



L'attractivité de la responsabilité civile : approches comparatives dans les relations économiques

Rapport - Juin 2022



Avertissement liminaire : Les conclusions présentées dans ce rapport sont le fruit d'un travail collectif effectué dans un cadre temporel contraint puisque la réflexion a été entamée en octobre 2021 pour une restitution en juin 2022. Cette étude réalise une synthèse des opinions parfois diverses exprimées dans les échanges et dans les rapports spécifiques élaborés sur un nombre limité de thématiques. Son contenu ne saurait dès lors refléter le point de vue propre à chacun de ses membres, pas plus qu'il ne saurait les engager ni les institutions ou organisations auxquels ils appartiennent.

Cette étude s'inscrit dans le prolongement de travaux antérieurs, parmi lesquels un rapport élaboré sur *La réforme de la responsabilité civile et les relations économique*¹. La réflexion sur tout ou partie des sujets qui s'y trouvent abordés a vocation à être poursuivie sur une plus longue durée, à la lumière d'une approche méthodologique complémentaire à celle adoptée, et qui pourrait consister notamment en l'élaboration de questionnaires à destination d'acteurs des relations économiques en France et dans différents États membres de l'Union européenne.

¹ *La réforme de la responsabilité civile et les relations économiques*, Rapport du groupe de travail installé par la Cour d'appel de Paris, avril 2019 ; G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, Coll. Droit et Economie, 2005 ; M. Chagny et B. Deffains, *Réparation des dommages concurrentiels*, Dalloz, 2015.

Membres du groupe de travail « L'attractivité de la responsabilité civile : approches comparatives dans les relations économiques »

Madame Muriel Chagny, *professeure de droit privé et sciences criminelles – présidente*

Madame Sylvaine Poillot-Peruzzetto, *conseillère en service extraordinaire à la Cour de cassation*

Madame Jocelyne Vallansan, *conseillère à la Cour de cassation*

Monsieur Jean-Sébastien Borghetti, *professeur de droit privé et sciences criminelles*

Monsieur Michel Germain, *professeur de droit privé et sciences criminelles*

Monsieur Louis Perdrix, *professeur de droit privé et sciences criminelles*

Monsieur Philippe Roussel Galle, *professeur de droit privé et sciences criminelles*

Maître Grégory Maitre, *avocat aux Conseils*

Maître Jean-Daniel Bretzner, *avocat au barreau de Paris*

Maître Marie Odin, *avocate au barreau de Paris*

Monsieur Didier Faury, *expert judiciaire*

Monsieur Olivier Peronnet, *expert judiciaire*

Accompagnés par :

Mme Nathalie Bourgeois-De Ryck, *conseillère à la Cour de cassation*

Mme Sophie Azria, *conseillère référendaire de la Cour de cassation*

Madame Anita Anton, *auditrice au SDER de la Cour de cassation*

Mme Célia Lesueur, *élève-avocate en stage à la première présidence de la Cour de cassation*

M. Dragan Mathieu-Avond, *stagiaire à la première présidence de la Cour de cassation*

Personnes associées à la réflexion :

Madame Mélanie Bessaud, *conseillère à la Cour de cassation*

Monsieur Bruno Deffains, *professeur en sciences économiques*

Madame Natalie Fricero, *professeure de droit privé et sciences criminelles*

Table des matières :

Introduction 1

I – Améliorer l’attractivité du droit commun de la responsabilité civile sous l’impulsion des approches comparatives 6

A. L’aiguillon des influences extérieures au droit français de la responsabilité civile 6

1. L’analyse économique du droit à considérer dans les évolutions à apporter au droit de la responsabilité civile..... 7

2. Les droits étrangers, une source d’inspiration à acclimater en droit français de la responsabilité civile 11

B. Le modèle des droits spéciaux à transposer dans le droit commun de la responsabilité civile 21

1. Les changements apportés aux conditions d’exercice de l’action en responsabilité civile sur le modèle de droits spéciaux..... 22

a) Préciser le point de départ de la prescription de l’action en responsabilité civile 22

b) Aménagement des règles relatives à l’accès aux preuves 24

c) Le préjudice financier et les intérêts moratoires..... 26

d) Adopter, dans une disposition légale ou, à défaut, dans un instrument de droit souple, une liste non exhaustive des chefs de préjudices en matière économique... 27

2. Les changements apportés au résultat de l’action en responsabilité civile sur le modèle de régimes spéciaux 28

a) Préférer à l’amende civile une méthode alternative d’évaluation des préjudices en cas de faute lucrative 28

b) Admettre par exception la forfaitisation strictement encadrée 31

c) Confirmer dans une disposition légale ou, à défaut, dans un instrument de droit souple la possibilité pour les juridictions d’estimer le montant du préjudice 35

d) Favoriser le développement d’une méthodologie appropriée aux préjudices économiques par des instruments de droit souple (circulaire, guide méthodologique et recueil de décisions modèles)..... 35

e) Favoriser le bon usage de l’expertise de partie par la déontologie et la méthodologie 38

f) Favoriser le recours à l’expertise de justice par la réduction des délais et la diversification des interventions du technicien 40

g) Développer la place de l’oralité dans la restitution des travaux d’expertise .. 43

h) Prendre dans une circulaire les illustrations relatives au critère de répartition de la dette constitué par le rôle causal dans la réalisation du dommage	44
Conclusion de la première partie	45
II – Améliorer l’attractivité de la responsabilité civile dans les droits spéciaux au soutien de la compétitivité du droit français	46
A. Mieux répondre aux besoins spécifiques de relations économiques par les régimes spéciaux de responsabilité	47
1. Les aménagements à apporter dans l’organisation et la pratique judiciaire..	48
a) Mieux mettre à profit la spécialisation en droit de la concurrence en la parachevant et en tirant les conséquences sur le plan de l’organisation et des moyens	48
b) Ménager aux questions économiques une place suffisante dans la procédure	51
c) Remédier à la longueur des procédures de réparation des dommages concurrentiels	53
2. Les modifications à apporter au régime des actions en responsabilité civile .	55
a) Améliorer les mécanismes de regroupement des victimes	56
b) L’adaptation des conditions de fond de la responsabilité civile pour les besoins des droits spéciaux	59
c) La prise en compte des impératifs des droits spéciaux dans le résultat de l’action en responsabilité civile	66
B. Amélioration de la cohérence et de l’accessibilité des régimes de responsabilité civile	73
1. Améliorer l’articulation entre les droits de la responsabilité civile.....	73
a) Modifier la rédaction du projet d’article 1232 du code civil pour une clarification de l’articulation entre droit commun et dispositions spéciales	74
b) Écarter l’application de l’amende civile instituée par le projet d’article 1266-1 aux fautes passibles d’une autre sanction pécuniaire	75
c) Réserver expressément dans l’article 1245 du code civil le jeu des cas de responsabilité du dommage causé par autrui par des règles spéciales	77
d) Aligner sur le droit commun le point de départ de la prescription de certaines actions en responsabilité civile fondées sur un droit spécial.....	79
e) Confirmer l’application possible de la règle de droit commun sur la solidarité des coresponsables en sus de la solidarité spécialement prévue en droit des pratiques anticoncurrentielles	79
f) Prévoir que l’action sociale ut singuli peut être exercée à l’encontre d’un dirigeant de fait.....	81

g) Supprimer la responsabilité du dirigeant en cas de faute ayant contribué à la cessation des paiements d'une société placée en redressement judiciaire évoquée par l'article L. 631-10-1 du code de commerce	82
h) Clarifier l'articulation entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon	83
2. Améliorer la cohérence au sein d'un droit spécial	85
a) Harmoniser les règles de prescription applicables à l'action exercée contre le dirigeant de société.....	85
b) Préciser la responsabilité du représentant permanent dans la société par actions simplifiée.....	86
c) Détermination du tribunal compétent pour connaître de l'action en responsabilité du dirigeant	87
d) Confirmer dans une disposition légale la responsabilité civile de toute personne formant une entreprise en cas de pratique contraire à une règle du Titre IV du Livre IV du code de commerce.....	88
e) Insérer dans le Code de commerce des dispositions consacrées à la concurrence déloyale et au parasitisme.....	90
Conclusion de la seconde partie	94
Conclusion générale :	95

Introduction

1. – Institution fondamentale pour les activités économiques, le droit est, à travers l'organisation des firmes et des marchés, un facteur clef d'attractivité. Les règles juridiques elles-mêmes ainsi que leur mise en œuvre influencent les choix effectués par les acteurs économiques et partant, interfèrent avec l'économie dans son ensemble, à l'échelle d'un État, mais aussi, dans un contexte mondialisé, au plan international.

A l'habituelle compétition, d'ordre économique, entre les entreprises, s'ajoute, de façon accentuée au fil du temps et de la globalisation, une concurrence juridique entre les systèmes de droit.

2. - Notion à multiples facettes, l'attractivité peut s'entendre de la capacité d'un droit et, plus largement, d'un système juridique, à satisfaire, voire à attirer, les opérateurs économiques, ceci grâce aux qualités réelles ou supposées qui leur sont prêtées, éventuellement par comparaison avec d'autres droits et systèmes étrangers.

Pour le dire autrement, le cadre juridique, la qualité des règles de droit et leur mise en œuvre constituent des éléments déterminants du bon fonctionnement d'une économie. L'attractivité passe donc par la clarté, l'intelligibilité, la cohérence² des normes, permettant leur application simple, efficace – c'est-à-dire conforme au but qu'elles poursuivent – et plus prévisible. Par où se trouve satisfait un objectif de sécurité juridique constituant une « *dimension essentielle de l'attractivité économique du droit*³ ». Mais cette dernière s'entend aussi de l'aptitude à réaliser un équilibre des intérêts en présence et à être accepté comme mécanisme régulateur des conflits entre sujets de droit ; celle-ci ne se mesure pas uniquement à partir des règles et concerne aussi la qualité de la justice.

3. – Sans lui être spécifiques, ces enjeux sont d'autant plus cruciaux pour la responsabilité civile qu'elle constitue l'un des principaux instruments de régulation des relations économiques, qu'elles se déroulent sur le marché, à l'instar des rapports entre entreprises rivales, ou hors marché, à l'exemple des rapports sociétaires.

² V. en ce sens, le discours de Monsieur Jean-Jacques Urvoas, Garde des sceaux, ministre de la Justice - Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile, Académie des Sciences morales et politiques, le 13 mars 2017 » : après avoir évoqué l'attractivité, celui-ci indiquait que la réforme est nécessaire « *pour pouvoir compter sur un droit lisible, transparent et porteur de sécurité juridique utile aux citoyens comme aux acteurs économiques* ».

³ B. Deffains et M. Sejean, *L'index de la sécurité juridique*, Dalloz, 2018, n° 24.

Ces relations sont particulièrement propices à la mise en concurrence des systèmes juridiques par les opérateurs économiques, selon les cas, au moment de décider en amont, en considération de la protection accordée au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou du traitement réservé à la société *in bonis* ou en difficulté, du lieu où investir, ou en aval, d'engager la procédure en réparation, un dommage s'étant réalisé.

4. – En présence d'un élément d'extranéité, les règles de compétence relatives au choix de loi et de for confèrent aux victimes ou à leurs représentants une faculté de choix que ceux-ci exercent « *en fonction des avantages pouvant résulter du droit matériel (voire procédural) qui est appliqué*⁴ ». Ce phénomène de *forum shopping* ne saurait être ignoré au regard de son impact majeur pour le marché du droit et de la justice ainsi que ses acteurs. Par où l'on voit qu'au moment même où l'eupéanisation de certains contentieux indemnitaires s'accroît, une étude menée sur la responsabilité civile dans les relations économiques ne peut évidemment pas faire abstraction d'une comparaison avec certains droits et systèmes étrangers.

5. – Pour autant, la quête d'attractivité ne se limite pas au seul cas dans lequel le droit français de la responsabilité civile est exposé à une forme de mise en concurrence des systèmes de droit européen. Elle est, plus largement, un facteur d'amélioration de la réponse juridique et judiciaire apportée à une situation et doit par conséquent constituer un objectif en toute occurrence.

Dans cette perspective, l'analyse économique du droit, en tant que méthodologie permettant d'étudier les notions et mécanismes juridiques par le prisme de la théorie économique, afin de mieux les comprendre et d'orienter leurs évolutions éventuelles, constitue un instrument d'analyse critique et normatif à ne pas négliger et une autre forme d'approche comparative à intégrer en vue d'une attractivité renforcée du système judiciaire français de responsabilité⁵.

6. - Si l'on peut être enclin, dans le respect de la conception française de la responsabilité civile, à raisonner en considération principalement des intérêts de la victime et partant, à œuvrer dans le sens d'une effectivité et d'une efficacité accrue de la réparation, un équilibre doit cependant être trouvé entre ceux-ci, dont le besoin d'indemnisation doit être pris en compte, et la situation

⁴ Selon la définition donnée par l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer, conclusions présentées le 16 mars 1999 dans l'affaire GIE Groupe Concorde e.a., arrêt du 28 septembre 1999, C-440/97, Rec. p. I-6307, note 10.

⁵ G. Maître, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, Coll. Droit et Economie, 2005, spec. n°1 à 19.

du responsable. Ce dernier ne saurait internaliser le coût de l'indemnisation sur la seule constatation de ce besoin, alors que les causes du dommage ne lui sont pas toujours imputables et qu'il n'est donc pas systématiquement en mesure d'éviter la survenance de celui-ci. Il convient d'ailleurs de prêter attention à ce que la position de demandeur/défendeur à l'action en responsabilité n'est pas toujours prédéterminée : ainsi un même acteur du marché pourrait-il, selon les cas, être l'auteur ou la victime d'une violation des règles de concurrence ; de même, dans la vie des sociétés, ces rôles de parties lésées ou de responsables peuvent être endossés aussi bien par la société elle-même, ses associés, les tiers que par ses dirigeants.

7. - Il ne suffit pas de réaliser un équilibre satisfaisant entre les intérêts en présence : quelles qu'elles soient, les relations économiques requièrent un cadre juridique stable et prévisible. Dès lors, le droit français, compte tenu de la tradition de droit écrit qui est la sienne, semble offrir des avantages en termes de prévisibilité et de lisibilité qui sont autant d'atouts aux yeux des acteurs économiques comme dans la compétition entre les droits.

Cependant, les règles actuelles du Code civil consacrées à la responsabilité ne reflètent plus, loin s'en faut, le droit positif, la jurisprudence ayant procédé, en cette matière plus qu'en aucune autre, à une interprétation créatrice. Aussi nécessaire que cette œuvre prétorienne ait pu être, elle n'en prive pas moins le droit français de la responsabilité civile des qualités habituellement reconnues aux codes juridiques.

A cela s'ajoute le fait que les relations économiques ont progressivement donné lieu au développement de régimes spéciaux hors du Code civil, dans des domaines fréquemment en prise aux réformes législatives : cela est vrai, non seulement des droits hors marché, comme le droit des sociétés et des procédures collectives, mais aussi, des droits du marché, à l'instar du droit de la concurrence ou de la propriété intellectuelle, fortement inspirés par le droit de l'Union européenne, et cela devrait être le cas, selon toute vraisemblance, des futures règles ayant vocation à régir la responsabilité liée à l'intelligence artificielle. Or, l'adoption de ces dispositions spéciales s'accompagne trop rarement d'une prise en compte d'éventuelles difficultés d'articulation tenant à leur superposition entre elles ou avec le droit commun, au risque de créer des incertitudes ou de susciter des interrogations sur le régime applicable, et d'être source d'insécurité juridique. Une approche de droit comparé interne permettrait, à cet égard, non seulement de gérer la coexistence de différentes dispositions relatives à la responsabilité civile en s'employant à les mettre en cohérence, mais aussi, le cas échéant, de tirer parti des influences possibles entre les différentes branches du droit et, en particulier, de

ce que certains droits spéciaux, tels le droit de la concurrence, peuvent servir de terrains d'expérimentation préfigurant des évolutions ultérieures de portée plus large.

8. – De ce point de vue, la réforme très attendue de la responsabilité civile pourrait arriver à point nommé pour procéder à une rénovation de la matière et faire bénéficier les agents économiques d'un droit adapté aux enjeux actuels et à venir. En dépit ou à cause des progrès réalisés dans le projet, notamment en faveur des victimes de dommages corporels, les relations économiques et les préjudices subis à l'occasion des activités économiques mériteraient davantage d'attention, en lien avec les régimes spécifiques qui leur sont consacrés par tel ou tel droit spécial. De surcroît, l'importance de la mise en œuvre de la réparation des préjudices économiques est telle, du point de vue de l'attractivité comme d'une bonne justice, que la réflexion paraît devoir être étendue, au-delà des aspects de droit substantiel, aux règles procédurales ainsi qu'à l'organisation et à la pratique judiciaire. Du côté de la pratique, certains changements sont déjà intervenus, tels que l'évolution rédactionnelle des arrêts de la Cour de cassation ou les fiches méthodologiques sur le préjudice économique publiées par la cour d'appel de Paris. Plus encore, et s'agissant de l'organisation judiciaire, d'importantes réflexions sont en cours et leurs résultats fort attendus, à l'instar des États généraux de la justice comportant un volet économique.

9. - Il a paru opportun, plutôt que de procéder à un commentaire critique du projet actuel de réforme de la responsabilité civile⁶, d'orienter la présente étude, à partir d'approches comparatives plurielles, combinant analyse économique du droit, droit comparé et surtout droit comparé interne, vers la formulation de propositions en droit commun comme dans les droits spéciaux, en s'interrogeant, pour ces derniers, sur l'impact de la réforme envisagée et sur leurs propres besoins de réforme, sans oublier, de façon générale, les aspects procéduraux et organisationnels.

Selon les cas, les suggestions formulées peuvent prendre la forme d'amendements à des textes existants ou à des projets, d'adoption de nouvelles dispositions, de modifications à apporter à l'organisation ou à la pratique judiciaire, en s'étendant jusqu'au droit souple, voire à des actions extra-juridiques. Tant et si bien que certaines avancées pourraient être réalisées sans même attendre des changements d'ordre législatif ou réglementaire.

⁶ Ce travail ayant déjà été fait dans le cadre des réflexions précédemment engagées au sein de la Cour d'appel de Paris par un groupe de travail ayant élaboré un rapport sur *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*.

L'attractivité économique du droit et du système juridique français a constitué la boussole de cette réflexion comparatiste, les pistes envisagées l'ayant été dans toute la mesure, mais seulement dans la mesure où elles peuvent contribuer à améliorer l'attractivité de la responsabilité civile⁷.

