

2020

Un aperçu général sur la faute lucrative

Sarah mostafa zein

Professeur assistant en Droit Civil -Université Arabe de Beyrouth-Beyrouth-Liban, S.zein@bau.edu.lb

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal>

Recommended Citation

Sarah m. zein, (2020) "Un aperçu général sur la faute lucrative," *BAU Journal - Journal of Legal Studies*: Vol. 2020 , Article 14.

Available at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal/vol2020/iss2020/14>

This Article is brought to you by Digital Commons @ BAU. It has been accepted for inclusion in BAU Journal - Journal of Legal Studies by an authorized editor of Digital Commons @ BAU. For more information, please contact ibtihal@bau.edu.lb.

Dans une économie de marché, la réalisation du prix d'équilibre suppose que chaque opérateur recherche l'efficacité économique pour lui-même, à travers un calcul des bénéfices-risque préalablement à toute décision relative à son activité économique. C'est cette logique qui guide tout agent économique vers des choix de performance, de rentabilité, d'efficacité économique compte tenu des contraintes et des coûts des objectifs qu'il encourt. Toute stratégie « lucrative », tournée vers un profit plus grand, est donc légitime, voire indispensable, à tout opérateur s'il veut demeurer un acteur du marché. Néanmoins, tous les revenus, profits, bénéfices issus de telles stratégies ne sont pas licites lorsque le risque est « juridique ». En d'autres termes, lorsque la stratégie lucrative repose sur une faute, une violation de l'ordre public quel qu'il soit, le profit est illicite et ne devrait pas rester dans le patrimoine de l'opérateur économique qui en l'auteur ou le bénéficiaire.

Il ne suffit pas donc qu'une faute soit commise dans un but d'enrichissement pour être lucrative. Encore faut-il qu'elle procure, effectivement, un gain illicite à son auteur et que ce gain subsiste à la sanction. Une faute est donc lucrative chaque fois qu'il existe un espoir de gain supérieur au coût de la faute ; en d'autres termes « une faute est lucrative lorsqu'elle rapporte plus qu'elle ne coûte »¹.

La faute lucrative qui est présentée comme une réponse aux insuffisances du droit de la réparation, n'a pas été intégrée par la réforme du droit des contrats de 2016. Pourtant, les différents projets de réforme du droit des contrats reconnaissent l'existence de comportements lucratifs. La notion de faute lucrative est apparue précisément dans un contentieux civil contractuel, en droit maritime durant lequel les juges ont admis la responsabilité civile de l'armateur ayant favorisé une méthode de chargement moins coûteuse, réalisant ainsi un gain financier au détriment des prévisions contractuelles². Les premiers auteurs ayant proposé une définition de la faute lucrative furent Starck, Roland et Boyer qui dans leur ouvrage décrivaient la faute lucrative comme « les fautes qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer - et qui sont calquées sur le préjudice subi par la victime - laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'y ait aucune raison de ne pas les commettre »³. Pour M. Mesa, la faute lucrative se déduit non seulement du « profit subsistant consécutivement à la condamnation » ou de son « résultat profitable », mais également de « l'intention du fautif »⁴ tournée vers le résultat profitable. Aujourd'hui, la faute lucrative semble être unanimement définie comme « une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés »⁵.

Au-delà de ces contributions doctrinales, certaines définitions ont été proposées au législateur. La première proposition se trouve dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dit projet *Catala* proposa la consécration de la faute lucrative⁶. L'article 1371 précise que « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative » et cette dernière signifie dans le projet, selon M. Viney, « une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés »⁷. La seconde proposition de consécration résulte des recommandations n°23 de la proposition de réforme du droit de la responsabilité civile du Sénat enregistré à la présidence du Sénat le 15 Juillet 2009. Celle-ci envisage l'introduction d'actions collectives en responsabilité en cas de fautes lucratives commises à l'égard d'une pluralité de victimes et générant des dommages individuels de faible montant. La troisième proposition de réforme du droit de la responsabilité civile exposée par Monsieur Terré⁸ accueille la faute lucrative. L'article 54 dispose que « lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder des dommages restitutoires ».

