

Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile

Geneviève Viney, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

L'essentiel

Parmi les réformes souhaitables du droit de la responsabilité, quelques-unes paraissent particulièrement utiles. Il s'agit notamment de la reconnaissance d'une forme nouvelle de dommages-intérêts qui tendraient à la restitution par le responsable des profits que lui a procurés son activité illicite. Une autre réforme consisterait à achever l'évolution, déjà largement amorcée, vers une rationalisation de l'indemnisation judiciaire du dommage corporel. Enfin, la création d'une action de groupe destinée à encadrer la réparation des dommages de masse permettrait de sanctionner certains comportements illicites qui ne le sont pas actuellement et d'organiser une réparation plus égalitaire et moins coûteuse que celle que permettent les actions individuelles.

En matière de responsabilité civile, on a beaucoup réfléchi aux différentes conditions qui président à sa mise en oeuvre.

Les débats les plus animés ont concerné le fait générateur. Devait-on s'en tenir à la seule responsabilité pour faute que connaît le code civil ? Dans quelle mesure fallait-il introduire la notion de risque ou d'atteinte à un droit fondamental afin de créer de nouveaux faits générateurs prenant des libertés avec l'exigence de la faute ? Ce débat a occupé la doctrine et la jurisprudence pendant plus d'un siècle.

La notion de dommage a également suscité des controverses et des difficultés considérables. Le dommage se définit-il comme une atteinte à un droit ou à un simple intérêt ? Quels sont les intérêts dignes de protection et dont l'atteinte justifie la mise en jeu d'une responsabilité ? Convient-il d'admettre la réparation de toute forme de dommage, même purement économique ou moral, ou, au contraire, apporter certaines limitations pour des raisons économiques, voire morales ? Sur ces points encore, les débats ont fait rage pendant tout le XX siècle.

La causalité enfin a donné lieu à des études nombreuses qui ont développé des conceptions et des théories dont aucune n'a été retenue à titre exclusif mais qui ont toutes contribué à façonner des solutions assez complexes et nuancées.

Les conditions de la responsabilité ont ainsi très longtemps occupé le devant de la scène. En revanche, ses effets ont été moins approfondis. Jusqu'à la fin du XX siècle, on s'en est en effet généralement tenu à une conception assez simpliste axée uniquement vers l'objectif de réparation. Or, on s'aperçoit aujourd'hui que cette vision est réductrice et qu'il importe de faire place également à d'autres fonctions, telles que la prévention, l'incitation, la dissuasion, voire le rétablissement de la situation antérieure à l'acte dommageable.

Quant à la réparation elle-même, sa mise en oeuvre a suscité également des critiques et des réflexions. On s'est rendu compte en effet que, pour certains dommages, en particulier le dommage corporel et l'ensemble des dommages collectifs ou de masse, elle est restée jusqu'à présent très approximative, incertaine et inégalitaire, de sorte que des réformes apparaissent nécessaires.

Certaines d'entre elles pourraient résulter de simples évolutions jurisprudentielles. C'est le cas notamment de la place qu'il conviendrait de faire aux mesures susceptibles de remplacer avantageusement l'indemnisation pécuniaire lorsque celle-ci s'avère inadaptée. Par exemple, le recours aux différentes formes de réparation en nature, à l'injonction de faire ou encore à la cessation de l'illicite, pourrait être plus développé.

En revanche, pour d'autres réformes, une intervention législative serait nécessaire, ce qui impose évidemment une réflexion préalable approfondie. Parmi elles, on peut en signaler au moins trois qui suscitent actuellement des débats très animés et même parfois passionnés.

L'une d'elles consisterait à introduire en droit français des dommages et intérêts non compensatoires, à portée punitive, dissuasive ou incitative ou qui seraient destinés à confisquer un profit illicite (I).

Une autre proposition apparemment moins novatrice, mais dont l'utilité pratique est évidente, s'attacherait à rationaliser et à rendre plus égalitaire l'indemnisation du dommage corporel (II).

Enfin des opinions de plus en plus nombreuses ont été exprimées ces dernières années en faveur de l'aménagement d'une action de groupe ou d'un recours collectif afin d'encadrer les demandes tendant à la réparation des dommages collectifs ou de masse. Or, cette action de groupe pourrait, lorsqu'elle est exercée, entraîner des conséquences sur les réparations octroyées aux victimes de ces dommages collectifs (III).

Ce sont les trois thèmes qui vont être développés.

I - L'introduction en droit français des dommages-intérêts non compensatoires

*Un débat* s'est depuis longtemps engagé au sujet de l'utilité de cette réforme (A) et les arguments échangés entre partisans et adversaires sont de nature à apporter des éléments à la construction du *régime juridique de ces dommages-intérêts*, si on les admet (B).

A - Les partisans de l'introduction en droit français des dommages-intérêts non compensatoires font valoir son utilité dans deux cas de figure bien différents, celui de la « faute lucrative » et celui d'une faute particulièrement grave et délibérée.

En cas de faute lucrative, c'est-à-dire d'une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne sont pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés(1), il est clair que le maintien d'une application rigoureuse du principe dit « de la réparation intégrale ou d'équivalence entre dommage et réparation » enlève à la responsabilité civile toute portée dissuasive. Bien plus, il incite l'auteur de l'activité préjudiciable à autrui à poursuivre celle-ci dont il continue à tirer avantage. Or, ces situations sont fréquentes. Le cas de la contrefaçon est particulièrement emblématique à cet égard(2), mais on peut faire la même constatation à propos de la concurrence déloyale, des pratiques restrictives de concurrence, des atteintes aux droits de la personnalité par la voie de la presse, de certaines atteintes à l'environnement et de la méconnaissance des règles de sécurité et d'information imposées aux professionnels lorsque le respect de ces règles apparaît plus coûteux que ne le seront vraisemblablement les réparations qu'exigeront les victimes. Le calcul coût-avantage peut alors conduire les moins scrupuleux à passer ces condamnations éventuelles par pertes et profits et à persévérer sciemment dans la même voie. Ajouter à la réparation des dommages une condamnation à restituer le profit illicite paraît alors non seulement souhaitable, mais même nécessaire pour mettre obstacle à un tel calcul.

En revanche, lorsque le caractère « lucratif » de la faute n'est pas établi, mais que celle-ci est très grave et délibérée, une condamnation dépassant la valeur des dommages effectivement causés ne saurait se justifier par cet objectif, mais elle peut avoir, si du moins elle n'est pas couverte par l'assurance, une portée punitive et incitative contribuant à renforcer la fonction normative de la responsabilité civile dont l'effacement est souvent déploré aujourd'hui(3).

Ce sont ces considérations qui sont le plus souvent mises en avant pour inciter à faire place en droit français aux dommages-intérêts dits « punitifs »(4) bien que ce qualificatif ne convienne pas réellement à ceux qui sont destinés à confisquer le profit illicite.

Toutefois, ces raisons sont loin d'emporter la conviction de tous. Très nombreuses sont en effet *les objections opposées par les adversaires de cette innovation*.

Rituellement, ceux-ci invoquent la contradiction avec le principe de la réparation intégrale, fondement essentiel du droit français de la responsabilité civile. A quoi on peut répondre que les « principes » juridiques sont faits pour servir la justice et non l'inverse. Lorsqu'un principe révèle son insuffisance, il doit donc être nuancé ou écarté dans les cas où son application conduit à des résultats inadéquats.

Une autre objection, *a priori* plus solide, tient à l'existence d'autres remèdes étrangers à la responsabilité civile qui seraient aptes à remplir les fonctions que l'on attache à ce type de condamnation.

On pense d'abord évidemment au droit pénal qui, dans de nombreux cas, suffit à dissuader de commettre des fautes délibérées. Toutefois, on constate que le principe de « légalité des délits et des peines » fait obstacle, dans certains domaines, à son efficacité, soit parce que certaines des fautes commises ne sont pas incriminées pénalement, soit parce que les peines prévues par la loi se révèlent insuffisantes pour dissuader les auteurs des activités les plus lucratives. Dans ce cas là, pourquoi ne pas donner au droit civil un rôle complémentaire de celui qui est habituellement confié au droit pénal ?

Il est vrai que la loi prévoit également parfois des « amendes civiles » qui jouent éventuellement ce rôle(5), mais ces amendes sont plafonnées, ce qui, comme pour la sanction pénale, atténue leur efficacité lorsque l'activité préjudiciable est très lucrative. Les adversaires des dommages et intérêts non compensatoires évoquent également d'autres procédés qui ont cours à l'étranger, comme, par exemple, les « actions en remise de gain » ou pour « enrichissement illégitime »(6) du droit suisse et du droit allemand, mais, outre que ces actions ne protègent, semble-t-il, que les droits de la personnalité, leur introduction en droit français serait vraisemblablement tout aussi perturbatrice, sinon davantage, que celle des dommages et intérêts non compensatoires.

