire fi des règles ordinaires de sanction de l'inexécution contractuelle lorsque la gravité de celle-ci le justifie. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle validé, contre la lettre des articles 1144 et 1184 du code civil le remplacement dans la vente commerciale<sup>43</sup> ou la résiliation unilatérale du contrat<sup>44</sup>. S'il n'y a pas d'augmentation de la réparation, au moins la victime peut-elle adapter la réparation à ses besoins.

Contrôlant l'abus, les juges devront alors apprécier le comportement de la victime prétendue.

## 2/ La victime

Le comportement de la victime est pourtant rarement envisagé par les juges.

Il l'est évidemment lorsque la victime commet une faute. Qu'elle anticipe à tort la résolution du contrat et elle en devra compte à son cocontractant<sup>45</sup>. Qu'elle procède à un remplacement excessif et elle ne sera pas indemnisée de l'ensemble de ses frais. La faute de la victime justifie soit une répartition de responsabilité, soit une obligation inverse de réparer ce qui entraîne, dans les deux cas, une réduction de la réparation perçue.

Et l'on pourrait associer à ces solutions le refus de qualifier l'état de dépendance économique de l'entreprise qui accepte le risque d'une relation commerciale exclusive<sup>46</sup>.

Mais le sujet n'est pas là. Rappelons que l'exposé était guidé : « (dommages-intérêts punitifs et obligation de minimiser le dommage) ».

La question est donc de savoir si le juge français impose à la victime d'un préjudice d'affaires de minimiser son dommage. La réponse est négative : il n'existe pas, *stricto sensu*, d'obligation de minimiser son préjudice, qu'il soit d'affaires ou civil, en droit français interne<sup>47</sup>. Si la victime ne doit pas ajouter à son dommage par sa faute<sup>48</sup>, il s'agit là de ne pas aggraver et non de minimiser. Si l'acheteur commercial a la faculté de procéder au remplacement de la chose non livrée et si l'entreprise a la possibilité de prévenir la réalisation du dommage par les techniques du référé ou de l'astreinte... il s'agit là de facultés et de prévention, non d'obligation de minimiser un dommage né.

Au-delà, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a clairement énoncé, en 2003, que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »<sup>49</sup>. Partant, on ne peut reprocher à la victime d'un accident d'avoir contribué à la perte de son fonds de commerce en refusant de le mettre en location-gérance<sup>50</sup>. Le rappel sans nuance du principe fin 2012<sup>51</sup> paraît effacer les signes que

42 - V. par exemple : Cass. com., 30 nov. 2004, pourvoi n° 02-10286 ; Cass. com., 8 mars 2005, pourvoi n° 02-15783 ; Cass. civ. 1, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Bull. civ.*, I, n° 108 ; RTD civ. 2005, 391, obs. J. Mestre, B. Fages ; *Bull. Joly* 2005, 379, note P. Mousseron ; D. 2005, 883, obs. X. Delpech ; D. 2005, 888 C. Rondey ; RDC 2005/4, p. 1015, note D. Mazeaud.

43 - D. Plantamp, « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », D. 2000, 243.

44 - D. Mazeaud, « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution – Rapport français », RDC 2010/3, p. 1076 ; S. Pellé, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », D. 2011, 1230.

45 - Ph. Chauviré, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », RDLC 2010, 75.

46 - Cass. com., 10 déc. 1996, *Bull. civ.*, IV, n° 309.

47 - A. Laude, « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », PA 20 nov. 2002, n° 232, p. 55 ; O. Deshayes, « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français », RDC, 2010/3, p. 1139

48 - V. not. : Cass. civ. 2, 24 nov. 2011, *Bull. civ.*, II, n° 217 ; D. 2012, 141, note H. Adida-Canac ; RTD Civ., 2012, 324, obs. P. Jourdain.

49 - Un auteur décèle de nombreuses situations qui pourraient être interprétées comme l'illustration d'une obligation de minimiser : A. Laude, art. précité. Il apparaît pourtant qu'il n'y a jamais eu d'affirmation du principe pour l'heure et que le principe contraire, lui, est énoncé avec force. Il semble donc difficile de tirer de ces illustrations ponctuelles l'idée d'une reconnaissance réelle. En ce sens : O. Deshayes, art. précité.