¹ Jourdain P. « Rapport introductif », in colloque « Faut-il moraliser le droit français de réparation du dommage ? » ; sous la dir. de Behar-Touchais M., LPA 2002, n°232, p. 4

² Req. 5 juin 1920, Sirey 1921. 1. 29

³ Starck B, Roland H et Boyer L, Obligations, 1. Responsabilité délictuelle, Litec 5éd.1996, n°1335

⁴ Mesa R, « Précisions sur la notion de la faute lucrative et son régime », JCP G n°20, 21 mai 2012, p. 625

⁵ V. Avant-projet de réforme du droit des obligations (C. civ., art. 1101 à 1386) et du droit de la prescription (C. civ., art. 2234 à 2281) du 22 sept. 2005, Rapport de P. Catala, De la responsabilité civile, exposé des motifs par G. Viney, JCP G, Juin 2006, n°25, p. 148p. 141 s., spéc. p. 148.

⁶ V. Chagny M, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lecture plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », JCP G juin 2006, n°25, p. 149

⁷ Viney G., « De la responsabilité civile, article 1340 à 1386, exposé des motifs », avant-projet de réforme du droit des obligations » JCP G, Juin 2006, n°25 ; p. 148

⁸ Terré F, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires 2011

Enfin, la dernière proposition avec l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie en 2016 (modifié en 2017), particulièrement l'article 1266-1 qui précise qu' « En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir *un gain ou une économie*, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile »

Admise en droits étrangers notamment aux États-Unis, au Canada ou au Québec⁹. On rencontre aussi des mesures autonomes restitutoires telles que l'action en remise de gain ou pour enrichissement illicite en droit Suisse¹⁰ ou l'action spéciale du droit de la concurrence déloyale en droit allemand¹¹. Les systèmes de Common Law prévoient des dommages et intérêts extra-compensatoires permettant de saisir le profit illicite tiré d'un délit civil, c'est le cas des dommages et intérêts punitifs en droit américain¹² ou des dommages et intérêts restitutoires¹³ et de la violation efficace du contrat¹⁴ en droit anglais.

Par ailleurs, la faute lucrative existe dans toutes les matières du droit dans lesquelles la sanction d'une faute est inférieure au montant du gain généré par celle-ci. Le coût de la faute lucrative correspond en droit à la sanction de celle-ci et que la sanction dépend de sa qualification. Lorsque la faute constitue un délit civil, le coût de la sanction équivaut à la réparation du dommage illicite causé par celle-ci, ni plus ni moins. Il suffit que la faute illicite dépasse le montant du dommage pour que la faute civile soit lucrative. Lorsque la faute constitue une infraction pénale ; le coût de la sanction est à la fois civil et pénal. L'auteur encourt une amende pénale, plafonnée, dont le quantum, dépend de la gravité de l'atteinte et non du profit réalisé, ainsi qu'une condamnation à des dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de l'infraction. Si le quantum de ces sanctions est inférieur à celui du profit escompté et réalisé ; l'infraction est alors lucrative.

La faute lucrative est avant tout une faute ; son analyse suppose l'examen de ses éléments constitutifs (A) pour ensuite déterminer les sanctions efficaces qui produit l'effet attendu, soit dissuader, détourner l'agent économique de la faute en raison de son coût (B)

A- LES COMPOSANTES DE LA FAUTE LUCRATIVE

L'avènement d'un ordre public du marché participe notablement à l'expansion du phénomène de la faute lucrative. L'objectif de l'efficacité du marché entérine en effet toute forme de calcul coût-avantage ce qui encourage les opérateurs à maximiser leurs gains au mépris de la loi. Ceci nous mène à examiner la première composante de la faute lucrative, l'élément légal. Cette faute génère aussi un résultat économique qui représente l'élément matériel, appelé « profit illicite » ou « surprofit » où le coût représente la sanction du ou des dommages tandis que l'avantage renvoie au gain illicite. Enfin, l'élément moral révélera une « intention » qui ne trouve aucun équivalent ni dans la hiérarchie des fautes pénales ni celle des fautes civiles. Ainsi la faute lucrative se qualifie au regard d'un élément légal, un élément matériel et d'un élément moral.