Quant à « l'action en cessation » que connaît depuis longtemps le droit allemand de la concurrence déloyale et qui a été introduite en droit français par la loi du 17 juillet 1970 en matière de protection de la vie privée et prospère aujourd'hui dans le domaine de la concurrence déloyale grâce au référé concurrence(7), elle est fort utile et mériterait de voir son domaine généralisé, mais elle ne vise que l'avenir et laisse donc subsister les avantages que l'auteur de la faute a tirés de son activité illicite avant qu'elle ne soit exercée.

L'existence de moyens concurrents tendant à sanctionner notamment les fautes lucratives ne retire donc pas son intérêt à l'introduction de dommages et intérêts non compensatoires qui pourraient être ordonnés à défaut ou en complément de ceux-ci.

Toutefois, on dénonce également volontiers un « mélange des genres » entre droit civil et droit pénal en soulignant que ces dommages et intérêts sont assimilables à une sanction pénale alors que leur prononcé n'est pas soumis aux garanties qu'offre le droit pénal(8). Cette critique mérite d'être prise en considération, mais elle ne fait pas obstacle au principe même des dommages-intérêts non compensatoires car il existe bien d'autres sanctions de nature administrative, disciplinaire ou civile, qui y sont exposées de la même manière. Elle commande, en revanche, leur aménagement dans le respect des principes constitutionnels et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme(9), comme nous le verrons.

Un autre reproche, couramment admis, aux dommages et intérêts non compensatoires consiste à souligner qu'ils risquent de procurer à la victime un enrichissement injustifié et qui, en matière de concurrence, présenterait l'inconvénient supplémentaire de lui donner un avantage sur ses concurrents(10).

A vrai dire, ce reproche doit être relativisé car les frais du procès absorbent au moins en partie les avantages que le demandeur peut en tirer. Par ailleurs, lorsque le profit illicite est obtenu au détriment exclusif de la victime, comme ce peut être le cas en matière de contrefaçon, la restitution intégrale de ce profit apparaît légitime.

En revanche, il est des cas dans lesquels le demandeur n'est pas le seul à souffrir des agissements illicites provoqués par la faute. L'octroi du bénéfice de la condamnation au seul demandeur peut alors apparaître injustifié et on peut donc songer à réserver une partie de ces dommages-intérêts au Trésor public ou à un fonds qui est en charge des intérêts auxquels la faute a porté préjudice. Mais, ici encore, il ne s'agit pas d'une objection pertinente au principe même des dommages et intérêts non compensatoires. C'est seulement une considération qui doit être prise en compte pour l'aménagement de leur régime(11).

Enfin, très souvent, les adversaires des dommages intérêts non compensatoires évoquent le risque d'arbitraire dans le calcul de ceux-ci et, plus précisément, ils dénoncent les excès qui sont imputés, à tort ou à raison, aux juges et surtout aux jurys américains lorsqu'ils recourent à ce procédé. Mais il semble bien que ces excès n'aient été jusqu'à présent constatés qu'aux Etats-Unis où ils sont expliqués par certaines particularités de la procédure et où ils ont d'ailleurs été censurés par la Cour suprême, une première fois en 1996(12) et, à nouveau, en 2001(13). En revanche, dans les autres pays qui ont admis officiellement les dommages intérêts non compensatoires, les juges paraissent en avoir fait jusqu'à présent un usage raisonnable. C'est le cas notamment au Québec et dans les autres provinces canadiennes qui pourtant se sont largement inspirées de l'exemple américain(14). Cette objection, comme les précédentes, ne condamne donc pas ce type de dommages et intérêts, mais il incite simplement à la prudence dans la mise au point de leur régime.

D'ailleurs, la prétendue incompatibilité des dommages-intérêts non compensatoires avec les principes du droit français est explicitement démentie en matière de contrefaçon. En effet, la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 transposant la directive européenne du 29 avril 2004 a édicté plusieurs dispositions(15) qui, pour l'évaluation des dommages et intérêts, ouvrent une alternative dont les deux termes font place officiellement au profit illicite réalisé par le contrefacteur et permettent au demandeur d'inclure la restitution de ce profit intégralement ou forfaitairement dans la somme que celui-ci devra verser(16). Or, ainsi que l'a souligné un commentateur, « ce n'est pas parce que l'auteur du délit fait des profits importants que la victime souffre plus » et « à l'inverse, si le délit n'est pas lucratif, la victime n'en subit pas moins un dommage »(17). Le principe d'équivalence entre dommage et réparation est donc d'ores et déjà partiellement mis de côté en droit français et cette innovation, qui s'est imposée pour des raisons d'efficacité dans le domaine de la contrefaçon(18), « pourrait être appelée à retentir... sur le droit commun de la responsabilité civile »(19).

En outre, il est évident que, dans certains domaines, ce principe est devenu, depuis longtemps, purement théorique. C'est le cas pour l'indemnisation des dommages moraux, qui n'ont, par définition, pas d'équivalent pécuniaire, et même pour celle des dommages économiques dont l'importance est impossible à chiffrer, ce qui est fréquent en matière de concurrence déloyale ou illicite. Sous le couvert du « pouvoir souverain » qu'elle reconnaît aux juges du fond pour chiffrer le préjudice, la Cour de cassation approuve en effet, dans ces hypothèses, de très nombreuses condamnations à des dommages et intérêts n'ayant aucune portée réellement indemnitaire ou compensatoire, mais qui tendent soit à confisquer un profit illicite, soit à punir un comportement jugé répréhensible. Or, cette situation n'est pas saine car elle favorise l'arbitraire judiciaire et l'inégalité entre justiciables. C'est pourquoi on ne peut que souhaiter une légalisation des dommages-intérêts non compensatoires permettant un véritable encadrement juridique de ces condamnations.

D'ailleurs, la question est aujourd'hui clairement posée en doctrine(20) et un texte a été proposé dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations présenté par le professeur Pierre Catala. Aux termes de cette disposition, « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la

faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ».

Bien qu'elle ait été très critiquée de divers côtés, cette proposition a été relayée, sous une forme d'ailleurs sensiblement différente, par un groupe de travail issu de la commission des lois du Sénat qui a publié en juillet 2009 un rapport d'information intitulé « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires »(21). Après un rappel des arguments échangés, la commission a conclu que des dommages-intérêts punitifs pourraient être admis dans certains contentieux spécialisés tels celui des atteintes au droit à l'image et à l'honneur, aux droits de propriété intellectuelle ainsi qu'en droit de la concurrence et de la consommation.

De ce débat relatif à la possibilité et à l'utilité d'introduire en droit français le concept de dommages et intérêts non compensatoires, on tirera deux conclusions.

La première est que cette innovation serait surtout utile en cas de faute lucrative afin d'autoriser la restitution ou la confiscation du profit illicite. C'est dans cette hypothèse en effet que ces dommages-intérêts combleraient une véritable lacune de notre droit positif car aucun autre mécanisme ne permet pour l'instant de remplacer cette fonction sur un plan général. En revanche, les dommages et intérêts purement « punitifs » paraissent moins nécessaires car la plupart des fautes très graves font d'ores et déjà l'objet de sanctions pénales, civiles, disciplinaires ou administratives.

La seconde conclusion est que l'existence en droit français de dommages et intérêts non compensatoires est déjà une réalité dans certains domaines, mais qu'elle demeure occultée à la fois par une partie de la doctrine qui s'obstine à la nier et par la jurisprudence de la Cour de cassation qui la dissimule derrière le pouvoir souverain accordé aux juges du fond pour évaluer les dommages et intérêts. Or, cette situation fait obstacle à la mise au point d'un véritable encadrement juridique. Il paraît donc souhaitable que le législateur se saisisse de la question afin de doter les dommages-intérêts non compensatoires d'un régime juridique approprié.

B - Or, précisément, *ce régime ne peut pas être identique lorsque ces dommages-intérêts sont destinés à confisquer un profit illicite ou à punir une faute particulièrement grave*. Ces deux objectifs appellent en effet des règles profondément différentes.

1°) La première différence concerne *la faute requise*. Seule une faute « lucrative » peut en effet justifier une condamnation à restituer le profit illicite alors que cette condition ne s'impose nullement pour infliger une condamnation à portée strictement punitive qui ne peut se justifier qu'en fonction de la gravité particulière de cette faute et de la nocivité qu'elle révèle.

La faute « lucrative », que la loi devrait désigner comme telle, exige une recherche d'intention qui peut être délicate et il n'est donc pas exclu que les tribunaux soient amenés, dans leur travail d'interprétation, à poser des présomptions de fait concernant telle ou telle activité qui se prête particulièrement à un calcul préalable des pertes et profits.