10. - Cela a conduit à rechercher, dans un premier temps, les voies d'amélioration de l'attractivité du droit commun de la responsabilité sous l'impulsion des approches comparatives (**Première partie**), puis à prolonger cette démarche, dans un second temps, au sein des droits spéciaux, soumis, au moins pour certains d'entre eux, à une concurrence particulièrement vive, en s'employant à renforcer l'attractivité de leurs régimes de responsabilité au soutien de la compétitivité du droit français (**Seconde partie**).

⁷ Certaines des propositions formulées peuvent avoir une portée qui excède la responsabilité mais n'en ont pas moins été retenues dès lors qu'elles concourent à renforcer l'attractivité. A l'inverse, les propositions relatives aux droits spéciaux n'ont été envisagées qu'en tant qu'elles impactent la responsabilité civile.

I – Améliorer l'attractivité du droit commun de la responsabilité civile sous l'impulsion des approches comparatives

11. - Si elle n'a pas encore abouti, la réforme envisagée du droit commun de la responsabilité devrait être inspirée notamment par le souci de renforcer l'attractivité du droit et du système judiciaire français, ce à quoi les approches comparatives peuvent contribuer grandement. Dans cette perspective, il convient de tenir compte, non seulement des influences extérieures au droit français de la responsabilité civile que sont, de façon différente et complémentaire, l'analyse économique du droit et le droit comparé (A), mais aussi des régimes spéciaux de responsabilité, propres à une branche du droit, qui servent de bancs d'essai et peuvent inspirer, après expérimentation, des évolutions en droit commun (B).

Pour autant, il importe de se garder de toute évolution inconsidérée du droit commun de la responsabilité civile, dont l'aptitude à la généralité doit être préservée. Ainsi a-t-il été considéré, à propos de l'intelligence artificielle, qu'il était préférable de s'abstenir de toute adaptation du droit commun⁸ et que la réponse à apporter, le cas échéant, passe plutôt par une réglementation spéciale, laquelle pourrait au demeurant intervenir sous l'impulsion de l'Union européenne.

A. L'aiguillon des influences extérieures au droit français de la responsabilité civile

12. - A titre préalable, et quoique le droit de l'Union européenne, « *droit propre de chacun des États membres, tout autant que son droit national* », ne soit, ni « *un droit étranger, ni même un extérieur* »⁹, il convient d'évoquer son incidence sur l'importante question de la responsabilité liée à l'intelligence artificielle. La volonté des institutions européennes de légiférer en la matière ne fait aucun doute compte tenu notamment de la publication par la Commission en

⁸ V. à ce propos le rapport consacré à l'intelligence artificielle : « *La responsabilité civile s'est voulue jusqu'ici le plus souvent « technologiquement neutre », au sens où les régimes spéciaux de responsabilité s'appliquent à des domaines d'activité particuliers (la circulation routière, le transport aérien, l'activité nucléaire, etc.) indépendamment des technologies qui s'y déploient. Il semble prématuré de changer de logique pour créer une nouvelle responsabilité liée à une technologie particulière – l'intelligence artificielle –, indépendamment de son domaine d'application, dès lors que l'on ne sait pas encore si l'intelligence artificielle sera à l'origine de dommages nombreux et socialement significatifs.*

Un régime général de responsabilité du fait de l'intelligence artificielle n'est pas nécessairement la solution la plus adaptée et les risques que pourrait poser l'intelligence artificielle seront peut-être mieux appréhendés, le moment venu, par des régimes sectoriels »

⁹ G. Isaac, "L'effet direct et la primauté du droit communautaire", in *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992*, Colloque Association Droit et commerce, Deauville 13 et 14 juin 1987, *RJC* nov. 1987 n° spéc., p. 15 et s., spéc. p. 15.

2021 d'un projet d'*Artificial Intelligence Act*, riche de plus de 80 articles¹⁰. En dépit des critiques que suscite ce projet¹¹, l'initiative européenne n'en existe pas moins et il est loin d'être acquis que ce texte, s'il est adopté, autorise le maintien de règles nationales concurrentes¹², du moins si elles ont un caractère général. Dès lors, il est apparu préférable de ne pas approfondir, dans le temps limité imparti, la réflexion sur ce point, ceci d'autant qu'en l'état actuel des choses, il ne semble pas exister de vide juridique pour les victimes éventuelles de l'intelligence artificielle¹³.

13. - S'agissant des influences véritablement extérieures au droit français de la responsabilité civile, il convient d'envisager successivement l'impact de l'analyse économique du droit (1.) et celui des droits étrangers (2.). Dans les deux cas, il s'agit d'un aiguillon en ce que l'approche économique ou l'exemple de droits étrangers servent de révélateurs permettant d'identifier les aspects sur lesquels des progrès devaient être réalisés aux fins de renforcer l'attractivité du droit français de la responsabilité civile.

1. L'analyse économique du droit à considérer dans les évolutions à apporter au droit de la responsabilité civile

14. Le courant de l'analyse économique du droit, qui permet une meilleure compréhension des interactions entre les règles de droit et le comportement économique des sujets de droit, met en lumière les atouts du droit français de la responsabilité civile en tant qu'instrument de régulation des relations économiques, et ce qu'on l'envisage sous l'angle de son fondement ou sous celui de son régime.

15. - S'agissant de son **fondement**, la responsabilité civile est fréquemment envisagée comme visant avant tout à permettre l'indemnisation des victimes. Pourtant, l'analyse économique de la responsabilité civile, à l'instar de plusieurs auteurs¹⁴, ne conçoit pas celle-ci uniquement à

¹⁰ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending certain union legislative acts*, COM/2021/206 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

¹¹ V. par ex., Comité européen de la protection des données et Contrôleur européen de la protection des données, avis conjoint 5/21 sr la proposition de règlement établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle, 18 juin 2021.

¹² Cela ne paraît pas prévu dans la proposition publiée en avril 2021.

¹³ En ce sens, le rapport consacré à l'intelligence artificielle.

¹⁴ V. not. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, Traité de droit civil, 4^e éd., 2019, n° 45 et s. ; P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 12^e éd., 2020, n° 010.11 et s.

travers sa fonction réparatrice. Elle ajoute aussi, et peut-être surtout, une dimension normative, au plan social, de la responsabilité civile dont les règles ont un rôle important *ex ante* pour la prévention et la réduction des dommages. L'analyse économique du droit précise également que l'efficacité de la responsabilité civile naît de l'équilibre entre cette fonction normative et cette fonction de réparation.

16. - Du point de vue des **conditions de fond** de l'action en responsabilité civile, le droit français présente des attraits certains.

Cela est vrai, pour commencer, du **principe général de responsabilité pour faute**, privilégié en droit commun et dont l'analyse économique du droit considère qu'il est préférable à un système de délits spéciaux, car la mise en œuvre d'un tel principe est perçue comme plus souple et plus adaptable. La formule très générale de l'article 1240 du code civil (ancien article 1382) est à même d'appréhender n'importe quel comportement délictuel. Elle offre une souplesse qui permet de faire évoluer le périmètre des préjudices réparables et de s'adapter rapidement à l'évolution des activités économiques comme à l'émergence de nouveaux acteurs. À l'inverse, en Allemagne, la théorie de la relativité aquilienne, codifiée par le paragraphe 823 du *BGB*¹⁵, conditionne l'indemnisation des victimes à l'illicéité de l'atteinte à une liste de droits ou de biens en principe limitative. En *Common Law*, il existe un système de délits spéciaux dont l'articulation est parfois complexe, et qui a conduit à développer le *tort of negligence*, lequel tend à se rapprocher d'un principe général de responsabilité pour faute¹⁶.

17. - Cela concerne aussi **l'identification des préjudices réparables**. L'analyse économique du droit appréhende le préjudice essentiellement au travers de sa réparation, selon une approche en définitive pragmatique : c'est en réparant intégralement le préjudice que la responsabilité civile influence préventivement le comportement du responsable. Il est donc indispensable que la réparation procurée à la victime prenne en compte l'intégralité des préjudices subis, afin que le responsable soit incité à prendre les précautions jugées économiquement efficaces, c'est-à-dire qui permettront de minimiser le coût du fait générateur de dommage. A défaut, l'auteur du dommage se limitera aux précautions nécessaires à la minimisation du coût des préjudices

¹⁵ « 1. Celui qui, agissant intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, l'intégrité corporelle, la santé, la liberté, la propriété ou à un autre droit similaire d'autrui, est tenu à réparation du dommage qui en est résulté. 2. La même obligation vise celui qui contrevient à la protection d'une autre loi protectrice. Si une violation de la loi en question est possible sans qu'une faute ne soit nécessaire, le devoir de réparer le dommage n'intervient qu'en cas de faute. »

¹⁶ La même observation pourrait être faite en ce qui concerne le principe général de la responsabilité du fait des choses, édifié par la jurisprudence et que le projet de réforme se propose de consacrer en le réservant aux choses corporelles.

effectivement mis à sa charge, laissant supporter aux victimes une part de leur propre dommage. On parle alors d'externalités négatives.

18. - Précisément, le droit français fait preuve d'une grande souplesse en la matière par rapport aux droits étrangers. Sous réserve de satisfaire les caractères requis, n'importe quel chef de préjudice est réparable, qu'il s'agisse d'un préjudice patrimonial ou extrapatrimonial. Par ailleurs, la jurisprudence a apporté, depuis longtemps, un assouplissement à l'exigence de certitude du préjudice en admettant la réparation de la perte de chance lorsqu'à disparu une chance réelle et sérieuse d'un événement favorable. De même, et s'agissant cette fois du caractère direct du préjudice, à relier à l'exigence d'un lien de causalité, la jurisprudence fait coexister, sans jamais avoir consacré l'une d'elles, deux théories, celle de la causalité adéquate et celle de l'équivalence des conditions, cette dernière étant particulièrement favorable à l'indemnisation des victimes¹⁷.

Pour autant, il est permis de penser que le préjudice économique n'a pas fait l'objet d'autant d'intérêt qu'il aurait pu, comme en témoigne d'ailleurs le projet de réforme de la responsabilité civile : s'il envisage spécifiquement le préjudice corporel, celui-ci paraît ne porter aucune attention particulière aux préjudices résultant de dommages économiques. La marge de progrès susceptible d'être réalisé à ce propos se prolonge plus encore au stade de l'évaluation, autrement dit lors du résultat de l'action en responsabilité civile.

19. – Du point de vue de l'analyse économique du droit, **l'évaluation du préjudice** est cruciale pour que le régime de responsabilité applicable soit efficient. La réparation du préjudice a assurément un effet direct sur l'efficacité du système de responsabilité, et participe donc de son attractivité. C'est la raison pour laquelle une réflexion doit être engagée, moins sur la définition de la notion elle-même que sur une approche plus pragmatique du préjudice réparable et de l'effet économique lié à sa réparation.

20. – Si le principe de la réparation intégrale, applicable en la matière, est simple d'un point de vue théorique, il n'en soulève pas moins de sérieuses difficultés, voire une forme d'impossibilité dans certains cas.

¹⁷ *Infra* n° 114.

En effet, certains préjudices sont particulièrement difficiles à évaluer, notamment parce qu'il n'est pas possible de trouver un équivalent sur le marché. Il en est ainsi du préjudice moral, compris dans son sens le plus large recouvrant l'intégralité des préjudices extrapatrimoniaux, c'est-à-dire les préjudices non directement évaluables en argent.

La théorie économique propose à cet égard plusieurs méthodes pour obtenir une approximation de l'indemnisation requise. Bien que ces méthodes apparaissent plus ou moins convaincantes, elles ont pour utilité de proposer la détermination d'un montant plancher, c'est-à-dire d'une approximation *a minima* des dommages et intérêts nécessaires pour compenser le préjudice moral subi. Il est ensuite loisible au juge d'augmenter la somme ainsi obtenue, s'il l'estime nécessaire. Dans cette mesure, les procédés proposés par les économistes présentent une certaine fiabilité, car ils guident le juge sans le contraindre totalement.

Si l'analyse économique du droit montre certaines limites face à l'évaluation d'un préjudice moral, les travaux réalisés sur le sujet permettent néanmoins quelques enseignements.

D'une part, malgré l'insuffisance des études économiques actuelles, une réflexion peut être menée sur l'élaboration de modèles mathématiques et statistiques permettant d'approcher une évaluation, sous forme d'estimation, du préjudice moral subi par la victime, et de faciliter une harmonisation des pratiques d'évaluation, ce qui serait plus satisfaisant qu'une évaluation sans base ni méthode, qui plus est soumise à des pratiques diverses selon les juridictions saisies. En approfondissant cette voie, qui s'inscrit dans une démarche dite de « *jurimétrie* », on pourrait envisager l'élaboration de barèmes indicatifs qui seraient utiles au juge dans l'accomplissement de sa tâche. De tels barèmes sont d'ailleurs largement employés par les juges du fond, notamment pour les préjudices moraux résultant d'une atteinte corporelle. A supposer que cette voie soit empruntée dans le cas des relations économiques, elle devrait être strictement limitée au préjudice moral¹⁸. D'autre part, on peut envisager la fixation de plafonds d'indemnisation, ou encore une indemnisation forfaitaire¹⁹.

Au-delà même de ce seul cas, nul doute que des améliorations puissent être apportées quant à l'évaluation des préjudices économiques, que ce soit par l'adoption de règles de droit ou par le développement d'une méthodologie adaptée²⁰.

21. - Mais l'analyse économique du droit montre aussi que **le fonctionnement du système juridictionnel** et, plus largement, des mécanismes permettant la résolution d'un litige de

¹⁸ *Infra* n° 55.

¹⁹ *Infra* n° 51 et s., n° 119.

²⁰ *Infra* n° 58 et s., n° 118.

responsabilité, n'est pas neutre sur la décision prise par la victime de demander ou non réparation. Lorsque cette dernière s'abstient d'agir, il en résulte, non seulement un effet d'aubaine à court terme ne pouvant qu'inciter le responsable à poursuivre son activité dommageable, mais aussi un facteur de dégradation à moyen terme de l'activité du secteur considéré.

Le coût doit être pris en compte pour apprécier, dans le détail, le régime de telle ou telle responsabilité, afin d'éviter de se trouver dans une situation où la victime d'un dommage n'agit pas en réparation parce que le système ne lui en donne pas les moyens.

Il convient également de prendre en considération notamment la durée des procédures, les possibilités d'accès aux preuves, la qualité des décisions de justice, ainsi que la possibilité de recourir à des modes alternatifs de règlement des différends. Ces différents facteurs influençant l'efficacité processuelle d'un régime de responsabilité donné, leur amélioration permet de parvenir à une meilleure efficacité du droit de la responsabilité, c'est-à-dire une meilleure conformité aux objectifs qu'il poursuit. Il ne suffit donc pas de s'intéresser au fond du droit, car les aspects tenant à la procédure ainsi qu'à l'organisation et à la pratique judiciaires méritent également l'attention.

C'est d'ailleurs peut-être pour ces seconds aspects que la compétition entre systèmes juridiques, dont l'analyse économique identifie certains bénéfiques²¹, est la plus susceptible d'être mise à profit en droit commun de la responsabilité civile.

2. Les droits étrangers, une source d'inspiration à acclimater en droit français de la responsabilité civile

22. - Au regard de ce qui précède, il apparaît que les principaux progrès susceptibles d'être réalisés en droit français de la responsabilité civile, par comparaison avec les droits et systèmes étrangers, tiennent davantage à sa mise en œuvre. Sans que cela soit spécifique au contentieux

²¹ L'argument principal se fonde sur une analogie avec la théorie des biens publics locaux. Selon cette théorie appliquée aux décisions de justice, la compétition entre juridictions favorise, sous certaines conditions, une production de services et d'infrastructures publics conforme avec les attentes des citoyens. Dès lors que les règles juridiques peuvent être regardées comme des biens publics, l'efficacité pourra ainsi être réalisée dans un cadre juridique concurrentiel respectant les conditions suivantes : mobilité et information parfaites des sujets de droit, nombre suffisamment élevé de créateurs de droit. Quand les préférences des citoyens sont hétérogènes, la coexistence de normes différentes peut ainsi contribuer à satisfaire plus d'agents qu'une norme unique. Bien entendu, l'intérêt d'un processus décentralisé de production des règles disparaît si l'on s'écarte de ces conditions et l'harmonisation apparaît alors souhaitable pour empêcher une concurrence rendue destructrice par une course « vers le bas ».

indemnitaire économique, il reste qu'en cette matière, les juridictions françaises sont davantage exposées, en présence d'un élément d'extranéité, à la concurrence d'autres fors.

Encourager l'exercice des actions en réparation des préjudices économiques en France suppose de réduire les freins susceptibles de dissuader la victime d'y agir à cette fin.

Du point de vue de la partie lésée, les paramètres d'appréciation, lors de la prise de décision, peuvent se ramener, pour les principaux d'entre eux, à un triptyque constitué par les aspects financiers, la qualité de la réponse judiciaire et les difficultés probatoires.

23. – Les éléments de réflexion d'ordre financier, s'ils concernent au premier chef les coûts, ne s'y limitent pas. Il convient également d'évoquer la possibilité d'avoir recours à un tiers financeur ainsi que les perspectives de recouvrement des frais engagés en fin de procédure.

24. - Cela est suffisamment connu pour qu'on ne s'y attarde pas, la **justice** en France est **relativement peu coûteuse**, surtout lorsqu'on la compare à d'autres États, tels que le Royaume-Uni. Même si cela doit être relativisé, dans le cas de contentieux complexes impliquant des honoraires d'avocats, mais aussi d'experts, il s'agit certainement d'un atout qui mériterait d'être mis en avant, sous réserve de ne pas être associé à l'idée que la justice abordable serait de moindre qualité, en termes de temps consacré, de motivation des décisions notamment²², que celle d'autres pays où elle est nettement plus onéreuse.

A cet égard, une réflexion pourrait être menée, pour certains contentieux économiques complexes d'ampleur internationale, en vue d'accroître les moyens alloués aux juridictions par l'application d'un droit de timbre selon un barème.

Il convient aussi de prêter attention au fait que l'appréciation portée par un justiciable sur les coûts dépend étroitement du montant de la créance d'indemnisation à laquelle il prétend ainsi que des risques d'être exposé à une stratégie dilatoire ou d'obstruction de la part de la partie adverse. Cela renvoie ainsi aux questions de durée et d'accès aux preuves notamment, ainsi qu'à la question de savoir dans quelle mesure il est concevable d'agir de façon groupée.