50 - Cass. civ. 2, 19 juin 2003, *Bull. civ.*, II, n° 203 ; D. 2003, 2326, note J.-P. Chazal ; D. 2004, 1346, note D. Mazeaud ; RTD Civ. 2003, 716, note P. Jourdain.

51 - Cass. civ. 2, 25 oct. 2012, pourvoi n° 11-25511 ; D. 2013, 415, note A. Guégan-Lécuyer proposant de limiter la portée de l'arrêt à la seule réparation des dommages corporels.

l'on avait cru percevoir, en 2009<sup>52</sup> et 2011<sup>53</sup>, d'une obligation de minimiser le dommage contractuel. Et si la chambre commerciale ne semble pas avoir eu à se prononcer sur la question, rien ne laisse présager d'une faveur plus grande pour une obligation qui peine manifestement à s'affirmer<sup>54</sup>.

Il ressort de cet état des lieux que le juge français peut prendre en considération le comportement du responsable ou de la victime, quitte à s'en donner lui-même les moyens. Il reste que l'ensemble donne une impression de bricolage peu satisfaisante. Les efforts des justiciables et des juges pour introduire des mécanismes proches des dommages intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser révèlent l'attente de règles d'indemnisation plus adaptées.

## II. Prise en compte des attentes

La prise en compte des attentes des justiciables et des juges pourra venir du législateur ou des juridictions, selon la technique retenue. Car si l'on peut s'interroger sur l'intérêt des solutions proposées (dommages-intérêts punitifs et obligation de minimiser), il ne faut pas s'y limiter. D'une part, ces méthodes soulèvent des doutes, d'autre part, sans passer d'un extrême à l'autre, une voie médiane est envisageable.

### A. Des doutes

Des doutes demeurent sur l'opportunité d'introduire les dommages intérêts punitifs et l'obligation de minimiser son dommage en droit français, ce alors même que les propositions de réforme du droit de la responsabilité semblent les avoir adoptés<sup>55</sup>. Non seulement ces

mécanismes sont difficilement adaptables au système français mais encore ils ne répondent pas réellement à la question posée.

### 1/ Adaptabilité

L'adaptabilité au système français des dommages intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser est contestée. De nombreux travaux l'exposent fort bien<sup>56</sup>.

Rappelons seulement que les dommages-intérêts punitifs versés à la victime lui procurent un enrichissement indu et, partant, un avantage de concurrence injustifié, reportant le poids du préjudice sur les concurrents de la victime<sup>57</sup>. De plus, ils tiennent davantage de la sanction que de la réparation.

L'obligation de minimiser son dommage impose à la victime de réagir à la faute ou à l'inexécution subie. Alors que le droit français des contrats repose sur l'idée que « ce qui est dû est dû », il faudrait admettre que « ce qui est recherché doit être recherché ». Certains dénoncent là une remise en cause de la parole donnée ou, à tout le moins, de la préférence de principe accordée à l'exécution forcée en nature du contrat. Plus loin, c'est envisager le contrat comme un instrument du marché et non plus comme une relation interindividuelle. Et en matière délictuelle, c'est imposer une obligation à l'entreprise déjà victime d'une faute, ce qui sonne comme une double peine...

Que l'acculturation de techniques nouvelles impose de réviser la logique d'un système, nul ne saurait le contester. La question est : est-ce indispensable alors que, dans leurs systèmes d'origine, ces mécanismes sont contestés pour leurs excès ? On soulignera d'ailleurs que le droit européen de la concurrence, qui devait être le vecteur des dommages intérêts punitifs en droit français, paraît finalement y renoncer<sup>58</sup>.

---

52 - Cass. civ 2, 22 janv. 2009, *Bull. civ.*, II, n° 26 ; RTD Civ 2009. 334, note P. Jourdain ; D. 2009. 1114, note R. Loir.

*Contra* : Civ. 3, 19 mai 2009, pourvoi n° 08-16002, refusant clairement l'obligation de remplacement ; RDC 2010/1, p. 52, obs. Y.-M. Laithier.

53 - Cass. civ. 2, 24 nov. 2011, *Bull. civ.*, II, n° 217 ; D. 2012. 141, note H. Adida-Canac ; D. 2013. 40, obs. Ph. Brun et O. Gout ; RTD Civ. 2012. 324 note P. Jourdain.

54 - La Cour refuse ici d'anticiper la réforme : Y.-M. Laithier, note précitée.