Cette faute doit-elle être nécessairement de nature délictuelle ? Aucune raison ne l'impose et on constate d'ailleurs que c'est à propos des clauses limitatives de responsabilité dans les contrats d'affrètement maritime que l'expression « faute lucrative » a été employée pour la première fois par la Cour de cassation au début du XX siècle(22) et qu'en droit anglais c'est un *breach of contract* qui a donné à la Chambre des lords l'occasion de consacrer en 2001 « une nouvelle variété de dommages-intérêts fondés non plus sur l'existence d'un préjudice, mais sur le profit tiré de la faute »(23).

2°) Quant aux *garanties à prévoir au profit du défendeur*, elles dépendent également de l'objet de la demande.

Lorsque la victime cherche à infliger une véritable « peine privée » à l'auteur du dommage, il paraît naturel d'imposer le respect des garanties que les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoient en matière pénale car il semble bien que la « peine privée » relève de cette matière au sens où l'entend la Convention(24).

En revanche, tel n'est pas le cas pour la restitution d'un profit illicite qui n'a aucun caractère punitif et s'apparente davantage à la restitution d'un paiement indu ou d'un enrichissement sans cause ou encore à la cessation de l'illicite. Or, toutes ces mesures relèvent du droit civil.

3°) L'opposition entre les deux catégories de dommages et intérêts non compensatoires se manifeste encore à propos du *calcul du montant de la condamnation*.

Certes, quel que soit leur objectif, ces dommages-intérêts doivent respecter le principe de proportionnalité, nécessaire pour éviter les excès et les dérives(25), mais les critères permettant d'apprécier si ce principe a été respecté ne sont pas les mêmes pour la restitution du profit illicite qui doit se calculer uniquement en fonction de celui-ci (sans d'ailleurs qu'il y ait lieu de limiter la restitution à une partie de l'avantage réalisé, comme le permettrait l'article 120 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats proposé par le professeur Terré), et pour une condamnation à des dommages et intérêts strictement punitifs, ceux-ci devant être mesurés essentiellement à la gravité de la faute et à l'importance des facultés contributives du responsable.

Dans tous les cas, le plafonnement à une somme calculée en fonction des dommages et intérêts compensatoires (double ou triple, comme dans certains systèmes étrangers) paraît arbitraire, à moins qu'elle n'ait été acceptée à l'avance dans le cadre d'une clause pénale.

4°) L'une des questions qui se posent à propos du régime des dommages-intérêts non compensatoires est celle de *la marge de liberté qu'il convient de laisser au juge* saisi d'une telle demande. Or, ici encore, il convient de distinguer selon l'objet de la demande formulée.

S'il s'agit d'une véritable peine privée destinée à sanctionner la faute, il semble naturel de laisser au juge un pouvoir d'appréciation. En revanche, lorsque le demandeur exige la restitution du profit illicite causé par une faute lucrative, une telle liberté devrait, semble-t-il, être écartée. En effet, on ne voit pas ce qui peut justifier de laisser au défendeur tout ou partie d'un avantage qu'il s'est procuré de façon illicite. De même que la « cessation de l'illicite », qui peut être demandée à titre de réparation en nature, tend à s'imposer au responsable dès lors qu'elle est possible(26), de même doit-on admettre que ce dernier soit contraint de restituer le fruit qu'il a tiré d'une activité illicite, sans que le juge soit autorisé à l'en dispenser.

5°) La distinction entre dommages et intérêts « restitutoires » et dommages et intérêts « punitifs » au sens strict se manifeste encore à propos de *la possibilité de faire prendre en charge la condamnation par l'assurance*. Alors que cette garantie paraît exclue lorsqu'il s'agit d'une véritable peine privée car elle retirerait son efficacité à la sanction, elle est, en revanche, tout à fait acceptable lorsque la condamnation tend à la restitution d'un profit illicite.

6°) Quant à *l'attribution ou à l'affectation des dommages et intérêts non compensatoires*, la logique conduit également à proposer de distinguer.

En effet, il n'y a pas d'objection sérieuse à admettre l'attribution intégrale à la victime de la somme correspondant à la restitution du profit illicite, du moins lorsque ce profit, en principe réservé à celle-ci, a été détourné par l'auteur de la faute, ce qui est généralement le cas lorsqu'il y a eu atteinte à un droit de propriété incorporelle. En revanche, si ce profit aurait été vraisemblablement partagé avec d'autres, comme en matière de concurrence déloyale, ou n'aurait pas été réalisé, comme en matière de presse, on conçoit fort bien que la somme soit attribuée pour partie à un fonds destiné à gérer l'intérêt qui a été atteint ou, à défaut, au Trésor public.

Un tel partage est également envisageable pour les dommages et intérêts à portée exclusivement punitive.

7°) Finalement, la question la plus délicate à propos de l'aménagement du régime juridique des dommages et intérêts non compensatoires consiste à déterminer leur *domaine d'application*. Convient-il de limiter celui-ci à certains contentieux particuliers, comme le suggère la Commission sénatoriale dans son rapport publié en 2009, ou bien est-il préférable de prévoir un texte de portée générale relevant du droit commun de la responsabilité civile, comme le propose l'avant-projet Catala de 2005 ?

L'examen des droits étrangers laisse *a priori* perplexe à cet égard car, si l'on constate que dans certains des pays où les dommages et intérêts « punitifs » ou « exemplaires » sont pratiqués officiellement, le domaine réservé à ceux-ci est limité à certaines matières(27), ce n'est pas le cas général(28), et d'ailleurs la comparaison entre ces systèmes juridiques montre que les contentieux visés ne sont pas les mêmes d'un pays à l'autre(29).

Ici encore, pour mettre en place un système cohérent, il paraît nécessaire de tenir compte de l'objet de la condamnation. S'agissant de la restitution du profit illicite procuré par une faute lucrative, on voit mal quelle raison permettrait d'exclure par principe tel ou tel contentieux. Certes, il existe des domaines dans lesquels les fautes lucratives sont particulièrement fréquentes (le droit de la presse, le droit de la concurrence, l'exploitation des biens protégés par un droit de propriété incorporelle), mais l'expérience prouve que de telles fautes peuvent être caractérisées dans d'autres domaines, par exemple le transport(30), la fabrication et la commercialisation des produits(31). Or, l'utilité d'une condamnation à restituer le profit illicite est tout aussi évidente dans ces différentes situations. En revanche, il paraît tout à fait possible de limiter les dommages-intérêts strictement punitifs aux fautes commises dans le cadre de certaines activités. L'analogie avec la sanction pénale conduit même à envisager favorablement ce rapprochement avec le principe de « légalité ».

En définitive, il semble que si la reconnaissance officielle par le droit français des dommages-intérêts non compensatoires ne se heurte à aucun obstacle majeur, elle est surtout utile pour garantir la restitution des profits illicites provoqués par les fautes lucratives et que, pour doter ces dommages-intérêts d'un régime juridique approprié, il est nécessaire de dissiper l'ambiguïté qui existe aujourd'hui autour du concept de dommages-intérêts punitifs en distinguant nettement ceux-ci des dommages-intérêts destinés à restituer ou à confisquer le profit illicite.

On peut donc souhaiter une intervention législative qui marquerait cette différence et obligerait le juge à distinguer, dans sa décision, les sommes qu'il alloue respectivement pour la compensation du dommage, pour la restitution du profit illicite et, dans les cas où un texte spécial l'autorise, pour la punition du coupable.

## II - La rationalisation de l'indemnisation judiciaire du dommage corporel

A - *Le diagnostic porté sur l'indemnisation judiciaire du dommage corporel en France est généralement mitigé.* On reconnaît volontiers que les tribunaux ont fait preuve d'inventivité, sous l'impulsion des avocats des victimes, pour détailler les chefs de préjudice indemnifiables, ce qui *a priori* favorise une indemnisation généreuse puisque le seul principe que la jurisprudence ait posé, à partir des textes du code civil, silencieux en la matière, est le principe dit de « réparation intégrale » ou d'équivalence entre dommage et réparation. Toutefois, à y regarder de plus près, on constate que cette indemnisation est affectée de défauts graves car elle est à la fois imprévisible pour les justiciables et fondamentalement inégalitaire.

Les raisons de ces dysfonctionnements sont d'ailleurs faciles à déceler.

La principale tient au caractère excessivement vague du principe de réparation intégrale qui aurait nécessité des précisions aussi bien quant à la liste des chefs de préjudice indemnifiables que quant aux modalités de l'indemnisation. Or, ce qui est frappant, c'est que la Cour de

cassation s'est montrée très timide et frileuse dans ce domaine. Elle a posé en principe que les juges du fond sont souverains aussi bien pour constater la réalité de tel ou tel chef de préjudice et le déclarer indemnisable que pour évaluer l'indemnité destinée à le compenser et elle a donné une portée très large à ce pouvoir souverain, allant même jusqu'à refuser de censurer les juges du fond ayant fait une évaluation globale « toutes causes de préjudice confondues » et à les dispenser de toute indication sur les méthodes employées pour calculer l'indemnité.