25. - Cela conduit à envisager, mais plutôt au stade des droits spéciaux, les recours collectifs²³, ainsi qu'à s'interroger à ce stade sur les **possibilités de recourir à un tiers financeur** et à mobiliser, pour ce faire le mécanisme bien connu du droit français de la cession de créances.

²² *Infra* n° 22 et s.

²³ *Infra* n° 98 et s.

A l'heure actuelle, il apparaît que les sociétés de financement de procès ne sont pas très actives en France, ayant fait le choix de développer bien davantage leur activité dans des pays comme le Royaume-Uni ou encore les Pays-Bas. Sans doute cela peut-il s'expliquer par des coûts de procès bien différents, mais en partie seulement. Comme l'observation a pu être faite, dans certains contentieux sophistiqués, « *il n'est pas raisonnable pour les victimes de poursuivre elles-mêmes et individuellement les divers auteurs* »²⁴.

Si la **cession de créances d'indemnisation** est théoriquement envisageable en France, sous la limite constituée par le retrait litigieux prévu à l'article 1699 du code civil, il pourrait être souhaitable que des précisions soient apportées, à des fins de prévisibilité et de sécurité juridique, sur la validité et les conditions de cessions de créances de nature extracontractuelle.

26. - La possibilité de récupérer, en fin de procédure, les frais engagés, est également un paramètre important. Les articles 696 et 700 du code de procédure civile prévoient respectivement que la partie qui succombe est en principe condamnée à prendre en charge les dépens et à payer à l'autre partie la somme déterminée par le juge au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Cela étant, au moment de condamner le perdant au paiement des frais irrépétibles, le juge doit, selon l'article 700, tenir compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut même d'office, pour des raisons tirées des mêmes condamnations, dire qu'il n'y a pas lieu à condamnation. Surtout, il convient de relever que les montants alloués sur le fondement de cette disposition, théoriquement dépourvus de limites, sont variables, depuis l'euro symbolique à des sommes très élevées, avec le risque d'être en deçà des coûts engagés, et en tout état de cause assez imprévisibles.

Il est vrai que, comme l'avait relevé la Mission relative à l'évolution de la profession d'avocat, il n'est pas habituel, en France, de communiquer des éléments justifiant les prétentions formulées à ce titre²⁵, de sorte que les juridictions ne disposent pas des éléments suffisants pour procéder à une évaluation correcte, alors même qu'elles font droit à la demande en son principe. A la suite des propositions formulées par la Mission Perben²⁶, l'article 700 du code de procédure

²⁴ A propos du droit des pratiques anticoncurrentielles, v. Concl. Av. gén Jaaskinen du 11 décembre 2014 dans l'affaire C-352/14, Hydrogen Peroxide Pt 89 : « *dans le cas d'entraves à la concurrence plus complexes, il n'est pas raisonnable pour les victimes de poursuivre elles-même et individuellement les divers auteurs d'une entrave de ce type* ».

²⁵ Mission relative à l'évolution de la profession d'avocat, présidée par Dominique Perben, juillet 2020 : « *de nombreux avocats ne souhaitent pas communiquer le montant des honoraires qu'ils facturent. Il est dès lors rare que les décisions rendues sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile couvrent l'ensemble des frais exposés par la partie gagnante au titre de ses frais d'avocat. Elle est dès lors pénalisée alors même que le juge a fait droit à ses demandes* ».

²⁶ « *Ce mécanisme peut être amélioré en adoptant une nouvelle rédaction de l'article 700 et en prévoyant que l'indemnité prévue par ce texte est fixée au vu de pièces justificatives. Le secret professionnel n'est pas un obstacle à la production des factures d'intervention* ».

civile a été complété et dispose désormais que « *les parties peuvent produire les justificatifs des sommes qu'elles demandent* »²⁷. Telle qu'elle est rédigée, cette modification textuelle autorise la production des factures, mais n'implique pas qu'elle ait lieu de façon systématique, ce qui pourrait sembler de bonne pratique pour une appréciation concrète, sur pièces, par le juge.

Par ailleurs, le système anglais, avec la règle du *loser pays*, pourrait inspirer certaines évolutions. Au Royaume-Uni, les juridictions procèdent à une analyse, à la fois, de la justification des frais et de leur juste répartition au fil des étapes du contentieux²⁸. Par exemple, la partie perdante en ce qui concerne un incident lié à la communication des pièces peut se trouver dans l'obligation de supporter les coûts de la partie adverse gagnante liés à cet aspect de la procédure. Il en résulte que les parties au procès sont incitées, sinon à faire montre de davantage de coopération, du moins à s'abstenir de certains arguments dilatoires et à soumettre au juge uniquement les questions sujettes à débats entre elles, de sorte que la juridiction n'a pas à consacrer de temps à des sujets marginaux voire purement dilatoires. De ce point de vue, une évolution dans l'application de l'article 700 pourrait présenter certains attraits en freinant le recours à des moyens purement dilatoires.

27. - Cela pourrait ainsi participer de la **qualité de la réponse judiciaire**, laquelle est à n'en pas douter un paramètre crucial en termes d'attractivité.

Cet aspect, qui ne saurait évidemment se confondre avec une décision de justice faisant droit à l'intégralité de la demande, renvoie plutôt à la compétence et à la disponibilité des magistrats en charge de l'affaire, à la maîtrise des délais, au temps consacré au dossier notamment lors des plaidoiries ou encore à la motivation de la décision.

Il ne semble pas opportun de généraliser la spécialisation des juridictions en charge des contentieux économiques de la réparation²⁹, à l'instar de ce qui existe pour certains droits spéciaux³⁰. En revanche, dans les juridictions importantes, il est souhaitable de faire en sorte que la chambre qui statue soit composée de **juges formés spécifiquement** à cette matière, même s'il ne s'agit pas de « *spécialisation* » au sens strict. Il est par ailleurs indispensable

²⁷ Article 1, 13° du décret 2022-245 du 25 Février 2022.

²⁸ https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2022-06/2022.06.22_Merricks_Costs_Ruling.pdf - Competition Appeal Tribunal, [2022] CAT 27.

²⁹ La difficulté provient du fait que les litiges en ce domaine irriguent toutes les juridictions du territoire et que la répartition des compétences paraît délicate en droit des affaires.

³⁰ *Infra*, n° 82 et s.

d'améliorer la **culture économique-financière**, par le développement de la formation continue³¹, voire de développer une filière de juges « *spécialisés* » en droit civil économique.

28. - La question de la **durée** est centrale, jouant un rôle essentiel dans le choix effectué par la victime. Cependant elle revêt deux aspects bien différents quoique liés : d'un côté, il convient **d'encadrer la procédure dans une durée limitée et plus encore prévisible** ; de l'autre, il s'agit de **consacrer à une affaire donnée le temps nécessaire, approprié**, notamment lors de l'audience ou les audiences de plaidoiries, ce qui renvoie dans les deux cas au défi constitué par les rôles surchargés et les moyens limités alloués à la justice économique.

En l'état, et tout en réitérant le besoin d'augmenter le nombre de juges, spécialement dans les contentieux exposés à la concurrence des places de droit étranger, cela passe par une batterie de mesures à combiner.

29. - L'une d'elles, consistant à continuer à favoriser le **développement des modes alternatifs de règlement des différends**, ne sera pas développée plus avant, ayant déjà donné lieu à des travaux approfondis³², sauf à dire que les liens avec l'expertise mériteraient d'être approfondis, que ce soit pour faire intervenir un technicien dans le cadre d'une MARD ou savoir comment une expertise judiciaire pourrait contribuer à favoriser un accord amiable³³.

Une voie complémentaire consiste à **différencier selon les affaires**, en fonction de leur complexité³⁴ et de l'enjeu du litige. Tandis que certaines d'entre elles pourraient donner lieu à des procédures simplifiées et raccourcies, les autres, à l'inverse, s'inscriraient dans un temps plus long et pourraient donner lieu à une voire plusieurs audiences de plaidoiries, de façon à consacrer le temps nécessaire en fonction de la difficulté du dossier. Pour ces dernières, il pourrait être opportun de fractionner, à l'instar de ce qui se pratique au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, le contentieux en plusieurs étapes, ce qui confère aux plaideurs davantage de visibilité mais peut aussi être propice à une transaction (par exemple, une fois le principe de la responsabilité admis).

³¹ Les nouvelles méthodes de formation permettent, par l'intermédiaire de l'ENM ou de la formation déconcentrée, d'offrir des modules adaptés, partiellement en *e-learning*, avec des micro-formations sur les réformes, par ex. celle à venir de la responsabilité civile, effectuée par des binômes universitaires-magistrats.

³² V. notamment *La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends*, Rapport du groupe de travail de la cour d'appel de Paris, mars 2021. Adde *La médiation devant la Cour de cassation*, 2021.

³³ V. *La réforme de la responsabilité civile et les relations économiques*, Rapport préc. Adde Recueil des fiches méthodologiques de la cour d'appel de Paris sur la réparation du préjudice économique, Fiche méthodologique n° 20 « *Quelle place pour l'expertise dans un processus amiable ?* ».

³⁴ Parmi les éléments de catégorisation, on peut mentionner le nombre de parties concernées, la complexité de la question juridique posée, la pluralité de problèmes juridiques pour trancher le litige, les controverses jurisprudentielles sur la solution.

En tout état de cause, une meilleure **régulation par le juge de la durée des procédures** est nécessaire en vue de raccourcir les délais de mise en état et d'établir un calendrier de procédure strict.

A y regarder de plus près, les dispositions actuelles permettent d'ores et déjà d'envisager une évolution des pratiques, même si dans certains cas, des modifications peuvent être requises.

Devant la cour d'appel, en procédure ordinaire avec représentation obligatoire par avocats, la mise en état est très encadrée. Une bonne pratique pourrait consister, une fois les délais de caducité et d'irrecevabilité expirés, à ce que le conseiller de la mise en état ait un échange systématique avec les avocats pour orienter l'affaire vers un circuit long ou court en fonction de la complexité du dossier³⁵.

S'agissant des tribunaux judiciaires, il serait souhaitable de prévoir en pratique différents circuits de mise en état, dans la mesure où certains dossiers nécessitent seulement la fixation d'un calendrier, tandis que d'autres requièrent un office plus lourd. L'audience d'orientation, prévue à l'article 776 du code de procédure civile, pourrait être destinée à définir le circuit adapté avec les avocats. Lorsque l'affaire est complexe, un calendrier impératif devrait être fixé en accord avec les avocats, modifiable pour motif légitime (incident ; demande additionnelle, intervention d'un tiers...)³⁶.

Quant aux tribunaux de commerce, la situation est rendue plus complexe par le fait que le juge chargé de suivre l'affaire – qui est l'équivalent du juge de la mise en état devant le tribunal judiciaire -, n'est pas mis en place devant la plupart des juridictions. En ce cas, l'instruction se fait en principe en formation collégiale lors d'audiences dédiées, conformément à l'article 861 du code de procédure civile. En outre, le tribunal n'a pas le pouvoir de prononcer une ordonnance de clôture qui met fin aux échanges (irrecevabilité des conclusions et documents ultérieurs). Il faudrait en ce cas permettre à la formation collégiale, lorsqu'elle a fixé un calendrier de procédure, de rendre une ordonnance de clôture.

³⁵ Art. 912 CPC : « Le conseiller de la mise en état examine l'affaire dans les quinze jours suivant l'expiration des délais pour conclure et communiquer les pièces.

Il fixe la date de la clôture et celle des plaidoiries. Toutefois, si l'affaire nécessite de nouveaux échanges de conclusions, sans préjudice de l'article 910-4, il en fixe le calendrier, après avoir recueilli l'avis des avocats.

Dans tous les cas, les dossiers, comprenant les copies des pièces visées dans les conclusions et numérotées dans l'ordre du bordereau récapitulatif, sont déposés à la cour quinze jours avant la date fixée pour l'audience de plaidoiries ».

³⁶ Art. 781 CPC dont il résulte notamment que « les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée ».

PROPOSITION

Insérer dans la section II (l'instance) du chapitre 1^{er} (la procédure devant le tribunal de commerce, art. 854 et s.) du code de procédure civile :

« Art. : La formation collégiale peut fixer la clôture de l'instruction par ordonnance non motivée qui ne peut être frappée d'aucun recours. Copie de cette ordonnance est délivrée aux parties et à leurs conseils. »

« Art. : Après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office.

Sont cependant recevables les demandes en intervention volontaire, les conclusions relatives aux loyers, arrérages, intérêts et autres accessoires échus et aux débours faits jusqu'à l'ouverture des débats, si leur décompte ne peut faire l'objet d'aucune contestation sérieuse, ainsi que les demandes de révocation de l'ordonnance de clôture.

Sont également recevables les conclusions qui tendent à la reprise de l'instance en l'état où celle-ci se trouvait au moment de son interruption. »

« Art.: L'ordonnance de clôture ne peut être révoquée par la formation de jugement, d'office ou à la demande des parties et après l'ouverture des débats, que s'il se révèle une cause grave depuis qu'elle a été rendue ; le choix par la partie d'une personne pour l'assister ou la représenter postérieurement à la clôture ne constitue pas, en soi, une cause de révocation ; la constitution d'avocat postérieurement à la clôture ne constitue pas, en soi, une cause de révocation.

Si une demande en intervention volontaire est formée après la clôture de l'instruction, l'ordonnance de clôture n'est révoquée que si la formation de jugement ne peut immédiatement statuer sur le tout. »

30. - Comme déjà indiqué, la régulation judiciaire de la durée est également destinée à pouvoir consacrer le temps nécessaire à la phase orale de la procédure³⁷. Sa durée et son organisation sont essentielles, tout à la fois, pour permettre au juge d'appréhender au mieux tous les éléments du dossier, et donner aux parties la certitude que leur cause a été entendue ; elle est donc un élément clef d'attractivité, particulièrement si l'on se réfère au déroulement des audiences de plaidoiries au Royaume-Uni notamment.

Comme cela est évoqué par ailleurs³⁸, des avancées pourraient être réalisées quant aux personnes susceptibles d'être entendues. L'audition de l'expert décidée d'office par le juge devrait être développée, afin que le juge puisse prendre une connaissance directe de son avis³⁹. En particulier, le juge devrait pouvoir entendre le technicien qui a donné son avis, mais aussi le ou les experts privés auxquels les parties ont fait appel, mais encore des *amicus curiae* en fonction du type de contentieux concerné.

Il pourrait à cet égard être suggéré d'adopter une disposition inspirée de l'article L. 431-3-1 du code de l'organisation judiciaire et aux termes duquel « *lors de l'examen du pourvoi, la Cour de cassation peut inviter toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine* ».

31. - Par ailleurs, il serait souhaitable que l'audience des plaidoiries puisse être plus interactive. Dans cette perspective, l'intérêt d'un rapport écrit, transmis préalablement par le greffe aux avocats de toutes les parties, ne fait pas de doute. Cela permettrait en effet aux avocats de savoir sur quels points cibler leurs observations orales, de préparer des réponses pertinentes aux questions posées par le juge et de suggérer d'examiner une question, éventuellement omise du rapport écrit. En l'état actuel, les textes, qu'il s'agisse de l'article 804 du code de procédure civile ou, pour le juge chargé de suivre l'instruction devant le tribunal de commerce, de l'article 870 du code de procédure civile⁴⁰, prévoient un rapport oral de sorte

³⁷ Dans les affaires simples, elle peut être supprimée avec l'accord des avocats qui acceptent de « déposer les dossiers » sans audience (art. 799 CPC pour le tribunal judiciaire).

³⁸ Voir par exemple la tenue des audiences de plaidoiries sur une période de dix semaines dans le cadre du procès opposant Royal Mail à DAF Trucks Limited en lien avec l'affaire du « cartel des camions », Competition Appeal Tribunal, 1284/5/7/18 (T), Royal Mail Group Limited v DAF Trucks Limited and Others.

³⁹ Art. 283 CPC : « Si le juge ne trouve pas dans le rapport les éclaircissements suffisants, il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées ».

⁴⁰ Art 804 CPC : « Le juge de la mise en état fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries. Exceptionnellement, le rapport peut être fait par le président de la chambre ou un autre juge qu'il désigne. Le rapport expose l'objet de la demande et les moyens des parties, il précise les questions de fait et de droit soulevées par le litige et fait mention des éléments propres à éclairer le débat, sans faire connaître l'avis du magistrat qui en est l'auteur ».

qu'une modification de leur rédaction devrait être effectuée. Des propositions ont été faites pour la préparation de ce rapport, notamment pour faire participer l'équipe autour du juge. Néanmoins, certains rapports nécessitent d'être rédigés par le juge lui-même, aidé en cela par des recherches effectuées par le membre de son équipe. L'ENM s'est engagée dans la formation des juristes assistants, ce qui devra leur permettre un plus grand investissement. Une expérimentation a cependant été d'ores et déjà engagée, depuis le 1^{er} mars 2022, au sein de la chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris⁴¹.

32. - Compte tenu des difficultés probatoires auxquels les plaideurs, et notamment les demandeurs en réparation sont confrontés, on ne saurait s'étonner que l'**accès aux preuves** soit pourvu d'un fort enjeu, non seulement pour l'effectivité du droit à réparation, mais aussi dans une perspective d'attractivité comparée des places de droit.

De ce point de vue, il n'est pas nécessaire de rappeler longuement l'existence au Royaume-Uni d'une procédure de *disclosure*, en vertu de laquelle demandeurs comme défendeurs sont tenus de communiquer l'ensemble des éléments utiles à la résolution du litige, que ces éléments leur soient favorables ou défavorables. Sur ce point, force est de reconnaître que certaines affaires récentes illustrent une très nette différence dans les pratiques judiciaires au Royaume-Uni, aux Pays-Bas ou en France⁴².

33. - Sans nier cette difficulté et les évolutions qu'elle appelle, il serait d'ores et déjà opportun que les parties au procès puissent mieux tirer parti des possibilités offertes, en matière de mesures d'instruction, devant le juge civil et consulaire français, et fassent usage des articles 143 et 144 du Code de procédure civile. Le droit de la preuve consacré par la jurisprudence⁴³ trouverait là un prolongement naturel. Par ailleurs, face aux pratiques destinées à faire obstacle aux demandes de communication de pièces, il convient de rappeler et d'utiliser le **pouvoir d'injonction et d'astreinte** du juge en application des articles 133 et, le cas échéant, 134 du

Art 870 CPC : « A la demande du président de la formation, le juge chargé d'instruire l'affaire fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries. Ce rapport peut également être fait par le président de la formation ou un autre juge de la formation qu'il désigne.