⁹ Gardner D., « L'immixtion du pénal dans le civil : l'expérience des dommages punitifs en Amérique du Nord », RCA 2013. Dossier 25.

¹⁰ Art. 23 a al. 3 Code Civil Suisse; Art. 62 Code des Obligations

¹¹ Article 10 de la loi du 7 Juin 1909 sur la répression de la concurrence déloyale

¹² McGregor H., McGregor on Damages, London, Sweet&Maxwell 2009, 18e éd., n°12-003

¹³ Edelman J., "Gain-based Damages and Compensation" in Mapping the law, Essays in Memory of Peter Birks, Oxford, OUP, 2006, p.141

¹⁴ Le fondement doctrinal de la théorie d'*efficient breach* est le célèbre discours de Holmes, prononcé à la fin du XIX^e. Ce dernier a précisé que: « *The only universal consequence of a legal binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case, it leaveshim free to breach his contract if he chooses* ». Autrement dit, le débiteur a le choix entre l'exécution de ses obligations contractuelles ou la violation de ses engagements après avoir indemnisé intégralement la victime. Il serait autorisé à exercer ce choix en fonction de ses intérêts. V. WATT-MUIR (H.), « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, (sous la dir. de) (B.) DEFFAINS, Centre de recherches et de documentation économique de l'université de Nancy 2, Cujas 2002, p. 38.

a) L'élément Légal

L'élément légal d'une faute lucrative est nécessairement une règle d'ordre public. Cette dernière est un terme mou avec des contours indéfinis que la doctrine a essayé à plusieurs reprises de la définir et ont réussi à l'identifier à chaque fois que la règle est inspirée par une considération d'intérêt général « qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »¹⁵. La faute lucrative consiste donc en une méconnaissance d'une norme d'ordre public ; quelle que soit sa source. Mais il existe un ordre public particulièrement visé par les fautes lucratives et propice à leur développement, l'ordre public de marché qui tente de réaliser un équilibre entre les libertés individuelles économiques et une police économique nécessaire à la lutte contre les abus de liberté¹⁶. Les règles d'ordre public de marché ont donc précisément pour rôle d'encadrer la quête de profit, elles sont les cibles des fautes lucratives notamment celles qui concernent la liberté de concurrence, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre.

Les fautes lucratives contractuelles peuvent être illustrées par exemple par celle qui consiste à ne pas exécuter une obligation contractuelle pour tirer profit de l'inexécution. Il s'agit donc d'une inexécution délibérée d'un contrat licite en vue d'un gain illicite. La faute est commise au moment de son exécution. La violation dite « inefficace » qui représente une violation commise chaque fois qu'un contractant estime, en cours d'exécution du contrat, que l'opération n'est pas assez rentable pour lui. Notamment, le fait pour un banquier ou prestataire de service d'investissement, tenu d'une obligation d'information envers son client des risques auxquels l'investissement l'expose, de lui conseiller un produit « à risque » en raison des commissions qu'il perçoit sur ce produit¹⁷.

b) L'élément Matériel

Outre l'élément légal, la faute lucrative est composée d'un élément matériel. Ce dernier se décompose en un résultat économique et un résultat dommageable. D'une part, un résultat économique correspond aux profits illicites tirés de la faute ou « un avantage d'ordre matériel, intellectuel ou moral qu'une personne ou une collectivité peut tirer quelque chose »¹⁸. Cet élément correspond donc à l'avantage escompté dans le calcul coût-avantage et à l'avantage réalisé au terme de l'activité rentable et illicite. Cet espoir d'enrichir d'une activité illicite prouve que le droit ne saisit pas efficacement ledit profit. Notamment, les peines d'emprisonnement ou d'amende en droit pénal sont indifférents des résultats économiques que peut générer une infraction.

