



COUR D'APPEL DE PARIS

**LA REFORME DU DROIT FRANÇAIS
DE LA RESPONSABILITE CIVILE
ET LES RELATIONS ECONOMIQUES**

UNIVERSITÉ DE
VERSAILLES 
ST-QUENTIN-EN-YVELINES

Avril 2019

Composition du groupe de travail

Madame Muriel Chagny, *professeur des universités*

- Monsieur Jean-Sébastien Borghetti, *professeur des universités*
- Monsieur Jean Daniel Bretzner, *avocat associé*
- Monsieur Michel Germain, *professeur des universités*
- Monsieur Diego de Lammerville, *avocat associé*
- Madame Irène Luc, *présidente de chambre à la cour d'appel de Paris*
- Monsieur Louis Martin, *juge au tribunal de commerce de Paris, ancien directeur juridique de Cora*
- Madame Anne Outin-Adam, *directrice des politiques juridiques et économiques à la CCI Paris Ile-de-France*
- Madame Isabelle Rohart-Messenger, *conseiller à la cour d'appel de Paris*
- Monsieur Philippe Roussel-Galle, *professeur des universités*,
- Madame Joëlle Simon, *Directrice générale adjointe juridique, éthique, gouvernance d'entreprise du MEDEF*

Avec le concours de :

- Madame Nathalie Bourgeois de Ryck, *première vice-présidente chargée de l'instance, tribunal d'instance de Longjumeau*,
- Madame Sophie Azria, *conseillère à la cour, chargée de mission première présidence de la cour d'appel de Paris*
- Monsieur Erwan Daled, *chargé de mission première présidence de la cour d'appel de Paris*
- et de Mesdames Diane Ferré et Juliette Pasquiers, *anciennes étudiantes du master 2 de droit de la concurrence et des contrats (Paris-Saclay)*.

Personnes associées à la réflexion et/ou auditionnées :

- Messieurs Jean-Jacques Ansault, *professeur des universités*
- Messieurs Thierry Ballot, Thierry Borel, Didier Faury, Patrick Le Teuff et Olivier Peronnet, *Experts comptables de justice*
- La Fédération Française des Assureurs

SOMMAIRE

COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL	3
INTRODUCTION.....	7
SYNTHESE DES PROPOSITIONS	9
PARTIE I : VERS UNE ATTRACTIVITE RENFORCEE DU DROIT FRANÇAIS DE LA RESPONSABILITE CIVILE.....	13
Article 1232	17
Article 1233	18
Article 1233-1	19
Article 1234	20
Article 1235	22
Article 1235-1	24
Article 1237	25
Article 1238	26
Article 1239	27
Article 1240	28
Article 1241	30
Article 1242	31
Article 1242-1	32
Article 1243	34
Article 1244	36
Article 1245	37
Article 1249	38
Articles 1250, 1251 et 1252	40
Article 1253	43
Article 1254	44
Article 1256	45
Article 1258	46
Article 1259	47
Article 1262	48
Article 1263	50
Article 1265	52
Article 1266	53
Article 1266-1	54
Article 1279-1	57
Article 1280	58
Article 1281	60
Article 1282	61
Article 1283	62
Article 1295	63
Article 1298-1	64
Article 1299	65

PARTIE II : POUR UNE PRISE EN COMPTE MESUREE DES SPECIFICITES DU PREJUDICE ECONOMIQUE.....	67
<i>II-1 L'office du juge dans l'évaluation des préjudices économiques.....</i>	69
Favoriser le développement d'une méthodologie appropriée aux préjudices économiques par des instruments de droit souple (circulaire, guide méthodologique et recueil de décisions modèles)	69
Admettre par exception la forfaitisation strictement encadrée.....	70
<i>II-2 Le recours à un technicien dans l'évaluation des préjudices économiques</i>	73
Favoriser le bon usage de l'expertise de partie par la déontologie et la méthodologie.....	73
Du bon usage de l'expertise de justice en référé et au fond	74
Préférer la consultation, voire la constatation, à l'expertise judiciaire lorsque cela est possible	74
Réduire les délais d'une expertise judiciaire sans perte de qualité ni sacrifice du contradictoire	75
Vérification ab initio de la disponibilité de l'expert désigné	75
Amélioration de la définition de l'expertise	75
Faire application de l'article 276 CPC en cas de non-respect des délais impartis	76
Développer la place de l'oralité dans la restitution des travaux d'expertise.....	77
<i>II-3 Expertise et modes amiables de règlement des différends</i>	79
Exploiter les possibilités de favoriser un accord amiable à l'occasion d'une expertise judiciaire	79
Sur l'expertise dans le cadre d'une MARD	80
PARTIE III : POUR UNE ARTICULATION EFFICACE DU DROIT COMMUN DE LA RESPONSABILITE CIVILE ET DES DROITS SPECIAUX APPLICABLES AUX RELATIONS ECONOMIQUES	83
<i>III-1 Droit des sociétés</i>	85
L'originalité d'un droit spécial des sociétés	85
Droit commun et droit spécial.....	86
<i>III-2 Droit des procédures collectives</i>	91
L'action en responsabilité pour faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur.	91
L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	93
<i>III-3 Droit de la concurrence.....</i>	95
Tirer parti des orientations récentes du droit de la concurrence sur la réforme du droit commun de la responsabilité civile	96
Mieux articuler la réforme du droit commun de la responsabilité civile et le droit de la concurrence	98
<i>III-4 Droit de l'intelligence artificielle.....</i>	107
ANNEXES.....	111

Introduction

Madame Chantal ARENS, première présidente de la cour d'appel de Paris

Dans le cadre des réflexions suscitées par le projet de réforme de la responsabilité civile, Madame le premier président de la cour d'appel de Paris a souhaité, à la suite d'un colloque consacré aux relations économiques entre droit commun et droits spéciaux, installer un groupe de réflexion ayant pour objectif spécifique d'envisager la réforme sous le prisme des relations économiques, *i.e.* des entreprises.

C'est donc à l'aune de l'attractivité du droit français de la responsabilité civile que le projet de réforme et ses conséquences sur les relations économiques ont été examinés. Le choix a été fait de s'attacher principalement aux sujets majeurs, en rapport avec cette finalité assignée au groupe.

Par-delà l'examen du projet dans son ensemble (Partie I), une attention particulière a ainsi été accordée au traitement du préjudice économique (Partie II) ainsi qu'aux rapports entre droit commun de la responsabilité civile et dispositions spéciales intéressant les relations économiques (Partie III) que sont le droit des procédures collectives, le droit des sociétés, le droit de la concurrence et de la distribution... A cet égard, la réflexion a porté, non seulement sur les répercussions de la réforme et les difficultés d'articulation éventuelles avec les droits spéciaux, mais aussi sur l'influence possible de ces droits spéciaux sur le droit commun.

Les travaux, dont les résultats principaux sont présentés dans ce rapport, ont été menés avec l'ambition, à la fois, de faire œuvre critique au sens positif du terme et d'être force de propositions constructives.

Dans cette perspective, le parti a été pris de suggérer des modifications ou ajouts de textes, non seulement dans le projet de réforme de la responsabilité civile, mais aussi dans d'autres codes, en particulier le code de commerce, dès lors que ces changements peuvent apparaître opportuns au regard de l'objectif recherché.

Les propositions formulées ne portent pas uniquement sur des dispositions législatives ; elles peuvent aussi concerner le droit souple ou encore la pratique judiciaire.

Ces conclusions sont le fruit d'un travail collectif, de sorte qu'elles ne sauraient refléter le point de vue propre à chacun de ses membres, pas plus qu'elles ne sauraient les engager personnellement.

Synthèse des propositions

Si le groupe de travail a formulé nombre de propositions, il a souhaité mettre tout particulièrement en lumière quelques-unes d'entre elles au regard de l'importance que celles-ci lui ont paru présenter, dans la perspective d'une attractivité renforcée du droit français de la responsabilité civile et de ses conséquences sur les relations économiques.

| **Responsabilité des contractants à l'égard des tiers (art. 1234) :**

Compte tenu des inconvénients, notamment en termes d'attractivité, de la possibilité étendue reconnue, l'alinéa 2 de l'article 1234, à un tiers au contrat de se fonder sur la responsabilité contractuelle, supprimer purement et simplement cette possibilité ou, à tout le moins, la cantonner plus strictement en modifiant la rédaction de cet alinéa.

| **Faute de la personne morale (art. 1242-1) :**

Suppression de l'article 1242-1 : proposition inutile au regard du droit positif, mais susceptible d'avoir des conséquences négatives du point de vue de l'attractivité du droit pour les acteurs économiques, risque que la responsabilité pour défaut d'organisation ou de fonctionnement ne devienne la règle par facilité et ne conduise à une ingérence du juge dans la gestion de la société.

| **Amende civile (art. 1266-1)**

Prévoir la possibilité pour le juge de prononcer, en cas de faute lucrative, des dommages et intérêts restitutoires, plutôt qu'une amende civile, laquelle présente des inconvénients notamment en termes d'attractivité et d'articulation avec les droits spéciaux ; à titre subsidiaire, modifier la rédaction de l'article 1266-1 afin d'en limiter les inconvénients en termes d'attractivité (réduction du plafond, demande réservée au seul parquet, attribution au Trésor public exclusivement) et de l'écarter expressément quand une autre sanction pécuniaire est prévue

| **Responsabilité du fait des produits défectueux (art. 1298-1)**

Maintenir, pour les médicaments, la cause d'exonération fondée sur le risque de développement, son abandon risquant de nuire à l'innovation et à la compétitivité des entreprises françaises

| **Préjudice économique**

Développer une méthodologie appropriée aux spécificités du préjudice économique par des instruments de droit souple et admettre, par exception, de façon strictement encadrée, la forfaitisation.

Responsabilité des dirigeants de sociétés et action *ut singuli* (art. L225-252 C. com., art. L. 223-22 C. com. et 1843-5 C. civ.) :

Modifier ces textes afin de prévoir, d'une part, que l'action *ut singuli* peut être exercée à l'encontre des dirigeants de fait aussi bien que de droit et, d'autre part, qu'en cas de réussite de l'action, les frais de justice sont remboursés aux associés ayant exercé l'action.

Responsabilité des dirigeants d'une entreprise en difficulté (art. L 631-10-1 et art. L. 651-2 C. com.) :

Supprimer l'action en responsabilité pour faute ayant contribué à la cessation des paiements ou, à défaut assurer sa bonne coordination avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en modifiant à cet effet l'article L. 631-10-1 ; clarifier l'engagement de la responsabilité pour insuffisance d'actif qui a vocation à jouer en cas de faute de gestion excédant la simple négligence.

Responsabilité en cas de violation d'une règle spéciale de concurrence :

Eviter les difficultés d'articulation entre les dispositions du Titre IV du Livre IV du code de commerce et, pour ce faire, outre la mise à l'écart de l'amende civile prévue à l'article 1266-1 du code civil, en cas de sanction pécuniaire prévue par ailleurs, modifier la rédaction de l'article 1245 du code civil afin de réserver le jeu des cas de responsabilité du dommage causé par autrui par des règles spéciales ; Conforter l'application possible de la règle de droit commun sur la solidarité des coresponsables en sus de la responsabilité spéciale en cas de pratiques anticoncurrentielles, afin d'éviter toute incertitude et de favoriser l'indemnisation des victimes, en modifiant l'article L. 481-9 C. com.

Droit de la concurrence déloyale et parasitisme

Insérer dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce des dispositions consacrées à la concurrence déloyale et au parasitisme, à des fins de lisibilité et de cohérence du droit de la concurrence.

PARTIE I : Vers une attractivité renforcée du droit français de la responsabilité civile

A l'heure de la mondialisation, la compétition n'est plus seulement économique, entre les entreprises, mais également juridique, entre les systèmes de droit. Il est vrai que le droit joue un rôle clef pour le développement économique et financier.

Qu'il s'agisse de l'organisation des activités économiques dans le cadre des marchés ou des entreprises, le droit influence à coup sûr les acteurs économiques et l'économie dans son ensemble, *via* les règles juridiques, moteurs ou freins selon le cas. Comme le montre l'économie du droit, le cadre juridique, la qualité des règles de droit et leur mise en œuvre constituent des déterminants du bon fonctionnement d'une économie. Dans la période récente, un intérêt tout particulier a été porté, à la faveur de travaux consacrés à la sécurité juridique¹, en tant que « dimension essentielle de l'attractivité économique du droit². ».

Dans cette perspective, il convient de prêter attention à « l'accessibilité du droit applicable », « son intelligibilité, à travers des règles clairement rédigées », « sa prévisibilité » supposant « une stabilité raisonnable dans le temps », et « un certain équilibre entre les intérêts économiques des parties en présence »³.

En conséquence, il importe de s'attacher à la formulation des règles de droit, tout en écartant, autant que faire se peut des difficultés d'articulation entre différentes règles susceptibles de créer le doute sur le point de savoir quel régime est applicable. Afin d'éviter les vides législatifs, il apparaît également nécessaire que le droit soit adaptable, de façon à être durable et à pouvoir suivre les mutations contemporaines de la société.

S'ils ne sont pas propres au droit de la responsabilité civile, ces impératifs sont particulièrement cruciaux en la matière. La responsabilité civile est, avec le contrat, à la base des rapports juridiques de droit privé et constitue l'un des piliers du droit privé français. Sur le plan économique, elle constitue l'un des principaux instruments de régulation des relations économiques, qu'il s'agisse des relations de marché, à l'instar des rapports entre entreprises concurrentes, ou hors marché, à l'exemple des relations sociétaires⁴.

Pourtant, cette partie du code civil, constitutive, avec d'autres matières, d'un véritable « socle du droit économique »⁵, révèle un évident besoin de modernisation que la prochaine réforme du droit de la responsabilité civile est destinée à satisfaire.

C'est peu dire que la jurisprudence y a fait œuvre créatrice, en procédant à une interprétation constructive des quelques articles figurant dans le Code civil de 1804. Si cela a opportunément permis de procéder aux adaptations requises, il reste que le Code civil actuel ne reflète guère le droit positif, de sorte que le droit commun de la responsabilité civile souffre d'un manque d'accessibilité et de lisibilité. Par ailleurs, le rôle essentiel de la responsabilité dans les rapports humains, couplé aux changements socio-économiques, a conduit au développement de régimes spéciaux dans et surtout hors du Code civil sans que leur mise en cohérence avec le droit commun soit systématiquement assurée, au risque de créer des incertitudes.

¹ V. not. B. Deffains et M. Sejean, *L'index de la sécurité juridique*, Dalloz 2018 ; H. de Castries et N. Molfessis (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Le Club des juristes – Mare & Martin, 2015

² B. Deffains et M. Sejean, *L'index de la sécurité juridique*, *op. cit.*, spéc. n° 24.

³ *Op. cit.*, n° 2.

⁴ Colloque organisé par la cour d'appel de Paris « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », le 16 novembre 2017

⁵ F. Hermite « Présentation du projet de réforme de la responsabilité civile », *Revue Lamy Droit civil*, N° 152, 1er octobre 2017

Cela est d'autant plus regrettable que la tradition de droit écrit, qui est celle du droit français, présente des avantages en termes de prévisibilité et de lisibilité, constituent des atouts précieux dans la compétition entre les droits. Il en va, non seulement « du rayonnement de la culture juridique française », dans ou hors l'Union européenne, mais également de l'attractivité du territoire et du système judiciaire français : tout particulièrement dans le domaine économique, les instruments internationaux relatifs au choix de loi et de for confèrent aux opérateurs économiques une certaine latitude que ceux-ci exercent en faveur du droit et de la juridiction qui leur paraissent les plus appropriés⁶.

Par-delà la consécration des règles jurisprudentielles, l'impératif d'attractivité impose aussi de s'attacher à mieux articuler droit commun de la responsabilité et régimes spéciaux et de procéder à une rénovation de la matière afin de disposer d'un droit adapté aux enjeux actuels et à venir. Au cas particulier de la responsabilité civile, il convient également de tenir compte du mécanisme de l'assurance tant sont étroits les liens entre les deux.

Un équilibre est ainsi indispensable entre, d'un côté, la prise en compte des intérêts de la victime, qui ne doivent pas être sacrifiés, dans le respect de la tradition française, et de l'autre, la situation du responsable. Par ailleurs, sans nullement remettre en cause le choix d'œuvrer en faveur d'une protection renforcée des victimes de dommages corporels, l'attention mérite également d'être portée aux opérateurs économiques.

⁶ F. Hermite « Présentation du projet de réforme de la responsabilité civile », Revue Lamy Droit civil, N° 152, 1er octobre 2017

Article 1232

| Rappel du projet de réforme

« *Les dispositions des chapitres I à IV s'appliquent sous réserve des dispositions propres aux régimes spéciaux* ».

| Argumentation

Afin d'éviter tout doute, il serait opportun de clarifier si par « régimes spéciaux », on vise aussi les régimes spéciaux de responsabilité hors du code civil et notamment dans le code de commerce.

Par ailleurs, la formulation utilisée (« *sous réserve de* ») conduit, selon le Guide de légistique explicitant l'expression, à la mise à l'écart du droit commun uniquement lorsque son application simultanée avec la règle spéciale est impossible, en raison de leur caractère contradictoire.

Pour répondre à ces observations, on pourrait d'une part éviter le terme « régimes spéciaux » et retenir une formulation plus large (par ex. « dispositions spéciales ») et, d'autre part, il serait opportun de remplacer la formulation « sous réserve de » par « sauf » ou « à l'exception de ».

| Proposition

Remplacer « *sous réserve des dispositions propres aux régimes spéciaux* » par « sauf dispositions spéciales contraires »

« *Les dispositions des chapitres I à IV s'appliquent **sauf dispositions spéciales contraires***. »

Article 1233

| Rappel du projet de réforme

« En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle. »

| Argumentation

Le principe du « non-cumul » est quasi indiscutable dans le contexte actuel du droit français. Sa formulation est en revanche discutable, qui suggère que la responsabilité délictuelle est toujours sous-jacente au contrat. On pourrait avoir une rédaction plus neutre et plus simple.

| Proposition

« Entre les parties au contrat, les règles propres à la responsabilité extracontractuelle sont inapplicables à la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat. »

Article 1233-1

| Rappel du projet de réforme

« Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat.

Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle. »

| Argumentation

La règle envisagée (soumission exclusive des dommages corporels à la responsabilité extracontractuelle), dont il ne s'agit pas de contester le principe, risque de poser problème lorsque le manquement contractuel à l'origine d'un dommage corporel ne coïncide avec aucun fait générateur de responsabilité extracontractuelle. Ces cas ne devraient certes pas être trop nombreux, du fait que la responsabilité médicale a été « décontractualisée » et que les contrats de transport, qui sont parmi les plus susceptibles d'être associés à la survenance de dommages corporels, font l'objet de régimes spéciaux. Une hypothèse au moins mérite cependant d'être envisagée : celle dans laquelle le débiteur a confié l'exécution du contrat à un tiers, qui n'a pas la qualité de préposé. C'est l'hypothèse notamment de la sous-traitance. Dans ce cas, l'exécutant pourra engager sa responsabilité personnelle envers le créancier victime d'un dommage corporel si un fait générateur de responsabilité extracontractuelle lui est imputable, comme c'est déjà le cas aujourd'hui, mais le débiteur contractuel n'encourra en théorie aucune responsabilité dès lors que, dans le champ extracontractuel, il n'a pas à répondre du fait de ce tiers qui n'est pas son préposé. Cette lacune est d'autant plus problématique que l'hypothèse risque d'être de plus en plus fréquente avec l'« uberisation » de l'économie. Il convient donc de compléter le texte de l'article 1233-1 afin de combler cette lacune.

L'alinéa 2 de l'article crée par ailleurs une ambiguïté, car on ne sait pas très bien si l'action du demandeur qui invoque une stipulation expresse du contrat est de nature contractuelle ou délictuelle. La rédaction proposée lève cette ambiguïté.

| Proposition

« Les règles de la responsabilité extracontractuelle s'appliquent à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel, même si celui-ci est causé à l'occasion de l'exécution du contrat.

Le débiteur contractuel répond alors comme de son fait propre de l'inexécution du contrat par celui qu'il s'est substitué dans l'exécution. Le manquement à une stipulation expresse du contrat visant à protéger l'intégrité corporelle est en outre considéré comme une faute au sens de l'article 1242. »

Article 1234

| Rappel du projet de réforme

« Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II. »

Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite. »

| Argumentation

La question de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers empoisonne le droit français depuis maintenant plus de dix ans. Presque tous les auteurs s'accordent à penser que la solution posée par la Cour de cassation dans le fameux arrêt *Myr'ho* (Cass. ass. plén., 6 oct. 2006), qui assimile en substance tout manquement contractuel à une source de responsabilité délictuelle à l'égard des tiers, n'est pas tenable. La troisième chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation ont d'ailleurs récemment pris leurs distances avec cette solution (v. Cass. com. 18 janv. 2017, n° 14-16.442 et Cass. 3e civ. 3, 18 mai 2017, n° 16-11.203), dont il convient de noter qu'elle est sans équivalent dans aucun autre système juridique. Elle constitue même un sujet d'étonnement pour les juristes étrangers, et un motif de crainte pour les opérateurs économiques. La perspective de voir leur responsabilité engagée du fait d'un manquement contractuel envers des tiers dont ils ne connaissaient même pas forcément l'existence, et sans possibilité de limiter cette responsabilité, constitue pour eux un motif d'inquiétude, qui nuit gravement à l'attractivité du droit français.

Reste à savoir dans quel sens modifier la solution inopportune posée en 2006. L'avant-projet de réforme publié en 2016 revenait à la solution traditionnelle, qui s'est longtemps appliquée en France et se retrouve chez la plupart de nos voisins : un manquement contractuel ne constitue une source de responsabilité délictuelle vis-à-vis des tiers que lorsqu'il constitue un fait générateur de responsabilité délictuelle (l'avant-projet prenait par ailleurs soin de consacrer l'exception traditionnelle à cette règle que constituent les actions directes en responsabilité contractuelle, et notamment en garantie des vices cachés).

Cette solution a cependant été jugée trop restrictive par quelques auteurs, ce qui a conduit la Chancellerie à prévoir une exception tellement large qu'elle renverse quasiment le principe. Dans le projet de 2017, le principe classique, repris de l'avant-projet, est formulé à l'article 1234, al. 1^{er}, tandis que l'exception se trouve à l'art. 1234, al. 2. Cette exception appelle un certain nombre d'objections⁷.

Objections de principe :

⁷ Pour une étude plus détaillée, v. not O. Deshayes, « La nouvelle mouture de l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile : retour sur la responsabilité à l'égard des tiers », *RDC* 2017, 238 ; J.-S. Borghetti, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2017, 1846.

- La règle posée à l'art. 1234, al. 2, porte atteinte au principe de relativité des conventions ;
- Elle supprime la prévisibilité des dommages et intérêts pour le débiteur contractuel ;
- Elle aboutit à mieux traiter les tiers qui subissent un dommage autre que corporel.

Objections pratiques :

- L'art. 1234, al. 2 n'indique pas qui est le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat. La formule, très proche de celle de l'art. 1235, laisse en fait penser qu'il pourra s'agir de tout tiers, dès lors qu'il a subi un dommage.
- En pratique, cette règle confère une action directe à un tiers.
- Elle rend le jeu des clauses limitatives de responsabilité très incertain.
- Elle ne joue certainement pas en faveur de l'attractivité du droit français.

Si l'on admet que l'article 1234, al. 2, ne peut être conservé en l'état, il reste à savoir ce que l'on peut envisager

Une première solution (selon nous la plus simple et la meilleure) consisterait à revenir à l'avant-projet de 2016. On signalera ici que les belges, qui ont jusqu'ici le même code que nous, ont toujours appliqué cette règle, sans que cela leur pose problème.

À défaut, on pourrait introduire un mécanisme analogue à celui du *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* (contrat avec effet protecteur pour les tiers) du droit allemand. Ce mécanisme permet aussi de faire bénéficier certains tiers des règles de la responsabilité contractuelle à l'encontre du débiteur, mais il repose sur la réunion de plusieurs conditions : proximité du tiers / intérêt du créancier / prévisibilité pour le débiteur / subsidiarité.

| Proposition n°1

« Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II. »

[Suppression de l'alinéa 2]

| Proposition n°2

« Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II.

Toutefois, un tiers peut aussi agir contre le débiteur sur le fondement des règles de la responsabilité contractuelle, en se soumettant le cas échéant aux stipulations du contrat, à condition qu'il ait eu un lien particulier avec la prestation devant être fournie par le débiteur, que le créancier ait eu intérêt à ce qu'il soit protégé par le contrat, que le débiteur ait eu connaissance de son existence et que ce tiers ne dispose d'aucune autre action en réparation pour le préjudice qu'il a subi du fait de la mauvaise exécution du contrat. »

Article 1235

| Rappel du projet de réforme

« Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial. »

| Argumentation

Par sa formulation générale, visant « tout », c'est-à-dire n'importe quel préjudice, le projet d'article 1235 s'inscrit clairement dans la lignée classique du droit français de la responsabilité civile. Celui-ci, contrairement à certains droits étrangers, notamment le droit allemand qui énumère limitativement les intérêts protégés, admet la réparation de n'importe quel préjudice à partir du moment où celui-ci revêt les caractères requis. Le texte mentionne l'exigence d'un préjudice certain et fait aussi référence à « la lésion d'un intérêt licite ». Il reprend ainsi l'exigence d'un intérêt, « sinon juridiquement protégé, du moins non contraire au droit »⁸, à partir de laquelle il est possible de canaliser la notion de préjudice réparable⁹.

La disposition, relayée par d'autres textes du projet de réforme, consacre par ailleurs la distinction entre, d'un côté, le dommage, l'atteinte à la personne, aux biens ou directement aux intérêts économiques de la personne et de l'autre, le préjudice entendu comme les conséquences juridiques de cette lésion.

Mérite également d'être approuvée la consécration, par le texte, de la *summa divisio* constituée par la distinction des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. On pourrait cependant s'interroger sur l'opportunité de consacrer une disposition précisant le contenu respectif des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, à l'instar du projet de réforme belge¹⁰.