Le rapport expose l'objet de la demande et les moyens des parties, précise les questions de fait et de droit soulevées par le litige et fait mention des éléments propres à éclairer le débat, sans faire connaître l'avis du juge qui en est l'auteur. »

⁴¹ Un protocole a été signé, le 18 mars 2022, entre le premier président de la cour d'appel de Paris, Jean-Michel Hayat, et la bâtonnière de Paris, Julie Couturier, en présence du directeur des services judiciaires, Paul Huber. Les élèves-avocats de l'EFB en PPI à la cour d'appel de Paris pourront désormais rédiger les rapports d'audience.

⁴² Pour une illustration, comp. Paris, Pôle 1 ch. 3, 18 mai 2022, n° 20/13878 avec l'accès aux pièces donné par le juge anglais dans la même affaire des « *camions* » (Competition Appeal Tribunal, 15 janvier 2020, [2020] CAT 3).

⁴³ Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, 11-14.177, Bull. Civ. I. n° 85 ; D. 2012, p. 2826, Obs. J.-D. Bretzner.

code de procédure civile⁴⁴. Cela ne signifie pas pour autant que d'autres mesures ne soient pas nécessaires, soit sur le modèle de certains droits spéciaux, soit en réservant à ce changement une portée limitée à un droit spécial⁴⁵.

Dans le cadre des procès au fond, des **audiences de mise en état dédiées à la preuve** pourraient se tenir dans les circuits longs avec l'expert désigné et les parties et leurs avocats pour anticiper les difficultés, comme l'article 266 du code de procédure civile en donne d'ores et déjà la possibilité lorsqu'une expertise judiciaire est prescrite.

34. - Cela étant, outre le principe même de l'accès aux éléments de preuve, il convient de prendre en compte également **la capacité à mettre à disposition les documents concernés** dans des délais et conditions raisonnables, lorsqu'il s'agit d'un très important volume de documents et qu'il convient de concilier leur accès avec le secret des affaires⁴⁶.

Des pratiques pragmatiques sont parfois mises en œuvre, à l'instar des *data rooms* ou encore de la mise en place de cercles de confidentialité⁴⁷. Cependant, là encore, il pourrait être envisagé de s'inspirer, pour mieux rationaliser la mise à disposition des données ordonnée par un juge, de certains exemples étrangers. Ainsi l'échange de documents confidentiels en masse pourrait-il être organisé *via* des plateformes tierces spécialisées. On pourrait s'interroger sur la pratique consistant à s'assurer, pièce par pièce, de la confidentialité de chacune dans le cas de dossiers comportant un très grand nombre de documents, ce qui peut s'avérer chronophage, coûteux et même dissuasif pour certains plaideurs. En pareil cas, il pourrait être procédé à un contrôle de la confidentialité par catégorie de pièces, à tout le moins pour celles qui sont les moins sensibles.

35. - Ainsi les systèmes de droit étrangers ne viennent pas seulement faire concurrence ; ils peuvent, dans certains cas et avec mesure, montrer la voie aux juridictions françaises. A cet égard, on ne peut qu'appeler à ce que soient favorisés les échanges d'expérience entre les juges français et étrangers, par discipline, ce qui est déjà le cas dans certaines branches du droit telles

⁴⁴ Ces dispositions prévoient respectivement, pour l'article 133, que « *si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication* », pour l'article 134, que « *le juge fixe, au besoin à peine d'astreinte, le délai, et, s'il y a lieu, les modalités de la communication* ».

⁴⁵ *Infra* n° 42 et 43, n° 109.

⁴⁶ Art. L. 153-1 et s. C. com.

⁴⁷ Voir en ce sens la mise en place quasi-systématique de cercles de confidentialité dans les premières étapes du contentieux : *Competition Appeal Tribunal*, 12 juin 2019, Affaire 1292/5/7/18 (T), Suez Groupe SAS and Others v Stellantis N.V. and Others.

que le droit de la concurrence⁴⁸. Par où l'on voit que les régimes spéciaux de réparation ont vocation à servir de modèle.

B. Le modèle des droits spéciaux à transposer dans le droit commun de la responsabilité civile

36. - Tirer parti des dispositions et dispositifs spécifiques à tel ou tel droit spécial ne se traduit pas nécessairement par un changement à apporter aux règles de droit commun, ainsi que l'illustre la question de la **responsabilité de la personne morale**.

Malgré les termes de l'article 1240 (ancien art. 1382) du Code civil, selon lequel le fait générateur de la responsabilité civile est tout fait quelconque de « *l'homme* » qui cause à autrui un dommage, il est jugé depuis longtemps par la Cour de cassation que le régime de la responsabilité civile s'applique aux personnes morales comme aux personnes physiques. Cela vaut d'ailleurs pour tous les cas de responsabilité délictuelle comme pour ceux de la responsabilité contractuelle.

Le projet de réforme de la responsabilité civile propose de consacrer, dans un futur article 1242-1 du Code civil, une disposition propre aux personnes morales, en prévoyant que « *la faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement* ». Il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'une telle disposition, au demeurant placée entre crochets par ses auteurs, ce qui est révélateur des hésitations qu'elle suscite. Il est vrai que non seulement elle ne paraît pas utile au regard du droit positif, en l'état de la jurisprudence précédemment évoquée, mais qu'en outre, elle est susceptible de produire des conséquences négatives du point de vue de l'attractivité pour les acteurs économiques : la référence faite au défaut d'organisation ou de fonctionnement comporte un risque sérieux d'objectiver la faute de la personne morale et d'accroître l'immixtion du juge. Cela est d'autant plus regrettable que le droit des sociétés *in bonis* comme en difficultés vise plutôt, du moins à certains égards, à un allègement de la responsabilité, ce qui permet de ne pas décourager les investisseurs⁴⁹. A l'instar du rapport du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris, il semble préférable de s'abstenir d'insérer une telle disposition dans le code civil⁵⁰. Si l'on estimait nécessaire de faire expressément référence aux personnes morales dans les dispositions

⁴⁸ Association des juges du droit européen de la concurrence : <http://www.aeclj.com/>.

⁴⁹ *Infra* n° 103 et s.

⁵⁰ HCJP, Introduction de règles spécifiques dans le droit de la responsabilité extracontractuelle, 1^{er} octobre 2018, n° 69 et 79.

consacrées au droit commun de la responsabilité, il suffirait de préciser, dans le projet d'article 1232, que « *Les dispositions des chapitres I à IV s'appliquent aux personnes physiques comme aux personnes morales (...)* ».

37. - Si le modèle de droits spéciaux peut inspirer certaines évolutions en ce qui concerne les conditions de l'action en responsabilité civile de droit commun (1.), c'est principalement au stade du résultat de l'action que le droit commun peut tirer profit des règles et raisonnements développés dans les régimes de responsabilité des droits spéciaux (2.).

1. Les changements apportés aux conditions d'exercice de l'action en responsabilité civile sur le modèle de droits spéciaux

38. - Au moment d'exercer une action en responsabilité civile, peuvent se présenter plusieurs obstacles, que les enseignements tirés des droits spéciaux peuvent permettre de réduire ou supprimer.

Cela est particulièrement vrai du droit de la concurrence qui, sous l'impulsion de la Directive Dommages, a fait l'objet, dans la période récente, d'une réforme d'ampleur dédiée aux actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles⁵¹.

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

39. – Les **règles relatives à la prescription** constituent, lorsque celle-ci a joué, un obstacle radical à l'exercice de l'action en justice. La loi du 17 juin 2008 réformant le droit de la prescription a fixé à cinq ans le délai de droit commun et a consacré un point de départ « *glissant* ». L'article 2224 du Code civil prévoit, de façon générale, que la prescription est de « *cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* », sans autre précision. Cette formulation assez vague de la règle générale est propice à une certaine souplesse dans la détermination du point de départ, mais elle est également un facteur d'incertitude, et dès lors d'insécurité juridique.

La règle spéciale insérée dans le code de commerce, sous l'impulsion de la Directive Dommages, en ce qui concerne l'action en responsabilité civile exercée au titre de

⁵¹ V. les articles L. 481-1 et suivants du Code de commerce.

pratiques anticoncurrentielles retient un délai de prescription identique à celui de cinq ans applicable aux actions fondées sur le droit commun de la responsabilité civile. L'article L. 482-1 du Code de commerce se montre cependant plus précis que l'article 2224 du code civil en ce qui concerne le point de départ du délai, car il explicite les faits pertinents que le demandeur en réparation a connu ou aurait dû connaître.

40. - Dans une perspective d'attractivité accrue du droit français et de renforcement de la sécurité juridique, il peut sembler opportun d'**identifier plus précisément quels sont les faits pertinents de nature à caractériser le point de départ du délai de prescription** dans le cas d'une action en responsabilité civile fondée sur le droit commun. La rédaction de cette règle pourrait être inspirée de celle spécifiquement prévue en droit des pratiques anticoncurrentielles, tout en lui conservant, par la formulation adoptée, son aptitude à la généralité et à concerner n'importe quelle action en responsabilité civile.

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

PROPOSITION

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

Disposition nouvelle :

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

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

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

b) Aménagement des règles relatives à l'accès aux preuves

41. - Qu'il s'agisse de la victime ou du défendeur à l'action en responsabilité civile, les plaideurs se heurtent fréquemment à des difficultés probatoires qui, s'agissant de celui qui envisage de demander réparation, peuvent le dissuader d'agir si elles lui apparaissent insurmontables.

L'arsenal probatoire offert aux parties peut sembler assez étoffé comme on l'a vu précédemment⁵². Il prévoit en effet des possibilités d'obtention des pièces en cours d'instance mais aussi avant tout procès. Il a cependant déjà été vu qu'une amélioration de la pratique judiciaire pourrait être opportun, sous l'aiguillon de certains systèmes de droit étrangers.

⁵² *Supra* n° 32 et s.

Sans aller jusqu'à faire nôtres des conceptions qui correspondent à celles du droit anglais et plus encore américain en matière de preuve, certaines modifications apportées, sous l'impulsion de la Directive Dommages, en ce qui concerne le droit de la concurrence, pourraient inspirer des évolutions pour le régime d'accès aux preuves de droit commun.

42. - Tout d'abord, l'article L. 483-1 du code de commerce prévoit que les demandes de communication ou de production peuvent porter, non seulement sur des pièces, mais aussi sur des **catégories de pièces**. S'il avait pu susciter à l'époque de fortes craintes, ce changement ne s'est pas traduit en jurisprudence comme en pratique par un bouleversement du régime d'accès aux preuves en droit de la concurrence, les juridictions françaises continuant à être plus parcimonieuses que certaines juridictions étrangères en la matière⁵³. Il est vrai que l'article R 483-1 précise par ailleurs la notion de la catégorie de pièces, celle-ci étant « *identifiée, de manière aussi précise et étroite que possible, par référence à des caractéristiques communes et pertinentes de ses éléments constitutifs, tels que la nature, l'objet, le moment de l'établissement ou le contenu des documents dont la communication ou la production est demandée* ». De surcroît, si le juge jouait déjà en droit français un rôle central, la règle du code de commerce encadre davantage sa mission de contrôle. Outre que le demandeur doit « *allègue[r] de manière plausible un préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle* », il revient au juge d'« *en apprécier la justification en tenant compte des intérêts légitimes des parties et des tiers* »⁵⁴. Aussi pourrait-on s'interroger sur l'opportunité qu'il pourrait y avoir à admettre, au-delà du seul droit des pratiques anticoncurrentielles, la demande de communication d'une catégorie d'éléments de preuve, en s'inspirant en parallèle des garde-fous accompagnant cette innovation.

43. – Ensuite, et surtout, c'est le **dispositif de sanction** prévu à l'article R 483-14 du Code de commerce qui, même s'il n'est pas exempt de toute critique, pourrait inspirer certaines évolutions en droit commun de la preuve. Plus que l'amende civile dont le montant de 10000 euros n'est pas toujours dissuasif⁵⁵, c'est la possibilité offerte au juge de « *tirer toute conséquence de fait ou de droit au préjudice de la partie ayant été à l'origine* » du manquement

⁵³ Cass. Com. 8 juillet 2020, n° 119-25065, *Supra* note de page 42.

⁵⁴ Le texte ajoute : « *Il veille en particulier à concilier la mise en œuvre effective du droit à réparation, en considération de l'utilité des éléments de preuve dont la communication ou la production est demandée, et la protection du caractère confidentiel de ces éléments de preuve ainsi que la préservation de l'efficacité de l'application du droit de la concurrence par les autorités compétentes* ».

⁵⁵ Il est permis de se demander si l'amende civile d'un montant maximum de 10 000 euros, à laquelle peuvent s'ajouter des dommages-intérêts, constitue les sanctions effectives, proportionnées et dissuasives requises par la Directive en son article 8.

qui retient l'attention. On pourrait envisager d'étendre, en droit commun, cette faculté, déjà prévue par l'article 11 du code de procédure civile, au-delà du seul cas, visé par ce texte, de résistance par une partie au procès à une mesure d'instruction.

c) Le préjudice financier et les intérêts moratoires

44. - L'article 1280 du projet de réforme⁵⁶ reprend en substance, à quelques différences près⁵⁷, l'actuel article 1231-6 du code civil⁵⁸ sur les intérêts moratoires.

S'il indique, en son dernier alinéa, que « *le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance* », le projet de texte, de même que l'article actuel, est assez elliptique. Dans une optique de lisibilité du droit français de la responsabilité civile et de meilleure prise en compte des préjudices économiques, il serait souhaitable de compléter ce texte en prenant appui sur les développements jurisprudentiels consacrés, en droit des pratiques anticoncurrentielles⁵⁹, à la réparation du préjudice additionnel causé par la privation, depuis la réalisation du dommage principal jusqu'au jour de la décision de justice accordant la réparation, des sommes allouées au titre de l'indemnisation du préjudice initial. Cela est d'autant plus opportun que ce poste de préjudice (fréquemment qualifié de **préjudice financier** ou de préjudice de trésorerie) est appelé à être de plus en plus sollicité en matière économique et que, contrairement aux intérêts moratoires, les dommages et intérêts compensatoires sont accordés à ce titre uniquement si la partie lésée établit les conditions requises pour que le préjudice soit réparable. Il lui incombe en particulier de prouver l'utilisation qu'elle aurait faite de l'indemnisation allouée en réparation du ou des préjudices initiaux (réalisation d'un projet précis d'investissement, placement de trésorerie, désendettement, ...).

⁵⁶ « *Le préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent est réparé par les intérêts au taux légal. Ces intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance* ».

⁵⁷ Le projet d'article 1280 ne fait pas mention de la « *mauvaise foi* » du débiteur en retard, contrairement au dernier alinéa de l'article 1231-6 du code civil.

⁵⁸ « *Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire* ».

⁵⁹ V. Fiche n° 7 « *Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps ?* » https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2018-06/Fiche_M%C3%A9thodologique_07.pdf.

PROPOSITION

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

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

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

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

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

45. - En accompagnement de l'obligation, imposée par le projet de réforme au juge, de statuer distinctement sur chaque chef de préjudice invoqué par la victime⁶⁰, il pourrait être utile de dresser une **liste non exhaustive des préjudices susceptibles d'être subis par les opérateurs économiques**. Contrairement aux préjudices résultant de dommages corporels, pour lesquels des efforts significatifs ont été réalisés, dont le projet de réforme porte témoignage, les préjudices subis par les agents économiques n'ont guère retenu l'attention pendant très longtemps. L'élaboration d'une telle liste contribuerait à reconnaître l'importance également accordée aux préjudices subis à l'occasion des relations économiques. Elle présenterait en outre d'indéniables attraits en termes d'accessibilité du droit pour les justiciables concernés.

46. - Certains régimes spéciaux de responsabilité comprennent une disposition légale contenant une liste de ce type. Tel est le cas, en particulier, de l'article L. 481-3 C. com. pour ce qui concerne le droit de la concurrence. Comme en témoigne la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la violation du secret d'affaires, l'établissement de ce genre de listes paraît appelé à

⁶⁰ *Infra* n° 57.

se développer. Dès lors, l'adoption d'une règle en droit commun pourrait constituer un canevas dont les législations spéciales à venir auraient vocation à s'inspirer pour éviter les disharmonies. Il est d'ailleurs permis de penser que le projet de réforme dans sa version actuelle comporte, en son article 1279, un embryon de typologie pour les préjudices résultant d'un dommage matériel, ce qui pourrait inciter à proposer de compléter cette disposition.

Cependant, il peut sembler délicat d'introduire une telle règle dans le Code civil. Dans cette hypothèse, la liste illustrative de chefs de préjudices possibles en matière économique pourrait trouver place dans un instrument de droit souple, à l'instar d'un guide des bonnes pratiques de la réparation des préjudices économiques.

Par ailleurs, il convient de prolonger cette disposition par des mesures destinées à favoriser le développement d'une méthodologie appropriée à l'évaluation des préjudices économiques⁶¹.

2. Les changements apportés au résultat de l'action en responsabilité civile sur le modèle de régimes spéciaux

47. - Le projet de réforme de la responsabilité civile consacre, en son article 1258, le principe de la réparation intégrale du préjudice ancré de longue date dans le droit positif français. Pour autant, les difficultés soulevées par la mise en œuvre concrète de ce principe conduisent à envisager **des évolutions, pour les unes cantonnées à une variété de faute ou un type particulier de préjudice, pour les autres, de portée plus large, concernant l'office du juge.**

a) Préférer à l'amende civile une méthode alternative d'évaluation des préjudices en cas de faute lucrative

48. - Le projet de réforme fait le choix de condamner « *l'auteur du dommage a[vant] délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie* » (ce qui correspond à l'hypothèse de la faute dite lucrative) à une amende civile. Le projet d'article 1266-1, instituant cette amende civile, est manifestement inspiré du droit des pratiques restrictives de concurrence et, plus précisément, de l'article L. 442-4 du code de commerce, même si la comparaison de ces deux textes fait aussi apparaître des différences.

Il reste que l'on peut **s'interroger sur l'opportunité d'introduire en droit commun une amende civile**, avec des risques d'amoindrir l'attractivité du droit français de la responsabilité

⁶¹ *Infra* n° 59 et s.

civile d'autant plus sérieux que l'amende peut être portée jusqu'à 5 % du montant du chiffre d'affaires réalisé en France.