D'autre part, le résultat dommageable constitue soit une atteinte au droit particulier patrimonial ou extrapatrimonial de la victime ou une atteinte à l'ordre public de marché. Cette seconde composante réside alors dans le dommage qu'elle provoque. Lorsque pour des raisons économiques, un opérateur de marché ne respecte pas les obligations légales ou réglementaires afférentes à son activité économique, il prend le risque de causer un dommage à autrui, voire en outre à la collectivité.

c) L'élément Moral

L'élément moral d'une faute lucrative en droit pénal est une « volonté de s'enrichir au détriment d'autrui » ou « une prise de risque délibérée pour des considérations économiques ». La faute lucrative est donc assimilée, d'après Madame Viney, à une faute « délibérée »¹⁹. Cette qualification paraît tout à fait adaptée à la faute lucrative. A ce titre, l'auteur d'une faute lucrative se livre, préalablement à toute opération économique, à un calcul coût-avantage présentant deux volets, un calcul-rentabilité de l'activité délictuelle et un calcul-probabilité de la sanction. Madame Sichel en déduit que la faute lucrative révèle « la démarche consciente et délibérée de son auteur »²⁰. C'est aussi la caractéristique mise en lumière par l'avant-projet de réforme du droit des obligations, projet Catala dans la définition de la faute comme indiqué par l'article 1371.

¹⁵ Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y- M, Traité de droit civil, La formation du contrat, T.1, LGDJ, 4^e éd. 2013, p. 381

¹⁶ Auguet Y. « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », in Mélanges en l'honneur d'Yves Serra; Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux; Dalloz 2006, p. 26

¹⁷ Fabre- Magnan M, De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, LGDJ 1992, p.53

¹⁸ Idem

¹⁹ Viney G, « Quelques propositions de réforme du droit de responsabilité civile », D. 2009, p. 2944

²⁰ Sichel L, « La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile », D 2012, p 187

.Egalement, un auteur a consacré des développements approfondis à la notion²¹ dont il ressort que la faute lucrative est habituellement de nature délictuelle et engendre un gain délibérément recherché. En ce sens, l'auteur de la faute est convaincu que le gain sera supérieur au montant de la réparation intégrale à verser et peut aussi escompter sur l'inaction de la victime qui, par crainte du coût d'un procès en comparaison du montant du préjudice indemnifiable, n'exercera pas d'action.

.Le droit appréhende déjà la faute lucrative quand bien même le préjudice est difficile à évaluer précisément. Il s'agit notamment de la sanction de la concurrence déloyale qui est infligée pour simple trouble commercial ou encore de la condamnation des atteintes à la vie privée. Toutefois, les sommes accordées aux victimes dans ces deux domaines ne réparent pas nécessairement le préjudice réellement subi par les victimes et ne dissuadent pas de commettre de telles fautes. En effet, la presse à scandale continue de prospérer sur un « fonds de commerce » illicite. Par ailleurs, dans l'affaire de parasitisme réalisée par le parfum « Champagne », les utilisateurs de cette dénomination se sont vantés d'avoir réalisé des bénéfices, grâce à ce parfum, supérieurs au montant de la condamnation²².

Ainsi déterminer les sanctions d'une faute lucrative revient à en fixer les conditions d'efficacité. Or est efficace « ce qui produit l'effet attendu »²³ soit dissuader, détourner l'agent économique de la faute en raison de son coût. Ceci a mis en lumière des lacunes de droit concernant les sanctions qui expliquent la prolifération de ces fautes, par exemple, système d'amende plafonnée, l'amende civile. L'objectif du législateur doit se diriger vers une stratégie ou des paramètres de calcul « dissuasifs », en ce sens la sanction devra donc être supérieure au surprofit.