Cette pratique a conduit à affecter l'indemnisation d'une très grande insécurité. Or, cet inconvénient est particulièrement évident pour le dommage corporel dont les conséquences sont extrêmement variées tant sur le plan patrimonial (frais divers de soins, de rééducation, de logement, pertes de gains et de capacité de gains, perte du soutien matériel d'un proche, etc.) que sur le plan extra-patrimonial (perte des capacités physiques ou préjudice fonctionnel ou biologique, douleur physique et morale, préjudice esthétique, d'agrément, d'affection...).

Ce risque d'insécurité a d'ailleurs été aggravé par l'ampleur du champ d'application que les tribunaux ont donné au principe de réparation intégrale. Ils n'ont pas hésité en effet à y soumettre même les préjudices non économiques ou moraux, qui sont particulièrement nombreux et importants en cas d'atteinte corporelle, alors que, de toute évidence, il leur est inadapté, une somme d'argent étant incapable de compenser « intégralement » un préjudice de cette nature avec lequel elle ne présente aucune commune mesure. De fait, cette soi-disant mise en oeuvre du principe de réparation intégrale est purement théorique et de façade. Elle ne sert qu'à éviter la censure de la Cour de cassation qui ne s'exerce précisément que sur les motifs par lesquels les juges avoueraient explicitement s'être attachés à d'autres considérations que l'ampleur réelle du dommage pour calculer l'indemnité. En réalité, les tribunaux se réfèrent, sans le dire, à des barèmes, ou référentiels et, pour éviter d'être démentis en appel, ils adoptent ceux qui ont été établis et sont appliqués par la cour d'appel dont ils relèvent. Ainsi se sont constitués, au moins pour l'indemnisation des préjudices non économiques, *des jurisprudences régionales* que la Cour de cassation n'a pas cherché à unifier, ce qui a créé une réelle inégalité entre justiciables et une insécurité supplémentaire liée au caractère elliptique des motifs invoqués à l'appui des évaluations.

Ces griefs d'insécurité, d'inégalité et d'arbitraire adressés aux règles qui président à l'indemnisation judiciaire du dommage corporel sont connus depuis longtemps, mais jusqu'à présent ils n'ont pas provoqué la réforme d'ensemble qu'ils appellent.

Ce n'est pas à dire cependant qu'il n'y ait eu aucune évolution, mais celle-ci s'est amorcée de façon biaisée, sous l'influence d'un facteur extérieur à l'indemnisation proprement dite. C'est en effet l'imputation sur l'indemnité due à la victime des recours des organismes sociaux ayant versé des prestations à la personne lésée qui en a été l'origine. En effet, après une période durant laquelle cette imputation a été admise sur la totalité de l'indemnité, ce qui avait pour conséquence de priver souvent les victimes, notamment en cas de responsabilité seulement partielle, de la plus grande partie des sommes auxquelles le responsable avait été condamné, même pour des préjudices que les prestations sociales n'avaient pas pour objet de compenser, le législateur est intervenu. Il l'a fait d'abord le 2 décembre 1973 à propos des seuls recours de la sécurité sociale, puis, le 5 juillet 1985, pour l'ensemble des recours des tiers payeurs. L'objet de ces dispositions consistait à limiter l'impact de ces recours en laissant en toute hypothèse à la victime « la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées, au préjudice esthétique et d'agrément », ainsi que celle « correspondant au préjudice moral des ayants droit ». Ces dispositions ont donc obligé les juges à ébaucher une ventilation des chefs de préjudice en séparant, dans la décision de condamnation, la part de l'indemnité correspondant aux préjudices qualifiés de « personnels », sur laquelle ne pouvaient plus s'imputer les recours des tiers payeurs, de celle qui indemnisait les autres chefs de préjudice, qui pouvaient être absorbés par ces recours.

Toutefois, cette ventilation restait très imparfaite car l'imputation des recours des tiers payeurs continuait à s'opérer globalement sur la part de l'indemnité afférente aux préjudices autres que ceux qui étaient spécialement qualifiés de « personnels » par la loi. Cette solution

était critiquée car elle ne permettait pas de garantir que les prestations récupérées par les tiers payeurs avaient pour objet unique de compenser les préjudices dont les recours amputaient l'indemnisation.

B - Ces critiques, jointes à celles auxquelles il a déjà été fait allusion concernant l'insécurité et l'inégalité de traitement entre justiciables, ont amené à envisager une réforme plus globale. Une commission a donc été nommée par le ministre de la Justice qui en a confié la présidence à M Lambert-Faivre. Le rapport élaboré par cette commission a été présenté en juin 2003. Il prévoyait d'abord une liste détaillée de chefs de préjudice méritant réparation à la suite d'un dommage corporel. Quant à l'imputation des recours des tiers payeurs, il préconisait différentes améliorations et, en particulier, de réaliser désormais cette imputation « poste par poste », chaque prestation sociale étant imputée sur la part de l'indemnité correspondant au préjudice que cette prestation avait pour objet de compenser. Enfin, il se prononçait en faveur d'une évaluation référencée des préjudices non économiques et donnait des indications pour la mise au point d'un « référentiel indicatif national, statistique et évolutif » pour évaluer le préjudice fonctionnel ou biologique correspondant à la perte des capacités physiques.

Ce rapport n'a pas été suivi d'effet dans l'immédiat et la Cour de cassation a même paru en faire fi par un arrêt d'assemblée plénière du 19 décembre 2003(32).

Pendant, le mouvement de réforme n'a pas été entièrement stoppé car la Cour de cassation a elle-même nommé en son sein une commission dont la mission était plus restreinte que celle de la commission Lambert-Faivre puisqu'elle consistait uniquement à établir une nomenclature des chefs de préjudice susceptibles de résulter d'un dommage corporel. Cette commission, dirigée par le président J.-P. Dintilhac, a déposé son rapport en juillet 2005 et ce rapport a été aussitôt diffusé auprès de toutes les juridictions françaises, le ministre de la Justice ayant exprimé le souhait que la liste établie soit désormais utilisée sur l'ensemble du territoire.

Par ailleurs, le 21 décembre 2006, le législateur est intervenu pour modifier à nouveau les modalités du recours des tiers payeurs en imposant les réformes proposées à ce sujet par la commission Lambert-Faivre et, en particulier, l'imputation de ces recours « poste par poste sur les seules indemnités qui réparent les préjudices que les tiers payeurs ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel ».

Cette réforme rend donc désormais nécessaire une ventilation détaillée des chefs de préjudice pour laquelle les travaux des commissions Lambert-Faivre et Dintilhac sont particulièrement utiles.

Elle oblige également les tribunaux à rechercher la finalité de chaque prestation sociale afin d'imputer celle-ci sur la part d'indemnité correspondant à la réparation du préjudice qu'elle a pour objet de compenser. Or, ce travail d'interprétation s'avère, comme on pouvait d'ailleurs s'y attendre, particulièrement délicat. Notamment, un contentieux s'est d'ores et déjà développé à propos des rentes d'accidents du travail et des pensions d'invalidité dont la Cour de cassation a constaté qu'elles ont une double finalité car elles réparent à la fois le préjudice professionnel et le préjudice fonctionnel ou biologique, ce qui l'a conduite à juger, notamment le 11 juin 2009, que le recours des tiers payeurs (Sécurité sociale ou Etat) doit s'imputer d'abord sur la part d'indemnité afférente au préjudice professionnel, mais aussi ensuite sur celle qui correspond au déficit fonctionnel permanent et que, dans l'hypothèse où aucun préjudice professionnel n'est constaté, la déduction doit se faire intégralement sur la part d'indemnité correspondant au préjudice fonctionnel ou biologique(33).

On note donc quelques changements qui répondent à des critiques ponctuelles, mais on est loin de la réforme d'ensemble qui serait nécessaire afin de rationaliser et de rendre plus égalitaire l'indemnisation du dommage corporel.

C - *Que reste-t-il à faire pour parvenir à ce résultat ?*

1°) La première réforme serait la plus facile à réaliser car nous disposons d'ores et déjà des

outils nécessaires. Elle consisterait à *rendre obligatoire, sur l'ensemble du territoire national, la référence à une nomenclature unique des préjudices corporels indemnisables*. Cette nomenclature pourrait être celle qu'a établie la commission Dintilhac car c'est celle qui est aujourd'hui la plus connue et la mieux acceptée par l'ensemble des juridictions françaises, mais il n'est pas non plus interdit de penser que certaines modifications pourraient être apportées à cette liste si elle paraît présenter des lacunes ou, au contraire, être trop détaillée. C'est à l'autorité réglementaire qu'il incombe d'en décider.