A minima il conviendrait de reconsidérer la rédaction du texte à plusieurs égards, à la fois, en ce qui concerne la définition de la faute susceptible d'exposer à une amende civile, de réserver au seul parquet la possibilité de demander le prononcé de celle-ci et en supprimant la référence au chiffre d'affaires. Il faudrait également assurer sa bonne articulation avec d'autres dispositifs prévoyant également l'application d'une sanction pécuniaire⁶².

Il semble cependant préférable de réserver l'amende civile à certains droits spéciaux dans lesquels elle est considérée particulièrement justifiée et à renoncer à introduire ce dispositif en droit commun de la responsabilité civile.

49. - Cela ne signifie pas pour autant que toute innovation quant à l'évaluation des préjudices soit proscrite. Le droit de la propriété intellectuelle peut constituer sur ce point une source d'inspiration. Pour rappel, il est prévu, pour les différents droits susceptibles de donner lieu à une action en contrefaçon, que la juridiction appelée à fixer le montant des dommages et intérêts dus par le contrefacteur à la victime « *prend en considération distinctement* :

1° Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;

2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;

3° Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de la contrefaçon. »⁶³.

Une solution similaire a également été introduite dans le code de commerce, en matière de secret des affaires, par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018⁶⁴.

S'il est vrai que les bénéfices réalisés par le contrefacteur ou par l'auteur de l'atteinte au secret d'affaires ne correspondent pas directement au préjudice subi par la victime, il s'agit d'une façon originale d'approcher le montant des dommages et intérêts à allouer à celle-ci en réparation de son préjudice. Cela évite en outre que l'auteur de l'atteinte au droit ou au secret soit condamné au versement de dommages et intérêts nettement inférieurs aux bénéfices qu'il a pu ainsi réaliser. Cela constitue une piste intéressante d'inspiration dans les cas similaires où la victime se heurte à d'importantes difficultés probatoires ou en présence de fautes lucratives. L'arrêt Cristal de Paris, rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 février

⁶² *Infra* n° 127 et s.

⁶³ Art. L. 716-14 al. 3 ; L. 331-1-3, al. 3 ; L. 615-7, al. 3 ; L. 721-7, al. 3 CPI.

⁶⁴ Art. L. 152-6 C. com.

2020⁶⁵, traduit à cet égard une inspiration de cette méthode propre à la propriété intellectuelle dans certains cas voisins de la concurrence déloyale.

50. - Il pourrait être envisagé, à l'occasion de la réforme à venir, et comme déjà suggéré dans le projet de réforme du groupe Terré⁶⁶, de transposer en droit commun un raisonnement déjà expérimenté dans ces régimes spéciaux. Cette solution présenterait plusieurs avantages. Tout en restant conforme aux principes fondateurs du droit français de la responsabilité civile, elle permettrait, en offrant au juge **une méthode alternative d'évaluation**, de répondre à la volonté de moraliser le comportement des opérateurs économiques et de favoriser, contrairement à l'amende civile, une meilleure indemnisation des victimes. Elle éviterait les difficultés d'articulation lorsque le prononcé d'une sanction pécuniaire est déjà prévu par un autre dispositif⁶⁷. Par ailleurs, elle ne devrait pas produire, du point de vue de l'attractivité, le même effet repoussoir que l'amende civile d'autant qu'un mécanisme similaire existe aussi dans d'autres Etats⁶⁸.

Il reste que cette méthode nécessite, comme pour le raisonnement habituellement tenu pour les gains manqués et les pertes subies, de disposer d'éléments chiffrés (sur les bénéfices ou économies réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits) qui peuvent faire défaut. C'est la raison pour laquelle il peut être utile d'envisager d'autres voies permettant, en cas d'impossibilité ou d'extrême difficulté, d'accorder néanmoins une réparation à la victime.

⁶⁵ Com., 12 février 2020, n° 17-31.614, publié au Bulletin et au Rapport ; *RTD com.* 2020, 313, note M. Chagny ; *Contrats, conc., consom.* 2020, comm. 62, note M. Malaurie-Vignal ; *Propr. industr.* 2020, chron. 9, n° 22, obs. J. Larrieu ; *D.* 2020. 1086, note J.-S. Borghetti ; *RTD civ.* 2020. 391, note H. Barbier ; *RTD civ.* 2020. 401, note P. Jourdain.

⁶⁶ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 199s.

⁶⁷ *Infra* n° 127 et s.

⁶⁸ Tel est par exemple le cas au Royaume-Uni (cf : Ministère du redressement productif, « *Etude comparée sur les dommages et intérêts alloués dans le cadre des actions en contrefaçon en France, au Royaume-Uni et en Allemagne* », janvier 2014 ; également : Rapport n° 420 (2006-2007) de M. Laurent BÉTEILLE, au nom de la commission des lois, déposé le 26 juillet 2007 sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon, § C « *Amélioration de la réparation du préjudice du fait de la contrefaçon* » : <https://www.senat.fr/rap/106-420/106-4205.html> ; L. Gerstner, « *Droit allemand – L'évaluation du préjudice de contrefaçon sous le droit allemand* », Cahiers de droit de l'entreprise n°4, juillet 2007, dossier 27 ; Pr. DR Meier-Beck, « *Les dommages et intérêts pour contrefaçon de brevet en droit allemand* », *Propriété industrielle*, n° 11, Novembre 2004, étude 19 ; Pr. D.R Meier-Beck et P. Véron, « *Allemagne : les dommages et intérêts pour contrefaçon des droits de propriété industrielle après la loi sur l'amélioration du respect des droits de propriété intellectuelle* », *Propriété industrielle*, novembre 2003.

PROPOSITION

Supprimer l'article 1266-1.

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

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

b) Admettre par exception la forfaitisation strictement encadrée

51.- Le droit de la propriété intellectuelle, imité par le nouveau régime spécifique aux secrets d'affaires, prévoit, au bénéfice de la victime, une modalité d'évaluation forfaitaire, laquelle est en principe proscrite en droit commun de la responsabilité. Ces régimes spéciaux permettent à la juridiction saisie *« à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, (d') allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire »*. Il est précisé à ce propos que *« cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si (l'auteur de l'atteinte) avait demandé l'autorisation d'utiliser »* le droit ou le secret auquel il a porté atteinte. *« Cette somme »*, est-il ajouté, *« n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée »*.

52. - Pragmatique, cette règle d'évaluation par forfait est favorable à la victime confrontée à des obstacles d'ordre probatoire⁶⁹ et lui permet notamment d'éviter, dans certains cas, de recourir à une expertise ou encore de procéder à une évaluation trop grossière du préjudice. Pour autant, cette solution ne résout pas toutes les difficultés : s'il est aisé d'effectuer une évaluation selon cette méthode lorsque la victime applique effectivement des redevances à des licenciés ou encore perçoit des droits au titre de l'utilisation du secret d'affaires, il existe des

⁶⁹ L. Bételle et R. Yung, *Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007*, Rapport d'information de la commission des lois n° 296, p. 28. Il s'agit de *« permettre une réparation du préjudice dans l'hypothèse, par exemple, où des éléments de preuve manquent pour apprécier avec précision le préjudice subi par le titulaire de droits »*, notamment lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir l'étendue de la contrefaçon ou encore parce que sa marque n'a pas encore exploitée.

cas dans lesquels les éléments de référence font défaut parce que la partie lésée se réserve le droit.

S'il est vrai que la forfaitisation suscite certaines réserves, au double motif que les préjudices ne feraient pas l'objet d'une évaluation sérieuse et précise et que ce système peut entraîner une augmentation artificielle des demandes, il ne semble pas que de tels abus se soient manifestés en droit de la propriété intellectuelle.

En réalité, il n'est guère contestable que certaines catégories de préjudice demeurent difficiles à évaluer malgré les efforts engagés sur le plan méthodologique. Cela est particulièrement le cas de certains préjudices extra patrimoniaux, comme le préjudice moral.

53.- Au demeurant, bien qu'interdit en principe, le **recours à la forfaitisation**, a parfois lieu, **sous couvert de l'appréciation souveraine par les juges du fond** de l'étendue de la réparation, en raison de l'impossibilité ou de l'extrême difficulté à évaluer avec précision auquel le juge est confronté. La Cour de cassation procède ainsi de longue date à la distinction entre l'indemnisation d'un préjudice forfaitaire qui peut être calculé et le recours au forfait lorsqu'un tel calcul n'est pas possible, ou à tout le moins ne peut pas l'être à partir d'éléments fiables et correspondant exactement à la situation de la victime, sans s'arrêter à l'emploi du terme de « *forfait* » dans les décisions des juges du fond⁷⁰.

Une variante de l'évaluation forfaitaire apparaît lorsqu'il est régulièrement fait application en jurisprudence d'un raisonnement tendant à constituer une sorte de règle à partir de laquelle un type de préjudice est évalué. A titre d'illustration, on peut citer la fixation de l'indemnité due en cas de cessation du contrat d'agent commercial, fréquemment déterminée en retenant une durée de deux ans. Cette façon de procéder n'est pas exempte d'inconvénients, soit qu'elle aboutisse à sous-évaluer ou surévaluer le préjudice, soit qu'elle contribue à rigidifier les relations économiques concernées.

54. - Dès lors, il paraît préférable de **reconnaître légalement au juge la possibilité d'allouer une indemnisation forfaitaire**. Il deviendrait possible d'encadrer strictement cette faculté, ce qui est exclu tant que la forfaitisation s'effectue à la faveur de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La consécration de la forfaitisation aurait une vertu pédagogique aussi bien pour les avocats que pour les magistrats. Cela permettrait notamment de remettre de l'ordre dans les cas, bien

⁷⁰ Par ex.: Com., 30 mai 2012, n°11-13.253.

au-delà des seuls préjudices extrapatrimoniaux, dans lesquels les juridictions tendent à faire application d'une méthode de forfaitisation alors même qu'il pourrait être procédé à une évaluation plus conforme au principe de la réparation intégrale, comme par exemple en matière de rupture brutale des relations commerciales établies.

Cela pourrait être l'occasion d'instituer une hiérarchie en érigeant l'interdiction de la forfaitisation en principe, tandis que le recours à une méthode forfaitaire serait admis uniquement sous certaines conditions et dans des cas limites. En d'autres termes, la forfaitisation devrait intervenir en accompagnement d'un effort réalisé par ailleurs pour développer autant que possible la méthodologie et la précision dans l'évaluation des préjudices. En outre, elle devrait constituer **une méthode**, non pas alternative, comme dans les régimes spéciaux précédemment évoqués, mais **exceptionnelle**, dont l'emploi ne serait pas à la discrétion de la victime, sans que celle-ci ait à justifier de son choix, mais dépendrait en droit commun de l'appréciation du juge, sous réserve de motiver l'utilisation d'une évaluation forfaitaire, circonscrite aux cas dans lesquels il est extrêmement difficile, voire impossible de procéder autrement.

Par ailleurs, s'agissant du domaine, il conviendrait là encore de limiter la possibilité de recourir à la forfaitisation en réservant cette possibilité, en droit commun, à certains **préjudices extrapatrimoniaux**, comme le préjudice moral.

55. - Contrairement aux régimes spéciaux déjà mentionnés, on ne pourrait concevoir une base de référence similaire au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit ou le secret auquel il a porté atteinte. Aussi est-il possible de s'interroger, sur l'opportunité de définir une échelle de gravité (la gradation pouvant aller de léger à très important) du préjudice subi assorti d'un barème qui serait à définir, à l'instar de ce qui existe en matière de préjudice corporel pour la catégorie des souffrances endurées. Si cela présenterait un avantage en termes d'homogénéité et de transparence des décisions de justice, il reste que la barémisation présente d'incontestables effets pervers, notamment en matière de relations économiques. Si une telle voie devait néanmoins être explorée pour le seul préjudice moral, ce qui n'est pas acquis, il conviendrait de réaffirmer de la façon la plus nette l'exclusion de tout barème pour les préjudices patrimoniaux dans les relations économiques.

En revanche, il est permis de s'interroger sur la pertinence d'une extension, sous strict contrôle, de la méthode forfaitaire à certains préjudices patrimoniaux. Un système de forfait pourrait s'envisager notamment pour les préjudices diffus, de faible montant et subis par un nombre

important de personnes, en particulier dans le cas de recours collectifs. Mais il semble préférable, pour éviter d'admettre trop largement la forfaitisation en droit commun, de cantonner ces hypothèses aux droits spéciaux⁷¹.

PROPOSITION

« En principe, la réparation d'un préjudice doit correspondre à ce dernier et ne peut être forfaitaire.

Toutefois, le juge peut, par exception et sous réserve d'une motivation expresse, allouer une indemnisation forfaitaire lorsqu'il constate dans sa décision que l'évaluation d'un préjudice extrapatrimonial est pratiquement impossible ou excessivement difficile. »

56. – Au-delà des propositions formulées quant aux règles d'évaluation spécifiques à une hypothèse donnée, il convient d'envisager de façon plus générale **des évolutions dans l'office du juge**, que ce soit **dans l'exercice de sa mission d'évaluation ou dans l'aide susceptible de lui être apportée** à cette occasion.

57. - Alors qu'en l'état du droit positif, les juridictions du fond disposent, sous réserve de ne pas violer le principe de réparation intégrale, d'un pouvoir souverain d'appréciation dans l'évaluation du préjudice, la volonté de les soumettre à une exigence accrue de motivation, sous un contrôle plus étroit de la Cour de cassation, s'est concrétisée dans le projet de réforme de la responsabilité civile. Celui-ci prévoit, en son article 1262 alinéa 4, que *« chacun des chefs de préjudice est évalué distinctement »*. La généralisation de cette exigence, proscrivant toute évaluation globale, à l'instar de ce qui existe déjà en droit de la propriété intellectuelle, est certainement opportune en vue de la réparation intégrale du préjudice. Une motivation accrue des décisions de justice est de nature à leur conférer une meilleure prévisibilité et acceptabilité. Cependant, il peut sembler opportun, en parallèle, de conforter le pouvoir d'estimation du juge en l'officialisant.

⁷¹ *Infra* n° 119.

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

58. – S'il est d'ores et déjà admis, en l'état du droit positif, que le juge dispose de la faculté d'estimer le montant du préjudice⁷², la consécration de cette possibilité dans une disposition légale lui conférerait davantage de visibilité, aussi bien pour les justiciables que pour les juges, concourant à une lisibilité accrue du droit français. Cela permettrait surtout d'encadrer la prérogative en assujettissant son utilisation à la condition, inspirée de la Directive Dommages du 26 novembre 2014, qu'il soit pratiquement impossible ou excessivement difficile d'évaluer avec précision le préjudice subi à partir des éléments de preuve disponibles.

A défaut de faire état de cette faculté dans une règle du Code civil, celle-ci pourrait être mentionnée dans un instrument de droit souple, tel un guide des bonnes pratiques de la réparation des préjudices économiques.

PROPOSITION

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

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

59. - En complément de l'obligation de motivation mise à la charge des juges, il apparaît nécessaire, dans une perspective de bonne justice autant que d'attractivité du droit français, de réaliser des progrès en termes de méthodologie en matière de préjudices économiques. L'enrichissement de la « doctrine » en cette matière apparaît indispensable à la qualité des dossiers, notamment des demandeurs, des échanges devant le juge ainsi que des décisions de justice, qu'il s'agisse de leur motivation ou de leur contrôle par la Cour de cassation.

⁷² Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge a l'obligation d'évaluer le dommage dont il a constaté l'existence en son principe, l'insuffisance d'éléments ne le dispensant pas de procéder à cette évaluation.

Pour le moment, le juge français ne dispose pas, à l'instar des législations anglo-saxonnes⁷³, de dispositions légales ou réglementaires précisant la ou les méthodologies applicables.

Si l'on admet la nécessité de décrire les méthodes d'évaluation communément admises, il reste à savoir de quelle façon faire référence à la méthodologie à l'occasion de la réforme du droit commun de la responsabilité civile.

60. - Le projet d'article 1269, spécifiquement consacré aux préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel, dispose que ceux-ci sont « *déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'État* ». On pourrait, dans la même veine, envisager une solution similaire en ce qui concerne les préjudices résultant d'un dommage économique.

61. - Cependant, deux séries d'observations conduisent à **privilégier des instruments de droit souple**.

S'il retient dorénavant l'attention, spécialement dans certains domaines spéciaux du droit, le préjudice économique a pendant longtemps suscité un intérêt limité et n'a pas donné lieu à des développements doctrinaux aussi étoffés que le préjudice corporel. Comme cela a été le cas pour ce dernier, les changements à intervenir, dans la culture juridique et judiciaire, en la matière, ne peuvent s'effectuer que de façon progressive et peuvent requérir une actualisation régulière au fil des progrès réalisés.

Les relations économiques, en raison de la grande diversité qui est la leur, se prêtent malaisément à l'établissement d'une nomenclature analogue à celle élaborée, au fil du temps, dans le domaine corporel. En matière économique, elle pourrait présenter un risque d'application trop mécanique et ne permettrait alors pas d'appréhender toutes les composantes d'un préjudice. Par exemple, le simple cumul arithmétique de postes d'une nomenclature trop figée pourrait aboutir à prendre en compte plusieurs fois le même préjudice. De même, et pour reprendre l'exemple du préjudice financier causé par la privation des sommes alloués en réparation des préjudices initiaux, celui-ci correspondra selon les cas, à une perte subie (coût de l'endettement), un gain manqué ou une perte de chance, selon que l'investissement qui aurait pu être réalisé était ou non affecté d'un aléa. En définitive, les progrès à réaliser dans le cas des préjudices résultant d'un dommage économique relèvent davantage d'une recherche de modélisation fiable et documentée du scénario ou des scénarios contrefactuels que la

⁷³ Synthèse sous forme de tableau des solutions consacrées en droit québécois, américain, anglais et australien.

nomenclature ne suffira pas à définir et cerner complètement, de sorte que cette solution d'ordre méthodologie apparaît plus appropriée, au moins dans un premier temps, à celle consistant à inscrire tel ou tel cas de figure dans une nomenclature.

62. - On pourrait imaginer **une circulaire** spécifiquement dédiée à la réparation du préjudice économique **complétée par un Guide méthodologique**, auxquels le texte de la réforme pourrait faire référence, non pas dans une disposition légale, mais dans l'exposé des motifs du projet.