Contrairement à l'avant-projet de réforme, la règle générale ne fait plus mention au caractère « individuel ou collectif » du préjudice. Dans une perspective d'attractivité du droit français, il est sans doute préférable de ne pas ouvrir largement la voie à une consécration judiciaire de préjudices collectifs, au-delà des cas prévus par le législateur. Précisément, il pourrait être opportun d'indiquer, de façon similaire au projet Terré et au projet de réforme belge, que le préjudice collectif est réparable lorsqu'une loi spéciale le prévoit expressément¹¹. Loin de conférer une assise générale au préjudice collectif, une telle disposition aurait pour vertu d'en empêcher la réparation en dehors des cas spécialement prévus. Elle servirait en outre un objectif de lisibilité du droit français et de mise en cohérence entre le spécial et le général.

| Proposition

« Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial. »

⁸ P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4e éd., 2016, n° 176, p. 120.

⁹ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2013, n° 248.

¹⁰ Rappr. Art. 5.174 du Projet de réforme belge

¹¹ Art. 5.172 du Projet de réforme belge : « L'atteinte à un intérêt collectif est réparable dans les cas et conditions déterminées par la loi ».

Les préjudices patrimoniaux comprennent toutes les répercussions économiques de l'atteinte. Ils incluent les pertes et les dépenses ainsi que le manque à gagner et la réduction de valeur.

Les préjudices extrapatrimoniaux comprennent toutes les répercussions non-économiques de l'atteinte.

L'atteinte à un intérêt collectif est réparable dans les cas et aux conditions déterminés par la loi. »

Article 1235-1

| Rappel du projet de réforme

[Inexistant]

| Argumentation

Le groupe de travail a relevé l'absence de disposition générale consacrée au préjudice par ricochet, ce alors qu'il y est fait référence à l'article 1256 du projet.

En droit français, le préjudice moral par ricochet est indemnisé et il en est de même à propos du préjudice économique par ricochet des proches sans qu'aucun lien de droit ne soit exigé.

Mais le préjudice économique par ricochet des opérateurs économiques n'est pas indemnisé (exemple du club dont un joueur de football a été blessé). Sur le plan théorique, le préjudice par ricochet des opérateurs économiques peut ouvrir droit à réparation, mais la jurisprudence s'y refuse pour des raisons d'opportunité, se fixant ses propres bornes. Il manque un critère clair.

Peut-être serait-il a minima souhaitable, dans une optique de meilleure lisibilité du droit français d'en proposer une définition générale. Il pourrait être envisagé de s'inspirer, dans cette perspective du projet de réforme belge¹² :

« Le préjudice par ricochet est un préjudice propre subi par une personne, résultant d'une atteinte portée préalablement à l'intérêt d'une autre personne avec laquelle la première a un lien de droit ou de fait ».

| Proposition

« Le préjudice par ricochet est un préjudice subi par une personne et résultant d'une atteinte à l'intérêt d'une autre personne avec laquelle la première a un lien de droit ou de fait.

Le responsable peut opposer à la personne lésée par ricochet les mêmes moyens de défense au fond que ceux qu'il aurait pu opposer à la victime directe. »

¹² Art. 5.175 du Projet de réforme belge Préjudice par ricochet :

« Le préjudice par ricochet est un préjudice propre subi par une personne, résultant d'une atteinte portée préalablement à l'intérêt d'une autre personne avec laquelle la première a un lien de droit ou de fait.

Le droit à réparation de la personne lésée par ricochet est soumis aux mêmes limites que les droits de la victime directe, que celle-ci ait ou non survécu ».

Article 1237

| Rappel du projet de loi de réforme:

« Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées. »

| Argumentation:

L'article 1237 doit être lu en combinaison avec l'article 1263 évoqué ci-après, relatif à l'attitude de la victime postérieurement à la réalisation du dommage.

S'il est souhaitable de consacrer une disposition aux coûts exposés par la victime pour réduire les conséquences du fait dommageable, cela l'est bien davantage à partir du moment où des diligences sont imposées à la victime par la loi. Le projet de texte est inspiré des dispositions actuelles relatives au préjudice écologique, mais subordonne la réparation à la condition que les dépenses aient « été raisonnablement engagées »¹³. Le groupe de travail estime qu'il y a un équilibre à trouver entre l'obligation imposée à la victime et le caractère réparable des coûts exposés par elle pour ce faire. Or, tel qu'il est rédigé, le texte se réfère uniquement aux « dépenses exposées », autrement dit aux cas dans lesquels la victime a eu recours à des prestations extérieures ; il ne permet pas de prendre en compte les hypothèses dans lesquelles la victime a fait le choix d'utiliser ses propres moyens en les redéployant temporairement. Une modification est donc proposée afin d'éviter que la victime diligente se voit refuser la prise en compte de coûts ou pertes supportés par elle, sans faire appel à un prestataire externe.

Par ailleurs, il apparaît préférable, en écho avec les prescriptions de l'article 1263 faisant état de « mesures sûres et raisonnables », d'appliquer le standard du raisonnable, non pas à l'engagement des dépenses, mais bien aux mesures elles-mêmes.

| Proposition

« Les dépenses, coûts et pertes supportés par le demandeur pour prévenir, par des mesures raisonnables, la réalisation imminente d'un dommage ou éviter son aggravation ou en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable. »

¹³ Art. 1251 C. civ. : Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable.

Article 1238

| Rappel du projet de réforme

« Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.

Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. »

| Argumentation

Cette disposition est relative, en son alinéa 1^{er}, à la définition de la perte de chance. Il a été observé que la référence faite à la disparition « d'une éventualité favorable » est très large, permettant d'englober toute altération du cours normal des choses. Différentes modifications ont été envisagées. Cependant, le groupe de travail a considéré que l'établissement d'une typologie des pertes de chance¹⁴ dans une disposition légale ne serait pas souhaitable. Tirer parti de la distinction entre dommage et préjudice, à l'instar du projet de réforme belge, créerait une difficulté en matière médicale dans le cas de l'erreur de traitement ou de diagnostic.

Il a finalement été proposé de s'inspirer de la proposition formulée par le groupe Terré pour rédiger l'alinéa 1^{er}.

Il reste que la rédaction du texte actuel, combinant cette condition et celle de « la disparition actuelle et certaine », est en conformité avec les exigences posées par la jurisprudence de la Cour de cassation, de sorte que cela pourrait suffire à cantonner le domaine des pertes de chances ouvrant droit à réparation.

La règle d'évaluation énoncée à l'alinéa 2 n'a de son côté suscité aucune observation et a par conséquent été conservée en l'état.

| Proposition

« Seule constitue une perte de chance réparable l'interruption d'un processus à l'issue incertaine, lorsqu'il existait une chance réelle et sérieuse qu'il aboutisse à un résultat favorable.

Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. »

¹⁴ Art 8 al 2 Terré. L'atteinte à un intérêt collectif, telle l'atteinte à l'environnement, est réparable dans les cas et aux conditions déterminés par la loi.

- perte de chance d'obtenir un gain
- perte de chance de ne pas voir se réaliser un préjudice
- perte de chance de ne pas voir se réaliser un risque

Article 1239

| Rappel du projet de réforme

« La responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen. »

| Argumentation

Il s'agit de rappeler que le lien de causalité doit être direct pour enlever toute ambiguïté sur ce point, conformément à la jurisprudence. La précision de la deuxième phrase du texte est en outre superflue. Elle constitue une redite de l'article 1358 nouveau du code civil et devrait être supprimée.

| Proposition

« La responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité **direct** entre le fait imputé au défendeur et le dommage. **[suppression]** ».

Article 1240

| Rappel du projet de réforme

« Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage ».

| Argumentation

En l'état actuel, l'article 1240 pose un certain nombre de difficultés. Tout d'abord, il ne pose pas clairement l'exigence d'un fait générateur de responsabilité. Bien que la disposition se trouve dans la sous-section consacrée au lien de causalité et cette exigence puisse donc être considérée comme sous-entendue, le risque existe que l'article 1240 ne soit utilisé pour fonder une responsabilité purement causale.

Surtout, la mise en œuvre de ce texte apparaît d'autant plus difficile et contraire à la sécurité juridique que les termes employés renvoient à des notions imprécises qui conduiront à des interprétations jurisprudentielles imprévisibles. L'article 1240 paraît ainsi contredire la volonté d'efficacité et de sécurité juridique portée par ce projet de réforme au titre de l'attractivité de notre droit.

L'exigence probatoire imposée aux « présumés responsables » sera, dans bien des cas, trop lourde, voire impossible à rapporter s'agissant d'un fait négatif (« qu'il serait impossible d'avoir causé le dommage »). Cette disposition vient ainsi condamner d'office tous les opérateurs dont l'activité comporte des risques et ce, même si, en l'espèce, ce n'est pas ce risque qui est à l'origine du dommage.

Dans les chaînes de distribution et de production, en particulier, la multitude d'acteurs rend très difficile l'identification des véritables responsables. Du point de vue de l'attractivité, il faut mesurer les conséquences que ce texte pourrait avoir dans des secteurs économiques importants (ex. secteurs avec chaîne de fabrication où interviennent plusieurs professionnels, auxquels s'ajouteront les distributeurs). Avec le développement de l'intelligence artificielle, ce phénomène prend une ampleur encore plus marquée : il est difficile de distinguer l'acteur à l'origine du fait générateur. Un tel dispositif est d'autant plus inacceptable qu'il repose ainsi sur des notions imprécises telle la notion d'agissement de concert qui n'a aucun contour précis. Il en va de même pour la notion d'activité similaire qui, dans le droit positif, est interprétée différemment selon la matière en question (droit commercial, droit de la propriété industrielle, droit administratif...).

Le maintien de cet article en l'état aurait de graves conséquences en termes d'assurance.

En somme, ce dispositif peut apparaître comme un repoussoir pour l'exercice sur le territoire français d'activités de production et de distribution dans des secteurs où les circuits sont longs, ce qui est fréquent dans l'industrie.

Si cet article est maintenu, il importe dès lors d'en affiner la rédaction.

Dans la mesure où l'article 1240 vise à ramener à un principe unique les différents cas où la Cour de cassation a renversé la charge de la preuve de la causalité, il convient d'identifier les éléments que ces différents cas ont en commun.

Or, même s'il est vrai que, dans ces différents cas, les responsables potentiels avaient agi de concert ou exerçaient une activité similaire, ce ne sont pas ces circonstances qui paraissent avoir justifié la solution posée par la haute juridiction. Les facteurs décisifs paraissent en réalité avoir été les suivants (du moins dans la jurisprudence la plus récente) :

- un fait générateur de responsable était imputable à chacun des responsables potentiels ;
- chaque responsable potentiel a exposé le demandeur au même risque ;
- ce risque s'est réalisé, sans que l'on sache auquel des responsables potentiels il est imputable.

La formulation proposée de l'alinéa 1^{er} de l'article 1240 reprend ces trois éléments, en s'inspirant de l'article 5.169 du projet belge de réforme de la responsabilité civile.

La substance de l'actuel alinéa 2 paraît en revanche devoir être conservée en l'état. Il est en effet opportun de prévoir une contribution à la dette entre les coresponsables fondées sur les probabilités (plutôt que sur la base d'une division par parts viriles, comme cela résulterait sinon de l'article 1265 du projet). Cela permet de limiter l'injustice qu'il y a à tenir comme responsables plusieurs personnes, tout en sachant qu'une seule d'entre elle est effectivement à l'origine du dommage : chacune doit in fine répondre à hauteur du risque qu'elle a créé.

| Proposition

Lorsque des faits générateurs de responsabilité distincts ont exposé la personne lésée à un risque de dommage corporel qui s'est réalisé, sans que l'on puisse déterminer précisément celui qui l'a causé, chacune des personnes auxquelles sont imputables ces faits générateurs est responsable de l'entier dommage, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un dommage sur le fondement du précédent alinéa, elles contribuent alors entre elles à proportion de la probabilité que chacune ait causé le dommage. »

Article 1241

| Rappel du projet de réforme

« *On est responsable du dommage causé par sa faute* »

| Argumentation

Le pronom indéfini « on » est une référence peu souhaitable. D'où la proposition de remplacer par « chacun » ou par « toute personne » en précisant éventuellement « physique ou morale », ce qui est à lier avec l'analyse critique et la demande de suppression de l'article 1242-1.

| Propositions

« **Chacun est** responsable du dommage causé par sa faute »

Article 1242

| Rappel du projet de réforme

« *Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* ».

| Argumentation

La rédaction du texte laisse entendre que la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ne constitueraient que des exemples de fautes, et qu'il existerait donc d'autres types de faute possibles. Tel n'est évidemment pas l'intention du texte, qui doit donc être modifié sur ce point.

Le texte consacre par ailleurs l'assimilation systématique en droit français de la violation d'une prescription textuelle à une faute invocable par tous. Il faut avoir conscience que cette assimilation confère un champ d'application considérable à la responsabilité pour faute. Jusqu'ici, la jurisprudence est demeurée relativement prudente et n'a pas pleinement exploité le potentiel de cette règle, mais il faut espérer la consécration législative de celle-ci ne l'incitera pas à le faire. Pour limiter ce risque, une possibilité serait de définir la faute comme la violation d'une règle de conduite posée par la loi, plutôt que de toute prescription légale. Cela permettrait aux juges, s'ils le souhaitent, de limiter l'assimilation d'une norme textuelle à une faute aux cas où cette norme pose une règle de conduite. Cependant, le groupe de travail a préféré conserver, sous le bénéfice de la modification indiquée ci-dessus, la rédaction actuelle du projet.

| Proposition

« **La faute consiste en** la violation d'une prescription légale ou dans le manquement au devoir général de prudence ou de diligence »

Article 1242-1

| Rappel du projet de réforme

« La faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement. »

| Argumentation

Cette disposition appelle des critiques de deux points de vue :

- Elle n'a pas d'utilité au regard du droit positif.

La jurisprudence n'a pas attendu de définition générale de la faute civile des personnes morales pour condamner celles-ci à réparer les dommages commis par leur fait personnel.

Le fait que la personne morale soit responsable des fautes commises par ses organes apparaît conforme à la construction de la personnalité morale. L'évolution historique a conduit à ce que le juge s'embarrasse de moins en moins de l'identification formelle de l'organe fautif.

L'article 1242-1 n'est donc pas nécessaire puisqu'il suffit à la victime de démontrer que l'action de la personne morale elle-même est fautive.

Au regard d'une jurisprudence – rappelée ci-dessus – relative au défaut d'organisation des établissements de santé et des clubs sportifs, l'introduction d'une référence au « défaut d'organisation ou de fonctionnement » ajouterait considérablement au droit positif. Elle étendrait dans des proportions déraisonnables cette jurisprudence :

- à toutes les personnes morales quelle que soit leur activité ;
- à la responsabilité extracontractuelle ;

Cela est d'autant plus vrai que le critère du fonctionnement n'a jamais été pris en compte à ce jour par la jurisprudence.

Rappelons également que, dans l'esprit de certains, cette innovation aurait permis d'engager la responsabilité de la société mère ou contrôlante du fait de ses filiales ou sociétés contrôlées, ce qui serait totalement contraire aux principes fondamentaux de l'autonomie de la personne morale.

- De surcroît, cet article est susceptible d'avoir des conséquences négatives du point de vue de l'attractivité du droit pour les acteurs économiques, et cela à trois titres :
 - Son risque majeur est d'objectiver la faute des personnes morales et, ce faisant, d'augmenter potentiellement très sensiblement l'engagement de leur responsabilité. En effet, l'on peut craindre que le juge, lorsqu'il aura à caractériser la faute, préfère se tourner vers un défaut d'organisation ou de fonctionnement plutôt que vers le comportement des organes. En somme, cette référence pourrait devenir une solution de facilité pour le juge.
 - Ce projet de texte porte en lui le danger de l'ingérence intempestive du juge dans la gestion de la société, contraire au principe de la non-immixtion du juge dans les affaires sociales.

- Enfin, une telle évolution aurait inmanquablement une portée sur d'autres formes juridiques que les seules structures sociétaires, ce qui n'est pas négligeable.

| Proposition

[Suppression de l'article 1242-1]

Article 1243

Rappel du projet de réforme

« On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde.

Le fait de la chose est présumé dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position, de son état ou de son comportement.

Le gardien est celui qui a l'usage, le contrôle et la direction de la chose au moment du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien. »

Argumentation

Il pourrait être plus clair de scinder l'unique article consacré à la responsabilité du fait des choses en plusieurs. Cela le rendrait plus lisible et rapprocherait opportunément la présentation de ce cas particulier de responsabilité de ceux qui figurent dans le dernier chapitre du projet.

La notion de fait de la chose est par ailleurs problématique. Puisque le projet lie en fait la responsabilité du fait des choses à une anormalité de celles-ci, mieux vaudrait exprimer cela clairement. Une possibilité pour ce faire, inspirée du projet de réforme belge, est de faire explicitement du vice ou du défaut de la chose le fait générateur de la responsabilité.

Il serait par ailleurs utile de préciser que le gardien répond du vice, même indécélable, de la chose. C'est effet la raison pour laquelle la jurisprudence a étendu l'exigence d'extériorité à la force majeure délictuelle. Préciser la règle à propos de la responsabilité du fait des choses permettrait de simplifier la question de la définition « générale » de la force majeure.

Si la question de la limitation du texte aux choses corporelles a été approuvée à une large majorité au sein du groupe de travail, les discussions auxquelles elle a donné lieu ont conduit celui-ci à attirer l'attention sur la nécessité de disposer des instruments juridiques adéquats pour réparer les préjudices dans le cas où trouvent leur origine dans les algorithmes ou encore les données¹⁵.

Proposition

Art. 1243

« Chacun est responsable du dommage causé par le défaut des choses corporelles dont il a la garde. »

Art. 1243-1

« Une chose est défectueuse au sens du présent paragraphe lorsqu'elle ne présente pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Elle l'est également en cas d'anormalité de sa position, de son état ou de son comportement.

Le défaut est présumé lorsque la chose, en mouvement, a heurté le siège du dommage. »

¹⁵ Infra renvoi à la partie sur l'intelligence artificielle

Art. 1243-2

« Nonobstant l'article 1253, le gardien répond du dommage causé par le défaut indécélable de la chose. »

Art. 1243-3

« Le gardien est celui qui a l'usage, le contrôle et la direction de la chose au moment du fait dommageable.

Le propriétaire est présumé gardien. »

Article 1244

| Rappel du projet de réforme

« Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage, répond de plein droit du dommage résultant de ce trouble.

Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble. »

| Argumentation

La rédaction de l'alinéa 1er limite la responsabilité à l'occupant ou l'exploitant disposant d'un titre. Cela suggère, a contrario, que l'occupant ou l'exploitant sans titre n'est pas responsable. Mais pourquoi exonérer ainsi les squatteurs de tout type ?

Il est par ailleurs discutable de parler du trouble qui excède les inconvénients normaux du voisinage. Le mot n'a pas de sens précis et pose par ailleurs problème en lien avec l'article 1266. Mieux vaudrait employer les concepts traditionnels du droit de la responsabilité et parler simplement du dommage qui excède les inconvénients normaux de voisinage.

L'alinéa 2 n'est peut-être pas nécessaire si l'on consacre l'action en cessation (art. 1266). En tout état de cause, il suggère le contraire de ce qu'il veut dire, en laissant entendre que le juge pourrait interdire une activité autorisée par l'autorité administrative. Il faut donc clarifier ce point.

Il convient en tout cas de réserver le cas des activités exercées licitement, préexistantes à l'installation du demandeur sur son fonds et qui se sont poursuivies dans les mêmes conditions.

| Proposition

« Le propriétaire, le locataire, **l'occupant ou l'exploitant d'un fonds**, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, **est responsable du plein droit du dommage qui excède les inconvénients normaux de voisinage.**

Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant, **dans le respect de cette autorisation**, accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant **de diminuer ou** de faire cesser le trouble.

La responsabilité prévue à l'alinéa précédent n'a pas lieu lorsque le trouble provient d'activités exercées conformément à la législation en vigueur, préexistantes à l'installation du demandeur sur son fonds et s'étant poursuivies depuis lors dans les mêmes conditions. »

Article 1245

| Rappel du projet de réforme

« On est responsable du dommage causé par autrui dans les cas et aux conditions posés par les articles 1246 à 1249.

Cette responsabilité suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage ».

| Argumentation

S'il a été préconisé d'éviter l'emploi du pronom indéfini « on » pour la responsabilité du fait personnel¹⁶, il convient de le conserver, dans le cas particulier d'une disposition concernant la responsabilité du fait d'autrui, seules étant responsables les personnes désignées par la loi. En revanche, il importe, dans une perspective de bonne articulation des dispositions de droit commun et de droit spécial, de préserver explicitement, outre les cas de responsabilité du fait d'autrui prévus par le code civil, ceux résultant de législations spéciales¹⁷.

| Proposition

« On est responsable du dommage causé par autrui dans les cas et aux conditions posés par **la loi**.

Cette responsabilité suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage ».

¹⁶ Supra art. 1241

¹⁷ Renvoi infra droit de la concurrence

Article 1249

Rappel du projet de réforme

« Le commettant est responsable de plein droit des dommages causés par son préposé. Est commettant celui qui a le pouvoir de donner au préposé des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement de ses fonctions.

En cas de transfert du lien de préposition, cette responsabilité pèse sur le bénéficiaire du transfert.

Le commettant ou le bénéficiaire du transfert n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Il ne l'est pas davantage s'il établit une collusion du préposé et de la victime.

Le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle, ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions ».

Argumentation

Le problème majeur posé par ce texte est celui de l'exonération de l'employeur, en particulier avec la condition que le préposé ait agi hors du cadre des fonctions pour lesquelles il est employé (temps, lieu et moyens du travail). Cette condition est appréciée de manière restrictive par la jurisprudence, de sorte que le commettant en pratique ne peut presque jamais s'exonérer. Il en va de même avec l'exigence d'une preuve de collusion entre le préposé et la victime.

Dans le premier alinéa, la substitution du terme « dans » plutôt que l'expression « en relation » avec les fonctions permet de circonscrire un peu mieux le fait générateur de responsabilité.

Par ailleurs, dans une optique d'attractivité du droit français, il apparaît opportun d'atténuer le critère du cadre des fonctions (temps, lieu et moyen), critère ayant donné lieu à certaines condamnations très contestables des commettants.

La proposition autorise ainsi l'employeur à écarter ce critère dès lors qu'il prouve que la victime ne pouvait pas avoir la croyance légitime que le préposé agissait dans le cadre de ses fonctions. Cela est plus large que la notion restrictive de « collusion » employée dans le projet.

L'observation a par ailleurs été faite que l'alinéa 2 du projet évoquant le transfert du lien de préposition était ambigu, le texte pouvant être interprété comme signifiant que le bénéficiaire du transfert est responsable même du fait du préposé commis antérieurement au transfert, ce qui ne correspond sans doute pas à l'objectif recherché. Dès lors, il est apparu souhaitable d'apporter une précision dans cet alinéa de façon à lever cette ambiguïté.

Proposition

« Le commettant est responsable de plein droit **du fait de son préposé**. Est commettant celui qui a le pouvoir de donner au préposé des ordres ou des instructions **dans** l'accomplissement de ses fonctions.

En cas de transfert de lien de préposition, cette responsabilité pèse sur le bénéficiaire du transfert, **à raison des actes commis par le préposé à compter de ce transfert**.

*Le commettant ou le bénéficiaire du transfert n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. **Il ne l'est pas davantage s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant.***

Le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle, ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions ».

Articles 1250, 1251 et 1252

| Rappel du projet de réforme

Article 1250

« Toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre »

Article 1251

« Sauf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat. »

Article 1252

« La réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution. »

| Argumentation

On touche là à l'un des aspects les plus délicats du projet. Ce que l'on nomme ordinairement la « responsabilité contractuelle » a en effet deux fonctions principales : 1) fournir au créancier un équivalent monétaire de l'avantage qu'aurait dû lui procurer la bonne exécution du contrat ; et 2) réparer les atteintes aux autres intérêts du créancier qui résultent de l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat. En pratique, la seconde fonction l'emporte largement sur la première, ce qui justifie que le projet puisse rattacher la responsabilité contractuelle à la responsabilité civile, plutôt qu'au contrat. Le problème, cependant, est que la première fonction reste bien présente dans certains cas. Or, un certain nombre de règles pensées pour la responsabilité extracontractuelle, que le projet rend applicable à toute la responsabilité contractuelle, sont adaptées à la seconde fonction de la responsabilité contractuelle, mais non à la première, qui est essentiellement une fonction de paiement et non de réparation. Il en va notamment ainsi des règles sur le caractère réparable des dépenses de prévention (art. 1237 proj.) ou sur la réparation en nature (art. 1261) qui, si on les applique au « préjudice » consistant en la non-obtention de la prestation promise, entrent en conflit avec les règles sur le remplacement posées par la réforme du droit des contrats (art. 1222).

On peut laisser à la jurisprudence le soin de régler le problème, ce qui est sans doute le plus simple. Le cas échéant, cependant, il conviendrait au moins de préciser à l'article 1250 que l'inexécution doit être imputable au débiteur.

On peut aussi, de manière plus audacieuse, distinguer formellement, comme le fait notamment le droit allemand, dommages et intérêts « en lieu et place de la prestation », c'est-à-dire les dommages et intérêts ayant une fonction de paiement ou d'exécution par équivalent (1^{re} fonction), d'une part, et les dommages et intérêts compensatoires ordinaires (2^e fonction). Les premiers seraient réglés dans la partie du Code consacrée aux contrats, aux articles 1231 et suivants (où se trouvent actuellement les textes sur la responsabilité contractuelle), tandis que les seconds le seraient dans la partie consacrée à la responsabilité civile.

On trouvera ci-dessous une proposition en ce sens, qui implique de retoucher certains articles du Code relatifs aux contrats (il convient cependant de souligner que le projet, dans sa forme actuelle, prévoit lui aussi de toucher aux articles 1231 et suivants du Code, en les supprimant).