Toutefois, certains pourraient considérer que cette réforme est inutile puisque d'ores et déjà la plupart des tribunaux se réfèrent à la liste Dintilhac. Mais je pense que l'argument ne porte pas car, tant qu'aucun texte n'a rendu cette nomenclature obligatoire, il ne peut être reproché aux juges de l'écarter ou de l'ignorer et la Cour de cassation ne peut en principe censurer cette attitude par une cassation.

Ce qui peut également faire hésiter, c'est la crainte de bloquer l'évolution vers la reconnaissance de nouveaux chefs de préjudice qui apparaîtraient et qui n'entreraient dans aucune des rubriques de la nomenclature officielle. Ce risque doit effectivement être pris en compte car la diversification des chefs de préjudice reconnus comme indemnisables à la suite d'un dommage corporel est constante et, récemment encore, de nouvelles variantes ont été admises, comme le « préjudice d'impréparation », à la suite du manquement au devoir d'information, la perte de l'espérance de vie, l'angoisse provoquée par un risque qui ne s'est finalement pas réalisé, etc. Toutefois, cet inconvénient pourrait être évité par une rédaction du texte suffisamment souple, prévoyant des rubriques assez ouvertes pour accueillir ces nouvelles manifestations du dommage. En outre, il serait souhaitable de prévoir une révision périodique (par exemple quinquennale) permettant d'intégrer les innovations qui sembleraient nécessaires.

2°) Une autre innovation, qui permettrait d'achever la réforme des recours des tiers payeurs, aurait pour objet *d'établir - également par décret - un tableau de concordance entre les différents chefs de préjudice énumérés par la nomenclature officielle et les diverses prestations sociales* qui peuvent être versées aux victimes à l'occasion d'un dommage corporel. Ce tableau permettrait l'imputation « poste par poste » des recours sans avoir à attendre l'issue des contentieux, qui promettent d'être abondants, concernant les finalités de chacune des prestations sociales.

3°) Une troisième réforme consisterait à *renforcer le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions des juges du fond concernant l'indemnisation du dommage corporel*. Cette réforme, à la différence des précédentes, n'exigerait pas la promulgation d'un texte. Elle pourrait résulter d'une simple évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Celle-ci devrait d'abord contrôler strictement le respect par les juges du fond de la nomenclature officielle en vérifiant que toutes les demandes fondées sur l'une des rubriques de cette nomenclature ont été examinées et qu'une réponse a été apportée à chacune. Elle devrait également condamner formellement la pratique de l'évaluation globale en censurant les décisions qui regroupent, pour les évaluer ensemble, plusieurs chefs de préjudice. Enfin, elle devrait exiger des juges du fond une motivation détaillée explicitant les méthodes qu'ils ont utilisées pour parvenir aux évaluations qu'ils ont faites.

4°) Toutefois la réforme essentielle - qui se heurtera inévitablement aux résistances les plus fortes - consisterait à revoir le domaine assigné au principe dit « de réparation intégrale » ou d'équivalence entre dommage et réparation en renonçant à y soumettre les chefs de préjudice qui n'ont pas d'équivalent pécuniaire. Autant en effet il est juste et indispensable de chercher à ajuster au mieux la somme allouée à la victime à la perte qu'elle a faite, lorsqu'il s'agit d'une perte patrimoniale (frais exposés, perte de gains ou d'espoirs de gains, perte du soutien matériel apportée par un proche...), autant cette recherche est vaine en ce qui concerne les chefs de préjudice qui n'ont aucun équivalent pécuniaire, ce qui est le cas pour la perte objective des capacités physiques - ce qu'on appelle également le préjudice fonctionnel ou

déficit fonctionnel ou préjudice biologique - et pour les préjudices purement moraux (peines et souffrances, préjudice d'agrément, préjudice esthétique, préjudice d'affection...). Pour tous ces chefs de préjudice, il convient, à notre avis, afin d'éviter ce qu'un auteur a appelé, à juste titre, « la loterie judiciaire », d'adopter des référentiels applicables uniformément sur l'ensemble du territoire national.

Pour le préjudice fonctionnel ou biologique, la mise au point de ce référentiel exige d'abord celle d'un barème d'invalidité unique fixant le pourcentage d'incapacité correspondant à chaque type de blessure. L'indemnité serait ensuite calculée pour chaque victime en confrontant ce chiffre à un référentiel de la valeur du point d'incapacité - également unique pour tout le territoire national - établi en fonction de l'âge du blessé.

En ce qui concerne les autres préjudices moraux (douleur physique ou morale, préjudice esthétique, préjudice d'agrément, préjudice d'affection), un référentiel unique appliqué par toutes les juridictions françaises est également nécessaire.

Ici encore, précisons-le, la tâche du législateur ou de l'autorité réglementaire ne présenterait aucune difficulté insurmontable car ces référentiels existent d'ores et déjà dans le ressort de chaque cour d'appel, même si, pour des raisons qui ont été évoquées, les décisions n'en font pas officiellement état. Il suffirait donc de choisir celui qui apparaît le meilleur pour chaque chef de préjudice et d'en généraliser l'application.

C'est à ce prix que l'on évitera « la loterie judiciaire », ce qui n'empêche nullement d'ailleurs de prévoir une révision périodique de ces référentiels pour tenir compte de l'évolution éventuelle des données sociales et économiques.

### III - Le réaménagement de la réparation des atteintes aux intérêts collectifs dans le cadre d'une action de groupe

Pour cerner ce thème, il est d'abord nécessaire de préciser ce que l'on entend par « action de groupe ». En effet, on peut rapprocher cette action de toutes sortes de procédures qui sont actuellement pratiquées en France avec un succès inégal : recours objectifs comme le recours pour excès de pouvoir ou l'action des associations de consommateurs en suppression des clauses abusives ou des pratiques illicites, action de substitution du syndicat, action des associations diverses en défense d'un intérêt collectif catégoriel ou d'une grande cause, action en représentation conjointe, action des comités de défense, etc. Toutes ces actions ont un objet particulier et elles permettent de lutter contre certaines atteintes à des intérêts collectifs. Mais ce ne sont pas de véritables actions de groupe, car ce qui caractérise celles-ci c'est qu'elles s'attaquent à ce qu'on appelle aujourd'hui des « dommages de masse », c'est-à-dire des dommages qui atteignent simultanément un très grand nombre de personnes - non identifiées à l'origine - et qui procèdent tous d'un fait ou d'une activité imputable au même auteur<sup>(34)</sup>. Elles ne cherchent pas - au moins en principe - à défendre l'intérêt collectif en lui-même, mais uniquement les intérêts des membres de la collectivité lésée. On ne s'intéressera donc ici qu'à ce type d'action qui, pour l'instant, n'existe pas en France et la question à laquelle on tentera de répondre est la suivante : l'action de groupe est-elle susceptible d'influencer la réparation des dommages de masse ?

*A priori*, cette question est insolite et on est tenté de répondre immédiatement par la négative. L'action de groupe est en effet une simple procédure. Elle ne doit donc pas influencer le fond du droit. Or, la réparation des dommages relève du droit substantiel.

Pourtant deux constatations s'imposent qui incitent à la réflexion sur ce point.

D'abord, l'action de groupe s'attaque très souvent à des dommages qui ne seraient pas réparés si elle n'existait pas, tout simplement parce qu'ils sont insignifiants au niveau individuel, de telle sorte qu'ils ne peuvent justifier des actions individuelles. Il y a déjà là une influence significative - même si elle est factuelle - sur la réparation.

Par ailleurs, on est frappé par le fait que, dans les systèmes qui connaissent de véritables

actions de groupe, les condamnations prononcées par les juges saisis de ces actions présentent des différences importantes avec celles que prononcent ordinairement les juges saisis d'actions individuelles en responsabilité. La réparation ordonnée - pour autant qu'il s'agisse d'une réparation - est affectée de particularités notables.

Il est donc intéressant d'analyser ces singularités (A) avant de s'interroger sur leurs raisons d'être et, par conséquent, sur les leçons que l'on peut en tirer pour l'aménagement d'une éventuelle action de groupe à introduire en droit français (B).

A - L'efficacité de l'action de groupe pour lutter contre les dommages de masse

C'est à partir de l'expérience de pays étrangers qui connaissent l'action de groupe (1°) que l'on peut porter une *appréciation critique sur l'utilité de cette technique au regard du particularisme des dommages de masse* (2°).

1°) Si l'on prend pour exemples la *class action* américaine et le « recours collectif » québécois qui sont les mieux connus en France, on constate qu'ils débouchent souvent sur le prononcé de condamnations qui ne relèvent pas des formes de réparation classiques pratiquées dans le cadre des actions individuelles en responsabilité.

