

Cour de cassation, IHEJ, CHEA, EN3S :

**« Risques, assurances, responsabilités : le traitement juridique et judiciaire de
l'incertitude »**

« Incertitude et causalité »

Groupe de travail sous la direction de Madame Horatia Muir-Watt

**Incertain et causalité
dans la perspective des dommages de masse**

Par Anne Guégan-Lécuyer

*Docteur en droit, Centre d'études et de recherche en droit privé de Paris I,
ATER à l'Université de Cergy-Pontoise*

La notion de dommages de masse apparaît d'emblée très suggestive. Elle renvoie intuitivement à ces situations dommageables d'une ampleur exceptionnelle dont on se souvient généralement par le rappel d'un nom : celui du lieu de l'accident (Bhopal, Tchernobyl), celui de l'usine (AZF), et tous ces noms de pétroliers qui furent à l'origine de marées noires. D'autres fois, c'est le nom du produit qui fut à l'origine des dommages : le sang contaminé, l'amiante, le Distillène. Pour embrasser l'ensemble de ces hypothèses, on proposera de retenir que les dommages de masse se définissent comme les atteintes aux personnes, aux biens ou au milieu naturel qui touchent un grand nombre de victimes à l'occasion d'un fait dommageable unique, ce dernier pouvant consister en un ensemble de faits dommageables ayant une origine commune¹.

Inlassablement, la réalité de ces dommages s'impose et il apparaît impératif d'adapter notre droit en conséquence. A ce titre, la responsabilité civile n'est pas le moindre pan de ce droit à prendre en compte puisqu'elle constitue le droit commun de l'indemnisation. Toutes les difficultés potentielles de mise en œuvre de ses mécanismes s'affichent comme autant d'obstacles à l'indemnisation des victimes de ces dommages de masse. Et l'incertitude de la causalité en est une. Bien sûr on pourrait objecter d'emblée que le problème de la causalité incertaine ne présente pas plus de particularité dans une hypothèse de dommages de masse qu'elle n'en présente dans une hypothèse où une seule personne serait atteinte.

Mais en réalité, l'existence du grand nombre a son importance, ne serait-ce que par son impact sur le corps social dont il ne faut pas mésestimer les conséquences. Déjà, l'absence d'indemnisation due à l'échec d'une action en responsabilité civile sur le terrain de la causalité sera ressentie d'autant plus fort qu'elle concernera un grand nombre d'individus. Ce qui peut ne pas attirer l'attention de manière isolée se trouve inévitablement mis en valeur par le grand nombre. Les dommages de masse vont grossir les difficultés et en faire des

¹ Sur la justification de cette définition, voir la thèse de l'auteur, *Dommages de masse et responsabilité civile*, direction P. JOURDAIN, Paris I, nov. 2004, chr. Ph. BRUN, R.T.D.Civ. 2005, p. 211.

évidences. Ensuite, les dommages de masse se conjuguent aisément à des risques nouveaux ou encore mal identifiés qui les intègrent aussi dans la problématique des risques de développement. Enfin, en présence du grand nombre, une difficulté s'ajoute : celle de la gestion de ce grand nombre, qui peut justifier qu'on ait à organiser différemment la recherche de la causalité dans un contexte d'incertitude.

La question qu'il faut donc se poser apparaît sous un double aspect. Elle est d'une part celle de l'influence des dommages de masse sur la manière d'envisager la causalité dans un contexte d'incertitude (I). Elle est d'autre part celle des mécanismes à penser pour aider à la recherche de la vérité dans le contexte d'une causalité incertaine (II).

I – L'influence des dommages de masse sur la manière d'envisager la causalité dans un contexte d'incertitude

Le grand nombre de victimes, caractéristique d'une hypothèse de dommages de masse, serait-il susceptible d'influencer la manière dont le juge appréciera l'existence du lien de causalité entre les dommages et le fait dommageable invoqué ? Et si cette influence existe sera-t-elle plutôt favorable aux victimes ou à la personne poursuivie en tant qu'auteur des dommages sur le fondement de la responsabilité civile ? Les deux hypothèses sont *a priori* envisageables. Saisi d'une affaire dans laquelle le grand nombre potentiel de victimes indique que la dette d'indemnisation sera énorme en cas de responsabilité civile établie, le juge pourrait être enclin à se montrer exigeant dans l'appréciation de la causalité. L'impact de sa reconnaissance pouvant remettre en cause l'activité du responsable, il convient de se montrer prudent. Mais l'effet du grand nombre potentiel de victimes peut également être inverse et conduire le juge à un certain libéralisme dans l'appréciation de la causalité. A l'examen du droit positif, cette hypothèse apparaît hautement probable.