Dans cette proposition, les dispositions propres aux dommages et intérêts en lieu et place de la prestation posent au premier chef une règle de mesure (art. 1231, al. 1^{er}), dont la formulation s'inspire notamment du projet Terré, et qui reprend la règle traditionnelle de l'article 1149 ancien du Code sur la perte faite et le gain manqué. L'article 1231, alinéa 2, précise le rôle de la mise en demeure. L'article 1231-1 reprend quant à lui l'actuel article 1231-5 du code civil (et l'article 1284 du projet de réforme de la responsabilité civile) relatif aux clauses pénales. L'indemnité prévue par une telle clause peut remplacer aussi bien les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation que les dommages et intérêts qui réparent le dommage consécutif, mais il paraît préférable de traiter de la clause pénale avec les autres dispositions relatives au contrat, dans la mesure où ce mécanisme est d'abord destiné à encourager la bonne exécution du contrat.

Il ne paraît pas nécessaire, en revanche, de prévoir à cet endroit une disposition sur le fait du créancier qui fait obstacle à la bonne exécution du contrat, car un tel fait a vocation à être pris en compte pour toutes les sanctions prévues à l'article 1217. Il n'est pas non plus nécessaire de préciser que les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ne sont pas dus en cas de force majeure, puisque cela ressort déjà de l'article 1218.

Les articles 1250 à 1252 reprennent quant à eux dans une large mesure les dispositions du projet de réforme de la responsabilité civile. La référence à l'utilité de la mise en demeure pour prouver l'inexécution du contrat a paru inutile.

| Propositions

Article 1217

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

- *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*
- *poursuivre l'exécution [suppression] en nature de l'obligation ;*
- *obtenir une réduction du prix ;*
- *provoquer la résolution du contrat ;*
- ***demander des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation.***

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées.

Le créancier peut en outre obtenir des dommages et intérêts pour le dommage que lui cause l'inexécution, la mauvaise exécution ou le retard dans l'exécution du contrat, à moins qu'elle ne résulte de la force majeure. Ces dommages et intérêts sont soumis aux règles du sous-titre « la responsabilité civile ».

Article 1231

« Le créancier peut demander des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation, qui le placent autant qu'il est possible dans la situation où il se trouverait si le contrat avait été dûment exécuté, en considérant la perte qu'il a faite et le gain dont il a été privé.

À moins que l'inexécution ne soit irrémédiable, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter [suppression]. »

Article 1231-1

« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »

Article 1250

« En cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard dans l'exécution du contrat imputable au débiteur, celui-ci doit réparer le dommage qu'elle a causé au créancier, indépendamment des dommages et intérêts dus en lieu et place de la prestation. »

Article 1251 [Maintien de l'article]

« Sauf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat. »

Article 1252

« La réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur. [suppression] »

Article 1253

| Rappel du projet de réforme

« Le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime sont totalement exonérateurs s'ils revêtent les caractères de la force majeure.

En matière extracontractuelle, la force majeure est l'évènement échappant au contrôle du défendeur ou de la personne dont il doit répondre, et dont ceux-ci ne pouvaient éviter ni la réalisation ni les conséquences par des mesures appropriées.

En matière contractuelle, la force majeure est définie à l'article 1218. »

| Argumentation

Cet article définit la force majeure pour ce qui est de la responsabilité extracontractuelle. Elle est traditionnellement définie comme extérieure, imprévisible et irrésistible. Ce sont les trois caractères repris dans la définition de la force majeure en matière contractuelle (art. 1218). Faut-il changer en matière extracontractuelle, comme le propose le projet, qui abandonne le caractère de l'imprévisibilité ? Certes ce caractère a pu poser des difficultés, mais la Cour de cassation a confirmé cette exigence par deux arrêts de l'Assemblée plénière du 14 avril 2006. Il semble logique de conserver également dans ce texte les trois caractéristiques de la force majeure.

| Propositions

« Le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime sont totalement exonérateurs s'ils revêtent les caractères de la force majeure.

*En matière extracontractuelle, la force majeure est l'évènement échappant au contrôle du défendeur ou de la personne dont il doit répondre, **qui ne pouvait être raisonnablement prévu et dont ni la réalisation ni les conséquences ne pouvaient être évitées par des mesures appropriées.***

En matière contractuelle, la force majeure est définie à l'article 1218. »

Article 1254

| Rappel du projet de réforme

« Le manquement de la victime à ses obligations contractuelles, sa faute ou celle d'une personne dont elle doit répondre sont partiellement exonératoires lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage.

En cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle. »

| Argumentation

S'il est logique, en matière contractuelle, que le contractant réponde du fait de la personne à laquelle il a confié le soin d'agir pour son compte dans le cadre du rapport contractuel, l'assimilation de la faute de la personne dont on doit répondre à celle de la victime est plus délicate en matière extracontractuelle. Elle aboutirait à des conséquences contestables et pourrait ne pas être pleinement conforme au droit positif. Le groupe de travail suggère en conséquence de supprimer la référence à la personne dont on doit répondre.

Par ailleurs, cet article évoque, en son alinéa 2 relatif au dommage corporel, la « faute lourde ». Le groupe de travail propose de lui substituer la notion de « faute inexcusable » déjà utilisée dans le régime applicable aux véhicules terrestres à moteur, cet alignement des solutions ayant l'avantage de la cohérence et étant au bénéfice des victimes de dommages corporels.

| Proposition

« La faute de la victime est partiellement exonératoire lorsqu'elle a contribué à la réalisation du dommage.

*En cas de dommage corporel, seule une faute **inexcusable** peut entraîner l'exonération partielle ».*

Article 1256

| Rappel du projet de réforme

« La faute ou l'inexécution contractuelle opposable à la victime directe l'est également aux victimes d'un préjudice par ricochet. »

| Argumentation

Cette disposition est sans utilité si l'on introduit, comme le groupe de travail, le suggère, une disposition sur le préjudice par ricochet. L'article 1235-1, tel que proposé, permet de traiter cet aspect de façon plus large puisqu'il fait référence à la possibilité d'opposer à la victime par ricochet les mêmes moyens de défense au fond que ceux pouvant être opposés à la victime directe.

| Proposition

[Suppression du texte remplacé par l'article 1235-1]

Article 1258

| Rappel du projet de réforme

« La réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit. »

| Argumentation

Le groupe de travail approuve le choix de retenir pour l'article 1258 une formulation générale et exempte de tempéraments, contrairement à l'avant-projet de réforme réservant la possibilité de dispositions et conventions contraires. Cependant, la rédaction, si elle convient très bien pour la responsabilité délictuelle ainsi que pour la responsabilité contractuelle dans sa fonction de réparation, n'est pas parfaitement appropriée pour cette dernière en ce qui concerne la fonction de paiement des dommages et intérêts en matière contractuelle. Dans cette hypothèse, il s'agit d'instaurer ce qui aurait dû advenir, mais n'a pu l'être car le débiteur n'a pas tenu sa promesse.

Le groupe de travail a par ailleurs considéré que la mise en œuvre du principe appelait, en matière économique, des efforts sur le plan méthodologique¹⁸.

| Proposition

« La réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu **ou si le contrat avait été exécuté comme prévu**. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit. »

¹⁸ Infra Préjudice économique

Article 1259

| Rappel du projet de réforme

« La réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou de dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice. »

| Argumentation

Cet article, aux termes duquel la réparation peut s'effectuer en nature ou par l'allocation des dommages et intérêts, soulève des interrogations quant à son champ d'application et, plus précisément, quant au point de savoir s'il est concevable d'évoquer la réparation en nature en matière contractuelle ou si elle se confond avec l'exécution en nature.

En réalité, tout dépend du point de savoir si la responsabilité contractuelle est envisagée dans sa fonction de réparation ou bien de paiement. Dans ce dernier cas, exécution en nature et réparation en nature se confondent. En outre, l'application de la réparation en nature soulève des difficultés en cas de cumul avec l'octroi de dommages et intérêts lorsque la responsabilité contractuelle est envisagée dans sa fonction de paiement.

La latitude offerte au juge pour déterminer lui-même la sanction la plus apte à réparer le préjudice n'est en revanche pas problématique en elle-même. Cette latitude évoque celle dont bénéficie le juge des référés, lorsqu'il lui appartient de définir le contenu d'une mesure propre à prévenir un « dommage imminent » ou à faire cesser un « trouble manifestement illicite ». Il est apparu opportun au groupe de travail de faire référence à l'office du juge dans le cas où la forme de réparation sollicitée par le demandeur est contestée en son principe par le défendeur.

| Proposition

« La réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou de dommages et intérêts. **Ces** deux types de mesures **peuvent** se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice. **Le juge détermine, si nécessaire, le ou les modes de réparation les plus adéquats.** »

Article 1262

| Rappel du projet de réforme

« Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

En cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, la victime peut demander un complément d'indemnité pour le préjudice qui en résulte.

En cas de dommage corporel, elle peut également réclamer une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale.

Chacun des chefs de préjudice est évalué distinctement. »

| Argumentation

Le premier alinéa pose le principe de l'évaluation des dommages et intérêts au jour du jugement. Il est proposé de remplacer la mention de la « valeur du préjudice » par « l'étendue du préjudice ».

Le deuxième alinéa traite du cas dans lequel intervient une aggravation du dommage postérieurement au jugement. Il reflète le droit positif.

Le troisième alinéa, spécifiquement consacré au dommage corporel, introduit une forte insécurité et imprévisibilité, notamment par rapport aux transactions et à une remise en cause de l'autorité de la chose jugée. Le groupe de travail considère préférable de supprimer purement et simplement cet alinéa, mais propose, de façon alternative, de compléter le texte par une incise - « en cours d'instance » - de façon à en réduire la portée.

Enfin, le dernier alinéa prescrivant une évaluation distincte de chaque chef de préjudice emporte l'approbation. Il apparaît opportun que l'octroi de dommages et intérêts ne puisse plus intervenir « tous chefs de préjudice confondus » et que le juge ait à se prononcer séparément sur les différents postes invoqués¹⁹.

L'observation a été faite qu'en pratique, la majorité des décisions allouant une indemnisation sont, pour le moment, insuffisamment motivées. Une telle situation est frustrante pour les parties qui acceptent d'autant moins la décision rendue qu'elles ne la comprennent pas ; elle nuit à la prévisibilité des indemnisations accordées ; elle se prête mal à un contrôle effectif par la Cour de cassation et elle peut de surcroît permettre de contourner l'irrégularité actuelle d'une indemnisation forfaitaire. Elle pourrait de surcroît exposer la France à un risque de sanction à raison d'une contravention en la matière aux exigences du droit européen.

Une motivation accrue des décisions de justice leur conférerait, à n'en pas douter, une meilleure prévisibilité et acceptabilité, en chassant toute impression d'arbitraire. En accompagnement de cette mesure, il pourrait être utile de dresser, sinon une nomenclature comme en matière de dommage corporel, du moins une liste non exhaustive des préjudices susceptibles d'être subis

¹⁹ Infra L'office du juge dans l'évaluation des préjudices économiques

par les opérateurs économiques. Peut-être serait opportun d'exiger, comme le proposait, l'avant-projet de réforme du droit des obligations en son article 1374, qu'« *en cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision* ». Surtout, il convient sans doute de prolonger cette disposition faisant peser sur le juge une obligation de motivation renforcée par d'autres mesures destinées notamment à favoriser le développement d'une méthodologie appropriée aux préjudices économiques²⁰. Alors que le dommage corporel fait l'objet de dispositions spécifiques destinées à assurer une meilleure indemnisation des victimes, l'attention du groupe de travail s'est davantage portée sur les dommages subis par les opérateurs économiques dans l'exercice de leur activité dont les spécificités, à l'heure actuelle, ont assez peu été prises en compte.

| Proposition n°1

*« Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et **l'étendue du préjudice** depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.*

En cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, la victime peut demander un complément d'indemnité pour le préjudice qui en résulte.

[Suppression de l'alinéa 3]

Chacun des chefs de préjudice est évalué distinctement.

En cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision »

| Proposition n°2

*« Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et **l'étendue du préjudice** depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.*

En cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, la victime peut demander un complément d'indemnité pour le préjudice qui en résulte.

*En cas de dommage corporel, elle peut également réclamer, **en cours d'instance**, une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale.*

Chacun des chefs de préjudice est évalué distinctement.

En cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision »

²⁰ Infra

Article 1263

| Rappel du projet de réforme

« Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »

| Argumentation

L'article introduit en droit français de la responsabilité civile, extracontractuelle autant que contractuelle, une obligation faite à la victime de prendre ses dispositions pour éviter l'aggravation de son préjudice, sous peine, dans le cas contraire, de voir son droit à indemnisation réduit.

Certains membres du groupe de travail font observer que ce texte risque de nourrir des débats complexes sans qu'il soit établi, études économiques à l'appui, que les victimes tirent un avantage excessif du système actuel, qui ne leur impose aucune obligation de minimiser le dommage par elles subi.

Cependant, l'objectif de responsabiliser les victimes, outre qu'il se manifeste dans bon nombre de systèmes juridiques, semble conforme aux enseignements de l'analyse économique du droit. Une telle disposition peut être utile dans les relations économiques, par exemple en cas de violation d'une règle du droit des pratiques restrictives de concurrence, comme celle relative à la rupture brutale.

Tel qu'il est formulé, le texte traduit une prise en compte équilibrée des situations respectives de la victime et du responsable.

Tout d'abord, le texte ne prévoit pas une obligation de limiter le préjudice, mais seulement d'éviter l'aggravation de celui-ci. Dès lors, il ne semble pas soulever de risque de contrariété au principe d'effectivité du droit à réparation dans le cas où l'action en responsabilité civile est fondée sur une violation du droit de l'Union européenne, par exemple en cas de pratiques anticoncurrentielles.

Ensuite, la réduction des dommages et intérêts n'a lieu d'être que dans l'hypothèse où la victime pouvait éviter l'aggravation du préjudice par des « mesures raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives ». Il est proposé de supprimer le qualificatif « sûres » qui n'apporte rien si ce n'est de la confusion.

Enfin, la référence faite au dommage corporel pour l'exclure permet de laisser de côté la plupart des cas concernant les particuliers et les préserve du risque de se voir opposer systématiquement cet argument. En aucun cas, le refus de soins ne doit avoir pour conséquence de réduire l'indemnisation des préjudices résultant d'un dommage corporel. Il est cependant proposé de reformuler le texte afin de mieux souligner la circonstance qu'aucune diminution de l'indemnisation n'est admissible lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à l'intégrité physique de la victime.

Par ailleurs, et sans remettre en cause la faveur manifestée par le projet de réforme à l'égard de victimes de dommages corporels, le groupe de travail a pu exprimer sa préoccupation de voir les dommages subis par les opérateurs économiques laissés très largement de côté²¹.

| Proposition

« **[suppression]** *Les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures [suppression] raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice, à moins que ces mesures aient été de nature à porter atteinte à son intégrité physique* »

²¹ Infra

Article 1265

| Rappel du projet de réforme

« Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime.

Si toutes ou certaines d'entre elles ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent à proportion du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable, ou à défaut par parts égales. »

| Argumentation

De façon à éviter toute ambiguïté dans le texte, le groupe propose une modification rédactionnelle dans l'alinéa 2 en précisant que le partage de responsabilité entre les auteurs d'une faute s'effectue à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable.

| Proposition

« Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime.

*Si toutes ou certaines d'entre elles ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité **de leur faute respective** et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent à proportion du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable, ou à défaut par parts égales. »*

Article 1266

Rappel du projet de réforme

« En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. »

Argumentation

L'article 1266 introduit, dans le code civil, une règle générale consacrant la cessation de l'illicite. Celle-ci existe d'ores et déjà aux articles 809 et 873 du Code de procédure civile qui permettent au juge, civil ou commercial, statuant en référé de prescrire toutes mesures pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite.

Le nouvel article 1266 confère au juge, qu'il soit juge du fond ou juge des référés, des pouvoirs similaires. Le rappel du fait que la mesure relève de l'appréciation souveraine du juge et respecte le principe de proportionnalité, évoqué dans le texte par la notion de « mesures raisonnables », doit être approuvé.

Le texte prévoit que les mesures peuvent être prescrites par le juge de façon préventive, pour prévenir un dommage ou lorsque le demandeur est "exposé" à un trouble illicite. Cette rédaction proposée pourrait être source de confusion car elle s'écarte des dispositions existant dans le code de procédure civile. Contrairement aux articles 809 et 873 du Code de procédure civile, le nouvel article 1266 ne fait pas référence à l'imminence du dommage ou au caractère manifestement illicite du trouble. Le simple trouble illicite éventuel, non encore réalisé, pourrait justifier une mesure raisonnable, alors même que ceci relève de l'action préventive prévue en matière de référé.

La disposition nouvelle ayant trait à la réparation, il serait préférable de supprimer la mention "*propre à prévenir le dommage*". Il serait également utile de modifier la rédaction pour prévoir que les mesures peuvent être prescrites pour faire cesser le trouble illicite "*subi par le demandeur*".

Ceci permettrait de mieux délimiter les champs d'applications respectifs des dispositions du Code de procédure civile et de celles du Code civil, en évitant un risque de confusion.

Proposition

« En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres **[suppression]** à faire cesser le trouble illicite **subi par** le demandeur ».

Article 1266-1

| Rappel du projet de réforme

« 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.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.

Elle n'est pas assurable ».

| Argumentation

Eu égard à l'assimilation à la matière pénale de ce dispositif, le principe de légalité des délits et des peines s'applique. Tout comportement pouvant donner lieu à une sanction punitive doit être défini en des termes suffisamment clairs et précis pour que le déclenchement de la répression puisse être prévisible et suppose que le maximum des sanctions punitives encourues soit déterminé à l'avance. Même si la dernière mouture du texte a supprimé le « notamment » qui précédait la définition de la faute dans la version antérieure, le comportement stigmatisé demeure bien trop imprécis.

Tout d'abord, l'article L. 442-6 C com. - dont est clairement inspiré l'article 1266-1 - a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ayant donné lieu à une décision du Conseil Constitutionnel n° 2010-85 du 13 janvier 2011. Selon celle-ci, si le législateur est compétent pour assortir la violation de certaines obligations civiles et commerciales d'une amende civile, il doit définir « en des termes clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ». La décision Loi Vigilance du Conseil constitutionnel du 23 mars 2017 relève de la même logique.

Ensuite, plusieurs éléments peuvent être avancés :

- Il est préférable de prévoir des régimes plus souples voire dérogatoires pour certains types de dommages (dommages corporels, propriété littéraire et artistique, droits de la personnalité, concurrence déloyale...) en laissant la faculté au juge de recourir à ces dispositifs plutôt que de créer une amende civile de droit commun.
- les dommages et intérêts restitutoires existent dans d'autres systèmes, même conservateurs, de sorte qu'en termes d'attractivité, leur généralisation en droit français serait tout aussi efficace et présenterait l'avantage d'être neutre du point de vue de la compétitivité (à l'inverse de l'amende civile). Les dommages et intérêts

restitutoires ne sont finalement qu'une méthode alternative pour aboutir à l'évaluation du préjudice effectivement subi lorsque cette évaluation est effectivement difficile . Ainsi ont-ils été intégrés en droit allemand dans cette perspective.

- Par ailleurs, ils ne sont pas inconnus du droit français, puisqu'ils y ont été introduits en droit de la propriété intellectuelle pour lutter contre la contrefaçon (cf. art. L. 716-14 al. 3 ; L. 331-1-3, al. 3 ; L. 615-7, al. 3 ; L. 721-7, al. 3 CPI) ou encore, tout récemment, par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 en matière de secret des affaires (art. L. 152-6 C. com.).

Cette solution présenterait l'avantage de tenir compte d'une demande de moralisation des comportements des individus et des opérateurs économiques en donnant en juge plus de latitude, tout en restant conforme aux principes fondateurs du droit français et en favorisant une meilleure indemnisation des victimes. De surcroît, elle éviterait les difficultés d'articulation lorsque le prononcé d'une sanction pécuniaire est déjà prévu par un autre dispositif²².

En dernier lieu et à titre subsidiaire, si l'on devait maintenir le mécanisme de l'amende civile en tant que nouveau principe du droit de la responsabilité civile, il conviendrait pour le moins, non seulement d'assurer sa bonne articulation avec d'autres dispositifs prévoyant également l'application d'une sanction pécuniaire²³, mais aussi :

- de supprimer l'alinéa 4, la référence au chiffre d'affaires n'ayant ici aucune pertinence.
- de supprimer l'alinéa 6 : même s'il n'est pas certain que cette disposition soit superfétatoire, en l'état de la conception restrictive de la faute intentionnelle au sens du droit des assurances, le fait de nier la possibilité de s'assurer contre le risque de devoir acquitter une amende civile pourrait favoriser un mouvement consistant à contracter avec des compagnies d'assurances étrangères, sur la base de polices gouvernées par un droit autre que le droit français.
- de limiter au parquet la possibilité de requérir une amende civile.
- de réduire le plafond de l'amende civile afin de limiter les effets négatifs susceptibles d'être produits en termes d'attractivité par un tel dispositif. A cet égard, on pourrait considérer que le plafond prévu en droit commun de la responsabilité civile ne devrait pas être supérieur à celui prévu dans les droits spéciaux et notamment en droit des pratiques restrictives de concurrence qui a manifestement inspiré la proposition de texte.
- de prévoir l'exclusivité du versement de la somme au Trésor public

| Proposition n°1

[Suppression de l'article 1266-1]

- ➔ insérer dans la section relative aux dommages-intérêts, à la fin de **l'article 1262 un nouvel alinéa** ainsi rédigé :

²² Infra les développements consacrés aux difficultés liées à l'application de l'amende civile aux fautes passibles d'une autre sanction pécuniaire.

²³ Ibid.

« En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie supérieur à l'indemnisation qui pourrait en résulter, le juge peut prendre en compte l'ampleur de ce gain ou de cette économie dans la fixation des dommages et intérêts ».

| Proposition n°2

« En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a commis une faute lucrative, le juge peut le condamner à la *demande du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.*

La faute est dite lucrative lorsqu'elle est délibérément commise en vue d'obtenir un gain ou une économie supérieurs à l'indemnisation du préjudice qui pourrait en résulter.

*L'amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur **ainsi qu'au gain ou économie** qu'il en aura retirés.*

Elle ne peut être supérieure au triple du montant du profit réalisé.

[Suppression alinéa 4]

Elle est affectée au Trésor public »

[Suppression alinéa 6]

Article 1279-1

| Rappel du projet de réforme

« Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ».

| Argumentation

Le projet ayant fait le choix de consacrer la distinction du dommage et du préjudice, il conviendrait de procéder à l'adaptation en conséquence des dispositions consacrées au dommage économique, dans le présent texte, ainsi que dans l'ensemble de la sous-section.

L'amendement proposé vise à exclure le recours à la responsabilité civile lorsque le dommage à l'environnement relève de régimes spéciaux de réparation prévus par des conventions internationales.

Il s'agit de préciser les conditions d'articulation entre le droit commun de la responsabilité civile et les régimes spéciaux de réparation. En effet, conformément à l'adage « *le spécial déroge au général* », lorsqu'un mécanisme spécial est prévu, il l'emporte sur le droit commun.

C'est d'ailleurs la solution retenue par la loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale. La logique qui a conduit le législateur à prévoir des exclusions du domaine de la responsabilité environnementale doit également prévaloir en matière de responsabilité civile.

| Proposition

« Toute personne responsable d'un **dommage** écologique est tenue de le réparer.

La présente sous-section n'est pas applicable aux dommages visés à l'article L. 161-2 du Code de l'environnement. »

Article 1280

| Rappel du projet de réforme

« Le préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent est réparé par les intérêts au taux légal.

Ces intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. »

| Argumentation

Cette disposition est la reprise, avec quelques différences, de l'article 1231-6 du code civil sur les intérêts moratoires, qui prévoit : *« Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure. »*

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire ».

Notamment, la notion de « mauvaise foi », présente dans le dernier alinéa de l'article 1231-6 a disparu du dernier alinéa de l'article 1280.

Ces dommages-intérêts moratoires sont des dommages-intérêts dus du seul fait d'un retard dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent.

L'article ne fait pas mention des dommages-intérêts compensatoires qui ont pour objet de compenser un préjudice subi en raison de la trésorerie perdue au cours de la période courant de la réalisation du dommage jusqu'au jour de la réparation effective. Ces intérêts compensatoires réparent la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité de son capital.

Contrairement aux intérêts moratoires, le *quantum* du préjudice doit être prouvé, de même que la faute, le lien de causalité et la preuve d'un projet précis d'investissement ou d'un usage spécifique de la trésorerie.

Dans une optique de lisibilité du droit français de la responsabilité civile, ainsi que de meilleure prise en compte des préjudices économiques, il apparaît opportun de mentionner expressément, à l'occasion de la réforme, ce poste de préjudice, de plus en plus sollicité en matière économique et que la jurisprudence admet, sous réserve qu'il remplisse les conditions requises pour être réparable

| Proposition

« Le préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent est réparé par les intérêts au taux légal.

Ces intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance.

« Le préjudice résultant de l'indisponibilité de la trésorerie perdue à compter de la réalisation du dommage jusqu'au jour de la réparation effective, qui doit être démontré par la victime du dommage, est réparé par des dommages et intérêts compensatoires ».

Article 1281

| Rappel du projet de réforme

« Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle.

Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel. »

| Argumentation

Le premier alinéa suscite l'adhésion du groupe de travail, qui suggère en revanche de modifier le second alinéa, de façon à utiliser une formulation en harmonie avec celle proposée par ailleurs en ce qui concerne l'article 1283²⁴.

| Proposition

« Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle.