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

63. – Dans cette perspective, il serait possible de prendre appui sur plusieurs initiatives déjà engagées en vue de formaliser une réflexion méthodologique en ce domaine. Une place particulière mérite d'être accordée, en raison de leur écho auprès des praticiens, aux **fiches méthodologiques pratiques consacrées à la réparation des préjudices économiques**⁷⁴. Destinés à guider les parties, leurs conseils et les juges, ces travaux sont publiés sur le site internet de la Cour d'appel de Paris. Ils contiennent, outre un glossaire, des fiches consacrées, pour certaines aux principes généraux, pour d'autres à des variétés spécifiques de préjudices économiques ainsi qu'à l'expertise. Ces fiches, qui font l'objet d'enrichissements réguliers et dont la troisième édition est en cours, pourraient aisément constituer l'ossature d'un Guide méthodologique tel qu'évoqué ci-dessus.

64. - Il reste que, comme indiqué par ailleurs⁷⁵, la mise en œuvre effective de ces méthodologies requiert des **connaissances suffisantes en matière économique, financière et comptable**, des avocats aussi bien que des juges, ce qui renvoie à la formation et à la spécialisation des acteurs du droit ainsi qu'à **l'intervention de techniciens venant en appui** de l'évaluation des préjudices économiques.

⁷⁴ Il faut y ajouter notamment les brochures élaborées par la Compagnie nationale des experts comptables de justice (CNEJC) ainsi qu'en dernier lieu, une proposition de nomenclature formulée en matière de préjudices concurrentiels par Rafael Amaro. V. not. CNECJ, Points clés relatifs à l'évaluation des préjudices économiques, mars 2018 ; La perte de chance et méthodes de valorisation, mars 2020.

⁷⁵ *Supra* n° 27.

65. - Contrairement à la pratique anglo-saxonne ou espagnole, reposant sur l'expertise de partie, le droit français, comme dans d'autres pays d'Europe continentale ⁷⁶, repose plutôt traditionnellement sur l'expertise de justice. Celle-ci présente d'indéniables avantages, le juge choisissant le technicien désigné sur des listes établies sur la base de dossiers de candidatures extrêmement solides, les personnes inscrites étant exposées à un renouvellement régulier, tous les cinq ans.

Cependant, en matière économique, spécialement lorsque l'enjeu du litige est élevé, il est assez fréquent que l'une des parties, voire les deux, sollicitent le concours d'un technicien dont le rapport est produit dans le cadre de la procédure judiciaire relative à l'évaluation du préjudice. À l'inverse, on peut observer, depuis plusieurs années, une diminution dans les procédures au fond, du recours à l'expertise judiciaire, rare en droit économique, alors même que les litiges sont complexes. Cette tendance tient, pour beaucoup, à une réticence grandissante des magistrats à désigner un expert, par souci de célérité, pour éviter des coûts et parfois parce qu'ils estiment, notamment dans le cas de juges consulaires, qu'une expertise ne serait pas utile compte tenu de leurs connaissances en matière économique. Cependant, le refus de recourir à une mesure d'expertise en première instance peut à son tour rallonger la durée du procès. Tel est le cas lorsqu'un appel est interjeté et que la Cour est amenée à ordonner une expertise qui aurait dû l'être antérieurement.

Cela conduit, tout à la fois, à rechercher de quelle façon améliorer l'usage de l'expertise de partie, mais aussi comment limiter les délais en cas de recours à l'expertise judiciaire, mais encore, dans tous les cas, à développer la place de l'oralité.

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

66. - Bien qu'il soit le fruit d'un travail réalisé de façon non contradictoire, l'avis exprimé par un expert de partie présente une valeur probante à la double condition, d'une part, que cet avis soit produit aux débats de façon à permettre l'instauration d'un débat contradictoire, d'autre

⁷⁶ En particulier, les Pays-Bas, la Belgique, l'Italie, l'Allemagne, l'Autriche ou encore le Danemark (cf: Institut européen de l'expertise et de l'expert, Rapport final du projet « Eurexpertise », « *Le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'Union Européenne – Etat des lieux et convergences* », 30 juin 2012 ; également : Conseil de l'Europe, Rapport du XX^{ème} Congrès national des experts de justice, « *L'Europe, une chance pour l'expert* », 23 et 24 septembre 2016 ; Parlement européen, Direction générale des politiques internes de l'Union, Analyse approfondie : « *L'expertise judiciaire civile dans l'UE : les règles et les pratiques nationales* », 2015.

part, que le contenu de l'avis de l'expert de partie soit corroboré par d'autres éléments de preuve, tout mode de preuve étant susceptible d'être utilisé à cette fin.

Il importe, à cet égard, que l'expert de partie respecte un **cadre déontologique similaire** à celui prévu pour l'expert de justice, en termes d'indépendance, d'impartialité et d'objectivité dans ses travaux.

Par ailleurs, sur le plan méthodologique, il importe que le **rapport d'expertise** contribue, par son contenu, à améliorer les travaux d'évaluation des préjudices présentés à l'expertise judiciaire et, plus largement, à la juridiction et, en toute hypothèse, à éclairer celle-ci.

Ainsi le rapport devrait-il préciser le périmètre de la mission confiée, expliciter la source des informations mobilisées et les joindre en annexe, exposer la démarche méthodologique suivie, les hypothèses formulées et comporter les éléments nécessaires à la reproduction par un tiers de l'ensemble des analyses et résultats fournis⁷⁷. Il conviendrait également de réfléchir aux possibilités de « normalisation » des rapports de façon à faciliter, en présence de deux expertises privées, la mise en évidence des points de convergence ainsi que des différences.

Dans cette perspective, il pourrait être envisagé de rechercher les voies d'une régulation de ces pratiques d'expertise privée au moyen d'un instrument de droit souple, en lien avec les compagnies d'experts concernées.

67. - Selon les cas, la juridiction, devant laquelle les plaideurs s'appuient respectivement sur une expertise de partie, est à même de statuer à partir de la confrontation des deux rapports et du débat contradictoire, ou bien a besoin de faire appel à un technicien. Dans le cas où la juridiction nomme un technicien, la définition de sa mission pourra être influencée par le fait que les dossiers sont de meilleure qualité, de sorte qu'il peut être suffisant que le technicien procède seulement à la validation de données de base ou calculatoires (constatations) ou de principes de base (consultation) ; cela permettra de mieux cibler l'intervention de l'expert judiciaire et de gagner du temps dans le déroulement des opérations.

⁷⁷ Rapp. Fiche n° 22 Quelle expertise privée en matière d'évaluation des préjudices économiques ? ; V. aussi les recommandations de la CNCEJ, *Vademecum de l'expert de justice*.

f) Favoriser le recours à l'expertise de justice par la réduction des délais et la diversification des interventions du technicien

68. – Pour éviter que le recours par le juge à un technicien entraîne un allongement excessif des délais de la procédure, il est souhaitable, comme déjà évoqué ci-dessus, que les juridictions utilisent **les différentes possibilités offertes par le Code de procédure civile** en ce qui concerne l'audition des sachants/experts au cours d'un débat contradictoire.

En particulier, la consultation, pour le moment fort peu utilisée, pourrait permettre une solution plus rapide et à moindre coût, pour une partie des litiges, sous réserve que les questions d'ordre technique soient bien posées.

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

Dans une partie des affaires, le juge peut se contenter de mesures d'instruction moins coûteuses et plus rapides. Cela est particulièrement le cas lorsque les dossiers des parties sont bien étayés (notamment lorsque les parties produisent des rapports d'expertise privée). Mais l'intérêt du litige pourrait également figurer parmi les paramètres de choix. L'article 147 du code de procédure civile prévoit d'ailleurs que « *le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux* ».

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

69. – En tout état de cause, il est crucial de **raccourcir les délais d'une expertise judiciaire** autant que cela est possible, mais sans perte de qualité ni sacrifice du contradictoire. On ne saurait effectivement compresser les temps d'expertise au-delà d'un seuil qui serait générateur de perte de qualité, seuls les « *temps morts* » devant être supprimés. Cela passe avant tout par

le développement de bonnes pratiques permettant une meilleure utilisation des dispositions existantes. Cependant, une modification de l'actuel article 265 du code de procédure civile pourrait être envisagée afin que la décision ordonnant l'expertise puisse fixer la date à laquelle le pré-rapport sera communiqué aux parties pour que celles-ci puissent y répondre. Cela permettrait d'assurer au mieux le respect du contradictoire et d'éviter les contestations ultérieures relatives au déroulement des opérations d'expertise.

70. – Tout d'abord, il serait souhaitable que le juge, avant de désigner un expert, puisse s'assurer de la disponibilité de celui-ci au regard de la charge de travail qui est la sienne. Dans cette perspective, il conviendrait qu'il puisse davantage dialoguer *ab initio* avec les techniciens pour ne désigner que ceux qui confirment en amont leur disponibilité et s'engagent à respecter les délais. Il convient de rappeler que le calendrier des opérations d'expertise peut être précisé à l'occasion d'une réunion ultérieure entre juge, expert et parties⁷⁸. Conformément à l'article 284 du code de procédure civile, « *dès le dépôt du rapport, le juge fixe la rémunération de l'expert en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni* ».

71. – Ensuite, une **bonne définition de la mission** confiée à l'expert peut faire gagner beaucoup de temps et permettre de concentrer l'expertise sur les questions essentielles, celles-ci étant énoncées de façon précise. Cibler les sujets permettrait de gagner en temps et en efficacité et faciliterait de surcroît l'acceptation par les parties. Là encore, le principe d'une discussion préalable entre le magistrat et l'expert, à l'instar de ce qui existe dans les procédures pénales, pourrait sembler approprié.

L'article 266 du code de procédure civile prévoit d'ores et déjà que la décision ordonnant l'expertise « *peut aussi fixer une date à laquelle l'expert et les parties se présenteront devant le juge qui l'a rendue ou devant le juge chargé du contrôle pour que soient précises la mission et, s'il y a lieu, le calendrier des opérations* ». Cependant, cette possibilité semble peu utilisée en pratique, alors même qu'elle peut permettre de purger très en amont certaines difficultés et forme par conséquent un bouclier face à la stratégie dilatoire de certains plaideurs. Il pourrait être envisagé de compléter l'article 265 du code de procédure civile afin de faire référence à la possibilité d'échanges avec l'expert intervenant préalablement à la décision. Il est également

⁷⁸ Art. 265 CPC.

possible de prévoir que la décision ordonnant l'expertise puisse fixer une date à laquelle expert et parties sont entendus par le juge sur le déroulement des opérations d'expertise.

72. - Enfin, l'article 276 du code de procédure civile relatif au respect du contradictoire dans le cadre d'une expertise judiciaire prévoit en son alinéa 2 que « *toutefois, lorsque l'expert a fixé aux parties un délai pour formuler leurs observations ou réclamations, il n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai, à moins qu'il n'existe une cause grave et dument justifiée, auquel cas il en fait rapport au juge* ». Ainsi les experts désignés ne doivent-ils pas hésiter, d'une part, à impartir des délais aux parties pour effectuer des dires et, d'autre part, à faire application de cette disposition légale et partant à ne pas tenir compte des observations ou réclamations effectuées hors délais. Il convient aussi de souligner tout l'intérêt d'une collaboration renforcée entre l'expert et le juge d'appui quant aux incidents et retards dans les communications de pièces demandées par l'expert.

PROPOSITION

Modification de l'article 265 du Code de procédure civile :

« La décision qui ordonne l'expertise :

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

Nomme l'expert ou les experts ;

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

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

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

73. - Comme déjà évoqué, avec un séquençement sur le modèle de certains droits étrangers⁷⁹, il serait utile de développer, dans certains cas, la place de l'oralité dans la restitution des travaux du technicien sur le préjudice lors de l'audience de plaidoiries.

Il est d'ores et déjà prévu par l'article 245 du code de procédure civile que « *le juge peut toujours inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions* ». L'article 258 du même code dispose, à propos de la consultation, que le juge « *fixe soit la date de l'audience à laquelle elle sera présentée oralement, soit le délai dans lequel elle sera déposée* », offrant ainsi une alternative dans laquelle une consultation écrite paraît exclure une présentation à l'oral. Il pourrait être souhaitable, en considération de la technicité de l'évaluation des préjudices, de prévoir la remise d'une consultation écrite pouvant être suivie, le cas échéant, d'une présentation orale à l'audience. Le fait d'offrir aux parties elles-mêmes le droit de suggérer la participation de l'expert à l'audience de plaidoiries – et de ne pas réserver ce droit au seul juge – pourrait également constituer une piste pertinente.

74. - S'agissant de l'expertise, il apparaît opportun, même lorsque les éléments se trouvent dans le rapport de l'expert, que celui-ci ait l'occasion, en présence des parties, d'échanger avec le juge. Cela serait d'une aide précieuse pour le juge, lui facilitant l'analyse en amont de l'examen du rapport, et permettrait davantage d'interactions. L'expert pourrait à cette occasion commenter son rapport et répondre aux questions du juge. Cela permettrait aussi, non seulement de confronter le point de vue des parties ainsi que de leurs experts éventuels, mais aussi une meilleure appropriation des sujets clefs par le juge pour l'élaboration de sa décision et la précision de sa motivation.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 283 du code de procédure civile dispose que « *si le juge ne trouve pas dans le rapport les éclaircissements suffisants, il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées* ». Ce texte pourrait être adapté pour permettre un échange, non seulement sur ce qui n'est pas dans le rapport, mais aussi sur ce qui s'y trouve. Pour libérer du temps à cet effet et, plus largement, optimiser le déroulement de l'audience, il pourrait être suggéré notamment que le juge formule, en amont du jugement, une demande précise aux avocats sur les points à traiter durant l'audience.

⁷⁹ *Supra* n° 29.

PROPOSITION

Modification de l'article 283 du Code de procédure civile :

« Si le juge estime avoir besoin d'éclaircissements sur le rapport d'expertise au regard de la complexité du litige, il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées. »

h) Reprendre dans une circulaire les illustrations relatives au critère de répartition de la dette constitué par le rôle causal dans la réalisation du dommage

75. - La règle de l'article 1265 du Code civil consacrée à l'incidence de la pluralité des responsables prévoit, en son alinéa 2, les critères de répartition de la dette de responsabilité entre coauteurs, dans le cas où une faute a été commise, en des termes similaires à ceux utilisés par l'article L 481-9 du Code de commerce, référence étant faite dans les deux cas, au « *rôle causal dans la réalisation du dommage* ».

Les indications contenues à ce propos par la directive Dommages du 26 novembre 2014, mentionnant, en son considérant 37, une liste non exhaustive d'éléments pouvant être pris en considération, pourraient être reprises dans une circulaire en vue de faciliter la mise en œuvre de la disposition nouvelle du Code civil par les juridictions.

Conclusion de la première partie

76. - Au prisme de l'analyse économique du droit, le système français de responsabilité civile dispose d'ores et déjà de certains atouts qui gagneraient sans doute à être mieux mis en évidence et en valeur. Il n'en reste pas moins souhaitable de porter davantage d'attention aux différents chefs de préjudice résultant de dommages économiques ainsi qu'à leur évaluation. Cela vaut également pour les améliorations susceptibles d'être apportées au stade de la mise en œuvre, ce à quoi la comparaison avec les systèmes de droit étrangers peut contribuer. Il s'agit alors d'encourager l'exercice des actions en réparation en France, en prenant mieux en considération les éléments à partir desquels une victime décide d'agir ou y renonce.

Sur le modèle de certains droits spéciaux, des changements sont susceptibles d'être apportés tant en ce qui concerne les conditions d'exercice que le résultat de l'action en responsabilité civile.

Certaines des préconisations formulées au titre du droit commun de la responsabilité civile, dès lors d'application générale au contentieux indemnitaire des relations économiques, pourraient cependant être « testées », dans un premier temps, dans un type de contentieux donné. Cela est d'autant plus vrai que les régimes de responsabilité propres à certains droits spéciaux, eux-mêmes exposés à une concurrence intense, requièrent la réalisation de progrès en termes d'attractivité.

II – Améliorer l'attractivité de la responsabilité civile dans les droits spéciaux au soutien de la compétitivité du droit français

77. – Le renforcement de l'attractivité, rendu particulièrement nécessaire dans les droits spéciaux en raison de la véritable compétition qui s'exerce entre différents systèmes juridiques, nécessite que des progrès soient réalisés sur le plan du droit, de l'organisation et de la pratique judiciaire, dans deux directions principales.

D'une part, il importe de procéder à des adaptations de façon à mieux répondre aux besoins spécifiques à tel ou tel droit spécial appréhendant des relations économiques (A). D'autre part, il convient d'œuvrer pour davantage de cohérence et partant une meilleure accessibilité des régimes de réparation concernés (B).

78. - Avant d'envisager plus précisément ces deux voies, il faut aussi, de façon préalable, souligner deux aspects qui, pour être extra-juridiques, n'en revêtent pas moins une grande importance dans la perspective d'une compétitivité accrue du droit français et des juridictions françaises à l'international.

Point n'est besoin de longs développements pour convaincre, d'un côté, de l'importance de la **langue utilisée dans les contentieux internationaux**. Du reste, la mise en place de chambres internationales dans différentes juridictions françaises de premier plan en témoigne, cet effort méritant indéniablement d'être poursuivi et même accru.

De l'autre, les juridictions françaises, à l'exception de la Cour de cassation, pâtissent, lorsqu'on les compare à des juridictions étrangères, mais aussi à des organes français également chargés de mettre en œuvre des règles de droit, à l'instar de l'Autorité de la concurrence, d'une **communication** trop peu développée. Sans méconnaître ce qui a pu être fait, notamment en ce qui concerne les chambres internationales déjà évoquées, mais aussi les fiches méthodologiques de la Cour d'appel de Paris consacrées au préjudice économique, une **intensification** des efforts en la matière paraît **souhaitable**, et ce dans plusieurs directions.

Ainsi, la mise en œuvre effective des dispositions relatives à l'*Open Data* des décisions de justice devrait permettre d'apporter des solutions prochaines à la question de l'**accessibilité des décisions** rendues par les juges du fond⁸⁰.

⁸⁰ <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/open-data-des-decisions-de-justice-13008/nouvelle-etape-pour-lopen-data-des-decisions-de-justice-34397.html>.