B- LES SANCTIONS

L'objectif est d'imposer une sanction efficace, cette efficacité est l'un des trois critères d'évaluation d'une règle de droit selon la théorie de l'analyse économique du droit. Comme l'explique Madame Fabre-Magnan « l'analyse économique du droit a été développée dans un but d'efficacité des règles de droit. Elle permet d'étudier comment la règle de droit oriente le comportement des individus et dans quelle mesure elle atteint ses objectifs sans être détournée par ces mêmes individus »²⁴. Dans le régime de la faute lucrative, le but à atteindre de la sanction est double non seulement elle doit permettre de confisquer l'entier surprofit issu de la faute lucrative, mais elle doit également représenter un coût dissuasif pour son auteur.

La sanction monétaire proportionnelle au profit illicite est un remède indispensable à la dissuasion. Elle a pour effet de grever le « coût » dans le calcul coût avantage auquel se livre tout agent économique avant de commettre une faute lucrative. Mais un tel remède ne saurait se suffire à lui-même. Une sanction non monétaire, proportionnelle au résultat dommageable, peut également produire un effet dissuasif dès lors qu'elle le priverait de certains moyens d'enrichissement. Dans ces deux sortes d'indemnisation, la question du principe de la proportionnalité se pose donc. D'une part, rattachée au domaine délictuel, la sanction de la faute lucrative s'opposerait au principe de réparation intégrale régissant l'indemnisation des victimes. D'autre part, si la faute est commise à l'occasion de l'exécution d'un contrat, les dommages et intérêts sont calculés sur la base de la perte que le créancier a faite et du gain dont il a été privé.

En effet, l'idée originelle véhiculée par le principe de proportionnalité qui consiste en une adéquation entre les faits et la sanction apparaît pour la première fois dans les écrits de Montesquieu²⁵. Il est le premier à affirmer que les sanctions doivent être proportionnées au crime « Pour que tout châtement ne soit pas un acte de violence exercé par un seul ou plusieurs contre un citoyen, il doit essentiellement être public, prompt, nécessaire, proportionné au délit, dicté par les lois et le moins rigoureux possible dans les circonstances données ». Cette proportion revêt deux facettes, une intimidation suffisante, mais modérée. En ce sens M. Beccaria affirmait que « la vraie mesure des

²¹ Fasquelle D., « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA 20 nov. 2002, n° 232, p. 27 ; article qui s'insère dans les actes du colloque du CEDAG, dir. M. Behar-Touchais, « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *ibid.* Approuvant les conclusions Fasquelle D., Le Tourneau P., Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2004, n° 48-1. Fasquelle D. et R. Méssa, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », RGDA 2005, p. 351 s.

²² Frison-Roche M.A., « Les principes originels du droit de la concurrence et du parasitisme », RJDA n°6, 1994, p. 483 s., spéc. n° 20.

²³ Lalande A, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF ; Coll. Quadrige 2006 V. efficace

²⁴ Fabre-Magnan M., De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, LGDJ 1992, p.60

²⁵ Montesquieu, De l'esprit des lois, Livre VI, ch 16 cité dans Pradel J. Histoire des doctrines pénales, p22-23

crimes est le fort qu'il font à la nation, et non l'intention coupable »²⁶. Ce qui revient à dire que la vraie mesure du crime se trouve dans le dommage qu'il cause à la société. Particulièrement en ce qui concerne les sanctions monétaires, il est spécifié que « cette proportionnalité serait une garantie de l'adéquation de la sanction aux faits, de sorte que la gravité de la peine soit à la hauteur de l'acte réprimé, compte tenu de l'objectif du texte d'incrimination »²⁷. Donc une amende prenant en compte le surprofit d'une infraction, modalité préconisée par la théorie économique, serait conforme au principe de proportionnalité. Utiliser le surprofit comme montant de base a précisément pour objectif de proportionner l'un à l'autre et de garantir ce faisant une adéquation entre le revenu des faits et la sanction. Plusieurs exemples peuvent être illustrés sur les sanctions monétaires et sanctions non monétaires

D'une part, les sanctions monétaires poursuivent un objectif simplement confiscatoire du surprofit, il s'agit essentiellement de la confiscation²⁸ et la restitution. Ces mesures ont émergé en réaction à l'incapacité du droit de la responsabilité civile à ôter les surprofits des mains de l'auteur d'une faute lucrative parce que le principe de la réparation intégrale implique la réparation de tout le dommage, mais rien que le dommage. Il fait donc obstacle à la saisine des profits illicites a priori distincts du dommage. Les mesures de restitution et de confiscation ont alors vocation à pallier cette faille. Elles permettent alors une remise en état antérieur des situations des parties, notamment celle de l'auteur de la faute lucrative²⁹. Les dommages et intérêts restitutoires sont consacrés par exemple dans l'article 54 du Projet Terré comme remède contre les fautes lucratives délictuelles.