Toutefois, nul ne peut limiter ou exclure sa responsabilité à raison d'un dommage corporel. »

²⁴ Infra proposition relative à l'article 1283

Article 1282

| Rappel du projet de réforme

« En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité n'ont point d'effet en cas de faute lourde ou dolosive. Elles sont réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. »

| Argumentation

La première phrase évoque une question qui paraît déjà traitée dans une large mesure par l'article 1231-3 du Code civil, tel qu'il est issu de la réforme du droit des contrats.

Le groupe de travail considère que la règle édictée par la deuxième phrase fait double-emploi avec celle qui figure à l'actuel article 1170 du Code civil et qui résulte elle aussi de la réforme du droit des contrats. Sa raison d'être suscite donc une interrogation.

Si les deux règles énoncées à l'article 1282 devaient être conservées, le groupe de travail suggérerait de créer deux alinéas distincts.

| Proposition

Suppression de l'article

Article 1283

| Rappel du projet de réforme

« En matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute. »

| Argumentation

Le groupe de travail regrette la formulation générale de la règle, qui signifie très concrètement que la matière délictuelle fait l'objet d'un traitement différent – et plus rigide – de celui qui prévaut en matière contractuelle, où seules les fautes « lourdes » ou « dolosives » font échec aux clauses élusives ou limitatives de responsabilité. Le groupe de travail s'interroge sur la pertinence de cette différence de traitement, alors même qu'une unification des deux régimes de responsabilité doit être favorisée.

A minima, le groupe de travail suggère une modification purement formelle, permettant de mettre le texte en adéquation avec la rédaction proposée pour l'article 1241 relatif à la responsabilité pour faute.

| Proposition

« En matière extracontractuelle, **nul ne peut limiter ou exclure sa** responsabilité pour faute. »

Article 1295

| Rappel du projet de réforme

« En cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables ».

| Argumentation

Ce texte pourrait être supprimé, dès lors que la règle qu'il pose figure déjà à l'article 1265 du projet prévoyant la solidarité des coresponsables. S'il était conservé, il faudrait en élargir la rédaction et reprendre celle, plus large, de l'art. 5 de la directive.

| Proposition 1

[Suppression du texte]

| Proposition 2

« Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage au titre de la présente section, elles sont solidairement tenues à réparation envers les victimes. »

Article 1298-1

Rappel du projet de réforme

« Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1298 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci, ou par tout produit de santé à usage humain mentionné dans le premier chapitre du Titre II du livre 1^{er} de la cinquième partie du code de la santé publique ».

Argumentation

La France a déjà partiellement levé l'option permettant à un État membre d'exclure cette cause d'exonération pour les éléments du corps humain ou les produits issus de celui-ci.

En dehors de la France, peu d'États membres ont retenu cette cause d'exonération totalement ou partiellement.

En pratique, il est extrêmement difficile pour un producteur de faire valoir cette exonération car il faut prouver qu'en l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise sur le marché du produit, il était impossible de déceler l'existence du défaut qui a causé le dommage. Le producteur doit notamment démontrer qu'aucune publication scientifique ou technique dans le monde entier ne permettait d'identifier ce risque.

Il semble d'ailleurs que l'exonération pour risque de développement n'ait jamais été invoquée avec succès jusqu'ici.

Néanmoins, il paraît important de maintenir cette cause d'exonération dans le secteur du médicament, son abandon risquant de nuire à l'innovation, comme l'a d'ailleurs souligné la Commission européenne dans les différents rapports publiés par la Commission européenne en application de l'article 21 de la directive.

Enfin, la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades a mis en place un régime d'indemnisation des dommages causés par les risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé (articles 1142-1 et suivants du code de la santé publique).

En conséquence, l'exonération pour risque de développement ne fait pas obstacle à l'indemnisation de la victime en cas de dommage causé par un risque de développement.

Proposition

« Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1298 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci. [suppression] »

Article 1299

| Rappel du projet de réforme

« Les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1254 ne sont pas applicables. »

| Argumentation

L'article 8-2 de la directive du 25 juillet 1985 dispose que la responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable.

La faute de la victime peut donc conduire à exonérer totalement ou partiellement le producteur de sa responsabilité ; or le renvoi à l'article 1254 du présent projet ne prévoit qu'une exonération partielle de responsabilité, même si l'exigence d'une faute lourde est supprimée en cas de dommage corporel.

Cette rédaction conduirait à une sur-transposition.

| Proposition

« Sans préjudice des dispositions du droit national relatives au droit de recours, la responsabilité du producteur n'est pas réduite lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par l'intervention d'un tiers.

La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable. »

PARTIE II : Pour une prise en compte mesurée des spécificités du préjudice économique

II-1 L'office du juge dans l'évaluation des préjudices économiques

Comme cela été indiqué précédemment, il apparaît primordial de faire peser sur les juridictions appelées à statuer sur une demande de dommages et intérêts une obligation de motivation accrue.

Dans cette perspective, et s'agissant de la matière économique, il importe que la décision de justice expose, non seulement la ventilation des indemnités allouées poste par poste, mais aussi les méthodes et les bases de calcul retenues. Cet exposé des méthodes choisies ainsi que l'explication du choix des principaux paramètres de calcul retenus doivent permettre de vérifier, pour l'essentiel, le respect du principe de réparation intégrale (et accessoirement le principe de la contradiction). Les parties au litige sont en droit d'attendre que le juge réponde, de façon précise, aux conclusions présentées, y compris lorsqu'une expertise a été ordonnée, le juge ne pouvant en ce cas se limiter à « homologuer » le rapport de l'expert.

Favoriser le développement d'une méthodologie appropriée aux préjudices économiques par des instruments de droit souple (circulaire, guide méthodologique et recueil de décisions modèles)

Si des efforts significatifs ont été réalisés en ce qui concerne les préjudices résultant de dommage corporels, les préjudices subis par les agents économiques n'ont pas donné lieu à une attention aussi forte. Le juge français ne dispose pas, à l'instar des législations anglo-saxonnes, de dispositions légales ou réglementaires précisant la ou les méthodologies applicables.

Le groupe de travail a souligné, de façon unanime, la nécessité, dans une perspective de bonne justice autant que d'attractivité du droit français, de réaliser des progrès en termes de méthodologie, de façon complémentaire au développement de l'obligation de motivation mise à la charge des juges. L'enrichissement de la doctrine en cette matière apparaît indispensable à la qualité, non seulement des dossiers, notamment des demandeurs auxquels incombe la charge de la preuve²⁵, des échanges devant le juge et également des décisions de justice, qu'il s'agisse de leur motivation ou de leur contrôle par la Cour de cassation. Pour autant, la mise en œuvre effective de ces méthodologies requiert des connaissances suffisantes en matière financière et comptable, des avocats aussi bien que des juges, ce qui renvoie à la formation et à la spécialisation.

Sans doute le juge, lorsqu'il ne trouve pas dans les écritures des parties les éléments nécessaires à l'évaluation ou si les arguments présentés par celles-ci ne lui permettent pas de trancher entre des positions opposées, a la possibilité de désigner un expert avec mission de lui fournir les informations nécessaires à la fixation des dommages et intérêts. Il reste que, même dans cette situation, le juge ne peut se remettre entièrement aux conclusions de l'expert et doit garder la maîtrise du débat afin d'exposer dans sa décision le raisonnement suivi.

²⁵ Ch. Mixte, 28 septembre 2012, D. 2013, Pan. « Droit de la preuve », p. 269 ; plus récemment, Civ. 5 mars 2015, Civ. 2ème 19 novembre 2015 et Civ. 3ème 15 octobre 2015, D. 2016, Pan. « Droit de la preuve », p. 2543

Une fois admise la nécessité de décrire les méthodes d'évaluation communément admises, se pose la question de savoir de quelle façon faire référence à la méthodologie à l'occasion de la réforme du droit commun de la responsabilité civile. Il a été envisagé que l'article 1258 du code civil puisse renvoyer à un texte de nature réglementaire, à l'imitation en quelque sorte du projet d'article 1269 sur les préjudices résultant d'un dommage corporel. Cependant, le groupe de travail a estimé que, même si l'époque et les esprits y semblent favorables, les changements à intervenir, dans la culture juridique et judiciaire, ne peuvent s'effectuer que de façon progressive et peuvent requérir une actualisation régulière au fil des progrès réalisés. Cette considération a conduit à privilégier des instruments de droit souple. Il pourrait s'agir d'une circulaire spécifiquement dédiée à la réparation du préjudice économique complétée par un Guide méthodologique, auxquels le texte de la réforme pourrait faire référence, non pas dans une disposition légale, mais dans l'exposé des motifs et dans le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance.

Le Guide méthodologique pourrait être conçu comme une sorte de *Vademecum* permettant de cadrer les débats afférents à la réparation du préjudice économique en fournissant, à la fois, des éléments méthodologiques généraux et des éléments spécifiques à tel ou tel chef de préjudice. Il pourrait être accompagné d'un recueil de décisions modèles, dans tel ou tel domaine, permettant de dégager des pratiques jurisprudentielles.

Dans cette perspective, il serait possible de prendre appui sur plusieurs initiatives qui ont été entreprises dans la période récente et se poursuivent actuellement en vue de formaliser une réflexion méthodologique. Outre les publications de travaux, colloques et congrès, il faut notamment signaler la publication, par la Cour d'appel de Paris, de fiches thématiques pratiques destinées à guider les parties, leurs conseils et les juges, ou encore la diffusion de brochures d'évaluation par la compagnie des experts comptables de justice. Dans le cadre des travaux actuellement en cours, le choix a été fait, non seulement de procéder à la révision des fiches préexistantes et d'en créer des nouvelles, consacrées à d'autres variétés de préjudices économiques, mais aussi d'étendre la réflexion à des sujets relatifs à l'expertise. En effet, la complexité de la matière est telle dans certains cas qu'il s'avère nécessaire de recourir à un technicien en appui à l'évaluation des préjudices économiques.

Admettre par exception la forfaitisation strictement encadrée

La question de savoir s'il fallait admettre, dans certains cas, la forfaitisation a été fortement débattue au sein du groupe de travail.

Certains des membres ont fait part de leurs réserves, tenant aux risques d'abus, sous la forme d'une augmentation artificielle des demandes, tandis que les préjudices ne feraient pas l'objet d'une identification sérieuse et précise.

Cependant, il demeure qu'en dépit des efforts possibles sur le plan méthodologique, certaines catégories de préjudice sont difficiles à évaluer avec des méthodes éprouvées. Du reste, le recours à la forfaitisation, quoiqu'interdit en principe par la jurisprudence constante de la Cour de cassation, a parfois lieu. Cela s'effectue, selon les cas, sous couvert de l'appréciation souveraine des juges du fond, ou bien encore par application régulière d'un raisonnement tendant à constituer une sorte de règle à partir de laquelle un type de préjudice est évalué. A titre d'illustrations, on peut citer la fixation de l'indemnité due en cas de cessation du contrat d'agent commercial, fréquemment déterminée en retenant une durée de deux ans, ou bien encore le cas de la rupture brutale des relations commerciales établies à propos de laquelle il est parfois

affirmé que les dommages et intérêts correspondent à un mois de marge brute par année d'ancienneté. Cette façon de procéder n'est pas exempte d'inconvénients, soit qu'elle aboutisse à sous-évaluer ou surévaluer le préjudice, soit qu'elle contribue à rigidifier le marché. Elle présente surtout le défaut de ne pas faire l'objet d'un encadrement.

Dès lors, la majorité du groupe a considéré nécessaire de consacrer la possibilité de procéder à une évaluation forfaitaire en raison des avantages que cela présenterait, sous réserve de l'assortir de plusieurs limites destinées à en juguler l'utilisation.

La consécration de la forfaitisation aurait une vertu pédagogique aussi bien pour les avocats que pour les magistrats. Cela permettrait notamment de remettre de l'ordre dans les cas, bien au-delà des seuls préjudices extrapatrimoniaux, dans lesquels les juridictions tendent à faire application d'une méthode de forfaitisation. Cela pourrait d'ailleurs être l'occasion d'instituer une hiérarchie en érigeant l'interdiction de la forfaitisation en principe, tandis que le recours à une méthode forfaitaire serait strictement encadré et admis à titre exceptionnel dans des cas limités. En d'autres termes, la forfaitisation devrait intervenir en accompagnement d'un effort réalisé par ailleurs pour développer autant que possible la méthodologie et la précision dans l'évaluation des préjudices. Au demeurant, il conviendrait de souligner que le recours à la forfaitisation ne saurait dispenser les juges de motiver leur décision.

S'agissant du domaine, le groupe de travail considère qu'une méthode forfaitaire est admissible, par exception, dans les cas où il n'est pas possible de mesurer précisément le préjudice. Cela concerne assurément le préjudice moral. Se pose la question de savoir si cela peut également être admis pour certains préjudices patrimoniaux. Cela pourrait s'envisager notamment pour les préjudices dits de consommation, de faible montant et subis par un nombre important de personnes.

II-2 Le recours à un technicien dans l'évaluation des préjudices économiques

Favoriser le bon usage de l'expertise de partie par la déontologie et la méthodologie

En matière économique, et spécialement lorsque l'enjeu du litige est élevé, il n'est pas rare que le concours d'un technicien soit sollicité par l'une des parties, voire les deux, et que son rapport soit produit au soutien de l'argumentation développée par elle en ce qui concerne l'évaluation du préjudice.

Bien qu'il soit le fruit d'un travail réalisé de façon non contradictoire, l'avis exprimé par un expert de partie présente une valeur probante à la double condition, d'une part, que cet avis soit produit aux débats de façon à permettre l'instauration d'un débat contradictoire, d'autre part, que le contenu de l'avis de l'expert de partie soit corroboré par d'autres éléments de preuve, tout mode de preuve étant susceptible d'être utilisé à cette fin.

Il importe, à cet égard, que l'expert de partie prenne des engagements quant à son indépendance et respecte une règle générale d'objectivité dans ses travaux ainsi que, plus généralement, un cadre déontologique. Il semble opportun d'approfondir la réflexion en vue d'une régulation des pratiques des experts au moyen d'un instrument de droit souple.

Par ailleurs, une réflexion mérite d'être engagée, sur le plan méthodologique, notamment en ce qui concerne le contenu du rapport d'expertise afin que celui-ci contribue à améliorer les travaux d'évaluation des préjudices présentés à la juridiction et à éclairer celle-ci.

Selon les cas, la juridiction, devant laquelle les plaideurs s'appuient respectivement sur une expertise de partie, est à même de statuer à partir de la confrontation des deux rapports et du débat contradictoire, ou bien a besoin de faire appel à un technicien. Une réflexion mérite d'être engagée sur le développement de critères permettant au juge d'apprécier la qualité du travail expertal ainsi soumis, à l'image des critères dits Daubert tenant la pertinence, la fiabilité et la démonstration que le travail réalisé repose sur l'état de l'art scientifiquement démontrable. Dans le cas où la juridiction nomme un technicien, la définition de sa mission pourra être influencée par le fait que les dossiers sont de meilleure qualité, de sorte qu'il peut être suffisant que le technicien procède seulement à la validation de données de base ou calculatoires (constatations) ou de principes de base (consultation) ; cela permettra de mieux cibler l'intervention de l'expert judiciaire et de gagner du temps dans le déroulement des opérations.

D'une façon générale, et comme cela est exposé à propos de l'expertise judiciaire, il apparaît opportun que les juridictions fassent un usage accru des possibilités offertes par le Code de procédure civile en ce qui concerne l'audition des sachants/experts au cours d'un débat contradictoire.

Du bon usage de l'expertise de justice en référé et au fond

Les expertises demandées en référé sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile sont quasi systématiquement accordées. Ceci aboutit d'ailleurs, de fait, à un déséquilibre et à une inégalité des armes entre le demandeur qui a pu obtenir la mesure d'expertise et le défendeur qui n'aura pas pu en bénéficier pour sa part, sauf à imaginer que le défendeur invite le juge des référés à ordonner simultanément une mesure qui lui paraît pertinente.

S'agissant des procédures au fond, on peut observer, depuis plusieurs années, une diminution du recours à l'expertise judiciaire, rare en droit économique, alors même que les litiges sont complexes. Cette tendance tient, pour beaucoup, à une réticence grandissante des magistrats à désigner un expert, par souci de célérité, pour éviter des coûts et parfois parce qu'ils estiment, notamment dans le cas des juges consulaires, qu'une expertise ne serait pas utile compte tenu de leurs connaissances en matière économique. Cependant, le refus de recourir à une mesure d'expertise en première instance peut à son tour rallonger la durée du procès. Tel est le cas lorsqu'un appel a été interjeté et que la Cour est amenée à ordonner une expertise qui aurait dû l'être antérieurement.

Plusieurs mesures peuvent être envisagées en vue de favoriser le recours à une mesure d'instruction appropriée sans que cela entraîne un allongement excessif des délais.

Préférer la consultation, voire la constatation, à l'expertise judiciaire lorsque cela est possible

Alors que la consultation pourrait permettre une solution plus rapide et à moindre coût, pour une partie des litiges, sous réserve que les questions d'ordre technique soient bien posées, il apparaît qu'elle est actuellement très peu utilisée et de surcroît pas toujours à bon escient.

Or, tel qu'il est rédigé, l'article 263 du code de procédure civile fait du recours à la consultation ou à la constatation la règle générale, tandis que « *l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge* ».

Dans une partie des cas, surtout lorsque les dossiers des parties sont bien étayés, le juge peut se contenter de mesures d'instruction moins coûteuses et plus rapides. L'article 147 du code de procédure civile prévoit d'ailleurs que « *Le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux* ».

Un échange entre le juge et le technicien et un diagnostic des sujets à traiter peuvent permettre de conclure qu'une mission de consultation, voire - lorsqu'un véritable avis n'est pas nécessaire - de constatation peut suffire. Le juge pourrait ainsi recourir plus souvent à un technicien pour l'aider à décortiquer des dossiers et à lui donner les éléments-clés au soutien de sa prise de décision sans avoir à recourir à une expertise complète. Cette dernière demeure bien entendu indispensable dans les cas les plus complexes. Il convient à cet égard de prêter attention à ce qu'une consultation n'aboutisse pas en fait à une expertise dans laquelle le contradictoire n'aurait pas été respecté.

Une réflexion pourrait être engagée afin de faciliter le choix par le juge entre ces différentes mesures d'instruction. Parmi les paramètres pouvant intervenir, a été évoqué celui tenant à l'intérêt du litige et, plus précisément l'éventualité d'un seuil chiffré.

Réduire les délais d'une expertise judiciaire sans perte de qualité ni sacrifice du contradictoire

Le groupe de travail a unanimement souligné le caractère crucial des délais et la nécessité de les raccourcir. Pour autant, il est bien entendu qu'on ne peut compresser les temps d'expertise au-delà d'un seuil qui serait générateur de perte de qualité et que seuls les « temps morts » doivent être supprimés. Dans cette perspective, plusieurs suggestions ont été formulées, reposant pour nombre d'entre elles sur le développement de bonnes pratiques permettant une meilleure utilisation des dispositions existantes et, pour d'autres, sur une modification de l'actuel article 265 du code de procédure civile. Il pourrait ainsi être prévu que la décision ordonnant l'expertise puisse fixer la date à laquelle le pré-rapport sera communiqué aux parties afin qu'elles puissent y répondre. Cela permettrait d'assurer au mieux le respect du contradictoire et d'éviter les contestations ultérieures relatives au déroulement des opérations d'expertise.

Vérification ab initio de la disponibilité de l'expert désigné

Avant même de désigner un expert, il serait souhaitable de doter les magistrats de moyens propres à leur permettre de mesurer de façon objective la charge de travail en cours de tel ou tel expert. Certains experts acceptent en effet un nombre excessif de missions, qui peuvent leur être confiées par des juridictions de degré et d'horizons divers, sans qu'une concertation puisse exister entre ces dernières. Or la désignation régulière d'un même expert ne lui permet pas d'exercer dans des conditions convenables et constitue un facteur d'allongement du délai de mise en œuvre des expertises. Les juges devraient davantage dialoguer avec les experts et ne désigner que ceux qui confirment en amont leur disponibilité et s'engagent à respecter les délais.

Amélioration de la définition de l'expertise

Une bonne définition de la mission confiée à l'expert peut faire gagner beaucoup de temps et permettre de concentrer l'expertise sur les questions essentielles, celles-ci étant énoncées de façon précise. Dans cette perspective, il pourrait sembler opportun d'instituer le principe d'une discussion préalable entre le magistrat et l'expert pour bien définir la mission, comme cela se fait dans les procédures pénales.

L'article 266 du code de procédure civile prévoit d'ores et déjà que la décision ordonnant l'expertise « *peut aussi fixer une date à laquelle l'expert et les parties se présenteront devant le juge qui l'a rendue ou devant le juge chargé du contrôle pour que soient précisés la mission et, s'il y a lieu, le calendrier des opérations* ». Cependant, cette possibilité semble peu utilisée en pratique. Il pourrait être envisagé de compléter l'article 265 du code de procédure civile afin de faire référence à la possibilité d'échanges avec l'expert intervenant préalablement à la décision. Il est également possible de prévoir que la décision ordonnant l'expertise puisse fixer une date à laquelle expert et parties sont entendus par le juge sur le déroulement des opérations d'expertise.

Faire application de l'article 276 CPC en cas de non-respect des délais impartis

L'article 276 du code de procédure civile relatif au respect du contradictoire dans le cadre d'une expertise judiciaire prévoit en son alinéa 2 que « *Toutefois, lorsque l'expert a fixé aux parties un délai pour formuler leurs observations ou réclamations, il n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai, à moins qu'il n'existe une cause grave et dûment justifiée, auquel cas il en fait rapport au juge* ».

Ainsi les experts désignés ne doivent-ils pas hésiter, d'une part, à impartir des délais aux parties pour effectuer des dires et, d'autre part, à faire application de cette disposition légale et partant à ne pas tenir compte des observations ou réclamations effectuées hors délais.

L'article 284 du code de procédure civile prévoit que « *dès le dépôt du rapport, le juge fixe la rémunération de l'expert en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni* », de sorte qu'il a la possibilité de réduire les émoluments de l'expert en cas de non-respect des délais prescrits.

PROPOSITION DE TEXTE : modification de l'article 265 du Code de procédure civile

« *La décision qui ordonne l'expertise :*

Expose les circonstances qui rendent nécessaire l'expertise et, s'il y a lieu, la nomination de plusieurs experts ;

Nomme l'expert ou les experts ;

*Enonce les chefs de la mission de l'expert, **le cas échéant après échanges entre la juridiction et l'expert***

*Impartit le délai dans lequel l'expert devra donner son avis **et, le cas échéant, une date à laquelle l'expert aura établi un pré-rapport. Peut également être fixée une date à laquelle expert et parties sont entendus par la juridiction sur le déroulement des opérations d'expertise** ».*

Développer la place de l'oralité dans la restitution des travaux d'expertise

Le groupe de travail considère qu'il serait utile, dans certains cas, de développer lors de l'audience de plaidoiries la place de l'oralité dans la restitution des travaux de l'expert sur le préjudice. Il apparaît opportun, même lorsque les éléments se trouvent dans le rapport de l'expert, que celui-ci ait l'occasion, en présence des parties, d'échanger avec le juge. Cela serait d'une aide précieuse pour le juge, lui facilitant l'analyse en amont de l'examen du rapport, et permettrait davantage d'interactions.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 283 du code de procédure civile dispose que « *si le juge ne trouve pas dans le rapport les éclaircissements suffisants, il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées.* ». Ce texte pourrait être toiletté pour permettre un échange, non seulement sur ce qui n'est pas dans le rapport, mais aussi sur ce qui s'y trouve.

Pour libérer du temps à cet effet et, plus largement, optimiser le déroulement de l'audience, il pourrait être suggéré notamment que le juge formule, en amont du jugement, une demande précise aux avocats sur les points à traiter durant l'audience.

| PROPOSITION DE TEXTE : modification de l'article 283 du Code de procédure civile
« Si le juge estime avoir besoin d'éclaircissements sur le rapport d'expertise au regard de la complexité du litige, il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées. »

II-3 Expertise et modes amiables de règlement des différends

Exploiter les possibilités de favoriser un accord amiable à l'occasion d'une expertise judiciaire

Avant l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile, l'expert avait la faculté de concilier les parties. Cependant, les tentatives de conciliation (souvent infructueuses) menées par les experts étaient un facteur important d'allongement des procédures. Il était fait grief à certains experts d'utiliser cette faculté comme un instrument de pression sur les parties. Il était encore observé que la perspective d'éviter la rédaction d'un rapport conduisait parfois à rechercher à tout prix la voie de la conciliation, précisément dans les cas difficiles où leur rapport était d'autant plus important.

L'article 240 du code de procédure civile dispose que « le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties ». Cependant, il convient de souligner que ce texte n'interdit pas à l'expert de constater et même de favoriser un accord, à condition toutefois qu'il demeure impartial, qu'il agisse dans le respect du contradictoire et qu'il enferme cette recherche d'accord possible dans un temps bien limité pour éviter les comportements dilatoires. Le système actuel a l'avantage de définir clairement les rôles et les domaines d'intervention et l'expert est dans une bien meilleure posture en tant que catalyseur de la conciliation que comme partie prenante. L'expert doit rester un technicien et peut apporter un éclairage en étant saisi par les parties dans un cadre contractuel, ce qui impliquera un respect du calendrier fixé en commun par les parties et gagnera du temps.

Il a d'ailleurs été observé qu'un grand nombre d'affaires ordonnées en référé ne viennent pas au fond, ceci parce qu'une solution amiable ayant été trouvée entre les parties au cours ou à l'issue des opérations d'expertise. De même, dans les procédures au fond, un certain nombre d'expertises judiciaires se concluent par une négociation entre les parties avant le dépôt du rapport, souvent au stade de la rédaction du pré rapport. Cela s'explique par plusieurs raisons²⁶ liées, pour nombre d'entre elles, à l'intervention d'un tiers impartial et au fait de revenir à des éléments concrets permettant de dépassionner les débats. L'examen des faits est une démarche qui oblige les parties à reconsidérer leur dossier sous un angle objectif ; au cours des opérations d'expertise, les parties sont contraintes d'écouter leurs contradicteurs, ce qui n'est pas le cas lors des audiences. L'expertise présente une vertu thérapeutique en ce sens qu'en permettant aux parties de s'exprimer et d'avoir le sentiment d'être entendues (notamment par l'expert), leurs sentiments d'animosité et de frustration peuvent s'amenuiser et une tendance naturelle à l'apaisement peut alors s'instaurer. Le temps de l'expertise, sorte de parenthèse dans le procès, permet d'aller au fond des choses et favorise un « murissement » de la réflexion des parties au litige.