Tout d'abord, elles ont très souvent pour objet soit exclusif, soit principal, le prononcé d'*injonctions* qui consistent à ordonner la cessation ou la modification de l'activité qui a provoqué le dommage de masse. Aux Etats-Unis, la règle 23 de la procédure civile fédérale adoptée en 1938 prévoit en effet explicitement que la *class action* peut être utilisée aussi bien pour le prononcé d'injonctions que pour l'octroi de dommages-intérêts. Quant à la loi québécoise de 1978, elle permet également au demandeur de limiter ses prétentions au prononcé d'injonctions. Lorsqu'il est fait usage de cette faculté, l'objet de l'action de groupe n'est pas alors réellement la réparation, mais plutôt la cessation ou la modification de l'activité qui a provoqué le dommage de masse.

Mais, ce qui apparaît plus remarquable encore, c'est que, même lorsque la demande porte sur des dommages et intérêts ou sur une compensation au sens large, celle-ci prend des formes souvent très différentes de celles que permettent ordinairement les actions individuelles en responsabilité civile. Non seulement en effet le représentant du groupe (ou de la classe) réclame souvent des dommages-intérêts punitifs, catégorie actuellement inconnue, du moins officiellement, en droit français, mais le juge utilise des procédés originaux que l'on désigne, en droit américain, par l'expression « réparation fluide » et, en droit québécois, par celle de « recouvrement collectif ».

a) La « réparation fluide » concerne surtout les affaires dans lesquelles l'identité de la majorité des victimes est inconnue. Elle consiste à condamner le défendeur au paiement d'une somme correspondant au montant global des préjudices qu'il a causés sans attribuer nommément cette somme aux victimes qui ont subi les effets du comportement qui a provoqué l'action de groupe.

C'est ce qu'a admis, par exemple, la Cour suprême de Californie en 1967 dans l'affaire des *taxis jaunes de Los Angeles* qui avaient pratiqué une hausse illicite des tarifs. Le juge a en effet ordonné une baisse de prix équivalente à la hausse illégale pendant la même période de temps, ce qui revient à confisquer le profit illicite réalisé par la compagnie de taxis défenderesse. Comme l'a souligné Louis Boré dans sa thèse(35), « cette solution se fondait sur le coût exorbitant qu'aurait demandé la recherche de l'identité de toutes les personnes qui avaient pris un de ces taxis pendant la période de hausse illicite et l'impossibilité pour la plupart d'entre elles de prouver le montant du prix illicite qu'elles avaient dû payer et sur l'idée que, la plupart des clients de ces taxis étant des clients réguliers, ce serait eux qui bénéficieraient de la baisse imposée ».

Certes, ce mode de réparation peut paraître déconcertant et, de fait, il a rencontré l'hostilité de certains tribunaux, mais il semble assez largement accepté aujourd'hui(36).

b) Au Québec, c'est la procédure dite de « *recouvrement collectif* » autorisée par l'article 1031 du code de procédure civile qui imprime une réelle originalité aux dommages-intérêts alloués dans le cadre du recours collectif.

Ce texte dispose que « le tribunal ordonne le recouvrement collectif si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres ; il détermine alors le montant dû par le débiteur même si l'identité de chacun des membres ou le montant exact de leur réclamation n'est pas établi ».

Ainsi, dans l'affaire *Viau c/ Syndicat canadien de la fonction publique*, qui a donné lieu à un arrêt rendu par la Cour supérieure du Québec en 1991, le requérant demandait 20 dollars de dommages-intérêts par usager pour réparer le préjudice qui leur avait été causé par une grève des transports en commun après 15 heures. Le tribunal a calculé que 52 310 passagers avaient emprunté les transports en commun après 15 heures pendant le mois de la grève. Il a multiplié 20 dollars par 50 000 et condamné le syndicat responsable de la grève illégale à 1 million de dollars de dommages et intérêts.

Le code de procédure civile québécois prévoit qu'une fois ce calcul fait, la somme peut être distribuée soit individuellement aux victimes, soit collectivement. En cas de distribution individuelle, l'argent est versé au greffe et les membres du groupe doivent transmettre à celui-ci le montant de leurs prétentions à moins que le tribunal n'ait ordonné le versement d'un forfait à chacun.

Lorsque le juge choisit la distribution collective, il peut ordonner l'exécution de toute mesure réparatrice de son choix, comme l'octroi de bons de rabais, la réduction temporaire des prix du défendeur, la diminution du montant du prochain abonnement des membres du groupe ou l'octroi du montant des indemnités à un organisme qui pourra en faire bénéficier les victimes. Ainsi, dans l'affaire *Viau*, le tribunal a ordonné au syndicat responsable de verser le million de dollars auquel il avait été condamné à la société de transport en commun afin qu'en contrepartie elle accorde un certain nombre de voyages gratuits à ses usagers.

On retrouve donc ici quelque chose qui ressemble fortement à la « réparation fluide » du droit américain. D'ailleurs, selon l'interprétation la plus couramment reçue de l'article 1031 du code de procédure civile québécois, le but de cette procédure de recouvrement collectif consiste à s'assurer qu'en toute hypothèse, même si tous les préjudices individuels ne sont pas établis avec certitude, le défendeur ne gardera pas les sommes perçues de façon illicite<sup>(37)</sup>. Dans les deux droits, l'idée est donc la même. Plutôt qu'une réparation des préjudices subis individuellement, ce qui est recherché, c'est la confiscation du profit illicite réalisé au détriment du groupe.

Ainsi, bien que l'action de groupe soit une simple procédure, force est de constater que, dans les systèmes juridiques qui la pratiquent, elle autorise des condamnations qui présentent une originalité certaine par rapport aux réparations ordinairement allouées par la voie des actions individuelles en responsabilité. Cette constatation amène donc à s'interroger sur le bien-fondé de ces solutions qui commandent lui-même l'opportunité d'une éventuelle transposition de l'action de groupe en droit français.

2°) A vrai dire, deux questions distinctes se posent à cet égard.

a) On peut d'abord se demander si les mesures prononcées par les juges américains et québécois dans le cadre de la *class action* ou du « recours collectif » sont totalement exotiques pour un juriste français, au point qu'il serait inenvisageable de les transposer dans notre droit. Or, il faut, me semble-t-il, distinguer, de ce point de vue, les injonctions et les condamnations pécuniaires.

L'injonction a pour objet essentiellement de faire cesser l'illicite en provoquant l'arrêt ou la modification de l'activité dommageable. En cela, elle se rapproche donc des mesures de cessation qui sont couramment prononcées aujourd'hui par le juge français à l'issue d'actions en responsabilité civile dans le cadre de la réparation en nature.

En revanche, les condamnations pécuniaires prononcées au titre de la « réparation fluide » ou du « recouvrement collectif » sont plus déroutantes, non seulement par leur forme, qui leur confère, au moins en apparence, un caractère assez approximatif, mais surtout par leur objet, qui n'est pas vraiment indemnitaire, mais plutôt, on l'a vu, confiscatoire. Ce qui est recherché, en effet, ce n'est pas la compensation exacte du dommage subi par chaque victime, mais d'abord la restitution par l'auteur de l'activité illicite du profit qu'il en a tiré. Certes, le profit ainsi confisqué est parfois redistribué aux victimes, mais il n'en est même pas toujours ainsi. En effet, les tribunaux américains en particulier admettent de plus en plus volontiers aujourd'hui qu'il soit versé en tout ou en partie à l'Etat ou à des organismes de bienfaisance ou au représentant du groupe pour le récompenser des efforts qu'il a faits et des risques financiers qu'il a pris<sup>(38)</sup>.

Sur ce point, l'action du groupe conduit donc à des solutions très éloignées de celles que commandent les règles de la réparation appliquées dans le cadre des actions individuelles en responsabilité civile.

b) Est-ce à dire que ces solutions soient dénuées de toute justification et qu'elles doivent être résolument condamnées ? Ce serait, à mon avis, aller beaucoup trop vite en besogne car on ne peut négliger le fait que les dommages contre lesquels l'action de groupe cherche à réagir - c'est-à-dire les dommages de masse - ne peuvent, pour la plupart, être appréhendés utilement par des actions individuelles en raison de leur caractère insignifiant pour chaque victime et que pourtant ils procèdent de comportements dangereux et répréhensibles.

Le cas des *vins Margnat* souvent cité<sup>(39)</sup> est typique à cet égard puisqu'il s'agissait d'une fraude consistant, de la part du producteur, à avoir mis en vente des bouteilles contenant un centilitre et demi de moins que ce qui était annoncé sur la bouteille. Ce professionnel avait vendu en quatre ans 200 millions de bouteilles, ce qui lui avait procuré un bénéfice illicite de 14 millions de francs, alors que chaque consommateur n'avait perdu que quelques centimes. Dans une hypothèse de ce type, on comprend alors aisément que la sanction efficace ne consiste pas à indemniser ces préjudices infimes, mais à confisquer le profit illicite et à exiger pour l'avenir un remplissage correspondant à la capacité annoncée sur la bouteille. Cette condamnation aurait été de toute évidence mieux adaptée que les 20 000 F de dommages et intérêts alloués par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, somme qui n'a probablement pas beaucoup impressionné le producteur condamné.