Les sanctions de restitution et confiscation ont toutes deux pour objectif de retirer les surprofits des mains de l'auteur de la faute lucrative et uniquement cela. Néanmoins, comme l'observe Madame Grare-Didier en retirant seulement le bénéfice, ces sanctions « autorisent un calcul probabilité » et ne garantissent pas une efficacité certaine³⁰. D'autres sanctions civiles proposent à l'inverse un remboursement supérieur au profit illicite. Il s'agit par exemples des exemplary damages anglais ou punitive damages américains. L'avant projet du droit des obligations Catala proposa la consécration des dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative. L'article 1371 précise que l'auteur d'une faute lucrative peut être condamné à des dommages et intérêts punitifs et leur montant devra être distingué de celui des dommages et intérêts compensatoires. Aussi l'article 1266-1 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile qui condamne l'auteur d'une faute lucrative au paiement d'une amende civile.

D'autre part, parmi les sanctions non monétaires on retrouve par exemple la publication de la condamnation. Pour la doctrine civiliste, la publication de la condamnation est l'une des rares sanctions destinées à assurer l'efficacité de la fonction normative de la responsabilité civile. L'objectif de cette mesure de publication est de porter à la connaissance du public une condamnation devenue définitive, dans un souci d'information et dans un but préventif. En effet, l'atteinte à la réputation du condamné provoqué par la publication de la décision doit nourrir chez lui une crainte dissuasive. En général, le prononcé de cette mesure est laissé à l'appréciation du juge du fond lorsque la loi le prévoit et parfois sans fondement textuel. Parmi les domaines qui le prévoient expressément, l'exemple de la publicité trompeuse en droit de la consommation. L'affichage du jugement est de même une sanction complémentaire assez répandue puisqu'elle encourt en matière de contrefaçon de brevet, de fraude, de pratiques anticoncurrentielles.

Ces sanctions poursuivent deux objectifs. Elles ont, premièrement, vocation à informer la société civile qu'un agent économique (personne physique ou personne morale) a fait l'objet d'une condamnation. Elles visent, deuxièmement, à altérer l'image et la réputation des agents fautifs pour les dissuader de dévier. Elles sont donc vivement recommandées en cas d'infraction lucrative pour stigmatiser un agent économique malhonnête et dangereux. L'impact sur la confiance des

²⁶ Beccaria C, Des délits et des peines, Flammarion, coll GF, 2006, p. 22

²⁷ Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations du marché/ abus de marché

²⁸ Mesa R. « La consécration d'une responsabilité punitive, une solution au problème des fautes lucratives », LPA février 2012, p.5

²⁹ Mesa R., « Précisions sur la notion de la faute lucrative et son régime », art.préc. ; L'auteur préconise la consécration d'un principe de restitution intégrale complémentaire du principe de la réparation intégrale qui doit « conduire à replacer le fautif dans la situation qui aurait été la sienne sans la commission de la faute »

³⁰ Grare-Didier C., Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation, Dalloz 2005 ; p.374 L'auteur remarque que « priver le fautif du seul bénéfice ne permet pas une sanction efficace, car elle autorise un calcul de probabilité »

consommateurs en sera déculpé, ce qui aura pour conséquence de redoubler l'effet de la sanction sur l'avenir professionnel de l'agent.