²⁶ Voir notamment colloque CNCEJ CNB du 8 mars 2012 « L'expertise : espace de compréhension »

Sur l'expertise dans le cadre d'une MARD

Il arrive que des médiateurs aient recours à des techniciens et, afin qu'ils puissent mener à bien leurs opérations dans le délai de la médiation, ils conviennent entre eux de délais très brefs, d'expertises plus légères (qui s'assimilent à de consultations), à des coûts moins élevés. Ils peuvent aussi convenir que le technicien désigné agisse dans le respect des principes directeurs du procès et notamment du contradictoire, ce qui permet d'utiliser cette expertise si aucun accord n'intervient.

Ceci est à relier avec les textes applicables à l'expertise menée au sein d'une procédure participative assistée par avocats, où il est exigé de l'expert indépendance, impartialité et respect du contradictoire. Dans une telle procédure, amiable, on peut imaginer que plus précisément chacun espère que l'expertise permettra d'aboutir à un accord.

PARTIE III : Pour une articulation efficace du droit commun de la responsabilité civile et des droits spéciaux applicables aux relations économiques

III-1 Droit des sociétés

La matière est riche, mais très sensible. On retiendra ce qui peut faire l'objet d'un certain consensus selon deux axes : l'originalité d'un droit spécial des sociétés et les interférences du droit commun de la responsabilité et de ce droit spécial des sociétés.

L'originalité d'un droit spécial des sociétés

Plusieurs éléments de la responsabilité des dirigeants sont spécifiques. Leur originalité provient soit de la loi, soit de la jurisprudence. En les exposant, l'on s'interrogera sur leur pertinence et sur leur cohérence dans le paysage juridique des sociétés.

A/ Particularité d'origine légale

Deux dispositifs peuvent être signalés à ce titre :

L'action sociale *ut singuli* permet à un associé d'agir en responsabilité contre le dirigeant au nom de la société et au profit de cette dernière. Cette action a d'abord été prévue pour la SA et pour la SARL par la loi de 1966. Le droit de la SAS renvoie au droit de la SA sur ce point. Enfin la loi du 5 janvier 1988 a organisé, dans la partie du code civil consacrée au contrat de société, ce type d'action pour toutes les autres sociétés. Pareil dispositif existe dans toutes les législations et a pour fonction de permettre une action en justice contre des dirigeants en place dans la société. Les dommages et intérêts éventuels sont donc attribués à la société et non aux associés. Cette conséquence est dans la logique de cette institution. En revanche il serait sans doute judicieux que les frais de justice soient remboursés aux associés en cas de réussite de leur action.

Propositions de modification

Art. L.225-252 du Code de commerce

*Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués. **En revanche les frais de justice proportionnés à l'action seront remboursés par la société aux demandeurs en cas de réussite de l'action sociale en responsabilité.***

Art. L. 223-22 du Code de commerce

« Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués. **En revanche les frais de justice proportionnés à l'action seront remboursés par la société aux demandeurs en cas de réussite de l'action sociale en responsabilité** »

Art. 1843-5 du Code civil

« Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société. **En revanche les frais de justice proportionnés à l'action seront remboursés par la société aux demandeurs en cas de réussite de l'action sociale en responsabilité...** »

La prescription de l'action sociale est soumise à un délai de 3 ans, sauf dissimulation pour la SA et la SAS. Rien n'est prévu pour ce qui est de la prescription pour toutes les autres sociétés (voir *infra* l'application du droit commun).

B/ Particularité d'origine jurisprudentielle

La jurisprudence de la faute séparable interdisant la mise en cause par les tiers de la responsabilité des dirigeants pour une faute simple est une invention totale du juge, qui n'était en rien prévue par la loi et qui s'inscrit dans une politique judiciaire volontaire. Cette création prétorienne mérite certainement d'être conservée, même si l'on peut regretter la difficulté à cerner la faute séparable. Cette matière très subtile doit être abandonnée au juge qui sera plus à même que la loi de tracer les limites de la faute séparable.

Droit commun et droit spécial

Dans tous les domaines de la vie juridique, l'articulation entre le droit commun et le droit spécial suscite nombre de difficultés. Pour leur part, les promoteurs de la loi du 24 juillet 1966 reconnaissent que ce dispositif n'a pas voulu trancher précisément la question de la place respective de la responsabilité contractuelle et délictuelle en droit des sociétés. Dans ce sens, les textes relatifs à la responsabilité civile des dirigeants envisagent le plus souvent celle-ci dans un même ensemble, peu important que l'action soit diligentée par les associés, la société ou les tiers. Il est vrai qu'aujourd'hui la problématique paraît moins essentielle dans la mesure où l'on s'accorde notamment à reconnaître que la responsabilité des dirigeants à l'égard des associés et de la société s'analyse en une responsabilité dite « *légale* », laquelle appelle l'application des règles de droit commun de la responsabilité délictuelle. Cela étant, la volonté des rédacteurs de la réforme de 1966 de voir les grands principes du droit de la responsabilité innover le droit des sociétés suscite des points de frictions juridiques (1) et contribue à donner une place de plus en plus importante au droit commun, lequel occupe les interstices laissés vacants par le droit spécial (2).

A/ Points de frictions juridiques

Certains textes propres au droit spécial des sociétés envisagent la situation où la responsabilité de plusieurs dirigeants se trouve engagée pour un même fait fautif. Ces dispositifs, marqués par une grande souplesse, donnent au juge une liberté d'appréciation importante s'agissant de la contribution à la dette de chacun des protagonistes.

Ainsi, est-il prévu dans la SARL, « *si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ». Dans les sociétés

civiles, l'article 1850 du Code civil que « *Si plusieurs gérants ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers et des associés. Toutefois, dans leurs rapports entre eux, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ».

Une règle similaire existe dans les SA, laquelle est également applicable dans les SAS : « *si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ». Or, le projet d'article 1265 du Code civil semble être beaucoup plus précis et ferme lorsqu'il prescrit les modalités de mesure des recours contributifs. Il énonce que les « *personnes responsables d'un même dommage (...) si toute ou certaines d'entre elles ont commis une faute (...) contribuent entre elles à proportion de la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable* ».

Plus que la gravité de la faute - notion souvent mobilisée par les magistrats au stade de la contribution à la dette, y compris parfois en droit des sociétés -, la référence par ce texte au « *rôle causal* » crée un paramètre d'appréciation délicat à manier, tout particulièrement dans ce domaine.

Quoique l'action *ut singuli* soit ouverte pour toutes les formes sociales depuis la loi du 5 juillet 1988, la Cour de cassation refuse d'admettre que les associés puissent emprunter cette voie offerte par le droit spécial pour agir au nom de la société contre un dirigeant de fait.

Reste que, dans une décision remarquable, le juge considère qu'une structure sociale est fondée à poursuivre en responsabilité son dirigeant de fait « *par l'intermédiaire d'un mandataire ad hoc dont la désignation peut être demandée en justice par un actionnaire* ».

Par le truchement du droit commun, la Haute juridiction copie la structure globale de l'action *ut singuli* - qu'elle réserve, par ailleurs, toujours aux seules actions menées contre le dirigeant de droit - et met ainsi à la disposition des associés une action similaire, dans son esprit, à ce modèle, laquelle action a vocation à être utilisée à l'encontre d'un dirigeant de fait au comportement indélicat.

Toutefois, l'on remarquera que les deux actions se distinguent en ce que l'action *ut singuli* n'exige nullement la nomination d'un mandataire *ad hoc* alors que ce sujet de droit apparaît au cœur de la voie de droit imaginée par la jurisprudence.

En organisant ici une nouvelle suppléance des représentants légaux de la société en dehors des textes, la Cour de cassation pourrait aussi potentiellement ouvrir la voie aux développements d'actions prétoriques des associés à l'égard des tiers ou à l'égard de certains d'entre eux dont il conviendrait de discuter l'opportunité. Sur le plan de la pure technique juridique, l'exclusion du droit spécial au profit de constructions issues nécessairement du droit commun est de nature à susciter des questionnements sur la légitimité du domaine d'intervention de chacun de ces corps de règles.

Propositions de modification :

Art. L. 225-252 du Code de commerce

« Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs, le directeur général **ou un dirigeant de fait...** »

Art. L. 223-22 du Code de commerce

« Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants **de droit ou de fait**. (...)»

Art. 1843-5 du Code civil

« Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants **de droit ou de fait**... »

B/ Place du droit commun

La place du droit commun de la responsabilité s'observe tout particulièrement en droit des sociétés si l'on considère le régime de la prescription applicable dans ce domaine.

Alors que dans les SA, la SAS, la SCA et la SARL, le délai de prescription de l'action exercée contre le dirigeant est de trois ans à compter du fait dommageable ou à compter de sa révélation s'il a été dissimulé et ce, peu important qu'il s'agisse d'une action sociale ou d'une action individuelle, ce sont bien, en revanche, les règles de prescription de droit commun qui jouent dans les autres formes sociales, à savoir la société civile, la société en commandite ou la SNC.

Il en va ainsi car, à défaut de règles spéciales, il convient de faire retour au droit commun. Il s'ensuit que, dans ces occurrences, les diverses actions en responsabilité se prescrivent par cinq ans à compter du jour où la victime a connu ou aurait pu connaître les faits lui permettant de l'exercer. A l'analyse, cette disharmonie entre les règles applicables aux délais de prescription selon les structures sociales concernées ne se justifie guère.

Dans la mesure où l'existence d'une prescription abrégée fait sens pour protéger les dirigeants de droit, il conviendrait sans doute d'étendre ce bénéfice à l'ensemble de ces derniers sans opérer de distinction fondée sur la forme sociale adoptée.

Quant au report du point de départ de la prescription, les solutions retenues par le droit spécial et le droit commun ne convergent pas exactement aujourd'hui. Le premier renvoie au fait générateur de responsabilité alors que le second conduit à raisonner sur le préjudice subi par la victime.

En outre, s'agissant du contentieux probatoire, le recours au concept de « *dissimulation* » par les dispositions spécifiques du droit des sociétés rend plus difficile qu'en droit commun le report du point de départ de la prescription.

La conjonction de ces deux règles conduit à favoriser le bénéfice d'une prescription abrégée pour le dirigeant poursuivie en responsabilité sur le fondement du droit spécial. En toute hypothèse, une harmonisation du droit en faveur des dirigeants sur cette question sensible serait aussi bienvenue.

| Proposition de modification

Art. 1843-5 du Code civil

« Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société. **L'action en responsabilité tant sociale qu'individuelle se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou s'il a été**

dissimulé de sa révélation. Toutefois lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans. »

Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.

Aucune décision de l'assemblée des associés ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour la faute commise dans l'accomplissement de leur mandat. »

III-2 Droit des procédures collectives

Le droit des procédures collectives connaît des actions en responsabilité spécifiques régies par des textes particuliers aménageant les règles du droit de la responsabilité civile. Toutefois, il s'agit d'aménagements, les règles fondamentales, une faute, un préjudice et un lien de causalité sont préservées. Le projet de réforme de la responsabilité civile est sans doute l'occasion de revoir la pertinence de ces dispositifs régis par le Livre VI du Code de commerce.

Actuellement, les textes en vigueur prévoient la possibilité :

- pour l'administrateur ou le mandataire judiciaire d'introduire à l'égard du dirigeant une action en responsabilité pour faute ayant contribué à la cessation des paiements et de prendre, sur autorisation du président, des mesures conservatoires.

- pour le liquidateur judiciaire et, à titre subsidiaire, pour la majorité des contrôleurs, en liquidation judiciaire uniquement, la possibilité d'introduire une action en responsabilité pour insuffisance d'actif en cas de faute de gestion, excédant la simple négligence, ayant contribué à l'insuffisance d'actif.

- pour les associés et les tiers, compte tenu du monopole des organes de la procédure, la possibilité d'exercer des actions en responsabilité fondées sur le droit commun, à condition toutefois de démontrer l'existence d'un préjudice personnel et distinct de la collectivité des créanciers.

- enfin l'administration fiscale conserve le droit d'engager une action en responsabilité fiscale contre le dirigeant sur le fondement des articles 266 et 267 du livre des procédures fiscales en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservation grave et répétée des obligations fiscales ayant rendu impossible le recouvrement de l'impôt.

Ces diverses actions en responsabilité obéissent à des régimes distincts, à des règles de prescription différentes et le sort des sommes recouvrées sera lui aussi différent.

L'action en responsabilité pour faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur.

C. com., article L. 631-10-1

« A la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur. »

Ce texte résulte de la loi « Pétrplus » du 12 mars 2012, et il n'est applicable qu'en redressement judiciaire. Texte de circonstances, il a donc rétabli une action en responsabilité applicable en

redressement judiciaire, alors que, depuis l'ordonnance de 2008, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'était plus applicable, ni en sauvegarde, ni en redressement judiciaire.

On notera que le texte est rédigé un peu comme s'il importait plus de permettre des mesures conservatoires que de rechercher la responsabilité du dirigeant, l'action ayant précisément pour objectif la mise en place de ces mesures conservatoires. Le texte est d'ailleurs à notre connaissance très peu utilisé, mais sans doute peut-il constituer en pratique, un moyen de pression dans le cadre de négociations avec un dirigeant, tout particulièrement s'il s'agit d'un dirigeant de fait.

Quoi qu'il en soit, il s'agit bien d'une action en responsabilité qui répond aux règles du droit de la responsabilité civile. On relèvera toutefois qu'il vise « une faute » sans autre précision ce qui laisse une très grande latitude aux juges pour retenir l'action en responsabilité. Simplement, cette faute doit avoir contribué à la cessation des paiements. Or, l'article L. 651-2 du Code de commerce relatif à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, vise « une faute de gestion ». Il serait sans doute opportun de viser ici également une faute de gestion, pour plusieurs raisons :

- La notion de faute de gestion est plus restrictive, or il est pour le moins étonnant de retenir une conception plus restrictive pour l'action en RIA qui n'est applicable qu'en liquidation judiciaire que pour cette action qui elle n'est applicable qu'en redressement judiciaire. Cette situation aboutit en effet à rendre l'action en responsabilité moins restrictive en redressement qu'en liquidation.
- Par ailleurs, l'article L. 651-2 a été modifié par la loi du 9 décembre 2016, pour préciser qu'« *en cas de simple négligence du dirigeant* », l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est exclue. En d'autres termes, pour diverses raisons, le législateur a souhaité sinon limiter du moins mieux encadrer l'action en RIA. Il serait donc cohérent de viser une faute de gestion dans l'article L. 631-10-1. Et dans le prolongement de cette observation, peut-être conviendrait-il d'ajouter également la référence à la simple négligence du dirigeant.

De surcroît, alors que le montant d'une condamnation en responsabilité pour insuffisance d'actif est limité à l'insuffisance d'actif, rien n'est prévu ici, ce qui paraît là encore peu satisfaisant.

Par ailleurs, on peut également relever qu'à la différence de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, aucune disposition ne prévoit un délai pour agir à peine de prescription. Mais il peut aussi être déduit du texte que l'action ne peut être engagée que durant la procédure de redressement judiciaire.

En revanche, sans doute conviendrait-il de prévoir le devenir des sommes résultant d'une condamnation du dirigeant. *A priori*, elles entrent dans le patrimoine du débiteur comme c'est le cas pour l'action en RIA et le préciser éviterait toutefois toute discussion, mais aucune disposition ne prévoit que les fonds versés par les dirigeants seront répartis au marc le franc entre tous les créanciers.

Cela étant, une solution plus radicale, consistant à abroger purement et simplement l'article L. 631-10-1, solution qui peut être soutenue pour plusieurs raisons :

- D'abord, cela permettrait de revenir au principe énoncé par l'ordonnance de 2008 pour cantonner les actions en responsabilité à l'encontre du dirigeant à la seule liquidation judiciaire.

- Ensuite, en cas de besoin, le droit commun de la responsabilité civile pourrait de toute manière être appliqué.
- Enfin, si une telle action est initiée en redressement judiciaire, la question se pose de savoir ce qu'il en adviendra en cas de conversion en liquidation judiciaire. Devra-t-elle être poursuivie ou, au contraire, doit-elle faire place à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Si elle est poursuivie et qu'elle n'aboutit pas à une condamnation, une action en responsabilité pour insuffisance d'actifs pourra-t-elle être mise en œuvre sur le même fondement ? ou sur un autre ?

Au final, la suppression de ce texte présenterait bien des avantages et éviterai, en particulier, des contentieux et des incertitudes à venir, de sorte que le groupe de travail préconise, à titre principal, cette solution A tout le moins mériterait-il d'être modifié pour mieux encadrer cette action tout en apportant des précisions en contemplation de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

| Proposition de modification

[Supprimer l'article L. 631-10-1 C.com]

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

La seconde action en responsabilité spécifique prévue par le Livre VI du Code de commerce est donc l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif qui a remplacé en 2005 l'action en comblement de passif.

Article L. 651-2 C. com.

« Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée.

Lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, le tribunal peut, dans les mêmes conditions, condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Les sommes versées par les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés. »

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'est plus applicable qu'en liquidation judiciaire ; elle suppose, d'une part, une insuffisance d'actif, d'autre part, une faute de gestion et enfin, que les dirigeants de droit ou de fait aient contribué à cette insuffisance d'actif.

Sans revenir sur ce qui a été indiqué précédemment à propos de l'action en responsabilité pour avoir contribué à la cessation des paiements du débiteur en redressement judiciaire, on relèvera que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est mieux encadrée. Le texte prévoit un délai de prescription de 3 ans, le sort des sommes résultant de la condamnation, ou encore l'hypothèse dans laquelle une pluralité de dirigeants sont condamnés, solidairement ou non. Enfin, la condamnation ne peut dépasser un certain montant correspondant à l'insuffisance d'actif.

La disposition vise, non pas une faute quelconque, mais une faute de gestion.. Cependant, depuis la loi du 9 décembre 2016, il est ajouté que la simple négligence du dirigeant ne peut permettre d'engager la responsabilité. Cet ajout a pu être critiqué au regard de la jurisprudence qui admettait rarement qu'une simple faute de négligence puisse entraîner la mise en cause de la responsabilité d'un dirigeant. Cet ajout risque de remettre en cause cette jurisprudence en ce qu'il peut se prêter à raisonnement *a contrario* permettant de soutenir que toute faute de gestion qui n'est pas une simple négligence peut permettre d'engager la responsabilité du dirigeant.

Proposition de modification de l'alinéa 1 de l'article L. 651-2 C. Com.

« Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion **excédant la simple négligence et** ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. **[suppression]** ».

Sans remettre en cause les fondements des deux actions en responsabilité spécialement prévues en droit des procédures collectives, la réforme pourrait être l'occasion de les rationaliser. Plusieurs options sont possibles. La première consisterait à conserver la seule action en responsabilité pour insuffisance d'actif ce qui entraînerait l'application de la responsabilité civile de droit commun en redressement judiciaire.

La deuxième consisterait à mieux coordonner ces deux actions en prévoyant que dans les deux cas, seule une faute de gestion excédant la simple négligence peut permettre l'engagement de la responsabilité du dirigeant ; cela permettrait, à la fois, une meilleure cohérence tout en évitant les difficultés lorsque le redressement judiciaire est converti en liquidation judiciaire en cours d'instance.

En toute hypothèse, si l'action en responsabilité pour faute ayant entraîné la cessation des paiements devait être maintenue, il serait opportun de prévoir un délai de prescription et le sort des sommes recouvrées, à l'instar de ce qui est prévu pour la responsabilité pour insuffisance d'actif.

III-3 Droit de la concurrence

Le droit français de la concurrence, rassemblé pour l'essentiel au sein du Livre IV du Code de commerce, comporte deux grands ensembles de dispositions législatives : d'une part, le droit des pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations - auxquels sont respectivement consacrés les Titres II et III ; d'autre part, le Titre IV « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées », lequel pourrait, à la faveur de la réforme actuellement engagée par voie d'ordonnance, être renommé « De la loyauté dans les relations commerciales », en considération de la construction en cours d'un droit européen des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

Alors que les opérations de concentration donnent lieu, de façon exceptionnelle, à des actions en responsabilité civile, l'importance accordée, sous l'impulsion de l'Union européenne, à l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles a conduit à l'adoption d'une directive du 26 novembre 2014 (dite ci-après Directive Dommages) et à l'introduction, au sein du Livre IV du code de commerce, d'un Titre VIII « Des actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles ». Selon les règles de l'application de la loi dans le temps, l'engagement de la responsabilité civile obéit intégralement au droit commun de la responsabilité pour faute lorsque la pratique anticoncurrentielle a été commise avant le 11 mars 2017 ; le régime spécial de responsabilité est applicable aux faits générateurs survenus à compter du 11 mars 2017, sauf à devoir être complété par le droit commun de la responsabilité civile pour ce qu'il ne prévoit pas.

Au sein du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, l'actuel article L. 442-6 prévoit, en son I, expressément l'engagement de la responsabilité (sous-entendue civile) de l'auteur des pratiques qu'il énumère. Il confère par ailleurs en son III, des prérogatives spécifiques au ministre de l'Economie et du ministère public, parmi lesquelles figure la réparation des préjudices. Les autres dispositions sont assorties d'autres sanctions (nullité, sanctions pénales, sanctions administratives), voire dépourvues de toute sanction spécifiquement énoncée.

A ce corpus législatif, il faut ajouter la construction prétorienne de la concurrence déloyale et du parasitisme qui repose sur le droit commun de la responsabilité délictuelle pour faute actuellement prévue aux articles 1240 et 1241 du Code civil.

Dans une optique constructive des rapports entre droit de la concurrence et responsabilité civile, Il convient, tout à la fois, de rechercher les apports possibles du droit spécial de la concurrence à la réforme de la responsabilité civile et de mieux articuler réforme du droit de la responsabilité civile et les différents volets du droit de la concurrence.

Tirer parti des orientations récentes du droit de la concurrence sur la réforme du droit commun de la responsabilité civile

Certaines dispositions du projet de réforme de la responsabilité civile révèlent, sinon une influence du droit spécial de la concurrence, du moins une inspiration commune des deux disciplines juridiques dont il faut, dans certains cas, tirer des conséquences.

La règle de l'article 1265 du Code civil consacrée à l'incidence de la pluralité des responsables prévoit en son alinéa 2 les **critères de répartition de la dette de responsabilité entre coauteurs**, dans le cas où une faute a été commise, en des termes similaires à ceux utilisés par l'article L 481-9 du Code de commerce. Au regard de la référence faite, dans les deux cas, au « rôle causal dans la réalisation du dommage », les indications contenues à ce propos par la directive Dommages du 26 novembre 2014, mentionnant, en son considérant 37, une liste non exhaustive d'éléments pouvant être pris en considération, pourraient être repris dans une circulaire en vue de faciliter la mise en œuvre de la disposition nouvelle du Code civil par les juridictions.

S'agissant du **moment d'évaluation des dommages et intérêts**, le projet actuel d'article 1262 al. 1 du Code civil est identique à l'article L. 481-8 du Code de commerce. Dans l'hypothèse où la version finale retenue serait différente²⁷, il pourrait être opportun d'harmoniser le texte du code de commerce.

Au-delà de l'inspiration commune constatée, des propositions peuvent être formulées en vue d'étendre l'influence du droit de la concurrence à plusieurs égards.

Adopter, dans une disposition légale ou, à défaut, dans un instrument de droit souple, une liste non exhaustive des chefs de préjudices en matière économique

Adopter, à l'instar du régime spécial prévu pour les pratiques anticoncurrentielles (art. L. 481-3 C. com.), une disposition contenant une liste non exhaustive **des chefs de préjudices** possibles en matière économique, présenterait plusieurs avantages. Loin de constituer une nomenclature analogue à celle existant en matière de dommage corporel, une telle liste contribuerait à reconnaître l'importance également accordée aux préjudices subis par les opérateurs économiques.

Outre d'indéniables attraits en termes d'accessibilité du droit pour les justiciables, une telle disposition serait particulièrement utile en complément de l'introduction, à la faveur de la réforme, d'une obligation faite au juge de statuer distinctement sur chaque chef de préjudice invoqué.

Il convient aussi de relever que l'établissement de listes de ce type paraissant appelé à se développer, ainsi qu'en témoigne la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la violation du secret d'affaires, une règle de droit commun pourrait constituer un canevas dont les législations spéciales à venir pourraient s'inspirer pour éviter les disharmonies.

Au demeurant, il est permis de penser que le projet de réforme dans sa version actuelle comporte, en son article 1279, un embryon de typologie pour les préjudices résultant d'un dommage matériel.

²⁷ Supra la proposition formulée en ce qui concerne l'article 1262 C. Civ.

Cependant, il peut sembler délicat d'introduire une telle disposition dans le Code civil. En ce cas, la liste illustrative de chefs de préjudices pourrait trouver place dans un instrument de droit souple, tel un guide des bonnes pratiques de la réparation des préjudices économiques.

Confirmer dans une disposition légale ou, à défaut, dans un instrument de droit souple ; la possibilité pour les juridictions d'estimer le montant du préjudice

S'il est d'ores et déjà admis, en l'état du droit positif, que les juges disposent de la faculté **d'estimer le montant du préjudice**, la consécration de cette possibilité dans une disposition légale lui conférerait davantage de visibilité, aussi bien pour les justiciables que pour les magistrats, concourant à une lisibilité accrue du droit français. Cela permettrait surtout d'encadrer la prérogative en assujettissant son utilisation à la condition, inspirée de la Directive Dommages du 26 novembre 2014, qu'il soit pratiquement impossible ou excessivement difficile d'évaluer avec précision le préjudice subi à partir des éléments de preuve disponibles.