En effet, la causalité étant un fait, elle peut être prouvée par tout moyen. Le terrain de la preuve de la causalité apparaît donc plutôt favorable au développement de raisonnements qui témoignent d'une certaine souplesse. Le juge peut ainsi forger sa conviction à l'aide d'indices² et de "présomptions de fait graves précises et concordantes"³. Il peut se contenter "souvent d'une probabilité suffisante de causalité"⁴ dès lors que cette probabilité est très forte, les victimes bénéficiant alors d'un allègement de la charge de la preuve. C'est également le cas lorsque le juge procède par un raisonnement *a contrario* qui consiste à déduire la causalité de l'absence de tout autre événement de nature à expliquer la survenance du dommage⁵. Il

² Pour une illustration en matière de pollution, voir M. ROUSSEAU, *La difficulté d'établir la responsabilité civile de l'entreprise en matière de pollution*, JCP éd. E 1999, suppl. n°1, p. 19, spéc. p. 21 et 22, qui énumère entre autres les constats d'huissier autorisé à effectuer sur place toutes constatations et prélèvements aux fins d'analyses, la production des registres des déchets industriels, l'inspection de la DRIRE, l'expertise ("la désignation d'un expert spécialiste qui fera toutes analyses recherches et investigations et emploiera tous moyens même très modernes pour donner des conclusions permettant souvent d'arriver à un degré de précision non négligeable", *op. cit.*), la simulation sur modèle mathématique.

³ Art. 1353 du Code civil.

⁴ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz connaissance du droit, 5^{ème} éd. 2000, p. 74. Pour une illustration, C.A., Dijon 7 novembre 1990, *CGE/SCEV Philippe le Hardi*, n°1350/89 (*non publié*), cité par M. ROUSSEAU, *op. cit.* p. 22 : "Attendu qu'en définitive, [...] l'expertise qui repose sur une analyse rigoureuse des faits connus, des diverses hypothèses concevables et des phénomènes hydrogéologiques, mérite d'être entérinée ; qu'elle apporte, même si peuvent subsister certaines incertitudes inévitables en pareille matière, un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes, d'où résulte, conformément aux dispositions de l'art. 1353 du Code civil, la preuve dont [X et Y] ont la charge ...".

⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 2^{ème} éd. 1998, n°382 et la jurisprudence citée à la note 267. Notamment Civ. 2, 9 décembre

arrive aussi que le juge tienne compte d'une situation dangereuse préexistant à la réalisation des dommages et justifie la causalité en faisant apparaître ces derniers comme le résultat prévisible de cette situation⁶. Ces principes de solution favoriseraient incontestablement la preuve de la causalité pour des victimes de dommages de masse causés à proximité d'une activité industrielle, car les risques accrus de provoquer de tels dommages lui sont inhérents⁷. Dans un tel contexte, il est tout à fait possible d'imaginer que la présence d'un grand nombre de victimes serait de nature à faciliter l'établissement d'un lien de causalité entre une activité ou un produit et les dommages constatés, voire à imposer l'évidence de la causalité même en l'absence de certitude scientifique⁸.

Par ailleurs, l'influence du grand nombre de victimes associé à des phénomènes dommageables complexes sur l'apparition de présomptions de causalité s'est déjà illustrée dans le cadre des dommages de masse causés par le sang contaminé par le virus du sida ou par celui de l'hépatite C. En la matière, les victimes, tenues de rapporter la preuve de l'imputation de l'origine de la contamination aux produits sanguins⁹, se trouvent confrontées à des difficultés relatives à l'ancienneté des transfusions dont les conséquences dommageables sont tardives, à l'impossibilité d'identifier les donneurs, et plus généralement au rattachement de la contamination aux transfusions subies du fait notamment de la multiplicité des facteurs potentiels de contamination¹⁰. Et, en cas de produits provenant de plusieurs fournisseurs, s'ajoute la difficulté de distinguer parmi ces derniers celui à qui la contamination peut être imputée¹¹. Afin d'y pallier, la jurisprudence a su faire preuve d'un certain libéralisme en faisant bénéficier les victimes de présomptions d'imputation de la contamination à la transfusion, en fonction notamment des dates de transfusions¹², de l'absence d'autres facteurs

1992, Bull. civ. II n°306, JCP 1992, I, 3625, n° 9, obs. G. VINEY, à propos d'une intoxication oxycarbonée causée par un chauffe-eau et Civ. 2, 20 janvier 1993, Bull. civ. II n°25, JCP 1993, I, 3727, n°7, obs. G. VINEY, constatant la quasi-concomitance des travaux et de l'explosion. Voir également T.G.I. Pau, 24 fév. 1971, n°239/711 Code permanent environnement et nuisances, Installations classées (feuille 112, p. 5557) retenant de manière très motivée la responsabilité d'un industriel pour les dommages causés par une pollution qui ne pouvait "provenir pour majeure partie, que de l'intense activité industrielle des sociétés défenderesses qui reconnaissent elles-mêmes rejeter dans l'atmosphère les résidus gazeux de leur combustion" ; T.G.I. Albertville, 26 août 1975, JCP 1976, II, 18384, note W. RABINOVITCH, condamnant un industriel de la chimie à réparer le dommage constitué par la mortalité anormale des abeilles d'un apiculteur, car aucune autre cause n'existant la perte des abeilles ne pouvait s'expliquer que par une intoxication causée par le fluor déposé sur des fleurs.

⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* n°369 ; G. VINEY, *Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français*, *op. cit.* n°23. Pour une illustration, Civ. 2, 11 mars 1976, JCP 1976, IV, 157, à propos de la causalité entre les rejets d'une papeterie destructeurs de la faune et de la flore et la mortalité des mollusques.

⁷ Invitant, à l'égard des activités dangereuses, le juge à un certain libéralisme dans l'appréciation de la causalité, voir l'art. 10 de la Convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement et l'analyse de G. J. MARTIN, *La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano*, R.J.E. 2-3/1994, p. 121, spéc. p. 125. Egalement G. WIEDERKEHR, *Domage écologique et responsabilité civile*, *op. cit.* p. 525.

⁸ En ce sens, J. CALAIS-AULOY, *Les délits à grande échelle*, R.I.D.C. 2-1994, p. 379, spéc. p. 383.

⁹ Notamment Civ. 1, 9 juillet 1996, Bull. civ. I n°306 ; 16 juillet 1998, Bull. civ. I n°261 ; 23 novembre 1999, Bull. civ. I n°324 et Civ. 2, 23 mars 2000, JCP 2000, I, 241, n°7 obs. G. VINEY.

¹⁰ Notamment M.-L. MORANCAIS-DEMEESTER, *Contamination par transfusion du sida : responsabilités et indemnisation*, D. 1992, chr. p. 190, n°15 ; H. MARGEAT, *Sang et droit, l'indemnisation des victimes*, Gaz. Pal. 1991, 2, Doctr. P. 977, spéc. p. 979 ; D. JACOTOT, *Réflexion critique sur la charge de la preuve dans le contentieux de la responsabilité : le cas de l'hépatite C post-transfusionnelle*, R.R.J. 2000-2, p. 509, spéc. n°11-12.

¹¹ Notamment D. ARTUS, *Hépatite C post-transfusionnelle : des voies et des réponses contentieuses désormais clarifiées*, D. 2001, chr. p. 1745, spéc. p. 1746.

¹² Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida : hier, aujourd'hui et demain...*, *op. cit.* p. 13 ; *L'hépatite C post-transfusionnelle et la responsabilité civile*, D. 1993, chr. p. 291, spéc. p. 292 ; P. JOURDAIN, *obs. sous Civ. 1, 17 février 1993*, R.T.D.Civ. 1993, p. 589, spéc. p. 591.

de risque de contamination dans le mode de vie du transfusé ou dans ses antécédents médicaux¹³, du fait que l'un des donneurs au moins appartenait au moment du don à un groupe à risque ou était séropositif¹⁴. Invitée par son rapporteur à tenir compte d'un "drame aussi important que la contamination par le virus de l'hépatite C, qui concernerait [...] cinq cent mille personnes"¹⁵, la Cour de cassation a aussi, certes tardivement, consacré une véritable présomption de droit en des termes généraux. Désormais, "lorsqu'une personne démontre, d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au [défendeur] dont la responsabilité est recherchée, de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis sont exempts de tout vice"¹⁶. L'exigence de la preuve de l'absence d'autres modes de contamination a été elle-même limitée¹⁷. Quant aux difficultés relatives à la coexistence de plusieurs fournisseurs et donc de plusieurs responsables, une solution favorable aux victimes a aussi été retenue, certes tardivement là encore. Dans ce cas en effet l'un seulement des fournisseurs peut, en vertu de l'obligation *in solidum* et alors même que les autres ne sont pas tous identifiés, être condamné à réparer l'entier dommage¹⁸.

L'ensemble de ces solutions peuvent en partie s'expliquer par la pression exercée sur le juge par l'ampleur exceptionnelle de la situation dommageable qui l'a incité à pallier les difficultés de preuve de la causalité. Elles trouveront sans doute à s'appliquer à d'autres causes de dommages de masse, telle qu'une pollution susceptible de mettre en cause plusieurs exploitations industrielles sans que toutes puissent être identifiées de manière certaine. Elles invitent en tous les cas à conclure que l'influence du grand nombre de victimes sur l'appréciation de la causalité se traduirait plutôt par le triomphe d'un certain libéralisme. Celui-ci pourrait aussi s'exprimer dans l'idée d'une répartition de la charge de la preuve à laquelle le Professeur VINEY invite à réfléchir en matière de responsabilité du fait des produits : « une fois apportée la preuve scientifique d'une possibilité d'association du genre de dommage dont souffre la victime à l'utilisation du produit ..., le demandeur se trouve en position de force, la causalité étant alors considérée comme établie, à moins que le défendeur en parvienne à prouver que ce dommage s'explique par une autre cause »¹⁹.