Au-delà, il peut sembler opportun de mettre en place une communication permettant de **mieux faire connaître l'action des juridictions françaises**, que ce soit en France ou à l'international. Cela peut s'effectuer via la publication en ligne de communiqués de presse, la mise en ligne de décisions emblématiques, la réalisation de chroniques thématiques de jurisprudence, la participation à des colloques et conférences, mais aussi l'organisation de manifestations récurrentes, tels que les Entretiens de la concurrence coorganisés par le Tribunal de commerce et la Cour d'appel de Paris. En présence d'enjeux internationaux, il est souhaitable également que les communiqués de presse et les décisions les plus significatives soient disponibles en langue anglaise. Un effort pourrait également être fait en vue de fédérer les acteurs, notamment lorsqu'ils interviennent à l'international afin de coordonner leurs actions ou, à tout le moins, de mettre au courant les uns les autres de leurs actions respectives.

79. - Compte tenu des moyens que cela implique, il est possible de commencer par un domaine particulier qui pourrait en quelque sorte servir de **banc d'essai**. Un effort prioritaire pourrait être réalisé **en droit de la concurrence**, ceci notamment en considération de la montée en puissance actuelle du contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, des possibilités étendues en la matière quant au choix du for et des fortes préoccupations exprimées par les acteurs du droit au vu de la vive compétition existant avec certaines juridictions étrangères.

Au demeurant, le droit de la concurrence pourrait aussi constituer un terrain d'expérimentation en ce qui concerne des mesures destinées à mieux répondre, notamment du point de vue de l'organisation judiciaire, aux besoins spécifiques de contentieux indemnitaires relatifs aux relations économiques.

A. Mieux répondre aux besoins spécifiques de relations économiques par les régimes spéciaux de responsabilité

80. - L'adaptation aux spécificités de tel ou tel contentieux économique passe par des aménagements à l'organisation et à la pratique judiciaires, ainsi que par des évolutions quant au régime même de l'action en responsabilité civile.

1. Les aménagements à apporter dans l'organisation et la pratique judiciaire

81. - Comme déjà évoqué, il est proposé que les mesures préconisées ci-après concernent, dans un premier temps, le droit de la concurrence, même si certaines d'entre elles pourraient avoir vocation à être étendues au-delà dans un second temps.

a) *Mieux mettre à profit la spécialisation en droit de la concurrence en la parachevant et en tirant les conséquences sur le plan de l'organisation et des moyens*

82. - Le choix de la spécialisation des juridictions, effectué pour plusieurs droits spéciaux, en particulier, le droit de la propriété intellectuelle⁸¹ et le droit de la concurrence, apparaît comme une réponse opportune au défi de la complexité en ces matières, en même temps qu'un gage de cohérence, d'uniformisation facilitée de la justice. Il s'agit par conséquent d'un argument à faire valoir en termes d'attractivité pour des plaideurs préférant agir devant une juridiction rompue à un contentieux d'une grande technicité sur le plan juridique comme économique.

Si la spécialisation en droit de la concurrence, au profit de huit ressorts en première instance et de la Cour d'appel de Paris en appel⁸², a pu soulever de sérieuses difficultés procédurales, celles-ci ont, pour l'essentiel, été résolues à ce stade.

83. - Pour autant, cette **spécialisation** est en quelque sorte **inachevée** puisqu'elle ne concerne pas les actions de groupe⁸³ et les procédures de référés et devrait être étendue quant au périmètre des affaires concernées. Il peut sembler préférable de réserver la connaissance des **actions de groupe** exercées au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles aux tribunaux judiciaires correspondant à ceux retenus par le décret de spécialisation ainsi qu'à la cour d'appel de Paris. De même, et s'agissant des **procédures d'urgence** (référés et ordonnances article 145 CPC), il

⁸¹ Ainsi, la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 a réservé les litiges relatifs à la propriété intellectuelle et les demandes connexes de concurrence déloyale à dix tribunaux judiciaires et aux cours d'appel correspondantes. Il s'agit des tribunaux de Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nanterre, Nancy, Paris, Rennes, Strasbourg et Fort-de-France, Décret n°2009-1205 du 9 octobre 2009 modifié par le décret n°2010-1369 du 12 novembre 2010.

En outre, il faut y ajouter la compétence exclusive dévolue au tribunal judiciaire de Paris et à la cour d'appel de Paris pour connaître des actions en contrefaçon de brevet ou portant sur une question connexe de concurrence déloyale. Art. L. 615-16 CPI et art. D. 211-6 COJ.

Le tribunal judiciaire de Paris est également seul compétent en sa qualité de tribunal communautaire pour connaître des actions en contrefaçon et des demandes reconventionnelles en nullité portant sur des marques ou des dessins et modèles de l'Union européenne, Décret n° 2002-216 du 18 février 2002 et Décret n° 2008-522 du 2 juin 2008.

⁸² Code de commerce, articles L. 420-7, R. 420-3 à R. 420-5.

⁸³ La loi du 17 mars 2014 a donné compétence à tous les tribunaux judiciaires.

est permis de penser que les avantages de la spécialisation l'emportent aussi en ces matières qui sont celles de l'urgence et de l'évidence.

84. - Par ailleurs, un meilleur profit pourrait être tiré de cette spécialisation, et notamment de la **centralisation des appels au sein d'une juridiction unique**, en termes d'attractivité. Compte tenu de sa place sans équivalent dans le contentieux de la concurrence, la Cour d'appel de Paris peut fort bien rivaliser avec le *Competition Appeal Tribunal* ou la Cour d'appel d'Amsterdam, sous réserve d'y consacrer les moyens nécessaires. Spécialisation et moyens des juridictions constituent en effet des paramètres pris en compte par les demandeurs en réparation dans le choix de la juridiction à saisir, lorsqu'ils en ont la possibilité.

Aussi, et sans lui allouer une dotation identique à celle de la juridiction anglaise⁸⁴, les enjeux juridiques et économiques attachés au contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles requièrent une réorganisation accompagnée d'un renforcement des moyens humains.

85. - En principe, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles est actuellement confié, quant au fond, à la chambre 5-4. Cependant, alors qu'elles devraient lui être attribuées, certaines affaires sont parfois portées devant d'autres chambres, par exemple, pour des dossiers relatifs au numérique, devant la chambre 5-11, au risque de possibles divergences de jurisprudence⁸⁵.

Centraliser **l'ensemble du contentieux au fond comme en urgence** devant une seule formation est indéniablement plus favorable à une jurisprudence uniformisée au stade de l'appel. Cela suppose cependant *a minima* de procéder à **une réorganisation de façon à alléger la Chambre 5-4**, actuellement en charge du droit des pratiques anticoncurrentielles, du Titre IV du Livre du Code de commerce ainsi que notamment du droit de la distribution et des contrats de distribution⁸⁶. Il pourrait être imaginé de recentrer son activité autour du droit des pratiques anticoncurrentielles, en incluant les référés et les requêtes 145 CPC, ainsi qu'autour des actions engagées par le Ministre de l'économie sur le fondement du droit des pratiques restrictives. Les contentieux ainsi retirés à la Chambre 5-4 pourraient être confiés à une chambre supplémentaire consacrée au droit des pratiques restrictives et de la distribution.

⁸⁴ Au Royaume-Uni, le Competition Appeal Tribunal dispose d'un budget de 4,39 millions de livres sterling (5,26 millions d'euros), accueille 43 juges non-permanents et gère simultanément des dizaines d'affaires.

⁸⁵ Cour d'appel de Paris, 11 mars 2022, n°19/15219.

⁸⁶ <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/pole-5-economique-et-commercial>.

Une autre solution pourrait consister à ce que les procédures de référé et d'ordonnances sur requête soient centralisées au sein d'une même formation pour toutes les affaires se rattachant au droit de la concurrence (pratiques anticoncurrentielles, pratiques restrictives et concurrence déloyale).

86. - En tout état de cause, il est indispensable que ces formations soient dotées des **moyens humains** leur permettant, non seulement de statuer dans des délais raisonnables et compétitifs, mais aussi d'être à même de jouer **un rôle d'animation entre les différentes juridictions françaises spécialisées en droit de la concurrence susceptibles d'être regroupées en réseau**. Pourraient être intensifiés les échanges entre les magistrats rattachés aux différents tribunaux de commerce et tribunaux judiciaires spécialisés ainsi que des actions de formation, en vue de favoriser une uniformisation de la jurisprudence et une harmonisation des pratiques, ce à quoi contribuent déjà les fiches méthodologiques de la Cour d'appel consacrées à la réparation des préjudices économiques.

87. - Mieux reconnaître **la spécialisation en droit de la concurrence tant sur le plan des carrières professionnelles que du point de vue de la formation** pourrait permettre de disposer de façon pérenne d'un vivier de magistrats à haut niveau de compétence, non seulement en droit de la concurrence, mais également en matière économique. Sans rendre pour autant superflu un renforcement de la compétence économique en interne *via* un assistant de justice rattaché à la chambre 5-4, les juges siégeant dans les formations spécialisées devraient en particulier pouvoir bénéficier d'une formation en économie⁸⁷ facilitant la compréhension des notions-clefs, des méthodes utilisées et partant la compréhension des rapports d'expertise ainsi que l'interactivité avec les techniciens intervenant dans les dossiers.

88. - De façon à favoriser encore davantage les échanges entre les magistrats pratiquant le droit de la concurrence et à donner plus de visibilité en externe à la place accordée à ce contentieux, on pourrait imaginer de constituer au sein du Pôle économique, **un « pôle » plus spécifique dédié au droit de la concurrence** rassemblant l'ensemble des chambres en charge d'une partie du contentieux, qu'il s'agisse des recours formés contre les décisions de l'Autorité de la

⁸⁷ Au demeurant, ce besoin de formation en économie, ainsi qu'en matière comptable et financière vaut plus largement pour les magistrats en charge des contentieux de la réparation des préjudices économique *Supra* n° 27.

concurrence, du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, des pratiques restrictives, de la concurrence déloyale et du droit de la distribution, sans oublier les opérations de visite et saisie.

Dans cette hypothèse, il serait concevable de mettre à la disposition des différentes chambres dédiées à la concurrence un pool d'assistants de justice et, le cas échéant, de permettre à un économiste de rejoindre la Cour d'appel en tant que conseiller en service extraordinaire, à l'instar de ce qui a pu se pratiquer dans le passé à la Cour de cassation.

Une coordination entre les différentes formations du pôle 5 de la Cour pourrait être envisagée pour donner une image plus uniforme autour de la réparation du préjudice économique concurrentiel sous toutes ses formes (pratiques anticoncurrentielles, pratiques restrictives, concurrence déloyale).

89. – Reste que le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'il concerne une personne publique – qu'elle soit auteur ou victime de la pratique – relève des juridictions administratives⁸⁸, sans spécialisation. Cette partition du contentieux entre deux ordres de juridiction, outre qu'elle n'est pas toujours aisément compréhensible pour les plaideurs situés hors de France, peut favoriser des divergences de jurisprudence, ce qui n'est pas propice à l'attractivité⁸⁹. Aussi convient-il de développer également les occasions d'échanger avec les juridictions administratives de façon à harmoniser autant que possible les solutions adoptées.

b) Ménager aux questions économiques une place suffisante dans la procédure

90. - La technicité du droit de la concurrence est telle que sa mise en œuvre dans le cadre d'un contentieux indemnitaire implique la mobilisation de compétences économiques bien évidemment au moment d'identifier et évaluer les préjudices réparables, mais aussi, dans certains cas, en amont pour caractériser la faute de concurrence. Cela est particulièrement vrai en matière de pratiques anticoncurrentielles, en l'absence de décision de l'autorité de la concurrence constatant une infraction.

⁸⁸ T. confl. 16 nov. 2015, n° 4035.

⁸⁹ Tel est le cas par exemple en ce qui concerne la solution retenue, sous l'empire du droit antérieur à la Directive, pour la charge de la preuve du moyen de défense tiré de la répercussion des surcoûts.

On ne saurait s'étonner que, spécialement lorsque l'enjeu du litige est important, la victime ou la société de financement ayant fait l'acquisition de créances indemnitaires, prennent en considération la **place laissée aux questions économiques** au moment de déterminer la juridiction à saisir, lorsqu'un choix lui est offert.

Au demeurant, il n'est pas rare que les parties au procès, qu'il s'agisse du demandeur en réparation ou du défendeur, fassent appel à des experts et produisent, à l'appui de leurs prétentions des expertises privées. Certains pays, tels que le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, consacrent une place importante, dans le déroulement de la procédure, à l'examen des questions économiques et aux débats avec les experts, recourant pour ce faire, à la *cross-examination* ou encore en séquençant la procédure par étapes pour pouvoir dédier certaines audiences aux débats économiques⁹⁰.

91. - Pour être en mesure de trancher entre des thèses économiques bien différentes, la juridiction saisie doit disposer, comme déjà évoqué, de la compétence nécessaire, soit en interne, soit à défaut, en recourant à un technicien externe, son intervention étant destinée à faciliter la compréhension par les juges des thèses économiques.

Dans le cas où la formation spécialisée bénéficie de **l'appui d'un économiste en interne**, ce dernier peut contribuer à orienter les débats entre les parties ou entre les experts de ces dernières et ainsi, à éclairer la juridiction.

Elle a également la possibilité, pour le droit des pratiques anticoncurrentielles, de solliciter l'Autorité de la concurrence « *afin d'obtenir des orientations sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation* »⁹¹, faculté qui n'a pas été utilisée à ce jour par le juge judiciaire et pourrait être exploitée.

La juridiction dispose aussi de la faculté de **faire appel à un technicien extérieur** en lui confiant, non pas une expertise judiciaire, mais une mission précise et de bref délai, de type consultation, telle que prévue à l'article 256 du Code de procédure civile⁹². Le sachant pourrait procéder à l'examen des éléments remis par les parties ou leurs experts pour en apprécier la pertinence et faire rapport à la formation de jugement. En particulier, son intervention pourrait

⁹⁰ Voir en ce sens les longs développements accordés à la « *cross examination* » et à l'expertise dans l'affaire du cartel des producteurs de câbles électriques à haute tension, ayant donné lieu à un jugement au fond : High Court of Justice, [2018] EWHC 2616 (Ch).

⁹¹ Art. R. 481-1 C. Com. *Infra* n° 116.

⁹² « *Lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes, le juge peut charger la personne qu'il commet de lui fournir une simple consultation* ». V. en ce sens, la fiche méthodologique n° 23 « *Quelle expertise judiciaire en matière d'évaluation des préjudices économiques ?* ».

permettre, d'une part, de mettre en évidence les points d'accord entre les experts de partie, d'autre part, d'apporter au juge un éclairage technique sur les points de divergence entre les deux expertises de partie.

Selon les cas et en fonction de la complexité des affaires, le sachant pourrait travailler en chambre ou recevoir les parties. Une ou des audiences spécifiques pourraient être organisées, en présence de l'économiste de la juridiction ou du technicien désigné par celle-ci, afin d'entendre les experts des parties ou les parties dans les dossiers plus simples et pouvoir leur poser les questions utiles pour assurer un débat contradictoire et éclairer la formation de jugement sur les questions d'ordre économique.

Dans tous les cas, il importe que la mission soit strictement encadrée dans le temps afin d'éviter un allongement de la procédure qui ne pourrait qu'être dissuasif pour les victimes tant il est vrai que la durée des procédures constitue un véritable défi à relever pour les juridictions françaises en charge des actions en réparation des préjudices concurrentiels.

En tout état de cause, il pourrait être réfléchi à une sorte de « *normalisation* » des rapports élaborés par les experts de parties pour faciliter leur compréhension et la comparaison entre eux⁹³.

c) Remédier à la longueur des procédures de réparation des dommages concurrentiels

92. – Sans être propre au droit de la concurrence, la durée des procédures soulève des difficultés particulières, dans le cas des actions consécutives introduites après décision de condamnation de pratiques anticoncurrentielles d'une autorité de concurrence.

93. - Cela appelle donc, tout d'abord, une réponse spécifique à cette hypothèse particulière qui est pourvue d'un fort enjeu d'attractivité à l'international, la concurrence entre les grandes places de droit ayant précisément lieu à l'occasion d'affaires de cartels, voire d'abus de position dominante d'envergure, antérieurement condamnés par la Commission européenne ou une autorité nationale de concurrence.

Pour accélérer l'obtention d'une réparation, fût-elle partielle, **le référé-provision** peut présenter d'indéniables avantages dans le cas d'un contentieux consécutif. S'il est vrai que son utilisation n'est pas restreinte à cette seule hypothèse, son succès potentiel semble mieux assuré lorsque

⁹³ *Supra* n° 66.

la tâche probatoire de la victime est facilitée par la décision antérieure d'une autorité de concurrence constatant une violation du droit des pratiques anticoncurrentielles. Ce type de référé permet l'obtention d'une provision à valoir sur le paiement à venir d'une obligation, sans avoir à justifier d'une situation d'urgence, mais à la condition que cette obligation ne soit pas sérieusement contestable. Lorsque la faute de concurrence est manifestement établie, la victime pourrait obtenir par anticipation, sans avoir à attendre la fin du contentieux au fond, le paiement d'une partie des dommages et intérêts auxquels elle prétend. Cette première décision pourrait aussi contribuer à ce que le contentieux au fond n'aille pas à son terme, les parties au litige pouvant être incitées à trouver une solution transactionnelle.

Cette possibilité offerte par le droit commun de la procédure civile paraît avoir été fort peu utilisée pour le moment en dépit de l'intérêt qu'elle peut présenter⁹⁴. Comme déjà indiqué, il serait souhaitable de soumettre les procédures de référé à la spécialisation⁹⁵.

Il conviendrait en outre d'en favoriser l'emploi dans le cas des contentieux relatifs au droit de la concurrence et dans cette perspective, la mettre davantage en lumière. Si l'on pourrait envisager d'introduire une règle spécifique au sein du Livre IV du code de commerce, il peut aussi sembler suffisant de consacrer une fiche méthodologique sur la réparation du préjudice économique aux possibilités offertes par les procédures de référé en droit de la concurrence.

94. - Ensuite, il convient d'imaginer des solutions qui peuvent être mises en œuvre au-delà du seul droit des pratiques anticoncurrentielles, dans tout le droit de la concurrence, voire dans d'autres domaines du droit des relations économiques. Cependant, le droit des pratiques anticoncurrentielles pourrait, là encore, servir de laboratoire.

S'agissant des tribunaux judiciaires et de la Cour d'appel, les juridictions disposent d'outils permettant d'accélérer les échanges contradictoires entre les parties⁹⁶ et ont la maîtrise du calendrier. De même, l'article L. 442-6 du code de procédure civile, spécifique à la procédure orale, a été modifié afin de permettre aux juridictions consulaires de fixer d'autorité, en cas de désaccord des parties, un calendrier de procédure⁹⁷.