A défaut de faire état de cette faculté dans une règle du Code civil, il pourrait y être fait référence dans un instrument de droit souple, tel un guide des bonnes pratiques de la réparation des préjudices économiques.

| TEXTE PROPOSE

« Lorsqu'un préjudice réparable est établi dans son existence, le juge en estime le montant s'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile d'évaluer celui-ci avec précision, à partir des éléments de preuve disponibles. »

Préciser le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité civile

Le délai de prescription applicable à une action fondée sur le droit commun de la responsabilité civile ou sur le droit spécial des pratiques anticoncurrentielles est identique.

Tandis que l'article 2224 du Code civil prévoit, de façon générale, que la prescription est de « cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », l'article L. 482-1 du Code de commerce se montre quant à lui plus précis et explicite les faits pertinents que le demandeur en réparation a connu ou aurait dû connaître. Si la formulation assez vague de la règle générale est propice, comme l'ont souligné certains membres du groupe de travail, à une certaine souplesse dans la détermination du point de vue, elle est également un facteur d'incertitude.

Dans une perspective d'attractivité accrue du droit français et de renforcement de la sécurité juridique, il apparaît opportun d'identifier plus précisément quels sont les faits pertinents dans le cas d'une action en responsabilité civile.

La règle à adopter pourrait être intégrée, soit dans une disposition nouvelle au sein du sous-titre II consacré à la responsabilité civile, soit en ajoutant un alinéa à l'actuel article 2224 du code civil.

La rédaction de cette règle pourrait être inspirée de celle spécifiquement prévue en droit des pratiques anticoncurrentielles, tout en lui conservant, par la formulation adoptée, son aptitude à la généralité et à concerner n'importe quelle action en responsabilité civile.

TEXTE PROPOSE

La formulation varie très légèrement selon qu'il s'agit d'un alinéa complétant l'article 2224 du code civil ou d'une disposition autonome insérée dans le sous-titre II consacré à la responsabilité civile

Proposition d'alinéa supplémentaire à l'article 2224 du Code civil

« En matière de responsabilité civile, ce délai commence à courir du jour où la victime a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative : le fait générateur de responsabilité, le dommage que lui cause ce fait générateur et l'identité de l'une des personnes à qui ce fait générateur peut être imputé ».

Disposition nouvelle

« En matière de responsabilité civile, le délai de prescription commence à courir du jour où la victime a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative : le fait générateur de responsabilité, le dommage que lui cause ce fait générateur et l'identité de l'une des personnes à qui ce fait générateur peut être imputé ».

Mieux articuler la réforme du droit commun de la responsabilité civile et le droit de la concurrence

Qu'il existe ou non des dispositions spéciales prévoyant l'engagement de la responsabilité civile en cas de faute concurrentielle, le droit commun de la responsabilité civile a vocation à pallier l'absence ou les défauts du droit spécial, tant en ce qui concerne les conditions que les effets. Aussi convient-il de s'assurer que la réforme envisagée ne restreint pas l'aptitude complétive du droit commun au soutien du droit de la concurrence (A). Certaines difficultés d'articulation entre droit commun et droit spécial méritent d'être résolues, ceci qu'elles trouvent leur origine dans le projet de réforme ou dans le droit de la concurrence (B). Enfin, il peut sembler opportun de compléter à certains égards le droit spécial de la concurrence, notamment pour des raisons d'accessibilité et de cohérence du droit (C).

A/ Préserver l'aptitude du droit commun de la responsabilité civile à compléter le droit de la concurrence

Le droit commun de la responsabilité civile a vocation à pallier l'absence ou les défauts du droit spécial, à différents égards, qu'il s'agisse des effets de la responsabilité civile ou de certains cas d'engagement de la responsabilité civile.

En présence de **coresponsables d'une pratique anticoncurrentielle**, l'article L. 481-9 C. com. pose le principe de la solidarité, mais n'en précise pas les conséquences dans les rapports entre coresponsables et victime, de sorte qu'il y a lieu de faire jouer le droit commun, chaque coresponsable étant tenu pour le tout envers la victime.

Le droit spécial est resté silencieux en ce qui concerne la **responsabilité civile du salarié** ayant pris part à une infraction au droit de la concurrence, y compris lorsqu'il s'agit d'une pratique anticoncurrentielle. En l'état du droit positif, issu de la jurisprudence, le préposé qui agit « sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par son commettant » n'engage pas en principe, sa responsabilité à l'égard des tiers ; il est fait exception à cette immunité sur le plan civil lorsque « le préjudice de la victime résulte d'une infraction pénale ou d'une faute intentionnelle ». Le projet d'article 1249 C. civ., dans sa rédaction actuelle dispose que « le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions ». Les modifications proposées à ce texte par le groupe de travail n'emportent pas de changements à cet égard²⁸.

B/ Eviter les difficultés d'articulation entre droit commun de la responsabilité et droit spécial de la concurrence

Le projet de réforme par voie d'ordonnance du Titre IV du Livre IV du Code de commerce supprime la possibilité actuellement reconnue au ministre de l'Economie et au ministère public, par l'article L. 442-6-III C. com. *in fine*, de demander la réparation des préjudices. Cette orientation est des plus opportunes : non seulement cette prérogative n'est pas utilisée, mais surtout la qualification d'action autonome attribuée en jurisprudence pour conclure à la compatibilité avec la CEDH peine à convaincre lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice subi par le cocontractant.

Lorsque la pratique anticoncurrentielle contrevient aux articles 101 ou 102 TFUE, il est permis de s'interroger sur la **compatibilité avec le principe d'effectivité du droit de l'Union européenne** de l'article 1263 C. civ. prévoyant la réduction des dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures raisonnables, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. La disposition nationale ne doit pas en effet rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit à réparation. Cependant, il est permis de penser, compte tenu de la rédaction du texte, qui n'institue pas une obligation de modérer le préjudice, mais seulement d'en éviter l'aggravation, que cette disposition ne contrevient pas au principe d'effectivité.

Confirmer l'application possible de la règle de droit commun sur la solidarité des coresponsables en sus de la solidarité spécialement prévue en droit des pratiques anticoncurrentielles

Droit commun et régime spécial propre aux pratiques anticoncurrentielles prévoient des solutions différentes pour déterminer le domaine d'application de la solidarité entre coresponsables. Dans le prolongement de la directive Dommages, l'article L. 481-9 alinéa 1 du code de commerce dispose que la solidarité a vocation à jouer « *lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1* ». En revanche, en droit commun de la responsabilité civile, la solidarité est traditionnellement fondée sur le caractère unique et indivisible du dommage, ce que traduit le projet d'article 1265 C. civ. en visant le cas dans lequel « plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage ».

²⁸ Supra

A prendre la règle du code de commerce à la lettre, il ne semble pas possible de faire jouer la solidarité dans le cas où seraient caractérisées, tout à la fois, des pratiques d'entente et d'abus de position dominante. En effet il est exigé que les personnes aient « *concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle* ». Au contraire, la solution traditionnelle, fondée sur l'indivisibilité du dommage permettrait d'admettre la responsabilité solidaire des auteurs respectifs d'une entente et d'un abus lorsque ces pratiques ont causé à la victime un seul et même dommage. Se pose dès lors la question de savoir si une victime aurait la possibilité de se fonder sur le droit commun plutôt que sur la disposition spéciale.

Il est possible de considérer que la règle spéciale crée un cas de solidarité supplémentaire qui n'exclut pas celui prévu en droit commun, mais s'y ajoute. Cependant, selon une autre interprétation, les deux textes sont contradictoires, de sorte que la règle spéciale évince celle du droit commun. Une telle solution serait regrettable dans la mesure où elle irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par la Directive Dommages visant à favoriser l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Pour éviter toute incertitude, l'article L. 481-9 du code de commerce pourrait être complété par un alinéa final afin de préciser que la solution prévue ne fait pas obstacle au jeu éventuel de la règle de droit commun. Toutefois, l'application du droit commun ne saurait porter atteinte aux dérogations ménagées, conformément à la Directive Dommages, par l'article L 481-10 au bénéfice des PME et par les articles L. 481-11 et L. 481-12 au profit de la personne ayant bénéficié d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence. Compte tenu de la rédaction de ces différentes dispositions, il suffit de modifier la rédaction du seul article L. 481-10 en remplaçant la formulation actuelle (« Par dérogation à l'article L. 481-9 ») par « Toutefois », la suite de la disposition étant inchangée.

TEXTE PROPOSE

« Ce cas de solidarité s'ajoute à celui fondé sur la responsabilité d'un même dommage. »

Ou

« Cette règle est sans préjudice de la solidarité des personnes responsables d'un même dommage. »

Ecarter l'application de l'amende civile aux fautes lucratives passibles d'une autre sanction pécuniaire

Outre les interrogations qu'elle nourrit au regard de l'attractivité du droit français²⁹, l'amende civile, que le projet de réforme propose d'introduire, à l'imitation du droit des pratiques restrictives de concurrence, soulève des difficultés sérieuses d'articulation avec le droit de la concurrence, aussi bien en ce qui concerne le droit des pratiques anticoncurrentielles que les dispositions actuellement rassemblées au sein de l'article L. 442-6 du code de commerce.

S'agissant du droit des pratiques anticoncurrentielles, le prononcé d'une amende civile dans le cadre d'une procédure portée devant les juridictions judiciaires, paraît envisageable sur le fondement de l'article 1266-1 C. civ. Si cette disposition s'applique « sous réserve » des règles spéciales, il n'y a pas de contradiction avec le droit des pratiques anticoncurrentielles, ne prévoyant rien à ce propos. La directive Dommages, si elle a fait le choix de la réparation intégrale et prévoit d'éviter la réparation excessive, n'interdit pas l'amende civile. Toutefois, le

²⁹ Supra les développements consacrés à l'article 1266-1 C. civ.

droit des pratiques anticoncurrentielles peut également être mis en œuvre par l'Autorité de concurrence et donner lieu à l'infliction d'une sanction pécuniaire.

Même si les contours et le champ d'application exacts de ce principe demeurent flous, le principe « Ne bis in idem » pourrait et même devrait faire obstacle à la possibilité d'infliger successivement une sanction pécuniaire (devant l'autorité), puis une amende civile (devant le juge de droit commun saisi d'une demande de réparation, ou l'inverse, dans le cas rare où la juridiction judiciaire aurait statué antérieurement. Pour autant, il apparaît des plus opportuns, si l'insertion d'une amende civile en droit commun de la responsabilité civile devait être maintenue dans la version finale du texte de réforme, de régler explicitement ces cas.

De même, une pratique restrictive de concurrence visée à l'article L. 442-6 C. com. pourrait exposer son auteur à l'amende civile instituée à l'article 1266-1 C. civ. Si le texte spécial prévoit la possibilité de demander à la juridiction le prononcé d'une amende civile, il réserve cette prérogative au ministre de l'Economie et au ministère public. Cette règle et celle de droit commun, qu'elle a d'ailleurs inspirée, ne semblent pas contradictoires même s'il existe quelques différences entre elles. Aussi peut-on imaginer, en l'état actuel du projet, qu'une victime sollicite le prononcé d'une amende civile sur le fondement du droit commun. Sans doute ceci devrait être exclu dans le cas où une telle demande est déjà formulée par l'une des autorités spécialement habilitées à cette fin. Mais là encore, des difficultés pourraient se présenter dans l'hypothèse où le Ministre de l'Economie entendrait intervenir ultérieurement.

Pareillement, on peut encore s'interroger sur la compatibilité d'une demande formulée en application de l'article 1166-1 du code civil dans le cas des dispositions du Titre IV passibles d'une sanction pénale ou administratives.

La possibilité de solliciter le prononcé d'une amende civile ne soulèverait pas de difficultés dans le cas d'un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme. Il est néanmoins permis d'observer que, pour cette hypothèse comme d'ailleurs pour celles donnant lieu par ailleurs à une sanction civile ou administrative, le prononcé de dommages et intérêts restitutoires serait plus satisfaisant pour la victime d'une faute concurrentielle lucrative.

Si le projet actuel devait être conservé, réserver la possibilité de demander le prononcé d'une amende civile sur le fondement de l'article 1166-1 du code civil au seul ministère public permettrait d'éviter, au moins en partie, ces différentes difficultés car il serait alors juge de l'opportunité des poursuites et pourrait s'abstenir dans les cas où une autre sanction pourrait intervenir. Pour autant, il paraît souhaitable d'écarter expressément la possibilité de demander le prononcé d'une amende civile sur le fondement de la règle de droit commun, en précisant qu'elle ne s'applique pas lorsque le comportement a fait l'objet ou est susceptible d'exposer à une sanction pécuniaire, qu'elle soit civile, pénale ou administrative.

| TEXTE PROPOSE

Ajouter un alinéa à l'article 1266-1 C. civ. si celui-ci est maintenu en l'état :

« Cette disposition est inapplicable lorsque la faute a déjà fait l'objet ou est susceptible d'exposer son auteur à une sanction pécuniaire, qu'elle soit civile, pénale ou administrative ».

Réserver expressément dans l'article 1245 du code civil le jeu des cas de responsabilité du dommage causé par autrui par des règles spéciales

Dans sa formulation actuelle, l'article 1245 du code civil paraît exclure toute **responsabilité du dommage causé par autrui** en dehors des dispositions subséquentes du code civil. Le groupe de travail a approuvé cette option.

Cependant, il pourrait être opportun de réserver expressément les cas de responsabilité **du fait d'autrui** résultant de droits spéciaux et notamment du droit de la concurrence.

Ceci est tout particulièrement nécessaire en ce qui concerne la responsabilité civile des sociétés-mères à raison des pratiques anticoncurrentielles dont leurs filiales sont les auteurs.

Le régime spécial fait apparaître une difficulté lorsque l'on examine conjointement l'article L. 481-1 C. com désignant la personne dont la responsabilité civile peut être engagée et l'article L. 481-2 C. com. posant une présomption irréfragable de pratique anticoncurrentielle. Selon le premier texte, est responsable sur le plan civil « *toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme mentionné à l'article L. 464-2* ». Le second texte ajoute en son alinéa 1 qu'« *une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 est présumée établie de manière irréfragable à l'égard de la personne physique ou morale désignée au même article dès lors que son existence et son imputation à cette personne ont été constatées par une décision qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat, prononcée par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours* ». En effet, les autorités de concurrence admettent d'imputer les agissements d'une filiale à sa société-mère et cette dernière est considérée solidairement responsable du paiement de l'amende administrative avec toutes les personnes juridiques constituant l'entreprise. Selon les cas, la condamnation de la société-mère à raison des pratiques anticoncurrentielles de sa filiale tient à la démonstration que la filiale « *applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère* » ou à une présomption d'imputabilité applicable en cas de détention, directe ou indirecte, de la quasi-totalité du capital social de la filiale.

Par le jeu de la présomption irréfragable attachée à la décision d'une autorité de concurrence, selon l'article L. 481-2 C. com., la responsabilité civile de la société-mère peut être engagée alors même qu'il paraît difficile d'identifier une faute personnelle de sa part. Tel est le cas lorsque sa responsabilité repose sur le jeu d'une présomption fondée sur la seule détention capitalistique sans qu'il soit nécessaire d'établir son implication personnelle, ni sa connaissance des comportements incriminés, ni même qu'elle a effectivement exercé un pouvoir de direction sur la filiale dans le cadre de la mise en œuvre des pratiques reprochées.

L'article L. 481-1, s'il évoque bien « *la commission d'une pratique anticoncurrentielle* », à raison de laquelle toute personne formant l'entreprise ou l'organisme voit sa responsabilité civile engagée, semble, tel qu'il est rédigé, couvrir tout aussi bien les cas dans lesquels la pratique anticoncurrentielle est le fait personnel fautif de la personne mise en cause et ceux dans lesquels il s'agit du fait fautif d'une autre personne formant avec elle l'entreprise.

| TEXTE PROPOSE

Modifier l'alinéa 1^{er} de l'article 1245 C. civ.

« On est responsable du fait d'autrui dans les cas et aux conditions posées par la loi »

C/ Ajouter au droit spécial de la concurrence à des fins d'accessibilité et de cohérence du droit

Insérer une disposition analogue à l'article L. 481-1 C. com. prévoyant l'engagement de la responsabilité civile extracontractuelle de toute personne formant une entreprise en cas de pratique déloyale contraire à une règle du Titre IV du Livre IV du code de commerce

Le projet d'article 1245 du code civil soulève une interrogation quant à la pérennité du courant jurisprudentiel ayant pu admettre, dans certains cas de pratiques restrictives, la responsabilité civile d'un franchiseur à raison des agissements de ses filiales et de ses franchisés. Pour approuver les juges du fond d'avoir condamné pour rupture brutale un franchiseur, à raison des relations nouées par les filiales et les franchisés avec le fournisseur évincé, la Cour de cassation a ainsi retenu, dans un arrêt du 5 juillet 2016, que « *les filiales et les franchisés n'avaient disposé d'aucune autonomie dans la décision de nouer des relations commerciales avec (le fournisseur) puis dans celle de les rompre* ». . Le raisonnement suivi, s'agissant des filiales, évoque celui tenu en droit des pratiques anticoncurrentielles dans le cas des groupes de sociétés. Dans le cas des franchisés, en l'absence de lien capitalistique, c'est le contrôle de fait exercé sur ces derniers - mis en évidence par une analyse concrète - qui fonde l'engagement de la responsabilité civile du franchiseur.

La réflexion en cours sur la réforme du droit des pratiques restrictives de concurrence pourrait être l'occasion de s'interroger sur l'opportunité de rendre possible le maintien de cette solution prétorienne, tout en subordonnant son application à des conditions exigeantes. L'une des voies pour y parvenir, qui aurait l'avantage de la cohérence avec le droit des pratiques anticoncurrentielles et avec l'article L. 410-1 C. com., pourrait consister à identifier l'auteur des pratiques restrictives à l'entreprise et à adopter une disposition assez similaire à celle de l'article L. 481-1 C. com.

Une telle solution pourrait également permettre, dans une perspective de sécurité juridique, de confirmer la nature extracontractuelle de la responsabilité civile en cas de violation du droit des pratiques restrictives de concurrence. En effet, l'actuel article L. 442-6-I du code de commerce, s'il prévoit expressément l'engagement de la responsabilité sous-entendue civile, n'en précise pas la nature. Il a été admis par la jurisprudence française dominante qu'il s'agit de responsabilité délictuelle, alors même que demandeur et défendeur sont en relation contractuelle.

Quoique les autres dispositions du Titre IV n'en fassent pas mention, le non-respect d'une prescription légale constitue une faute engageant la responsabilité civile de son auteur dans les termes du droit commun, aucune modification n'étant à attendre à ce propos du projet de réforme de la responsabilité civile. On pourrait cependant estimer utile, sur le plan de la lisibilité, de consacrer une disposition confirmant la possibilité d'engager la responsabilité civile extracontractuelle de celui qui ne respecte pas l'une quelconque des règles relatives au droit des pratiques restrictives.

La disposition à adopter pourrait être placée au début du Chapitre II consacré aux pratiques commerciales déloyales entre entreprises tel qu'envisagé par le projet de réforme du Titre IV.

| TEXTE PROPOSE

Insérer dans le Titre IV du Code de commerce une disposition prévoyant que « ***Toute personne physique ou morale formant une entreprise est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique déloyale définie aux articles ... (ou relevant du présent Titre)*** »

Insérer des dispositions consacrées à la concurrence déloyale et au parasitisme dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce

La construction jurisprudentielle de la concurrence déloyale et du parasitisme, reposant entièrement sur le droit commun de la responsabilité civile, ne devrait pas être affectée dans son principe par le projet de réforme. Le projet d'article 1242 du code civil vise, à la fois, « la violation d'une prescription légale et le manquement au devoir général de prudence ou de diligence », autrement les deux séries d'hypothèses susceptibles de donner lieu à une action fondée sur un acte de concurrence déloyale ou un agissement parasitaire.

Cependant, la Cour de cassation a développé en la matière une présomption destinée à faciliter la situation de la victime en inférant l'existence du préjudice de l'acte fautif, étant précisé que la preuve de l'étendue du préjudice incombe au demandeur. Deux formulations différentes sont utilisées selon les arrêts : certains indiquent qu' « il s'infère nécessairement de la faute de concurrence déloyale un préjudice fût-il moral » tandis que d'autres énoncent qu' « un acte de concurrence déloyale implique nécessairement l'existence d'un préjudice constitué par le trouble commercial qui en résulte nécessairement ».

La réforme de la responsabilité civile conduit à s'interroger sur le sort de la présomption d'origine jurisprudentielle, développée en dehors de tout appui textuel. Ni le projet d'article 1235 relatif au préjudice réparable, ni le projet d'article 1239, rappelant la nécessité d'un lien de causalité et ajoutant que celui-ci s'établit par tout moyen, ne semblent condamner cette présomption. Il reste que le droit positif n'est pas parfaitement stabilisé par rapport à cette présomption jurisprudentielle. En outre, la formulation utilisée (« nécessairement ») paraît exclure la possibilité d'administrer la preuve contraire, à la différence de la solution désormais prévue en droit des pratiques anticoncurrentielles : l'article L. 481-7 C. com., issu de la transposition de la directive Dommages, dispose qu'« il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice ».

Aussi peut-on estimer souhaitable, pour des raisons de cohérence, de consacrer cette présomption jurisprudentielle dans une disposition légale et d'aligner son régime sur celui prévu pour les ententes entre concurrents.

Il semble opportun, au moment où la réforme en cours du droit des pratiques restrictives de concurrence modifie l'intitulé du Titre IV (« De la loyauté dans les relations commerciales ») et consacre le Chapitre II aux « pratiques commerciales déloyales entre entreprises », d'y insérer un nombre limité de dispositions relatives à la concurrence déloyale et au parasitisme, en renvoyant au droit commun pour le surplus. La nouvelle appellation permet effectivement de rassembler les règles actuelles du droit des pratiques restrictives et d'y adjoindre des dispositions relatives à la concurrence déloyale et du parasitisme. Cette idée n'est pas nouvelle ; une proposition en ce sens avait notamment été formulée, en 2004, par la Commission d'experts réunis sous la présidence de Guy Canivet.

Outre une règle de configuration générale contenant une définition et une typologie ouverte des pratiques de concurrence déloyale et de parasitisme, il conviendrait d'introduire quelques dispositions destinées à en clarifier le régime. Outre le cas de la présomption déjà évoquée, il serait judicieux de remédier aux incertitudes tenant notamment au champ d'application du dénigrement par rapport à celui du droit de la presse et plus particulièrement par rapport au délit de diffamation. Cette question est plus délicate encore à appréhender depuis un arrêt du 11 juillet 2018 (n° 17-21-457, F+B) qui opère un rapprochement (durable ?) entre le régime du délit civil de dénigrement et le régime du délit pénal de diffamation.

Même si certains membres du groupe de travail ont fait part de leurs réserves, l'introduction de ces dispositions textuelles, ancrant dans le droit positif des solutions préexistantes et dissipant certaines incertitudes, permettrait de renforcer la prévisibilité du droit français et par voie de conséquence son attractivité. Alors que beaucoup d'Etats européens disposent d'une législation spéciale en matière de concurrence déloyale, l'insertion de dispositions dans le Livre IV du Code de commerce conférerait une visibilité et une cohérence renforcée au droit français de la concurrence, entièrement contenu dans le Livre IV du Code de commerce.

| TEXTES PROPOSE

« Toute personne physique ou morale formant une entreprise est responsable du dommage qu'elle a causé du fait d'un comportement déloyal sur le marché, tels que le dénigrement, les actes destinés à créer une confusion ou une désorganisation, ou encore les agissements parasites. »

« Il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'un acte de concurrence déloyale ou un agissement parasite cause un préjudice ».

III-4 Droit de l'intelligence artificielle

La technicité du sujet et son évolution particulièrement rapide justifient que le groupe de réflexion ne formule pas de propositions, mais attire l'attention du ministère de la Justice sur la nécessité d'élaborer un corpus de règles adaptées à l'intelligence artificielle.

Le développement de l'utilisation d'objets ou de processus reposant sur l'intelligence artificielle conduit naturellement à poser la question du régime de responsabilité civile applicable en cas de dommages causés par ces dispositifs : robots, véhicules autonomes, logiciels d'aide à la décision médicale...

Le concept d'intelligence artificielle englobe des réalités qui varient en fonction de la sophistication de l'outil allant de la capacité à comprendre des ordres et à les exécuter (programmation) : intelligence artificielle dite faible, à celle de s'extraire du programme initial et de progresser à partir de la propre expérience de l'outil (apprentissage) : intelligence artificielle dite forte.

L'intelligence artificielle permet désormais de parvenir à des résultats avec une intervention humaine très limitée, des systèmes auto apprenants de plus en plus autonomes pouvant être ainsi à l'origine de dommages causés aux personnes et aux biens.

À l'occasion de la réflexion sur la réforme du droit de la responsabilité civile engagée par le ministère de la Justice, la question de l'adéquation des fondements existants de responsabilité mérite d'être posée.

L'un des objectifs de la réforme est, en effet, d'apporter une plus grande prévisibilité et sécurité juridiques aux citoyens et aux acteurs économiques.

Des différentes réflexions qui ont eu lieu ou sont encore en cours sur ce sujet en constante évolution et développement, deux courants se dessinent clairement :

- le recours à l'un des fondements existants de la responsabilité civile objective suffirait à régler la grande majorité des cas,
- seule, la reconnaissance de la personnalité juridique aux robots permettrait de répondre aux enjeux de l'intelligence artificielle,

sans qu'à ce stade aucun n'emporte totalement la conviction.

Le recours à l'un des fondements existants de la responsabilité civile objective : du fait des produits défectueux, du fait des choses peut convenir dans les cas d'intelligence artificielle « non autonome » : la responsabilité du producteur du fait des produits défectueux pourrait être engagée pour défaut de conception ou d'exécution d'un produit. Toutefois, ce renvoi aux articles 1245 et s. du Code civil risquerait de se heurter aux objections suivantes³⁰ : détermination de la défectuosité au moment de la commercialisation (car il est possible que le système évolue entre sa commercialisation et la survenance du dommage), établissement du lien de causalité entre le dommage et le défaut et plus globalement à l'application de ce régime aux biens immatériels.