Dans le prolongement de ce qui est perceptible à partir de ce qui existe déjà, il faut maintenant envisager des mécanismes nouveaux qui, dans le contexte d'une causalité difficile à établir parce qu'incertaine, aideraient la recherche de la vérité.

¹³ M.-L. MORANCAIS-DEMEESTER, *op. cit.* n° 15.

¹⁴ M.-L. MORANCAIS-DEMEESTER, *op. cit.* n° 15.

¹⁵ P. SARGOS, D. 2001, jurisprudence p. 2149, spéc. p. 2150.

¹⁶ Civ. 1, 9 mai 2001, Bull. civ. I n°130, *op. cit.* ; 17 juillet 2001 (2 arrêts) Bull. civ. I n°234 ; R.T.D.Civ. 2001, p. 889, obs. P. JOURDAIN ; JCP 2002, I, 124, n°12, obs. G. VINEY ; Resp. civ. et ass. 2001, comm.°363 note M.-A. AGARD ; 18 juin 2002, 2 et 10 juillet 2002, Bull. civ. I n°169, 182 et 198, JCP 2003, I, 152, n°27, obs. G. VINEY. Sur la présomption légale de causalité instituée par l'art. 47-III de la loi du 31 décembre 1991, voir *supra* n°126.

¹⁷ Civ. 1, 2 juillet 2002, préc. Voir également Civ. 1, 18 juin 2002 *a contrario*, préc.

¹⁸ Civ. 1, 10 juillet 2002, *op. cit.* et les obs. de G. VINEY qui attire l'attention sur le caractère innovant de la solution car traditionnellement la jurisprudence exige que tous les membres du groupe soient identifiés. Invitent déjà à cette solution par référence à la solution retenue par la juridiction administrative, D. ARTUS, *op. cit.* p. 1746 et P. SARGOS, rapp. préc. sur Civ. 1, 9 mai 2001, *op. cit.* p. 2150.

¹⁹ G. VINEY, La mise en place du système français de responsabilité des producteurs pour le défaut de sécurité de leurs produits, Mélanges J.-L. AUBERT, p. 346. Voir également les obs. de G. VINEY sous Civ. 5 avril 2005, n°02-11.947 et n°02-12.065, *Sté Glaxosmithkline c/ Carro et a. et SA Laboratoire Aventis c/ Sté Glaxosmithkline et a.*, JCP 2005, I, 149, n°5.

II – Les mécanismes à proposer en vue d’un meilleur accompagnement des victimes sur le terrain de la causalité.

Les principaux mécanismes à proposer peuvent être envisagés sous l’angle de la causalité (A) et sous un angle procédural (B).

A) Le développement de présomptions légales

En demeurant sur le terrain de la causalité, un mécanisme susceptible de gérer à la fois les doutes relatifs à la causalité d’une part et le grand nombre de victimes d’un même fait dommageable d’autre part apparaît dans le système de présomption légale en vertu duquel le législateur tire d’un fait établi un autre fait dont la preuve n’est pas apportée.

Il en existe déjà plusieurs desquels on pourrait s’inspirer. Une présomption légale de causalité est ainsi reconnue au bénéfice des victimes du sang contaminé qui s’adressent au Fonds. Celles-ci n’ont en effet qu’à justifier la contamination par le virus du sida et la transfusion ou l’injection pour que le lien de causalité soit présumé à charge pour le Fonds de renverser cette présomption dans un délai de trois mois. De la même manière, les victimes de l’amiante qui s’adressent au F.I.V.A. doivent seulement justifier de l’exposition à l’amiante et de l’atteinte à l’état de santé, les victimes exposées dans le cadre de leur activité professionnelle bénéficiant même de deux justifications *a priori* d’une exposition à l’amiante²⁰. Et pareillement, les victimes de transfusions contaminées par l’hépatite C se sont vues reconnaître par le législateur le bénéfice d’une présomption d’imputabilité de la contamination à la transfusion²¹. Il est encore une autre présomption légale qui, elle, est en sommeil mais dont il faut rappeler le principe. Il s’agit de celle qui figure dans la loi du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l’énergie nucléaire. A l’article 10 de cette loi, il est en effet prévu qu’un décret établira en fonction de l’irradiation et de la contamination reçues et du délai dans lequel l’affection a été constatée, une liste non limitative des affections qui, sauf preuve contraire, sont présumées avoir pour origine l’accident.