55 - Alors pourtant que cette introduction est largement envisagée dans les propositions de réforme du droit français de la responsabilité civile : proposition Bêteille : art. 1386-25 (dommages-intérêts punitifs) et art. 1386-26 (obligation de minimiser), avant-projet Catala : art. 1373

---

(obligation de minimiser), avant-projet Terré : art. 121 (obligation de minimiser).

56 - Cl. Witz et O. Deshayes, art. précités.

57 - M. Behar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? » PA 20 nov. 2002, n° 232, p. 36.

58 - Dernier état de la proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles. V. not. colloque tenu à l'IDC Paris II le 13 juin 2008, Concurrences 2-2009 et « Réactions de la CCIP » du 25 juin 2009.

On signalera que ce recul pourrait notamment s'expliquer par le fait que le risque d'assumer des dommages intérêts punitifs est de nature à détourner les entreprises fautives de la procédure de clémence, laquelle constitue une aide à

Sans défendre passionnément l'exception française, il semble que l'introduction de mécanismes imposant une évolution aussi profonde et étendue du système juridique français doive être pleinement mesurée, particulièrement si d'autres solutions sont envisageables.

Qui plus est, ces techniques ne garantissent pas pleinement une meilleure réparation fondée sur la prise en compte des comportements.

## 2/ Efficacité

Répondre à la question posée suppose d'assurer un traitement judiciaire sûr et rapide des situations litigieuses, fondé sur l'appréciation des comportements des agents, en vue du rétablissement optimal de la victime dans ses droits et/ou son commerce. Or il n'est pas certain que les solutions proposées remplissent cet objectif.

Si les dommages intérêts punitifs ne peuvent, équitablement, profiter à la victime, les attribuer à l'État ou à un fonds n'améliorera la réparation que très indirectement, voire hypothétiquement, par un meilleur fonctionnement du marché. De plus, l'appréciation du juge serait certainement contrainte par la loi afin de limiter le risque d'excès apparemment inhérent à ce mécanisme et de l'adapter aux dimensions de l'économie nationale<sup>59</sup>.

L'obligation de minimiser impose à la victime un choix, source d'incertitude : sa réaction sera-t-elle jugée raisonnable par le juge ? Une indemnisation restera-t-elle due, pour les frais engagés en vue de minimiser<sup>60</sup> comme pour les frais engagés, en amont, pour conclure le contrat finalement évincé, si la victime parvient à minimiser efficacement son préjudice ? Sans compter que la rapidité de la solution n'est qu'apparente : la situation ne sera définitivement réglée qu'à l'issue du temps nécessaire à l'évaluation judiciaire des comportements. Enfin, la notion même de réparation est modifiée : il y a davantage adaptation de la victime à la faute subie que réparation<sup>61</sup>.

---

la preuve des pratiques anticoncurrentielles, donc à leur sanction et à leur réparation, et favorise le retour au fonctionnement normal du marché.

59 - Sur la nécessité générale d'un encadrement strict : G. Viney, PA 20 nov. 2002, n° 232, p. 66 ; Ph. Pierre, précité.

60 - H. Adida-Canac, note précitée.

61 - Y.-M. Laithier, note précitée.

Au-delà des difficultés d'acculturation qu'elles supposent, les solutions proposées ne constituent donc pas un idéal mais bien, seulement, un autre modèle. C'est pourquoi il faudrait sans doute trouver une voie médiane pour parvenir à une meilleure réparation du préjudice d'affaires sous l'office du juge.

## B. Une voie médiane

Rechercher une voie médiane entre les systèmes français et anglo-saxon de réparation au vu des comportements est une nécessité. La prise en compte des comportements ne peut se faire plus longtemps dans l'ombre du principe de réparation au regard du seul préjudice<sup>62</sup>, situation inconfortable pour les juges et source d'insécurité pour les acteurs des affaires : que les juges parviennent à masquer suffisamment le fondement de l'indemnité allouée et la sanction sera validée ; que les juges n'y parviennent pas et l'indemnité sera remise en cause avec la décision. L'amélioration du système devra répondre à deux impératifs pour satisfaire aux exigences de rapidité et de sécurité : la lisibilité et la souplesse.

### I/ Lisibilité

La lisibilité résultera de choix clairs.