Autrement dit, l'action de groupe s'adresse à des comportements qui ne sont pas identiques à ceux que visent les actions individuelles en réparation et qui, dans les droits qui l'ignorent, restent le plus souvent dépourvus de toute sanction, au moins sur le plan civil.

La montée en flèche de cette catégorie des dommages de masse, qui se manifestent aujourd'hui non seulement en droit de la consommation, mais aussi dans bien d'autres domaines - pratiques anticoncurrentielles, abus commis au préjudice des clients des banques ou des prestataires de services informatiques et en droit des sociétés au détriment des minoritaires - jointe à la volonté de trouver une alternative à la sanction pénale, jugée trop rigide parce que bridée par le principe de « légalité », pose donc avec acuité la question de l'aménagement en droit français d'une sanction civile qui pourrait la suppléer. « Une action de groupe à la française » pourrait-elle contribuer à résoudre ce problème ?

B - La possibilité d'aménager en droit français une réaction contre les dommages de masse par le biais d'une action de groupe

Si on laisse de côté les aspects purement procéduraux pour se concentrer sur le fond du droit, il paraît nécessaire de distinguer l'hypothèse du dommage de masse qui n'a entraîné que des conséquences insignifiantes au niveau individuel de celle d'atteintes plus graves aux intérêts des membres du groupe lésé.

1°) Lorsque les préjudices individuels sont infimes, il est évident que leur indemnisation n'a guère de sens ni d'utilité car les frais qu'entraîneraient la recherche des victimes et la

distribution des fonds dépasseraient de loin le bénéfice que les personnes lésées pourraient en tirer.

Dans ce type d'hypothèses, ce qui importe c'est d'abord d'affirmer la responsabilité de l'auteur de la faute, ensuite d'évaluer le profit illicite résultant de celle-ci et d'ordonner sa restitution et enfin d'interdire pour l'avenir la poursuite de l'activité illicite. En revanche, l'attribution des sommes récupérées n'a qu'une importance secondaire.

C'est pourquoi, une action en déclaration de responsabilité débouchant sur un jugement unique paraît convenir à cette hypothèse.

Le représentant du groupe - qu'il s'agisse d'une association, d'un avocat, ou d'une autre personne - aurait à établir l'existence d'une faute du défendeur ayant permis à celui-ci de réaliser un profit illicite au détriment d'un grand nombre d'individus. Il devrait également prouver et chiffrer ce profit, ce qui demanderait vraisemblablement une expertise.

Le juge saisi de l'action apprécierait la responsabilité en appliquant les règles du droit commun. Il vérifierait ensuite la réalité et l'ampleur du profit illicite invoqué et il condamnerait le responsable à le restituer. Enfin, il prononcerait une mesure de cessation pour l'avenir. Ces condamnations devraient être assorties d'astreintes et publiées de manière à permettre à toutes les personnes qui risquent de souffrir d'agissements semblables à ceux qui ont provoqué l'action de groupe d'en avoir connaissance.

Quant à l'attribution de la somme restituée par le responsable, nous avons vu qu'elle ne présente qu'un intérêt médiocre. Plusieurs solutions seraient concevables entre lesquelles il appartiendrait au législateur de choisir s'il décidait de créer une telle action de groupe. L'une d'elles consisterait à répartir cette somme par parts égales entre les victimes qui se seraient fait connaître dans un certain délai après la publication du jugement. Une autre laisserait au juge la possibilité d'ordonner le versement de tout ou partie de l'indemnité à un fonds d'aide aux victimes des dommages de masse.

Ainsi, lorsque les préjudices sont insignifiants au niveau individuel, l'aménagement d'une action de groupe paraît relativement aisé et ne paraît pas heurter les principes fondamentaux du droit français, du moins du droit substantiel.

2°) *Mais il peut également arriver que le dommage de masse se traduise par des préjudices importants au niveau individuel.* C'est le cas, par exemple, lorsqu'une atteinte à l'environnement - une catastrophe industrielle ou une marée noire notamment - entraîne des dommages corporels ou des atteintes graves aux biens de très nombreuses personnes. Dans de telles hypothèses, il ne suffit évidemment pas de confisquer le profit illicite ; il faut également indemniser les victimes de façon équitable et suffisante. Comment alors réaliser cette indemnisation ?

*A priori, on pourrait songer à limiter étroitement la mission du juge saisi à la demande du représentant du groupe en ne lui donnant compétence que pour se prononcer sur le principe de la responsabilité, c'est-à-dire sur le caractère illicite de l'activité à laquelle est imputé le dommage de masse.* Si le juge l'admet, il appartiendrait alors à chacun de ceux qui s'estiment victimes de cette activité d'exercer une action individuelle ou de tenter une transaction en se prévalant de ce jugement.

Ce serait apparemment la solution la plus simple et la plus favorable aux victimes.

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une catastrophe de grande ampleur atteignant des milliers de personnes, on peut craindre que ni le patrimoine du responsable ni son assurance ne soient en mesure de faire face à toutes les demandes et il semble bien qu'alors une procédure collective du type de celles qui sont pratiquées vis-à-vis des débiteurs en état de cessation de paiement respecterait mieux qu'une multitude d'actions individuelles l'égalité entre les victimes. En outre, elle serait moins onéreuse pour toutes les parties et probablement plus supportable pour le système judiciaire.

Elle poserait néanmoins des questions délicates tant sur le plan de la procédure que du fond du droit. Parmi celles qui touchent au fond, on en signalera deux.

a) Tout d'abord, *au cours de cette procédure collective, serait-il nécessaire de calculer le profit illicite* tiré par le responsable de son activité ?

*A priori*, il semble que non puisque les dommages subis par les membres du groupe, dès lors qu'ils ne sont pas insignifiants, doivent être réparés intégralement et non dans la limite du profit réalisé par l'auteur.

Pourtant, on ne peut écarter l'hypothèse dans laquelle la somme des créances produites à la procédure collective n'atteindrait pas le montant du profit illicite. Or, si l'on admet que celui-ci doit être confisqué lorsque tous les dommages individuels sont insignifiants, il serait totalement illogique de ne pas l'admettre également lorsqu'ils sont importants. Il nous semble donc que le calcul du profit illicite conserve dans tous les cas son utilité car il doit déterminer le montant minimal de la condamnation prononcée.

Celle-ci sera, bien entendu, consacrée prioritairement à l'indemnisation des dommages importants qui seront réglés en faisant application des principes du droit commun de la responsabilité civile. Si un reliquat demeure après cette indemnisation, il semble qu'il pourrait être attribué soit au fonds d'aide aux victimes de dommages de masse, soit aux victimes de dommages insignifiants, s'il y en a.

b) En effet, la deuxième difficulté qui pourrait se présenter résulterait de la *présence simultanée de dommages importants et de dommages insignifiants*.

Ce serait alors au juge chargé de statuer sur l'existence de la responsabilité qu'il incomberait de constituer plusieurs groupes ou plusieurs « classes » de victimes, comme l'autorise le droit américain qui laisse, sur ce point, une très grande liberté au tribunal(40).

La procédure collective d'attribution des dommages et intérêts serait alors réservée au groupe des victimes de dommages importants qui devraient produire leurs créances, celles-ci étant vérifiées par le juge. Elles bénéficieraient, sur les biens du responsable et sur l'indemnité due par son assureur de responsabilité, d'un droit de préférence par rapport aux victimes de dommages insignifiants ou au fonds d'aide aux victimes de dommages de masse.

On peut donc tirer de cette réflexion concernant l'influence d'une action de groupe sur la réparation des dommages de masse au moins trois observations. D'abord, on constate que l'action de groupe permet d'organiser une réaction civile qui n'est pas une véritable réparation, mais qui est adaptée aux dommages de masse insignifiants au niveau individuel. En ce qui concerne ceux qui ont une incidence plus sérieuse sur les membres du groupe lésé, l'action de groupe permet d'organiser une réparation plus égalitaire et moins coûteuse que celle que permettent les actions individuelles. Enfin, le développement de cette procédure a permis, dans les pays qui la pratiquent, de mettre en exergue un nouveau type de dommages et intérêts qui s'ajoute aux catégories déjà connues des dommages-intérêts compensatoires et des dommages-intérêts punitifs. Il s'agit des *dommages-intérêts confiscatoires ou restitutoires* qui ont, semble-t-il, un véritable avenir car ils répondent à une fonction particulière qui est d'ores et déjà reconnue dans certains systèmes juridiques(41).