Dans ce contexte, s’agissant des dommages de masse, il est possible d’envisager le développement de présomptions légales de causalité dans deux directions. Déjà, il en sera probablement ainsi chaque fois que le législateur aura recours à la création d’un fonds d’indemnisation pour indemniser de tels dommages. En facilitant l’indemnisation des victimes, la présomption de causalité va permettre une gestion plus rapide de la masse des demandes d’indemnisation. Mais dans une approche plus prospective, et sur le modèle de ce qui existe déjà en matière nucléaire, il serait envisageable que le législateur prévoit, dans un corps de règles d’exception ayant vocation à s’appliquer dans les cas de dommages de masse les plus graves, la possibilité de recourir à un système de présomption légale²². Les critères composant la présomption de causalité pourraient entre autres relever de délais dans lesquels certaines affections sont constatées, d’une liste non limitative des affections susceptibles d’être attribuées au fait dommageable, de l’absence d’autres causes possibles de celles-ci, ou encore

²⁰ L’art. 53 III de la loi du 23 décembre 2000 prévoit en effet que "vaut justification de l’exposition à l’amiante la reconnaissance d’une maladie professionnelle occasionnée par l’amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d’un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d’invalidité, ainsi que le fait d’être atteint d’une maladie provoquée par l’amiante et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail et de la sécurité sociale". Voir également, C. GUETTIER, *Le fonds d’indemnisation des victimes de l’amiante*, Resp. civ. et assur. 2002, chr. 22, p. 11.

²¹ Art. 102 de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ; Civ. 4 mars 2003 Bull. civ. I n°64 ; 18 mars 2003, Bull. civ. I n°75 Resp. civ. et ass. 2003, comm. n°176. Voir également S. HOCQUET-BERG, *Les contaminations post-transfusionnelles*, *Lamy Assurances*, Bull. n°98, sept. 2003, p. 1, spéc. p. 6.

²² Pour une présentation plus complète de cette proposition, voir notre thèse n°280.

d'une proximité géographique de la victime par rapport au lieu de survenance du fait dommageable, d'habitudes de consommation. Facilitant la preuve de la causalité pour les victimes, de telles présomptions de causalité permettraient aussi d'accélérer la connaissance de l'ensemble des dommages. Un premier pas dans cette direction serait par exemple accompli si, dans le cadre du régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques²³, le législateur définissait les contours d'une présomption de causalité que l'autorité administrative compétente pour reconnaître l'état de catastrophe pourrait décider de mettre en œuvre.

Mais au-delà du seul terrain de la causalité, d'autres mécanismes d'essence procédurale, sont aussi envisageables pour mieux accompagner les victimes dans leur recherche de la vérité sur la ou les cause(s) de leur mal.

B) Les atouts d'une procédure civile mieux adaptée aux dommages de masse.

Il faut en effet reconnaître que la réparation des dommages de masse, dont la causalité apparaît comme une condition, n'est pas seulement une affaire de règles de fond mais aussi et parfois surtout une question de procédure. Même parfaitement adaptées à la problématique en cause, ces règles de fond se trouveront tenues en échec par une procédure qui ne l'est pas.

Or, de ce point de vue, il ne fait aucun doute que les victimes de dommages de masse auraient beaucoup à gagner si le droit français admettait enfin une véritable action en responsabilité civile adaptée, autrement dit une véritable action de groupe, ou autrement dit encore une *class action* à la française. Comment en effet sérieusement contester que l'existence de cette action ne leur permettrait pas de mieux se défendre sur le terrain de la causalité notamment. En étant ainsi réunies parce que leurs situations dommageables sont en de nombreux points comparables qui leur permettent de penser que leurs dommages ont la même cause, les victimes pourraient déjà rendre vraisemblable l'existence d'un processus dommageable. Mais elles pourraient également partager les frais afférant à la recherche de la causalité.

Il ne s'agit pas ici d'évoquer les difficultés qui se posent à la création d'une telle action. Elles sont désormais connues et rebattues. Il s'agit seulement d'en défendre l'idée, en tant qu'elle est doit être conçue comme la condition d'un meilleur accès à la justice. Les arguments relatifs à cette action sont largement débattus à l'heure actuelle et, mise à part l'opposition farouche et bien comprise de certains milieux professionnels, il se forme une certaine unanimité pour reconnaître à la fois l'utilité et la nécessité d'une telle action, et sa faisabilité²⁴. Il reste certes à en définir les contours dans le respect des particularités de notre système juridique, ce qui apparaît tout à fait faisable²⁵. Mais, sans nier la réalité de certaines

²³ Art. L. 128-1 et s. du Code des assurances. Pour un commentaire, voir notamment J. BIGOT, *La loi Bachelot et l'assurance, Loi n°2003-699 du 30 juillet 2003*, JCP 2003, I, 167 ; C. GORY, *La loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, L'assurance des risques technologiques et naturels*, R.G.D.A. 2004, p.21 ; P. SAVIN et Y. MARTINET, *Risques technologiques et réparation des dommages, points saillants de la loi du 30 juillet 2003*, L.P.A. n°203, 10 oct. 2003, p. 4 ; A. GUEGAN-LECUYER, *Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques*, D. 2004, chr. p. 17.

²⁴ Sur les dernières contributions au débat, voir notamment S. GUINCHARD, *Une class action à la française ?*, D. 2005, chr. p. 2180 ; Numéro spécial des Petites Affiches, *Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar*, 10 juin 2005, n°115 ; D. MAINGUY, *A propos de l'introduction de la class action en droit français*, D. 2005, Point de vue, p. 1283.