³⁰ Laurène Mazeau, *Intelligence artificielle et responsabilité civile : le cas des logiciels d'aide à la décision en matière médicale*, Revue pratique de la prospective et de l'innovation, n°1 Avril 2018 dossier 6.

En outre, la question de la cause d'exonération fondée sur le risque de développement au champ d'application jusqu'ici très limité pourrait prendre une autre dimension dans ce nouveau contexte. Ceux qui sont favorables à l'application d'un régime de responsabilité du fait des produits défectueux, estiment qu'il appartiendrait dans ce cas à la collectivité de supporter le coût de l'innovation.

La responsabilité du fait des choses pourrait selon certains auteurs être plus pertinente du fait notamment de la distinction de la garde de la structure et du comportement. Mais il n'est pas totalement certain que les notions de garde de la structure et du comportement résistent à l'intelligence artificielle « forte ».

Certains s'interrogent en outre sur l'opportunité de redonner vie au régime de la responsabilité du fait des choses qui a perdu de sa pertinence depuis l'introduction de l'indemnisation des accidents du travail et la loi Badinter sur les accidents de la circulation.

De plus, cela signifierait une extension expresse à l'article 1243 du projet de réforme du champ d'application de cette responsabilité, aux choses incorporelles, ce qui ne serait pas neutre au regard notamment de son application potentielle à l'information.

Un certain nombre de spécialistes y sont cependant favorables en lui donnant un champ large incluant objets corporels et incorporelles mais également prestations de services intelligentes et en faisant reposer la responsabilité sur le gardien de la structure, c'est-à-dire du programme.

D'où la tentation de certains (v. la résolution du Parlement européen du 16 février 2017) de pousser le raisonnement jusqu'à l'extrême en cas d'intelligence artificielle autonome dite « forte » de reconnaître la personnalité juridique aux « robots autonomes les plus sophistiqués ».

Cette approche qui n'est pas inintéressante même si elle soulève des questions éthiques, ne fait que déplacer le problème, puisque qui dit personnalité juridique dit patrimoine et qu'il conviendrait alors de trouver les moyens d'abonder ce patrimoine par des personnes physiques ou morales. On peut douter de la pertinence de cet artifice.

C'est ce qui conduit d'autres spécialistes à revenir à une responsabilité pour faute.

Son application à des situations où une intelligence artificielle dite forte aurait entraîné des dommages pourrait toutefois placer les victimes de ces dommages corporels dans une situation très difficile, car la preuve de l'imputabilité du dommage risque de devenir particulièrement complexe en raison de la sophistication de l'intelligence artificielle.

Comme le soulignent certains auteurs³¹, la recherche et l'analyse des causes d'un dommage à ou par un système automatisé ne sont pas nouvelles, mais les procédés mis en œuvre par les experts pourraient être mis à mal en raison d'un caractère évolutif de l'intelligence artificielle.

Avec le développement de la sophistication de l'intelligence artificielle, les spécialistes mettent en avant le fait que l'expertise va se déplacer du programmeur vers le spécialiste de l'organisation et du traitement des données et que cela supposera de disposer des données d'apprentissage et d'en connaître l'origine pour déterminer l'imputabilité du dommage.

La recherche de la preuve et l'analyse d'imputabilité seront soumises à une double exigence de traçabilité : la première afin de disposer des données d'apprentissage pour expliquer le

³¹ Laurent Szuskin, *Intelligence artificielle et responsabilité*, Communication Commerce électronique, n°6 juin 2018 p.7 et s.

comportement de l'intelligence artificielle, la seconde afin de connaître l'origine de ces données d'apprentissage (pour pouvoir imputer le comportement à une cause)³².

La question se pose avec une acuité particulière pour les dommages corporels pour lesquels l'exigence de la preuve d'une faute paraît excessive et l'indemnisation par le responsable ou par l'assurance devrait être facilitée.

Il serait infiniment préférable sur ce point que la solution soit une solution européenne, mais le fait que le groupe d'experts mis en place par le Commission européenne n'envisage la question qu'au travers d'une éventuelle révision de la directive de 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ne paraît pas totalement satisfaisant.

³² Voir Serge Migayron, *Pratique contentieuse : Intelligence artificielle : qui sera responsable ?* Revue Communication commerce électronique, n°4 avril 2018.

Annexes

- Contributions de la Fédération Française de l'Assurance

OBSERVATIONS DE LA FEDERATION FRANÇAISE DE L'ASSURANCE SUR LE PROJET DE LOI REFORMANT LA RESPONSABILITE CIVILE

Le projet de loi réformant la responsabilité civile présenté par le ministère de la Justice en mars 2017 entend favoriser une meilleure accessibilité et prévisibilité du droit de la responsabilité civile. Ce projet de loi, qui conserve le principe général de la responsabilité pour faute, consacre dans le Code civil de nombreuses évolutions jurisprudentielles mais introduit également plusieurs innovations.

A titre liminaire, le projet suscite des questions d'ordre général :

- Quelle étude d'impact sera réalisée par les pouvoirs publics pour mesurer les effets économiques des dispositions ?
- Quelle sera la date d'entrée en vigueur des dispositions ?
- Quelles seront les règles d'application dans le temps applicables, notamment aux sinistres survenus et non encore complètement réglés ?

Après ces remarques préalables, la Fédération Française de l'Assurance (ci-après FFA) formule diverses observations :

1. Le fait des véhicules terrestres à moteur (articles 1285 à 1288)

Ces articles amènent la profession à 2 observations : l'une sur l'application dans le temps de ces articles l'autre sur le principe même énoncé par ces articles.

1.1 Application dans le temps des dispositions nouvelles concernant le conducteur

La profession souligne que l'application de la loi aux accidents non réglés définitivement (dossiers d'indemnisation non clos) serait de nature à générer **une insécurité juridique majeure** par la combinaison de plusieurs phénomènes.

- Remise en cause de situations juridiques claires avant la loi.
- Iniquité entre les victimes totalement fautives pouvant être indemnisées après la loi alors que les victimes partiellement fautives, déjà indemnisées, ne le pourraient pas.
- Faisabilité : difficulté à instruire des affaires anciennes en vue de l'indemnisation des victimes d'accidents survenus il y a plusieurs années. Nous y voyons le risque de créer des frustrations et des contentieux en faisant espérer une indemnisation dans des cas où l'imputabilité des dommages à l'accident ne pourra plus être établie, faute de gestion *ab initio* permettant d'établir les conséquences et leur imputabilité à l'accident.
- Désorganisation du marché de l'assurance, notamment au regard des possibilités de recours des assureurs ayant payé en avance sur recours au titre de garanties individuelles accidents à l'encontre des

assureurs de responsabilité automobile obligatoire outre le recours des organismes sociaux dans des situations où il n'est plus possible d'établir l'imputabilité des dommages corporels à l'accident.

➤ Surcoût non anticipé dans les comptes des assureurs de responsabilité automobile obligatoire constituant une nouvelle source de majoration de l'indemnisation du dommage corporel.

Au regard de ces éléments, il est proposé que la loi ne s'applique qu'aux accidents survenus le lendemain de sa publication.

Proposition : la FFA propose que les dispositions de la loi nouvelle ne s'appliquent qu'aux accidents survenus le lendemain de sa publication.

1.2 Principe d'indemnisation du conducteur fautif

Sur le fond, ces articles modifient la situation des victimes conducteurs en cas de dommage corporel. En effet, la faute simple du conducteur devient sans incidence sur son droit à indemnisation; seule la faute inexcusable cause de l'accident pourra écarter ou limiter son droit à réparation. Cette évolution nous semble être une réponse incomplète, incompréhensible par les assurés et générant un surcoût majeur de leur contrat d'assurance. Il bouleverserait par ailleurs fortement les critères de souscription des contrats d'assurance automobile en les rendant illisibles aux yeux des assurés.

Un message incompréhensible pour les assurés :

Une telle mesure nous semble difficilement compréhensible par les assurés.

Comment expliquer à un conducteur victime d'un accident et qui n'a pas commis de faute que son propre assureur devra indemniser le préjudice corporel du conducteur fautif de cet accident ?

Pire encore, cela aboutirait par exemple à ce qu'un conducteur fautif non assuré soit indemnisé par l'assureur de l'autre conducteur impliqué, alors que ce dernier devrait faire appel, pour ses propres dommages corporels, au Fonds de Garantie intervenant en cas de non assurance.

Les assurés en automobile ont bien compris le caractère obligatoire de l'assurance RC automobile comme volonté du législateur de protéger les victimes d'accidents de la route, mais pas pour en protéger les responsables.

Dans un système aujourd'hui bien compris par les conducteurs, selon lequel la prudence permet de faire baisser le coût de l'assurance et à un moment où la mortalité routière augmente dans notre pays, un tel signal serait contraire aux messages de responsabilité que s'évertuent à énoncer tous les acteurs de la sécurité routière.

Un surcoût majeur pour les assurés :

Nous estimons que cette mesure conduirait à une surprime annuelle TTC de :

+ de 15 € pour un véhicule 2 roues (hausse de la prime RC 13% pour les 2 roues),

+ de 51 € pour un véhicule 4 roues (hausse de la prime RC 26 % pour les 4 roues).

Cela représenterait 1,564 Mds € de cotisations TTC pour l'ensemble du marché (déduction faite des cotisations actuelles de l'assurance conducteur dans les accidents qui impliquent au moins deux véhicules). Ce montant de cotisations supplémentaires représente 6 % de hausse des cotisations de l'ensemble du marché.

Notons par ailleurs que cette surcharge serait affectée à la garantie responsabilité civile, qui est la garantie la plus taxée dans un contrat automobile (35 %) ce qui augmente le surcoût pour l'assuré final.

Critères de souscription :

Tous les assureurs en automobile basent, aujourd'hui, leurs tarifications sur des critères objectifs de causer plus ou moins d'accidents : puissance du véhicule, références en matière d'accidents responsables, expérience en tant que conducteur...

Ecarter l'incidence de la faute du conducteur dans le droit à indemnisation bouleverserait fortement les critères de tarification et de souscription par les assureurs RC automobile et diminuerait la lisibilité de ces critères par les assurés. L'augmentation du coût de l'indemnisation, de la taxe précitée et la modification des critères de tarification entraîneront une hausse des primes des contrats d'assurance qui pèsera in fine sur les assurés. Cette hausse des cotisations fera craindre une augmentation du phénomène de non-assurance.

Une réponse incomplète à l'indemnisation des conducteurs fautifs :

Le projet de loi ne résout pas la question de l'indemnisation des dommages corporels du conducteur qui a un accident seul et qui, de ce fait, ne dispose d'aucun recours contre un tiers sur le fondement dudit régime de responsabilité.

Or, cette situation n'est pas marginale car elle concerne environ 50% des accidents dans lesquels des conducteurs subissent des dommages corporels. En effet, environ 35 600 conducteurs victimes corporelles d'accidents de la route le sont sans qu'aucun autre tiers conducteur ne soit impliqué dans l'accident. D'autres situations resteraient également sans indemnisation assurantielle *via* une garantie de responsabilité civile : le conducteur victime, d'un accident dans lequel un tiers autre qu'automobiliste est impliqué ou, d'un accident survenu à l'étranger.

En outre, cette disposition entraînerait une judiciarisation des affaires pour la qualification de la faute inexcusable du conducteur.

Pour toutes ces raisons, la profession de l'assurance est résolument opposée à cette disposition.

- La FFA estime que la question de l'indemnisation du conducteur fautif ne doit pas être réglée par l'assurance de responsabilité civile, mais par des contrats « individuels accidents » couvrant le conducteur dans toutes les situations c'est-à-dire y compris quand il a un accident seul. Ainsi, considéré comme victime, le conducteur fautif pourra être indemnisé et s'il décède, son entourage pourra recevoir un capital.
- **Proposition** : La FFA propose de maintenir l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 (Badinter) selon lequel : « *la faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis* ».

2. Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel

Article 1262

L'article 1262 alinéa 3 dispose « *qu'en cas de dommage corporel, la victime peut également réclamer une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale* ».

Il peut être déduit de sa rédaction que, concernant le dommage corporel, tout chef de préjudice non inclus dans la demande initiale, est présumé avoir un objet différent de celui de la demande initiale ; ce qui conduirait à écarter l'autorité de chose jugée.

Or, l'autorité de la chose jugée, qui relève d'une bonne administration de la justice, fait l'objet d'un contrôle strict de la Cour de cassation. Et, la jurisprudence constante n'accepte aujourd'hui une telle demande complémentaire, que si la victime prouve que l'objet de la demande est différent de celui ayant donné lieu au premier jugement ou à la première transaction.

Cette disposition est une source d'insécurité juridique majeure dans le contexte d'adoption d'une nomenclature par voie réglementaire : la modification de l'intitulé des chefs de préjudices, la consécration de l'autonomie de certains d'entre eux va-t-elle être interprétée comme permettant des demandes complémentaires et remettre à plat tout un pan des décisions et transactions en matière corporelle ? Cette évolution se traduirait par une nouvelle augmentation du coût de l'indemnisation en matière corporelle et in fine du coût de l'assurance.

La profession de l'assurance y voit une source majeure d'insécurité dans les relations entre les acteurs de l'indemnisation. Nul doute que cette préoccupation est également majeure pour les fonds qui indemnisent les victimes au titre de la solidarité nationale (FGTI, FGAO, ONIAM...). Une recrudescence des contentieux est à prévoir avec les inconvénients que cela génère pour les victimes (litiges nouveaux concernant l'indemnisation) et les acteurs (une mission au service des victimes rendue plus difficile).

Proposition : La FFA propose **de supprimer le texte**

~~« En cas de dommage corporel, la victime peut également réclamer une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale. »~~

A défaut, de le compléter :

« En cas de dommage corporel, elle peut également réclamer une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale **ayant un objet différent de celle ayant donné lieu au premier jugement ou à la première transaction.** »

Articles 1267 à 1277

Le projet de loi mérite d'être approuvé en ce qu'il instaure, à l'instar du rapport du professeur Terré, une hiérarchie des intérêts protégés en reconnaissant une primauté à la réparation du dommage corporel. Ainsi, il insère dans le Code civil les outils d'évaluation et d'indemnisation harmonisés, dont l'application est confiée au pouvoir réglementaire.

En effet, la situation actuelle se caractérise par le manque d'harmonisation de ces outils tant au stade de l'évaluation que de l'indemnisation du dommage corporel.

Le projet de loi comporte plusieurs propositions faites par les assureurs en 2008¹ Pour autant, la mise en application des principes est renvoyée au pouvoir réglementaire.

Ainsi, la FFA est particulièrement concernée par les conséquences économiques des dispositions réglementaires qui seront adoptées.

Les éléments d'unification de l'indemnisation du dommage corporel sont les suivants :

a) Nomenclature des postes de préjudice (article 1269)

La nomenclature des postes de préjudice rend officielle une liste des postes de préjudices indemnifiables en garantissant à la victime leur prise en compte.

- La FFA approuve cette orientation mais demande à être associée à la rédaction du décret pour éclairer le gouvernement sur ses conséquences économiques. Pour mémoire, en décembre 2014, le ministère de la Justice avait lancé une consultation pour un projet de nomenclature qui aurait entraîné un coût évalué à une hausse de 1,3 % des cotisations pour un exercice courant (259 M€). L'impact sur le stock de dossiers en cours, s'élevait à une hausse de 3,7 % des primes automobiles (737 M€). En assurance RC médicale, cette même modification aurait représenté 7,3 % des primes pour un exercice courant (34 M€). L'impact sur le stock de dossiers en cours s'élevait à 15,9 % des primes RC médicale (75 M€).
- La FFA constate cependant que le fait de retenir une nomenclature « non limitative » conduit :
 - à la création par les juridictions de nouveaux postes de préjudices, ce qui n'est pas souhaitable en termes de sécurité juridique ;
 - à multiplier les différentes approches selon les juridictions, ce qui ne permet pas d'assurer le traitement égalitaire des victimes.

b) Référentiel d'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux (article 1271)

Le référentiel d'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux est une source d'équité entre toutes les victimes. Il évite une hétérogénéité dans l'appréciation de l'indemnisation quand rien ne permet d'expliquer la différence des indemnités allouées au titre des postes de préjudice retenus de façon identique par le médecin expert pour une victime du même âge. En France, des fonds d'indemnisation comme le FGTI (Fonds de Garantie des Victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions) et l'ONIAM (Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux) se sont dotés de référentiels d'indemnisation indicatifs révisés en 2017 pour le FGTI (avec l'aval du conseil d'administration au sein duquel siègent, sous la présidence d'un magistrat, des représentants des différents ministères, des avocats et des associations de victimes) et en 2016 pour l'ONIAM. En outre, dès lors que survient un accident collectif, l'un des rôles principaux du comité de suivi est d'élaborer un référentiel pour éviter des disparités d'indemnisation injustifiées entre les victimes.

- **La FFA regrette toutefois que le référentiel ne tienne pas compte des données relatives aux transactions qui concernent 98 % des victimes indemnisées en matière d'accidents de la circulation. Aussi, la FFA propose que les modalités d'établissement de la base de données soient définies au niveau réglementaire avec pour objectif de prendre en compte les décisions judiciaires et les transactions. Elle est prête à y travailler avec les pouvoirs publics notamment dans le cadre de l'AGIRA².**

¹ Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel, 24 avril 2008

² Association pour la gestion des informations sur le risque en assurance

- En outre, la FFA appelle l'attention des pouvoirs publics sur le fait que la base de données ne saurait être alimentée que par les seuls accidents de la circulation dans la mesure où elle s'applique à l'ensemble du dommage corporel. Notamment, la spécificité propre à la responsabilité médicale doit être envisagée à part entière.

Proposition : La FFA propose de modifier l'article 1271 comme suit : « Un décret en Conseil d'Etat fixe les postes de préjudices extrapatrimoniaux qui peuvent être évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, dont il détermine les modalités d'élaboration et de publication. Ce référentiel est réévalué tous les 3 ans selon des modalités fixées par décret en conseil d'Etat en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions.

A cette fin, une base de données d'indemnisation par poste de préjudice est établie au terme des décisions de justice et des transactions selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat rassemble, sous le contrôle de l'Etat et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation. »

c) Missions types consensuelles partagées tant dans le cadre amiable que judiciaire

La FFA regrette que le projet de loi ne prévoit pas l'élaboration de missions types consensuelles partagées tant dans le cadre amiable que judiciaire. Les assureurs le regrettent d'autant plus que l'article 1267 du projet entend unifier les contentieux judiciaires et administratifs et le règlement amiable. Or, le souci d'aligner les pratiques doit également concerner les missions d'expertise. Qu'elle intervienne dans un cadre contentieux ou amiable, l'expertise médicale entend bien répondre au même objectif qui est celui d'évaluer le dommage corporel ce qui suppose une mission claire, consensuelle et partagée.

- Pour que les juges, les assureurs et les avocats disposent d'un outil commun de référence, l'élaboration de missions type d'expertise est essentielle.

Proposition : La FFA propose d'ajouter, à la sous-section 1 Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel, la disposition suivante : « Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'élaboration et d'évolution de missions types d'expertise ».

d) Modalités d'indemnisation des préjudices futurs (article 1272)

Les modalités d'indemnisation des préjudices futurs, que sont la perte de gains professionnels, la perte de revenus des proches ou l'assistance d'une tierce personne, posent le principe du paiement en rente, mieux adapté, dans le temps, à la prise en compte des besoins des victimes. L'indemnisation sous forme d'une rente indexée permet ainsi de remédier à deux types de risques :

- celui d'une gestion inadaptée par la victime et par son entourage qui conduira à l'impossibilité de subvenir à ses besoins dans le temps ;
- celui du défaut de provisionnement ; la victime, comme l'assureur, doit « provisionner » son risque (risque de longévité, risque lié à l'évolution des taux de placements et donc des produits de ses placements, ...). Si l'assureur a la capacité financière de provisionner ces risques qu'il mutualise entre les différentes victimes ; ce n'est jamais le cas de la victime isolée.

La FFA propose cependant de renvoyer au pouvoir réglementaire tant les modalités de l'indexation de la rente que les modalités permettant de construire la table de conversion en capital. En effet, les critères économiques et financiers pour l'indexation de la rente mais aussi la détermination de la table de conversion en capital ne doivent pas être figés dans le code civil mais faire l'objet de discussions au niveau réglementaire tant en ce qui concerne leur détermination que leur adaptation future.

Proposition : La FFA propose de modifier l'article 1272 comme suit :

« L'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne, a lieu en principe sous forme d'une rente.

Celle-ci est indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum. »

« Avec l'accord des parties, ou sur décision spécialement motivée, la rente peut être convertie en capital selon une table déterminée par voie réglementaire. » fondée sur un taux d'intérêt prenant en compte l'inflation prévisible et actualisée tous les trois ans suivant les dernières évaluations statistiques de l'espérance de vie publiées par l'Institut national des statistiques et des études économiques.

e) Autres dispositions

- L'article 1272 dispose que « les sommes versées à la victime à des fins indemnitaires par les tiers payeurs ne donnent lieu à recours subrogatoire contre le responsable ou son assureur que dans les cas prévus par la loi ». Puis l'article 1273 énonce les prestations donnant lieu à recours « Seules les prestations énumérées ci-après versées à la victime d'un dommage corporel ouvrent droit à un recours contre la personne tenue à réparation ou son assureur... »

La combinaison de ces deux articles va écarter du recours de tiers payeurs les prestations non indemnitaires.

A titre d'exemple, les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité ouvrent aujourd'hui droit au recours des tiers payeurs qu'elles soient indemnitaires ou forfaitaires car ce sont des prestations ouvrant droit à recours par détermination de la loi. Mais, le postulat de l'article 1272 concernant le caractère indemnitaire des prestations ouvrant droit à recours, ne permettra plus aux tiers payeurs (organismes de sécurité sociale, institutions de prévoyance, mutuelles, assureurs) d'exercer leur recours subrogatoire au titre des indemnités journalières forfaitaires versées.

- **Proposition :** les effets économiques collatéraux causés par l'article 1272 n'ont pas été examinés au regard des enjeux concernant l'ensemble des tiers payeurs qui versent des prestations statutaires ou forfaitaires et, cela concerne tant les tiers payeurs qui relèvent du code de la sécurité sociale que ceux qui relèvent du code des assurances et du code de la mutualité.

- La FFA propose pour maintenir la situation actuelle des prestations « par détermination de la loi » de supprimer « à des fins indemnitaires » de l'article 1272 :

« Les sommes versées à la victime à des fins indemnitaires par les tiers payeurs ne donnent lieu à recours subrogatoire contre le responsable ou son assureur que dans les cas prévus par la loi »

- Les dispositions de l'article 1276 du projet de loi n'ont pas d'incidence sur la dette du responsable ou de celle de son assureur. Néanmoins, la FFA les approuve car contrairement à la situation actuelle, le droit de préférence de la victime à l'égard des tiers payeurs n'écartera plus la prise en compte de sa faute en cas de partage de responsabilité. Cette solution était bien celle retenue dans le rapport du Professeur Terré.
- Par ailleurs, la FFA relève que l'article 1267 procède à une harmonisation de l'indemnisation du dommage corporel entre les juridictions administratives et judiciaires. Il convient cependant de mesurer les impacts économiques que cela occasionnera, notamment concernant le montant des primes des assurances souscrites par les personnes morales de droit public tels que les établissements de soins ou les collectivités territoriales. Les éléments dont dispose la FFA semblent

montrer que cet impact devrait être significatif pour les établissements publics de santé, avec un coût de l'indemnisation des sinistres corporels en responsabilité civile médicale qui serait majoré de 30% à 50%. Cette majoration du coût devrait se répercuter selon le même ordre de grandeur sur le niveau de leurs primes d'assurance.

f) Traitement spécifique du dommage corporel

Au regard du principe de la hiérarchie des intérêts protégés, un certain nombre de dispositions du projet de loi prévoit des exceptions pour le dommage corporel. A titre d'exemple, au titre des causes d'exonération, il est prévu à l'article 1254 qu'en cas de dommage corporel, seule une *faute lourde* peut entraîner l'exonération partielle. A l'article 1281, il est indiqué que « *la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel* ».

Par ailleurs, l'article 1233 « décontractualise » la réparation du dommage corporel de telle sorte que « *le dommage est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat* ».

Sauf erreur, cette disposition va supprimer notamment les obligations de moyens et de résultats (hors fondements spécifiques tels que la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé).

Ainsi, prenons le cas d'un dommage corporel subi à l'occasion du chargement sur un télésiège. Initialement, soumis à une obligation de moyens (responsabilité pour faute prouvée) au chargement et déchargement, l'exploitant de télésiège va voir, au regard de l'article 1233, sa responsabilité engagée au titre d'un fondement délictuel telle que la RC du fait des choses (responsabilité de plein droit).

Proposition : La FFA propose que les effets économiques collatéraux causés par cette suppression des obligations de moyens et de résultats soient examinés tant au regard de l'évolution de l'indemnisation des victimes que de la modification du poids des responsabilités pour les acteurs économiques, y compris au travers de leur prime d'assurance de responsabilité.

3. Suppression de l'alinéa 2 de l'article 1384 sur la communication d'incendie

Le projet supprime l'alinéa 2 de l'article 1384 relatif à la communication d'incendie fondée sur la responsabilité pour faute prouvée du propriétaire en cas de communication d'incendie.

La FFA s'interroge sur la suppression de ce régime de responsabilité qui, loin d'être désuet, est régulièrement appliqué en matière de communication d'incendie et permet de limiter les recours entre assureurs, ce qui simplifie l'indemnisation des victimes³.

En l'absence d'un tel régime de responsabilité, les sinistres relatifs à la communication d'incendie créeront un appel d'air vers la judiciarisation des affaires sur le fondement d'un recours au titre de la responsabilité civile du fait des choses (responsabilité de plein droit) ou au titre la responsabilité du fait des troubles anormaux de voisinage.