Efficacité et moralité du marché, dont chacun profitera, doivent être garanties par des amendes civiles, sur le modèle de celles prévues par le droit de la concurrence à l'article L. 442-6 du code de commerce<sup>63</sup> ou des sanctions administratives du droit de la concurrence ou du droit boursier<sup>64</sup>. Le bénéficiaire devrait en être l'État ou un fonds<sup>65</sup> : si tous – acteurs, consommateurs – pâtissent d'une faute, que la réparation revienne à tous. Ces amendes

---

62 - D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français », précité.

63 - Sur la nature quasi-délictuelle de l'action en responsabilité ouverte par ce texte, notamment au Ministre de l'Économie : Cass. com., 18 oct. 2011, *Bull. civ.*, IV, n° 160.

64 - En faveur d'une telle solution : C. Jauffret-Spinosi, art. précité ; M. Behar-Touchais, art. précité.

Comp. amendes administratives en matière de pratiques anticoncurrentielles (art. L. 464-2 c. com.) ou en matière boursière (v. par ex. art. L. 621-15-, III c. mon. fi.).

65 - On pense, par exemple, au fonds d'animation de la concurrence dont l'Autorité de la concurrence a validé la création comme engagement de nature à atténuer les effets néfastes d'une opération de concentration autorisée entre Veolia transport et Transdev (ADLC, déc. 10-DCC-198 du 12/08/2010).

pourraient, bien sûr, être indexées sur le profit réalisé et l'on pourrait lier l'action en réparation du préjudice à l'action en sanction, favorisant la dénonciation du comportement répréhensible et facilitant la preuve du préjudice.

S'agissant de la réparation proprement dite, l'entier préjudice devrait demeurer la règle mais au prix de quelques adaptations, notamment en matière délictuelle où la démonstration de l'existence et de la valeur du préjudice est souvent périlleuse. L'énoncé d'une présomption d'existence du préjudice est souhaitable et l'on pourrait imaginer la mise en place d'un référentiel d'indemnisation ou d'une méthode officielle de calcul du préjudice, sur le modèle des lignes directrices du droit de la concurrence<sup>66</sup>. Le préjudice attaché au parasitisme pourrait ainsi être évalué en tenant compte des frais engagés pour atteindre la notoriété exploitée, de la durée et la portée de cette notoriété, du profit réalisé...

En matière contractuelle, l'article 1150 du code civil doit jouer pleinement. L'aléa dans la qualification des fautes lourde, inexcusable et dolosive étant le propre d'un système comptant sur le juge pour apprécier les comportements, il serait vain de prétendre l'éviter.

Enfin, le fait fautif du créancier et de la victime doivent évidemment s'imputer sur la réparation, dès lors qu'il paraît naturel de ne pas ajouter au dommage par sa propre faute.

## 2/ Souplesse

La souplesse pourrait résulter de la confiance accordée aux victimes : mieux vaut certainement conserver sa clientèle que risquer de la perdre dans le seul but de « faire payer » le responsable.

Partant, il faudrait développer les techniques de prévention.

En matière contractuelle, il faudrait généraliser la faculté de remplacement<sup>67</sup>. En revanche, imposer une réaction n'assure en rien

l'utilité de la réparation et il faudrait laisser la victime déterminer la réparation la plus opportune dans le courant d'affaires en cause : exécution forcée en nature, exécution par équivalent ou exécution par un tiers.

En matières contractuelle et délictuelle, le juge pourrait contrôler les choix faits selon un standard du « bon chef d'entreprise » qui, sans l'imposer, inciterait certainement à la minimisation du dommage<sup>68</sup> : l'indemnisation d'une clientèle perdue ne compensera jamais réellement sa perte ni les efforts nécessaires à sa reconquête, l'indemnisation des efforts faits pour la conserver contribuerait au développement de l'activité économique... Bénéfice individuel et bénéfique pour le marché.

---

66 - Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (JOCE 1 sept. 2006, C 210/2) et Communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. V. D. Roskis et Ch.-M. Doréux, « Sanctions des pratiques anticoncurrentielles : vers plus de prévisibilité et de transparence ? », JCP E 2011. II. 1538.

67 - V. en faveur d'une simple faculté : G. Lardeux, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », D. 2006. 1406.

---

68 - Celui qui risque de perdre un client préférera agir qu'attendre et souhaitera peut-être le maintien du contrat pour une prochaine livraison, dès lors qu'il est indemnisé des dépenses liées au remplacement ; tandis que celui qui attendra devra assumer la démonstration de l'étendue de son préjudice et optera peut-être pour une résolution du contrat.