²⁵ Sur la faisabilité juridique d'un modèle français de recours collectif, voir S. GUINCHARD, *op. cit.* p. 2185. Voir également nos propositions, n°372 et s.

difficultés juridiques, la création d'une telle action relève avant tout d'une volonté et d'un courage politiques.

Sur le terrain de la causalité, la force d'une telle action de groupe serait renforcée par d'autres instruments dont le caractère indispensable est tout aussi avéré et qui visent à renforcer les capacités d'investigation des victimes. Il faut en effet admettre que s'agissant de la recherche des preuves nécessaires à l'établissement de leurs prétentions en justice, et partant de la causalité lorsque les dommages mettent en jeu des produits ou des processus de haute technicité, les victimes se trouvent en position d'infériorité par rapport au défendeur qui, lui, a la maîtrise de son activité et en connaît les mécanismes et éventuelles défaillances. Cet état de fait explique souvent que les victimes préfèrent saisir la juridiction pénale devant laquelle elles bénéficieront, par le biais de l'instruction, d'une aide inestimable tant financièrement que par les moyens à disposition du juge pénal. Aussi, pour renforcer les capacités d'investigation des victimes devant le juge civil²⁶, deux propositions peuvent être faites.

La première vise l'octroi à ces dernières d'une aide financière pour la recherche de la vérité. En effet, le poids financier d'une procédure apparaît d'autant plus lourd lorsque l'établissement de la causalité dépend d'expertises multiples et coûteuses²⁷. Cette aide pourrait prendre plusieurs formes. Sur le modèle Fonds québécois d'aide au recours collectif, il serait possible d'envisager la création d'un fonds²⁸. Celui-ci, financé par l'Etat et par le reliquat d'actions victorieuses, serait en mesure d'octroyer une aide selon que celle-ci apparaît déterminante pour engager ou poursuivre l'action, en fonction de la complexité de l'affaire, de la longueur du procès et de l'importance des frais. Ou bien, pour rester sur ce que notre système offre déjà, il pourrait être proposé de faire reposer ce système d'aide financière sur celui qui existe par le biais de l'aide juridictionnelle, à condition bien-sûr d'adapter cette dernière²⁹. L'octroi d'une telle aide ne pourrait sérieusement se voir opposer de rompre l'égalité des armes entre les parties au procès. Il viserait plutôt à panser une inégalité flagrante qui caractérise les rapports entre les victimes et les professionnels auxquels elles demandent la réparation des dommages subis. Le plus souvent en effet, des victimes isolées et aux moyens financiers largement insuffisants pour financer l'ensemble des expertises qui pourront être nécessaires à la recherche de la vérité auront en face d'elles des professionnels aux moyens financiers sans commune mesure et "entourés de conseils et d'experts, y compris scientifiques"³⁰.

La seconde proposition relative au renforcement des capacités d'investigation des victimes vise l'adoption de mesures plus efficaces en matière de production forcée des pièces. En effet, parce qu'elle participe à la manifestation de la vérité, la production forcée des pièces,

²⁶ Sur ce point, voir aussi la proposition de J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, *op. cit.* p. 127. En effet, partant du constat que l'expertise est l'une des principales causes de lenteur et de cherté du procès, le rapport propose de permettre au juge de s'adresser à des agents des diverses administrations, dont la liste serait établie de manière précise. L'intervention de ces agents, à la place de véritables experts rendrait ainsi la procédure moins longue et moins chère.

²⁷ Voir notamment J. FRANCK, *L'établissement du lien de causalité : un obstacle difficile pour le consommateur isolé*, in *La protection des consommateurs européens contre la fracture technologique : une urgence politique à satisfaire*, *op. cit.* p. 152.

²⁸ Sur les caractéristiques de ce Fonds, voir L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Préface G. VINEY, LGDJ 1997 n°381.

²⁹ Sur ce point on renverra à notre thèse.

³⁰ J. FRANCK, *op. cit.* p. 152.

est un élément essentiel de la réalisation même de la fin du procès, la justice. Elle permet à une partie de demander au juge la production d'une pièce que l'autre partie ou un tiers détient et qui, sans cette démarche, n'aurait pas été versée aux débats³¹. Il s'agit ainsi d'éviter qu'une partie qui n'entend pas faire état d'une pièce en sa possession, parce que celle-ci tendrait à étayer les prétentions de son adversaire, puisse refuser de la produire alors pourtant que cette production serait utile à une solution juste du litige. A défaut d'une telle procédure, la capacité du procès à faire émerger la vérité se trouverait très affaiblie, particulièrement lorsque la nature du fait dommageable et celle des dommages eux-mêmes caractériseront des sujets techniques et complexes pour lesquels l'accès aux preuves se révèle d'autant plus difficile. Or, les règles gouvernant aujourd'hui la matière apparaissent insuffisantes. Dans le respect du principe selon lequel "chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité", une partie peut certes demander au juge saisi du litige d'enjoindre à la partie adverse ou à un tiers qui détient un élément de preuve de le produire. Mais cela implique que la partie qui forme cette demande ait au préalable été en mesure d'identifier la pièce, ou au moins, de la désigner de manière suffisamment précise pour qu'elle devienne identifiable³². Si le détenteur est seul à connaître l'existence d'une pièce utile à la manifestation de la vérité, cet élément de preuve restera à jamais perdu pour une résolution juste du litige en cause³³.