Depuis son entrée en vigueur ce texte a fait la preuve de sa totale pertinence au regard des spécificités du risque de responsabilité qu'il a pour objet de régir. L'actualité de ces dernières années a montré l'occurrence tant en France qu'à l'étranger, de phénomènes de conflagration affectant des immeubles de grande hauteur ou des grands ensembles immobiliers à usage d'habitation ou commerciaux, des quartiers entiers voire des

³ On dénombre dans les habitations collectives 85 000 sinistres incendie pour une charge annuelle de 600 M€.

sites industriels ou des plateformes logistiques de très grande envergure avec des effets thermiques dévastateurs sur des rayons très importants.

Les conséquences d'une telle suppression occasionneront :

- une multiplication des contentieux pour mettre en cause la responsabilité de la personne à l'origine de l'incendie ;
- un ralentissement du processus d'indemnisation directe des assurés pour préserver l'opposabilité des preuves des circonstances de l'incendie afin de déterminer les responsabilités, ce qui pourra entraîner un retard dans la reprise de l'activité économique des professionnels ;
- *in fine*, un transfert économique de la charge des incendies sur l'assurance des occupants à commencer par les multirisques habitation et les contrats d'exploitants de locaux à usage professionnel. La garantie responsabilité civile de chacun de ces contrats devrait en effet être en mesure d'absorber la totalité des recours exercés par les voisins au titre d'une communication d'incendie. Les montants de garantie devront donc être augmentés très significativement, ce qui impactera à la hausse les primes correspondantes.

Des enjeux d'assurabilité de certains risques pourront même émerger.

Proposition : La FFA propose le maintien de l'alinéa 2 de l'article 1384 existant relatif à la communication d'incendie.

4. Obligation in solidus élargie en cas de dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe (article 1240)

L'article 1240 prévoit que : « *Lorsqu'un dommage (corporel) est causé par un membre indéterminé d'un groupe de une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou pour des motifs similaires exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.*

Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage ».

La FFA note avec satisfaction que la disposition, dans sa rédaction issue de la consultation, a au moins été limitée aux seuls dommages corporels.

Toutefois, la FFA regrette l'introduction d'une telle disposition qui procède à une généralisation de la jurisprudence apparue dans un domaine bien spécifique celui des produits de santé ou de RC médicale (la jurisprudence dite du « Distilbène » ou la jurisprudence sur les infections nosocomiales).

Cette disposition participe à l'extension du champ de la responsabilité in solidum (RC indéterminée) au-delà de son champ d'application jurisprudentiel actuel (RC médicale et RC produit de santé) :

• Cela s'appliquera à toute activité :

- notamment à toute la responsabilité civile produit causant un dommage corporel,

- mais aussi à la responsabilité civile professionnelle compte tenu de la notion floue utilisée « d'activité similaire ».

En outre la FFA attire l'attention du législateur sur le fait que cette disposition va même au-delà de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. Cette disposition permettra la reconnaissance de la Responsabilité in solidum d'acteurs soumis à une responsabilité civile pour faute alors même que la preuve de l'imputabilité de cette faute à l'un des professionnels n'est pas établie.

La Cour de cassation a considéré, quant à elle, dans un arrêt récent du 3 novembre 2016 n°15-25-348⁴, qu'une responsabilité personnelle « implique que soit identifié le professionnel de santé où l'établissement de santé auquel elle est imputable ou qui répond de ses conséquences ». En l'état actuel de la jurisprudence, la Cour de cassation n'a pas franchi le pas d'une responsabilité in solidum en présence de fautes individuelles non imputées.

- La FFA estime que cette disposition risque de conduire la jurisprudence au-delà même de la volonté du législateur, à une forte dilution du lien de causalité conduisant à déterminer la responsabilité à la lumière de la théorie de la « *deep pocket* ». Non plus seulement appliquée à une pluralité de fabricants d'un même produit, les distributeurs ou utilisateurs ou tout autre professionnel pourraient se voir appliquer une responsabilité *in solidum* alors même qu'il leur sera très difficile de s'exonérer (inversement de la charge de la preuve) et d'exercer un recours en contribution.
- La FFA note, par ailleurs, l'ajout d'une disposition relative au recours en contribution « *Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage* » qui vient consacrer la jurisprudence dite des « *market share* » au stade de la contribution à la dette.

La FFA considère que cette disposition va contribuer à la multiplication des contentieux pour apprécier la probabilité de la participation des membres indéterminés parmi des personnes identifiées à la survenance d'un dommage.

La reconnaissance d'un tel régime de responsabilité extensif aurait, pour le moins, quatre impacts en termes d'assurance :

- D'une part, l'assureur ne pourrait plus apprécier le risque encouru par son assuré car la responsabilité civile de celui-ci pourrait être engagée pour des préjudices où le lien causal est impossible à établir. **Une telle disposition viendrait donc mettre à mal l'un des principes directeurs de l'opération d'assurance, à savoir la délimitation des engagements de l'assureur.**
- Dès lors, en l'absence de véritable visibilité sur le risque, son assurabilité ne pourrait être éventuellement maintenue qu'à un coût prohibitif pour l'assuré.
- D'autre part, la dilution du principe d'attribution de la responsabilité apparaît contraire aux politiques de prévention et de responsabilisation menées depuis plusieurs années par les entreprises d'assurance. En effet, l'entreprise qui aurait investi en prévention supporterait les conséquences des dommages causés par une autre qui ne l'aurait pas fait.
- Enfin, en érigeant en principe général une solution spécifique développée par la jurisprudence pour répondre aux besoins de situations d'exception, les conséquences susmentionnées en termes assurantiels ne seraient plus limitées à un périmètre d'activité circonscrit mais bien généralisées à tous les secteurs d'activités et impacteront aussi bien le marché d'assurance de la responsabilité produit que celui de la responsabilité civile professionnelle.

Proposition :

La FFA considère que cet article doit être supprimé ou, pour le moins, cantonné à son domaine d'application à savoir la RC produit de santé conformément à la jurisprudence actuelle.

⁴<https://www.legifrance.gouv.fr/affiches/Jurif/Judi/Judi?oldAction=rechJurifJurif&idTexte=JURITEXT000033346721&fastRcqId=1650887465&fastPos=1>

5. Recours en contribution en cas de pluralité de responsables (article 1265)

L'article 1265 prévoit que « *Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime.*

Si toutes ou certaines d'entre elles ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent à proportion du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable, ou à défaut par parts égales. »

La FFA considère que l'article 1265 modifie notablement les règles classiques de la jurisprudence relatives à la contribution à la dette en donnant une place plus importante à la théorie de la causalité alternative. Le critère de répartition de la dette est alors causaliste. C'est en fonction de l'intensité causale des différents fais générateurs de responsabilité que la charge définitive du dommage est partagée.

L'article 1265 revient sur la jurisprudence classique qui fait de la faute, le critère fondamental de répartition de la charge de la dette.

Cette disposition déroge à la règle de la répartition à parts égales, en l'absence de toute faute, en utilisant le facteur suivant « *à proportion du rôle causal du fait générateur* ».

La FFA estime que cette disposition va avoir pour conséquence de :

- favoriser le développement de contentieux au stade de la contribution à la dette dans la mesure où le rôle causal du fait générateur sera sujet à de nombreux débats ;
- et de limiter, la possibilité de régler à l'amiable les dossiers.

Proposition :

La FFA propose **le retour à la version avant consultation de l'article 1265** : « *Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime.*

Si elles ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité de leurs fautes respectives. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent à par parts égales.

Si seules certaines d'entre elles ont commis une faute, elles supportent la charge définitive de la réparation ».

6. Le fait des produits défectueux (articles 1289 à 1299-4)

Suite à la consultation publique, la FFA note avec satisfaction que la nouvelle version du projet ne présente plus le maintien de l'exonération pour risque de développement comme un sujet de débat.

Néanmoins, le projet élargit les exceptions à cette exonération (à l'article 1298-1 nouveau) aux médicaments à usage humain.

Enfin, la définition de la notion de mise en circulation a disparu, ce qui pose problème car il s'agit du point départ pour apprécier le délai de prescription.

- La FFA attire l'attention des pouvoirs publics sur l'importance de l'exonération relative au risque de développement et au maintien de son périmètre actuel dans la mesure où le risque de développement constitue une cause d'exclusion dans le contrat d'assurance de responsabilité civile. L'exonération par le droit de la responsabilité civile du risque de développement permet aux producteurs qui innovent d'être accompagnés par l'assurance, notamment lorsqu'ils s'exposent à des risques émergents.

Comme l'a écrit le Professeur Truchet⁵ : « *il existe, une échelle de la connaissance du risque, qui va, par touches insensibles, du risque inconnu, très mal connu, au risque connu et avéré, dans sa consistance comme dans sa fréquence de réalisation. Le curseur s'y déplace constamment pour un même risque en fonction de l'expérience et de la recherche scientifique* ».

Les risques émergents, associés dans la conscience collective à l'idée de menace, apparaissent progressivement en présentant des contours flous, lesquels ne se précisent ou ne s'infirmant qu'au fur et à mesure de l'avancée des connaissances scientifiques dont le chemin est ponctué de divergences d'opinions.

Pour l'assurance de responsabilité civile, le risque de développement nous paraît donner lieu aux considérations suivantes :

- L'appréciation rétrospective ne doit pas systématiquement et immanquablement conduire à la condamnation des comportements individuels ou collectifs qui n'auraient pas choisi l'interdiction ou l'abstention face au risque ou qui auraient procédé à une évaluation et/ou adopté des mesures qui se seraient révélées, *a posteriori*, insuffisantes ou inadéquates.
- L'exonération de responsabilité pour risque de développement ne doit pas être automatiquement écartée du fait de l'application du principe de précaution.

Une opposition stricte entre le risque de développement et le principe de précaution précipiterait ce dernier dans une impasse, celle de le réduire à un facteur d'inhibition de l'innovation.

Toute considération *a posteriori* ne doit pas négliger le fait que l'évaluation des risques réalisée *a priori* a été faite à la lumière des connaissances disponibles, c'est-à-dire sur la base d'hypothèses fondées sur un corpus de connaissances encore lacunaires et ainsi empreint de « zones d'ombres ». A cet égard, il convient de garder à l'esprit qu'une science en progrès est toujours susceptible de remettre en question des vues que l'on croyait établies ou de révéler des aspects que l'on ignorait.

Proposition : La FFA demande le maintien du risque de développement au titre des exonérations y compris pour les médicaments à usage humain afin de permettre l'accompagnement par l'assurance de l'innovation pharmaceutique.

Ainsi l'article 1298-1 doit être rédigé comme suit « *Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1298 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci.* »

Par ailleurs, la FFA propose de maintenir l'article 1386-5 relatif à la définition de la mise en circulation : « *un produit est mis en circulation lorsque le producteur s'en est dessaisi volontairement. Un produit ne fait l'objet que d'une seule mise en circulation* ».

7. Dispositions qui appellent des précisions

a) Application des causes d'exonération du régime général aux régimes spéciaux

Si la volonté du législateur est de permettre l'application des causes d'exonération des articles 1253 à 1256 du régime général aux régimes spéciaux, **la FFA demande que cela soit mentionné expressément à tout le moins dans l'exposé des motifs du projet de loi.**

A titre d'exemple, la faute de la victime est-elle opposable à ses ayants droits dans le cas d'un accident de la circulation routière alors que l'article 6 de la loi du 5 juillet 1985 (Badinter) n'est pas repris dans le régime spécifique d'indemnisation ? En l'absence de cette application de l'exonération du régime général au régime spécifique, un contentieux va naître sur cette question.

⁵ La Semaine Juridique, édition générale, 20 mars 2002, p.533

Proposition : Pour davantage de sécurité juridique, la FFA propose d'ajouter dans l'exposé des motifs du projet, le principe de l'application des causes d'exonération du régime général (articles 1253 à 1256) aux régimes spéciaux.

b) Portée de la disposition relative à l'évaluation poste par poste (article 1262)

L'article 1262 prévoit à l'alinéa 1 que « *chacun des chefs de préjudice est évalué distinctement* ».

La FFA appelle l'attention des pouvoirs publics sur le fait qu'en pratique, dans le cadre des transactions concernant des dommages autres que corporels, cette évaluation poste par poste n'est, généralement, pas possible dans la mesure où une appréciation globale est réalisée.

Ainsi, la FFA **propose de supprimer l'article 1262 alinéa 1**, ce qui laisse en tout état de cause subsister le principe de l'évaluation poste par poste en ce qui concerne l'indemnisation du dommage corporel (Cf. article 1269 du projet).

Proposition : La FFA propose de supprimer l'article 1262 alinéa 1 concernant l'évaluation poste par poste des dommages autres que corporels.

c) Introduction de la mitigation (article 1263)

La FFA approuve la version du texte proposée en mars 2017 qui étend le principe de la mitigation **en matière extracontractuelle** à l'exception du dommage corporel.

d) Introduction des troubles anormaux de voisinage (article 1244)

L'article 1244 introduit dans le Code civil la théorie des troubles anormaux de voisinage : « *Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage répond de plein droit du dommage résultant de ce trouble.*

Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble.

Proposition : Pour davantage de sécurité juridique, la FFA propose de compléter l'article 1244 du projet, conformément au rapport Terré, en prévoyant la préexistence de l'installation qui cause le trouble, comme c'est également le cas à l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation :

« *Article 1244 : le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage répond de plein droit du dommage résultant de ce trouble.*

Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble.

La responsabilité prévue à l'alinéa précédent n'a pas lieu lorsque le trouble provient d'activités économiques exercées conformément à la législation en vigueur, préexistantes à l'installation du demandeur sur son fonds et s'étant poursuivies depuis lors dans les mêmes conditions ».

e) La faute (article 1241)

L'article 1241 prévoit « *On est responsable du dommage causé par sa faute* ».

Cet article ne spécifie pas qu'il doit s'agir d'un préjudice causé à autrui (à un tiers). L'objectif est certes de pouvoir inclure les préjudices à l'environnement.

Toutefois, il convient de préciser qu'il n'y a pas de faute lorsque l'auteur cause un préjudice à lui-même.

Cette précision a son importance au regard de la rédaction et de la portée des contrats d'assurance de responsabilité civile. En effet, un contrat de responsabilité civile ne saurait intervenir pour l'indemnisation des dommages que l'on se cause à soi-même, lesquels relèvent de l'assurance directe.

L'assurance de responsabilité civile étant le corollaire de la responsabilité civile, il est préférable que le Code civil apporte cette précision dans la mesure où la notion de tiers initialement prévue disparaît.

Proposition : La FFA propose donc la rédaction suivante : « *Art. 1241. On est responsable du dommage causé par sa faute. On ne saurait être responsable (ou tenu à réparation) du préjudice que l'on se cause à soi-même.* »

8. Disposition ne figurant pas à juste titre dans le projet soumis à consultation

Les activités dangereuses

Le projet Catala souhaitait doter le droit français d'un régime de responsabilité adapté aux catastrophes industrielles de grande ampleur. Ainsi, l'article 1362 de l'avant-projet Catala prévoyait que l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse était tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité. Cette solution était directement inspirée du droit anglo-saxon où la responsabilité est déduite de l'ampleur des dommages.

Art. 1362 : « Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité.

Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément.

L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1. »

- La FFA constate que le projet de loi soumis à consultation par la Chancellerie, ne reprend pas, à juste titre, cette proposition.
En effet, un tel régime ne se justifie pas dans la mesure où il existe déjà des dispositifs spécifiques pour répondre à l'indemnisation des dommages causés par des catastrophes industrielles de grande ampleur.
Ainsi, la loi du 30 juillet 2003 a apporté une solution d'assurance de biens pour les dommages matériels engendrés par une catastrophe technologique.

Plutôt que de créer un régime de responsabilité de portée générale, une approche *a priori* encadrée par des régimes spéciaux visant les activités concernées doit être privilégiée afin de permettre aux entreprises d'anticiper leurs besoins spécifiques d'assurance.

Conclusion

Considérant comme fondamental d'apporter un éclairage économique à la réforme du droit de la responsabilité, la FFA demande aux pouvoirs publics et aux parlementaires de continuer à l'associer à leurs travaux et reste à leur entière disposition pour leur apporter tout chiffrage nécessaire.

OBSERVATIONS SUR LA RESPONSABILITE CIVILE DES PERSONNES MORALES DU FAIT D'UN DEFAUT D'ORGANISATION OU DE FONCTIONNEMENT

Le HCJP a mis en place, à la demande de la Chancellerie et du Trésor, un groupe de travail présidé par Guy Canivet sur « la responsabilité civile des sociétés du fait d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement ».

La Fédération Française de l'Assurance (ci-après FFA) est interrogée sur les conditions d'assurabilité du risque de mise en cause de la responsabilité civile d'une société pour ces motifs.

1. La responsabilité du fait d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement fait déjà partie de notre droit : une jurisprudence dispersée

En l'état actuel de la jurisprudence, la responsabilité d'une personne morale du fait d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement est déjà reconnue, en l'absence de toute disposition dans le code civil. C'est tout particulièrement le cas pour les établissements de soins. La jurisprudence a reconnu une responsabilité personnelle de l'établissement de santé sur le terrain contractuel.

Le contrat conclu avec l'établissement de santé privé met à la charge de ce dernier une obligation générale d'organisation.

D'un point de vue assurantiel, s'agissant d'une responsabilité de nature contractuelle, il est possible de cerner de façon assez précise les obligations qui incombent à la personne morale au titre du contrat d'hospitalisation.

Par ailleurs, la responsabilité civile de la personne morale permet de départir les responsabilités dans un cadre organisationnel bien spécifique entre, d'une part, l'établissement de soins et, d'autre part, les professionnels de santé libéraux qui sont susceptibles d'engager leur responsabilité civile personnelle.

Si la reconnaissance d'une responsabilité civile pour défaut d'organisation ou de fonctionnement n'a certes pas été cantonnée aux seuls établissements de soins, la jurisprudence est restée relativement dispersée.

2. Une incertitude juridique forte quant au risque de voir se développer une jurisprudence extensive suite à la reconnaissance d'un principe général de responsabilité civile de la personne morale pour défaut d'organisation ou de fonctionnement

La FFA considère que l'inscription dans le code civil d'une disposition spécifique reconnaissant un principe général de responsabilité civile de la personne morale pour défaut d'organisation ou de fonctionnement est porteuse d'un risque d'insécurité juridique, fort.

En effet :

- Introduire dans le code civil une disposition reconnaissant expressément une responsabilité civile de la personne morale du fait d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement a pour conséquence de généraliser une « *responsabilité du fait d'autrui sui generis dominée par l'idée de garantie* ». A la lecture d'un certain nombre d'auteurs de la doctrine, l'introduction d'une telle disposition est soutenue par la volonté de trouver en la personne morale un « *débiteur solvable, facilement identifiable* ».
- Les notions de « défaut d'organisation » ou de « défaut de fonctionnement » étant particulièrement larges, vagues et subjectives, elles seront sujettes à de nombreuses interprétations jurisprudentielles extensives. La variété des dysfonctionnements imaginables crée de l'incertitude quant aux obligations dont le manquement serait aspiré par une future casuistique.

Au vu des éléments susmentionnés, il est à craindre qu'une telle disposition n'ait pour conséquence de relancer la jurisprudence.

La FFA attire donc l'attention du HCJP, d'une part, sur l'augmentation de fréquence du risque de mise en jeu de la responsabilité civile de la personne morale du fait d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement, et d'autre part, sur le risque de dérive extensive de la jurisprudence quant à son champ d'application.

En effet, au vu du caractère hautement subjectif des notions de « fonctionnement » et « d'organisation », il existe un risque de dérives qui pourrait conduire la jurisprudence à élargir les contours de cette responsabilité jusqu'à reconnaître une responsabilité civile de la société mère du fait de ses filiales, voire de ses sous-traitants (quelle que soit la taille de l'entreprise), voire également une responsabilité des personnes morale pour manquement à sa « mission ».

La FFA appelle l'attention du HCJP sur le risque d'une automaticité de la reconnaissance de la responsabilité de la personne morale par l'évolution de la jurisprudence vers un renversement de la charge de la preuve. En effet, comment le demandeur pourra prouver le défaut de « fonctionnement » et « d'organisation » ? Et, en cas d'impossibilité ou de complexité de cette appréciation, n'est-ce pas la personne morale qui devra, in fine, toujours prouver qu'elle n'est pas mal organisée ?

3. Conséquences en termes d'assurances

A titre liminaire, rappelons que l'opération d'assurance, et à fortiori, l'assurance responsabilité civile, suppose d'évoluer dans un contexte de sécurité juridique afin de permettre aux assureurs de mesurer leurs engagements s'agissant d'un risque au développement long.

Le cadre juridique existant lors de la souscription du risque doit être stable afin que l'équilibre des résultats de l'opération d'assurance ne soit pas compromis.

Ainsi, si la FFA s'interroge sur l'utilité d'introduire dans le code civil une disposition reconnaissant un principe de responsabilité civile de la personne morale pour défaut d'organisation ou de fonctionnement, la FFA s'inquiète du risque d'insécurité juridique fort que cette disposition est susceptible d'occasionner sur le marché fragile de l'assurance de responsabilité civile.

A cet égard, la FFA attire l'attention du HCJP sur les effets collatéraux suivants attachés à l'introduction d'une telle disposition dans le code civil :

- Une mise en jeu accrue des contrats d'assurance de responsabilité civile générale (RCG)

L'effet collatéral, qui semble d'ailleurs être le but recherché et affiché par certains auteurs de la doctrine, est celui de la mise en jeu accrue des contrats d'assurance RCG des personnes morales.

L'assurance de responsabilité civile ne saurait être considérée comme une « garantie » permettant une indemnisation quasi automatique des victimes.

La caractéristique de l'assurance est de ne porter que sur des événements aléatoires, c'est-à-dire dont la survenance n'est pas certaine. L'assureur n'accepte de souscrire le risque que dans la mesure où il est en mesure d'en résorber l'aléa au niveau de la mutualité : coût des risques survenus, réparti et compensé entre les autres.

La recherche de mise en œuvre quasi automatique de la responsabilité d'une personne morale, en voulant la considérer comme garantie de l'indemnisation des victimes, n'est pas compatible avec l'opération d'assurance de responsabilité civile, sauf à la pousser aux confins de l'assurabilité.

- L'office des contrats d'assurance de RCMS (responsabilité civile des mandataires sociaux)

En outre, s'agissant des cas où il convient de départir la responsabilité civile de la personne morale de la responsabilité civile personnelle des dirigeants, la FFA attire l'attention du HCJP sur l'existence de contrats de responsabilité civile des mandataires sociaux (RCMS) qui ont vocation à couvrir la responsabilité civile personnelle des dirigeants. Dès lors, il n'est pas nécessaire de tordre les concepts de responsabilité, en attribuant la responsabilité à la personne morale plutôt qu'au dirigeants pour permettre l'indemnisation des tiers. Le marché de l'assurance de RCMS a vocation à garantir ce risque et il participe à la responsabilisation des dirigeants.

- Un risque d'épuisement du plein de garantie

La mise en jeu accrue de la responsabilité civile de la personne morale sur le fondement d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement, en mobilisant les contrats de RCG, viendrait essentiellement affecter la garantie « RC exploitation » des polices d'assurances des personnes morales.

A cet égard, la FFA tient à attirer l'attention du HCJP sur le risque accru d'épuisement des plafonds de garantie existants souscrits pour couvrir le « risque exploitation » de l'entreprise, au sens de son outil de production ou de son activité susceptible de causer des dommages à des tiers au cours de son exploitation (exemple : un incendie ou un dégât des eaux occasionné par l'entreprise lors de son exploitation).

Par l'effet de la fréquence accrue de la mobilisation du contrat d'assurance de RCG, les personnes morales seraient ainsi plus exposées à l'épuisement de leur plafond de garantie. Dès lors, les entreprises/personnes

morales seront placées dans une situation difficile, en leur laissant à charge une part du risque et l'objectif poursuivi de trouver un débiteur solvable sera manqué.

Si le montant du plafond de garantie est certes négociable contractuellement à la hausse, cela suppose la possibilité pour la personne morale de s'offrir de tels montants. Au vu du marché actuel de l'assurance de responsabilité civile, la FFA s'interroge sur la capacité, notamment pour les TPE, PME et associations, de souscrire des montants de garantie supérieurs qui leur permettraient de transférer ce risque accru de mise en jeu de leur responsabilité civile.

- Problématique d'appréhension du risque de « défaut d'organisation » ou de « défaut de fonctionnement » par les assureurs

L'objet de la garantie « RC exploitation » est donc classiquement appréhendé et conçu en dehors de l'appréciation du risque de « fonctionnement » et « d'organisation » de l'entreprise.

En cas de reconnaissance d'une responsabilité civile de la personne morale pour défaut d'organisation et de fonctionnement, se pose donc la question de l'appréhension par l'assureur de ce risque, au stade de la souscription. En effet, quid de la capacité de l'assureur de RCG d'apprécier le risque organisationnel et fonctionnel de la personne morale ?

Cette difficulté se trouvera également du côté du magistrat. Le juge sera-t-il amené à juger les choix et l'organisation de l'entreprise ? Comment appréciera-t-il si l'organisation est suffisante et effective ? Quels seront ses moyens d'investigation et sa connaissance des différents modèles organisationnels dans un monde en perpétuelle évolution ?

- Un risque à la frontière du risque d'entreprise

La FFA s'interroge, à cet égard, sur la nature même du risque organisationnel et fonctionnel de la personne morale. Si la question de l'objectivation de ce risque se pose pour le juge au stade de l'appréciation du manquement, elle se pose également pour l'assureur, au stade de la souscription.

En effet, la mise en œuvre d'une structure d'organisation ou de fonctionnement ne relève-t-elle pas, par définition, d'un choix de ses objectifs et des moyens mis en œuvre par la personne morale, au titre de son « risque d'entreprise » ?