CONCLUSION

L'unité de la notion de faute lucrative repose sur un calcul coût-avantage préalable à la commission d'une faute lucrative qui reflète la rationalité économique des opérateurs du marché. La nécessité de sanctionner la faute délibérément commise et profitable pour son auteur est vivement souhaitée en droit des affaires. Outre la difficulté d'obtenir une réparation juste pour la victime, de tels comportements faussent le fonctionnement du marché car l'auteur de la faute n'est pas dissuadé de poursuivre ses méfaits. Mieux encore d'autres opérateurs avertis du caractère rémunérateur de l'acte peuvent être incités à procéder de même, en toute impunité.

En l'absence de reconnaissance textuelle dans les pays du droit civil de la faute lucrative, celle-ci est peu admise - du moins expressément - par les juges³¹. En effet, rares sont les arrêts faisant directement référence à la faute lucrative pour fonder la sanction. Toutefois, la gravité de la faute commise justifie parfois la prise en compte implicite du caractère lucratif pour l'évaluation de l'indemnité fixée par les juges. Or, il est admis de longue date que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour la détermination de l'indemnité de la victime³². Dès lors, n'est-il pas raisonnable d'admettre que le préjudice moral, officiellement indemnisé par les juges, permet de sanctionner en réalité une faute lucrative?

En pareille hypothèse, l'absence de contrôle de la Cour de cassation permet en effet de penser que les juges ont la possibilité de prendre en considération la faute lucrative pour l'indemnisation de certains préjudices difficilement chiffrables comme peut l'être la souffrance morale. De la même façon, certains auteurs ont affirmé qu'en admettant le préjudice moral des sociétés³³, les juges effectuaient une tentative d'indemnisation de la faute lucrative³⁴.

L'enjeu majeur serait de déterminer la sanction la plus appropriée pour d'une part, respecter notamment le principe de réparation intégrale de la victime, et d'autre part, pour participer à la sanction effective de l'auteur de la faute, prenant en considération l'ensemble des gains ou profits subsistant.

Cette pratique fort préjudiciable s'est répandue en droit de la propriété intellectuelle. Il s'agit de la duplication à des fins d'usage personnel ou professionnel des logiciels, singulièrement des progiciels, en violation des droits des concepteurs. Cette pratique frauduleuse est susceptible d'être sanctionnée sur le terrain de la contrefaçon. Néanmoins, la lecture de la jurisprudence laisse perplexe sur la sanction civile appliquée à ces pratiques. Les solutions sont incertaines quant à la réparation du dommage causé à la victime car elles oscillent entre perte de bénéfices et préjudice moral. Pire encore, il n'est pas certain que le montant des condamnations dissuade la récidive. Une condamnation symbolique signifie certes à son auteur le caractère fautif de son acte ; mais l'absence de réelle sanction pécuniaire encourage la poursuite de la fraude, précisément parce que cette faute lucrative. Il était déjà signalé, il y a une décennie, l'importance de l'immatériel³⁵ et « la pauvreté imaginative quant aux modes de sanction »³⁶ de la violation des droits détenus sur ces biens incorporels. Le monde des propriétés incorporelles est donc particulièrement exposé à la commission de fautes lucratives.

³¹ Pour les arrêts faisant une référence directe à la faute lucrative : Req. 5 juin 1920, *Sirey* 1921. 1. 293 ; Com. 27 nov. 1967, Bull. civ., n° 98.

³² Cass. 23 mai 1911, DP 1912. 1. 421.

³³ V. par ex. Com. 15 mai 2012, n° 11-10.278, Bull. civ. IV, n° 101 ; D. 2012. 2285, obs. Delpech X., note Dondero B.; *ibid.* 2688, obs. Hallouin J.-C., Lamazerolles E. et Rabreau A.; Rev. sociétés 2012. 620, note Stoffel-Munck P. ; RTD civ. 2013. 85, obs. Hauser J.

³⁴ V. Bloch C., Responsabilité civile - Chronique par Ph. Stoffel-Munck et C. Bloch, JCP 2012. 1224 ; Terré F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2010, art. 54 et 68

³⁵ Frison-Roche M.A., Les principes originels du droit de la concurrence et du parasitisme, RJDA 1994 n° 6, p. 483 s., spéc. n° 20

³⁶ *Idem*