A l'extrême opposé de la conception française, la période de *discovery* de la *class action* apparaît comme une phase d'instruction pendant laquelle l'avocat du demandeur peut avoir accès à tous les faits, tous les documents que l'adversaire détient³⁴. Impliquant une véritable obligation, pour une partie, de communiquer les éléments de preuve dont elle dispose, à son adversaire, la règle est généralement considérée comme indispensable pour la résolution d'affaires complexes parmi lesquelles figurent celles relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux aux Etats-Unis³⁵. Généralement conçue comme un instrument fondamental de justice par les juristes anglo-saxons, la procédure de *discovery* fait l'objet des plus vives critiques dans les pays de tradition romano-germanique³⁶. Il semble pourtant que celles-ci soient davantage dirigées contre les règles américaines applicables au titre de la *discovery* et leurs dérivés que contre l'obligation isolée, pour une partie, de communiquer des

³¹ Voir les art. 138 à 142 N.C.P.C. Egalement L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec 4^{ème} éd. 2004, n°735.

³² J.-A. JOLOWICZ, *La production forcée des pièces en droits français et anglais*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de R. PERROT, Dalloz 1996, p. 157, spéc. p. 170.

³³ Si certains justifient une telle solution par la "préoccupation constante d'éviter que la production forcée ne dégénère en une recherche de documents sous la forme d'une perquisition privée" (SOLUS H. et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III : *Procédure de première instance*, Sirey, 1991, n°641, cité par J.-A. JOLOWICZ, *op. cit.* p. 170), ses inconvénients méritent une révision de cette position. En effet, non seulement le procès civil perd de sa force au profit d'un procès pénal auquel la phase d'instruction donne aux victimes un avantage indéniable en la matière, mais il perd également son sens puisque la conception actuelle de la production forcée des pièces peut constituer un véritable obstacle au procès et rendre celui-ci moins efficace.

³⁴ Voir S. LANDERS, *Discours préc.* p. 11 ; S. BONIFASSI, *Discours*, p. 15.

³⁵ C'est ainsi qu'un avocat averti a pu, concluant un exposé critique sur la *class action* américaine et s'interrogeant sur son adaptation en France, souligner en ces termes l'importance d'y associer une telle procédure : "sans cette possibilité d'une période d'instruction efficace, je doute fort, surtout lorsque le litige porte sur des sujets techniques comme l'amiante, la cigarette, et même la vache folle, que vous ayez jamais les mêmes possibilités de gagner ou d'obliger votre adversaire à transiger", S. LANDERS, *Avocat aux barreaux de Paris et New York, Discours à la table ronde organisée par l'association Droit et démocratie et intitulée Pour mieux réparer les préjudices collectifs, Une class action à la française*, Gaz. Pal. 28/29 septembre 2001, Journées d'études et congrès, p. 9, spéc. p. 11.

³⁶ G. MECARELLI, *Quelques réflexions en matière de discovery*, *Rev. dr. unif.* 2001-1, p. 901.

éléments de preuve au profit de son adversaire³⁷. D'ailleurs, des méthodes de *discovery* autres que celle retenue aux Etats-Unis ont précisément su, tout en s'en inspirant, organiser de manière beaucoup plus nuancée la règle selon laquelle une partie peut être obligée de communiquer à son adversaire la liste des documents qui sont en sa possession³⁸. Ainsi, témoignant du souci d'améliorer la bonne administration de la justice tout en conciliant les traditions respectives des anglo-saxons et des romano-germaniques, un projet de directive avait envisagé de manière sérieuse l'adoption d'une variante de la *discovery* dans le cadre d'une harmonisation de la procédure civile au niveau communautaire³⁹.

L'ensemble des principes ainsi dégagés au cours de ces diverses réflexions devraient inspirer une réforme du droit français de la production forcée des pièces en s'inspirant par exemple des formes les plus atténuées de la *discovery*. L'accès des victimes à des documents dont elles n'ont pas connaissance mais qui apparaissent déterminants pour la démonstration du bien-fondé de leurs prétentions serait ainsi favorisé dans l'intérêt de la justice. En s'inspirant d'une approche beaucoup plus nuancée et maîtrisée de cette procédure que la *discovery* américaine, il serait encore possible de l'atténuer en soumettant son application au pouvoir discrétionnaire du juge selon qu'il estime qu'elle apparaît ou non indispensable à la résolution du litige. Avant d'ordonner la communication par une partie de la liste de documents, le texte pourrait ainsi imposer au juge de vérifier que la partie qui forme une telle demande en justifie l'utilité. Il faudrait notamment prouver que la situation professionnelle de son adversaire permet de penser que des éléments de preuve sont susceptibles d'être en sa possession sans pour autant qu'il soit possible de les identifier précisément. Conformément aux dispositions actuelles relatives à la production forcée, le juge doit garder le contrôle sur la production des éléments figurant sur la liste de documents en vérifiant que la partie qui en fait la demande justifie que la production sera utile, au vu de ses prétentions⁴⁰.