Ainsi, l'action de groupe paraît utile, non seulement par les résultats qu'elle permet d'obtenir ou d'espérer, mais aussi par les réflexions qu'elle suscite à propos des alternatives possibles à l'indemnisation des dommages de masse.

**En conclusion** de ces quelques réflexions à propos des réformes qu'appelle le droit de la responsabilité civile, je voudrais préciser qu'elles n'épuisent nullement le sujet car ce droit, qui a été construit en France presque entièrement par la jurisprudence, sur la base de textes particulièrement elliptiques, mériterait, à mon avis, une révision d'ensemble. Non pas que les tribunaux aient failli à leur tâche. Bien au contraire, ils ont su innover et adapter ces textes de

façon hardie et généralement avec un grand souci d'équité. Mais les défauts d'un droit purement jurisprudentiel sont bien connus. Lorsqu'on demande aux juges de faire le droit au lieu d'appliquer la loi, ils sont fatalement tiraillés entre la volonté d'adapter les solutions à l'évolution sociale et le souci de ne pas usurper la fonction législative. Pour guider la jurisprudence, il faut donc une législation suffisamment explicite, claire, cohérente et ouverte aux aspirations du monde contemporain. Notre système juridique continental (à la différence de la *common law*) marche sur deux jambes. Si la loi est insuffisante, la jurisprudence est contrainte de la suppléer, mais elle risque alors d'avancer à cloche-pied.

**Mots clés :**

RESPONSABILITE CIVILE \* Réforme \* Proposition \* Dommage-intérêt non compensatoire \* Dommage corporel \* Indemnisation judiciaire

(1) V. D. Fasquelle, L'existence de fautes lucratives en droit français, LPA, 20 nov. 2002. 27.

(2) V. M. Vivant, Prendre la contrefaçon au sérieux, D. 2009. Chron. 1839.

(3) V. C. Grara, Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, préf. Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005.

(4) V. S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 250, 1995, préf. G. Viney ; du même auteur obs. RDC 2006. 822 ; A. Jault, La notion de peine privée, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 442, 2005, préf. F. Chabas ; D. Fasquelle et R. Mesa, La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala, D. 2005. Point de vue 2666 ; M. Chagny, La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence, JCP G 2006. I. 149 ; du même auteur, La place des dommages et intérêts dans le contentieux des pratiques anti-concurrentielles, Revue Lamy Droit de la concurrence, août-oct. 2005, n° 4, p. 186 s., spéc. p. 189 ; Y.-M. Laithier, Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs, *in* Droit et économie du contrat, sous la dir. de C. Jamin, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008, p. 141 s. ; Y. Guenzoui, La notion d'accord en droit privé, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 502, 2009, préf. C. Hannoun, n° 346 et 347 ; Rapports de C. Jauffret-Spinosi, J. Ortscheidt, D. Fasquelle et M. Behar-Touchais au colloque CEDAG du 21 mars 2002, Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, sous la dir. de M. Behar-Touchais, LPA, 20 nov. 2002.

(5) M. Behar-Touchais, L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ?, LPA, 20 nov. 2002. 36.

(6) F. Werro, La tentation des dommages et intérêts punitifs en droit suisse des médias, *in* Etudes à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps, PU Bordeaux, 2003, p. 745 s., spéc. p. 749, 756 s.

(7) V. D. Fasquelle, art. préc., LPA, 20 nov. 2002, p. 34.

(8) V. C. Jauffret-Spinosi, Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers, LPA, 20 nov. 2002. 8 ; M. Behar-Touchais adresse d'ailleurs la même objection à l'amende civile, article préc., LPA, 20 nov. 2002. 41 et 42.

(9) C'est un point qu'a amplement développé S. Carval qui a souligné notamment la nécessité de soumettre ce type de condamnation aux principes de « légalité », de « proportionnalité » et au « respect de certaines garanties procédurales », notamment celles qui sont postulées par le « droit à un procès équitable », V. ouvrage préc., n° 206 à 214. V. également M. Behar-Touchais, article préc., LPA, 20 nov. 2002. 42 et 43.

(10) V. M. Behar-Touchais, art. préc., p. 41.

(11) V. S. Carval, ouvrage préc., n° 318 à 323.

(12) *BMW of North America c/ Gore*.

(13) *Cooper industries Inc. c/ Leatheman Tool Group*, cité par C. Jauffret-Spinosi, art. préc., LPA, 20 nov. 2002. 15 et 16.

(14) V. P.-G. Jobin, Les dommages punitifs en droit québécois, in *Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2003, p. 536 s.

(15) Art. L. 331-1-3 CPI en matière de propriété littéraire et artistique ; art. L. 521-7 concernant les dessins et modèles ; art. L. 615-7 relatif aux brevets et art. L. 716-14 pour les marques.

(16) V. T. Azzi, La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, D. 2008. Dossier 700, spéc. n° 35 s., p. 708 s. ; P.-Y. Gautier, Fonction normative de la responsabilité, D. 2008. Dossier 727 ; M. Vivant, chron. préc., D. 2009. 1839 ; J. Huillier, Propriété intellectuelle : des dommages et intérêts punitifs, pas si punitifs, Gaz. Pal. 7 juill. 2009. 2.

(17) T. Azzi, Dossier préc.

(18) M. Vivant, chron. préc.

(19) P.-Y. Gautier, Dossier préc.

(20) Après les thèses de B. Starck, La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée, 1947, de S. Carval et de A. Jault (préc.), un colloque a eu lieu à ce sujet le 21 mars 2002, préc., LPA, 20 nov. 2002.

(21) V. p. 79 s. de ce rapport.

(22) V. R. Rodière et E. du Pontavice, Droit maritime, Dalloz, 12 éd., 1997, n° 317 et 318.

(23) B. Fauvarque-Cosson, obs. RDC 2005 479, commentant l'arrêt *Attorney general v. Blake*.

(24) V. les obs. de M. Behar-Touchais, art. préc., LPA, 20 nov. 2002. 42, n° 29. Ces observations sont faites à propos de l'amende civile, mais elles sont transposables aux dommages et intérêts punitifs. V. également S. Carval, *op. cit.*, n° 211 à 214.

(25) V. F. Werro, art. préc., p. 748 ; J. Ortscheidt, Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international, LPA 20 nov. 2002. 25, n° 20 ; S. Carval, ouvrage préc., n° 200.

(26) G. Viney, Cessation de l'illicite et responsabilité civile, in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 561-562, II, B, et notes 91 s.

(27) C'est le cas, par exemple, en Angleterre et au Canada, V. *supra*.

(28) Notamment aux Etats-Unis, il semble que la plupart des Etats écartent cette limitation.

(29) V. *supra*.

(30) C'est d'ailleurs à propos d'un contrat d'affrètement maritime que la notion de « faute lucrative » a été formulée pour la première fois par la Cour de cassation. V. Req. 5 juin 1920, S. 1921. 1. 293 ; R. Rodière et E. du Pontavice, Droit maritime, préc., n° 317 et 318.

(31) V., par exemple, sur la célèbre affaire *Ford*, qui a donné lieu à un arrêt de la Cour suprême de Californie en 1981, C. Jauffret-Spinosi, art. préc., LPA 20 nov. 2002. 12.

(32) Bull. AP, n° 8 ; D. 2004. Jur. 161, note Y. Lambert-Faivre, et 2005. Pan. 190, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 2004. 300, obs. P. Jourdain.

(33) Civ. 2, 11 juin 2009, 2 arrêts, D. 2009. Jur. 1789, note P. Jourdain. V. également H. Groutel, Recours des tiers payeurs : enfin des règles sur l'imputation des rentes d'accident du travail, RCA , n° 7-8/2009, étude 10.

(34) V., sur cette notion, A. Guégan-Lécuyer, Dommages de masse et responsabilité civile, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 472, 2006, préf. P. Jourdain, avant-propos G. Viney ; L. Neyret, Atteintes au vivant et responsabilité civile, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 468, 2006, préf. C. Thibierge.

(35) J. Boré, La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 278, 1997, préf. G. Viney, n° 371.

(36) V. J. Boré, *op. et loc. cit.*

(37) V. J. Boré, *op. cit.*, n° 391.

(38) V. J. Boré, *op. cit.*, n° 371.

(39) Aix-en-Provence 19 juin 1979, inédit cité par G. Cas et D. Ferrier, Traité de droit de la consommation, PUF, 1986, n° 174.

(40) V. J. Boré, *op. cit.*, n° 369, 380, 387 et 388.

(41) V., en droit anglais, l'arrêt de la Chambre des lords, *Attorney general v. Blake* qui a reconnu la catégorie des « dommages-intérêts restitutoires » en cas de rupture d'un contrat, commenté par B. Fauvarque-Cosson, préc., RDC 2005. 479.