Certes, les inconvénients d'une telle procédure de découverte de documents en termes d'accroissement possible du coût et de la lenteur du procès existent et ne sauraient être niés. Il faut à cet égard veiller à ce que la procédure ne se retourne pas contre ceux qu'elle est censée aider dans la recherche de la vérité en les noyant sous une masse considérable de documents impliquant une charge de travail insurmontable⁴¹. A cet écueil possible du coût, il a déjà été

³⁷ Voir à ce sujet les différents propos tenus sur le projet de *American Law Institute* de principes et de règles d'une procédure civile transnationale dans l'ouvrage sous la direction de P. FOUCHARD *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, LGDJ éd. Panthéon-Assas, 2001 et notamment L. CADIET, *Quelles preuves ? Discovery, témoins, experts, rôle respectif des parties et du juge*, p. 115, n°146 ; G. MECARELLI, *Les principes fondamentaux de procédure civile transnationale et les "nouvelles" règles transnationales : premières observations*, p. 157, n°216.

³⁸ Il en est ainsi de certains règlements d'arbitrage qui tempèrent notamment la procédure de *discovery* en reconnaissant à l'arbitre la faculté d'écarter les demandes trop larges, évasives, ou qui ne présenteraient pas un lien direct avec l'objet du litige (G. MECARELLI, *Quelques réflexions en matière de discovery*, *op. cit.* p. 906). Il en est également ainsi de la conception anglaise de la *discovery* beaucoup plus limitée que la conception américaine tout en étant plus efficace que le droit français de la production forcée des pièces (Sur l'origine de la procédure anglaise de *discovery* et pour un aperçu de son régime, voir J.-A. JOLOWICZ, *op. cit.* p. 169). Consacrant l'obligation pour chaque partie de communiquer à son adversaire la liste des documents dont elle dispose et qui se rapportent aux questions litigieuses, "elle interdit à la partie qui détient une pièce relative aux faits litigieux de profiter de l'ignorance de son adversaire, en dissimulant la pièce tant à ce dernier qu'au juge" (J.-A. JOLOWICZ, *op. cit.* p. 173).

³⁹ Voir le rapport final du groupe d'Etude chargé par la commission européenne de préparer un rapport sur le rapprochement du droit judiciaire des pays de l'Union européenne et connu sous le nom de Projet STORME, sous la direction de M. STORME, *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Kluwer Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

⁴⁰ Voir L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.* n° 736.

⁴¹ Sur cette mise en garde, voir J.-A. JOLOWICZ, *op. cit.* p. 173.

répondu de manière générale que "l'absence de *discovery* a elle aussi un coût, puisqu'elle empêche l'accès à la justice et la recherche de la vérité"⁴². Par ailleurs, le fait de compléter les dispositions relatives à la production forcée des pièces par un tel mécanisme, présente des avantages déterminants. Parmi les plus évidents, figurent celui de procurer à ces dispositions une plus grande efficacité ainsi que celui de parvenir à une participation équitable des parties à la manifestation de la vérité en empêchant à l'une d'elles de profiter de l'ignorance, impossible connaissance, de l'autre pour dissimuler des éléments de preuve déterminants pour l'issue du procès même s'ils vont à son encontre.

L'ensemble de ces propositions peuvent séduire ou indigner. Elles invitent en tous les cas à se demander quelle sera la meilleure manière d'adapter notre système juridique à la problématique des dommages de masse. Sur le terrain de la causalité particulièrement, si ce qui existe déjà sous la forme de présomptions se trouvera fortement sollicité lorsque le juge sera saisi. Ne faudrait-il pas venir en aide au juge ? Par anticipation des dommages de masse les plus graves, ne faut-il pas tenter d'organiser, au sein d'un corps de règles d'exception, le contenu et la mise en œuvre de telles présomptions. Et, au-delà même de la causalité, c'est du côté de la procédure qu'il faut espérer à travers une nouvelle forme de contentieux qu'est l'action de groupe et à travers une recherche plus efficace de la vérité que permet une production forcée des pièces inspirée de la *discovery*. N'ayons pas peur d'une influence négative du droit d'Outre-Atlantique sur le nôtre. Nous inspirer de ses bienfaits n'implique pas qu'on en supporte les dérives.

⁴² A. GIDI, "Vers un procès civil transnational" : une première réponse aux critiques, in P. FOUCHARD (dir°), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, op. cit. p. 139, n°188.