⁹⁴ On peut néanmoins signaler, du côté du juge administratif, une décision de tribunal administratif, confirmée par la Cour administrative d'appel de Nantes, dans l'affaire de la signalisation routière, ainsi que du côté de l'ordre judiciaire et plus précisément de la chambre 5-4 de la Cour d'appel de Paris, l'octroi d'une provision par le Conseiller de la mise en état.

⁹⁵ *Supra* n° 83.

⁹⁶ *Supra* n° 29.

⁹⁷ Modifié par Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017, art. 4 : Lorsque les débats sont renvoyés à une audience ultérieure, le juge peut organiser les échanges entre les parties comparantes. Après avoir recueilli leur avis, le juge peut ainsi fixer les délais et, si elles en sont d'accord, les conditions de communication de leurs prétentions, moyens et pièces. V. M. Chagny et B. Deffains, *op. cit.*, n° 240.

Pour répondre au besoin de prévisibilité des plaideurs et restreindre la durée de la procédure, il conviendrait de **raccourcir les délais de mise en état et d'établir un calendrier de procédure strict** dont les juridictions pourraient tirer les conséquences en cas de manquement délibéré des parties.

95. - Toujours à des fins de prévisibilité, ce calendrier de procédure pourrait prévoir, de façon plus systématique, un **fractionnement du contentieux en plusieurs étapes** précisément identifiées, par exemple, examen des fins de non-recevoir, accès aux pièces, démonstration de la faute (en l'absence de décision de condamnation antérieure), préjudices réparables, évaluation des préjudices. Cet échelonnement pourrait, en outre, faciliter les possibilités de résolution amiable.

Deux observations doivent cependant être faites à ce propos.

D'un côté, et s'agissant plus spécifiquement de l'examen de l'affaire par la Cour d'appel de Paris, les délais résultent pour l'essentiel de la charge actuelle de la Chambre 5-4 qui, de surcroît, n'autorise pas l'examen individuel et approfondi d'une seule affaire, quelle que soit son importance. Cela confirme la nécessité de doter cette formation des moyens matériels et humains suffisants et de recentrer son activité.

De l'autre, il conviendrait, dans le cas où il est fait appel, pour l'évaluation des préjudices concurrentiels, au concours d'un technicien, de mener une réflexion sur la manière d'articuler cette intervention avec, le cas échéant, la recherche d'une solution négociée⁹⁸.

2. Les modifications à apporter au régime des actions en responsabilité civile

96. - S'agissant de l'identification du responsable, le droit spécial de la concurrence se singularise en ce qu'il raisonne à partir de l'entreprise, notion économique irréductible aux habituels sujets de droit, à savoir les personnes. Si cette spécificité doit être prise en compte, c'est à des fins d'amélioration de la cohérence interne à cette discipline⁹⁹. De même, a-t-on déjà expliqué¹⁰⁰ qu'il convenait de ne pas risquer, à l'occasion de la réforme du droit commun de la responsabilité civile, une perte d'attractivité à l'égard des investisseurs, à contre-courant des

⁹⁸ *Supra* n° 29 spéc. ote 33.

⁹⁹ *Infra* n° 150.

¹⁰⁰ *Supra* n° 36.

impératifs servis de l'équilibre recherché par le droit spécial des sociétés *in bonis* ou en difficultés, ce qui pourrait être le cas si l'actuel projet d'article 1242-1 du code civil était adopté.

a) Améliorer les mécanismes de regroupement des victimes

97. – Il convient de s'arrêter sur les améliorations susceptibles d'être apportées, en droit de la concurrence, quant aux **possibilités de regroupement des victimes** : cela permettrait de répondre au défi de contentieux qui, requérant la mobilisation d'importants moyens financiers, supposent l'intervention de tiers financeurs, ainsi que de pallier l'inaction de victimes directes, que ce soit en raison d'un faible enjeu individuel du litige ou par crainte de représailles commerciales en cas de lien d'affaires avec l'auteur des pratiques.

S'il a déjà été fait mention du mécanisme de la cession de créances¹⁰¹, il faut aussi évoquer ici plusieurs dispositifs spécifiques au droit de la concurrence qui pourraient être perfectionnés en vue d'une meilleure adaptation et d'une attractivité renforcée.

98. – **L'action de groupe**, depuis son introduction en droit français par la loi du 17 mars 2014, n'a pour le moment donné lieu à aucune mise en œuvre pour le droit des pratiques anticoncurrentielles là où d'autres Etats, en particulier le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, disposent quant à eux d'une action de groupe paraissant plus performante et ayant en tous cas déjà été utilisée, contrairement à l'instrument français¹⁰².

Il est ainsi permis de penser que le dispositif actuel, énoncé aux articles L. 623-1 et suivants du Code de la consommation, devrait être perfectionné à plusieurs titres en vue d'une meilleure adaptation à la réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles. Peut-être conviendrait-il de réinterroger, dans le seul cas du droit de la concurrence, certains choix effectués initialement à la lumière des possibilités offertes aux victimes de pratiques anticoncurrentielles dans d'autres pays. Toutefois, il faut également, dans cette réflexion, prendre garde à ne pas amoindrir l'attractivité du droit français à l'égard d'entreprises qui pourraient être tentées de rechercher le bénéfice d'une législation plus favorable.

¹⁰¹ *Supra* n° 25.

¹⁰² Voir en ce sens les longs développements accordés à la « *cross examination* » et à l'expertise dans l'affaire du cartel des producteurs de câbles électriques à haute tension, ayant donné lieu à un jugement au fond : High Court of Justice, [2018] EWHC 2616 (Ch).

99. – Actuellement réservé aux seuls consommateurs, le bénéfice de l'action de groupe pourrait être étendu aux entreprises et, en particulier aux PME, qui peuvent elles aussi être victimes de préjudices diffus.

Corrélativement, on pourrait reconsidérer le monopole dévolu en cette matière aux associations de consommateurs représentatives au niveau national et agréées (art. L. 423-1 C. consom.), d'autant que celles-ci ne disposent que de ressources financières limitées et que l'on peut s'interroger sur leur aptitude à agir dans le cas d'un contentieux aussi complexe que celui du droit des pratiques anticoncurrentielles. Pour la même raison, il serait souhaitable de soumettre l'action de groupe exercée en cas de pratiques anticoncurrentielles à une spécialisation identique à celle des actions individuelles.

100. – On pourrait encore se demander s'il est véritablement souhaitable de restreindre la possibilité d'exercer une action de groupe aux seuls cas dans lesquels une autorité de concurrence a préalablement adopté une décision de constat d'infraction. Cette interrogation vaut tout particulièrement dans l'hypothèse où la procédure devant l'autorité s'est achevée par une décision d'engagements : même si de telles décisions mettent fin aux agissements à l'origine des « *préoccupations de concurrence* » pour le futur, ceux-ci ont pu causer des préjudices pour la réparation desquels la loi ferme la porte aux recours collectifs. De surcroît, on rappellera que la transposition récente de la Directive ECN + a conféré aux différentes autorités nationales de concurrence, et notamment à l'autorité française, la faculté de fixer leurs priorités et de rejeter les plaintes n'y correspondant pas. Favorable à une optimisation des ressources de l'Autorité, la consécration d'une « *opportunité des poursuites* » n'en rend que plus nécessaire la possibilité pour les victimes de demander réparation de préjudices diffus par la voie de l'action de groupe malgré l'absence de procédure devant une autorité de la concurrence.

Enfin, et même s'il s'agit là d'une question particulièrement controversée en France, il faudrait peut-être s'interroger, à la lumière du droit comparé¹⁰³, sur l'adjonction éventuelle, aux côtés de

¹⁰³ L'action de groupe au Royaume-Uni est envisageable à la fois pour des actions de suivi et pour des actions indépendantes, aussi bien en opt-in qu'en opt-out et conformément à la Section 47B du Competition Act 1998 (Collective Proceedings), introduite par le Consumer Rights Act en 2015. Elle est ouverte aux entreprises ainsi qu'aux consommateurs. S'agissant des Pays-Bas, il existe à la fois un régime d'opt-in et d'opt-out applicable aux faits générateurs survenus à compter du 15 novembre 2016, conformément au *Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie*. Bien que le régime d'opt-out soit réservé aux résidents néerlandais, il existe déjà de nombreuses actions pendantes devant les tribunaux néerlandais sur ce fondement (Voir le Centraal register voor collectieve vorderingen: <https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen>).

l'actuel système d'*opt-in*, d'un système d'*opt-out* dont l'utilisation pourrait être réservée au seul droit des pratiques anticoncurrentielles.

Alors que l'action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles est particulièrement susceptible d'être mise en œuvre dans un contexte international¹⁰⁴, on peut regretter que subsistent des interrogations d'ordre juridique et pratique auxquelles il serait souhaitable d'apporter des éléments de réponse¹⁰⁵.

Ces différentes préconisations, cantonnées au droit des pratiques anticoncurrentielles et destinées à mieux répondre aux besoins spécifiques en la matière, devraient conduire à introduire des dispositions, actuellement insérées dans le code de la consommation, dans le Titre VIII du Livre IV du code de commerce intitulé « *Des actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles* ».

En parallèle, et sans attendre une réforme législative dont l'adoption est loin d'être acquise, il conviendrait d'engager une réflexion sur les difficultés spécifiques en cas de recours collectif au moment d'identifier et d'évaluer le préjudice réparable. Cela pourrait au demeurant conduire à proposer un régime propre aux préjudices concurrentiels diffus¹⁰⁶.

101. – Quels que soient les progrès susceptibles d'être réalisés quant à l'action de groupe, il n'en apparaît pas moins souhaitable de s'employer, en parallèle, à un **renforcement des dispositifs de défense d'un intérêt collectif**.

L'article L. 490-10 du code de commerce dispose que « *Les organisations professionnelles peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de concurrence* ». Ce texte pourrait être complété *in fine* en vue de permettre expressément aux groupements professionnels d'agir sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles, en faisant référence également à la liberté de la concurrence¹⁰⁷. Une réflexion pourrait de surcroît être engagée sur les spécificités de la réparation des préjudices concurrentiels sollicités par une organisation professionnelle.

¹⁰⁴ Cette action peut être exercée en prenant appui, non seulement sur une décision de la Commission européenne ou de l'Autorité de la concurrence, mais aussi sur une décision d'une autre autorité nationale de concurrence.

¹⁰⁵ M. Chagny et B. Deffains, *op. cit.* n° 253.

¹⁰⁶ *Infra* n° 113, 116, 119 et 120.

¹⁰⁷ A noter que la recevabilité de l'action exercée par un syndicat professionnel en cas de pratique anticoncurrentielle a déjà été admise : v. par exemple, dans l'affaire FRSEA/Roullier.

102. – Qu'il s'agisse de l'action de groupe ou de celle exercée par un groupement professionnel, l'absence, dans un cas, la rareté, dans l'autre, de leur utilisation conduit à préconiser, en parallèle aux améliorations à leur apporter, à s'employer, en tout état de cause, à faire mieux connaître ces dispositifs, ce qui pourrait notamment s'effectuer *via* une fiche méthodologique pratique.

b) L'adaptation des conditions de fond de la responsabilité civile pour les besoins des droits spéciaux

103. – S'agissant des conditions de fond de la responsabilité et, plus précisément, de la faute, droit des procédures collectives et droit des sociétés, dans une moindre mesure, témoignent du souci d'éviter de décourager la prise de risques par l'investisseur, l'entrepreneur, le dirigeant voire le créancier.

104. – En droit des procédures collectives, l'action en responsabilité engagée à l'encontre du dirigeant en cas d'insuffisance d'actif est particulièrement révélatrice de cette préoccupation en raison de l'évolution intervenue au fil des réformes quant à la démonstration et la consistance de la faute requise

La présomption de responsabilité, initialement édictée à l'encontre du dirigeant, a été abandonnée par la loi du 25 janvier 1985, la charge de la preuve du fait générateur de responsabilité incombant désormais au liquidateur.

Par ailleurs, la consistance de la faute requise a également évolué en faveur du dirigeant de droit ou de fait susceptible d'être exposé à cette action. La loi dite Sapin II du 9 décembre 2016 a complété l'article L. 651-2 du Code de commerce pour préciser que « *Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée* ». Cette exigence de démontrer une faute spéciale a pour finalité de ne pas décourager les chefs d'entreprises qui pourraient craindre que tout acte de gestion qui tourne mal implique leur responsabilité. D'ailleurs, selon la jurisprudence, il appartient, non pas au dirigeant de démontrer qu'il n'a commis qu'une négligence, mais bien au demandeur (le liquidateur) de prouver que la faute du dirigeant dépasse la simple négligence¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cass.com 13 avril 2022, n° 20-20.137 : les motifs tirés seulement d'un manque de vigilance sont impropres à établir que le dirigeant a commis une faute de gestion non susceptible d'être analysée en une simple négligence.

Il n'est cependant pas certain que cet ajout, tel qu'il est rédigé, atteigne parfaitement son but du point de vue de l'attractivité. D'un côté, le dirigeant peut être rassuré, une simple négligence de sa part ne peut être assimilée à une faute engageant sa responsabilité. Mais d'un autre, toute faute qui n'est pas une simple négligence pourrait désormais donner lieu à une action en responsabilité, sans compter bien sûr l'appréciation de la « *négligence* ». Pour autant, dans ce domaine, une nouvelle modification du texte serait inopportune. D'abord, parce que la stabilité est, particulièrement en ce domaine soumis à de fréquentes réformes, gage de sécurité juridique et donc d'attractivité. Ensuite, parce qu'il sera toujours délicat de qualifier la faute ou l'absence de faute, question qui relève par définition de la jurisprudence.

105. – De même, et s'agissant cette fois de la **responsabilité des tiers ayant pour cause l'insuffisance d'actif**, la loi du 26 juillet de 2005 de sauvegarde des entreprises s'est employée à rassurer les établissements financiers pour les inciter à financer les entreprises en difficulté. Dans cette perspective, elle a créé dans le code de commerce un article L.650-1 emportant une dérogation au principe ordinaire de responsabilité civile en cas de faute, ceci au bénéfice de l'ensemble des créanciers susceptibles d'apporter leur concours au débiteur. Le texte dispose en son alinéa 1^{er} que « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ».

Par exception, l'article prévoit trois cas dans lesquels la responsabilité du créancier fautif pourra être recherchée : la démonstration d'une fraude, d'une immixtion caractérisée ou de la disproportion des garanties prises. La fraude ne peut être retenue à partir du seul constat d'une situation irrémédiablement compromise du client lors de l'octroi du crédit¹⁰⁹. Si l'une de ces trois circonstances est démontrée, la responsabilité peut être engagée, le caractère fautif du concours devant lui-même être établi¹¹⁰.

Ainsi, tout créancier qui accorde son concours pour soutenir une entreprise dont le siège est en France est assuré de ne pas être attiré en responsabilité dès que l'entreprise aidée s'avère défaillante¹¹¹.

¹⁰⁹ Cass. com., 27 mars 2012, n° 11-13.536.

¹¹⁰ Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077 : Bull. civ. 2012, IV, n° 68.

¹¹¹ Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993 : Bull. civ. 2012, IV, n° 186, à propos de délais de paiement accordés par un

Une modification du texte ne paraît pas opportune puisque le dispositif est désormais bien établi et a atteint ses objectifs, à savoir notamment ne pas décourager une banque ou un partenaire d'une entreprise en difficulté à poursuivre ses concours lorsqu'elle est en difficulté et donc lorsqu'elle en a le plus besoin.

106. – Si le droit des procédures collectives montre que l'attractivité passe parfois par **l'allègement de la responsabilité civile** ou, à tout le moins, par son encadrement, un mouvement similaire peut être constaté **en droit des sociétés au profit des dirigeants**, à l'initiative de la jurisprudence cette fois-ci.

Normalement les règles du droit des sociétés¹¹² prévoient la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers pour toutes leurs fautes, si bien qu'en application de ce principe les dirigeants devraient toujours pouvoir être conduits à répondre de leurs fautes devant les tribunaux. La Cour de cassation a pourtant décidé que ces derniers ne seraient responsables à l'égard des tiers que lorsqu'ils auraient commis **une faute séparable**, entendue comme une faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice des fonctions sociales.

Cette jurisprudence, qui a pu apparaître comme *contra legem*, exprime une préoccupation de politique judiciaire fondée sur l'idée raisonnable consistant à délivrer le dirigeant d'une responsabilité étroitement liée aux activités de la société. On pourrait cependant s'interroger sur l'opportunité de consacrer cette jurisprudence dans une disposition légale.

Certains pensent que la jurisprudence devrait être encadrée par la loi. Il nous semble que cette question est trop délicate pour être tranchée par la loi et qu'il vaut mieux laisser au juge le soin de régler ce régime et ceci d'autant plus que depuis quelque temps la chambre criminelle a une vue légèrement différente sur la question.

107. - Dans la même veine, il pourrait être envisagé, s'agissant de la responsabilité du dirigeant, d'engager une réflexion destinée à mieux cerner la consistance du fait générateur de **responsabilité tenant à un conflit d'intérêts** entre le dirigeant et la société. Outre certains travaux doctrinaux consacrés à la question,¹¹³ une récente décision de la Cour d'appel de Paris pourrait fournir, sinon l'ossature d'une définition, des éléments utiles dans cette perspective. Il résulte de cette décision que « *Le conflit d'intérêts, dans une société anonyme, se définit comme*

distributeur.

¹¹² Par exemple, art. L. 225-251 pour la société anonyme ou L. 227-8 pour la SAS.

¹¹³ D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éditions, 2004, 19 ; C.-H. Boeringer, T. Baudesson, J.-Y. Trochon, J.-C. Savoure et L. Athlan, « *Les conflits d'intérêts dans l'entreprise* », Lexis Nexis, 2016, pp. 60-61.

toute situation dans laquelle un actionnaire ou un dirigeant risque d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun, soit pour satisfaire un intérêt personnel extérieur à la société, soit pour s'octroyer dans la société un avantage au préjudice d'autres actionnaires»¹¹⁴. Énoncée à propos d'une société anonyme, cette formulation paraît transposable à toutes les sociétés.

108. - S'agissant des **fautes susceptibles d'être commises par une société**, il convient d'évoquer l'apparition récente de fautes d'un nouveau genre, qu'on pourrait catégoriser comme **fautes de compliance**. Les sociétés, certaines ou toutes selon les cas, sont en effet soumises à des obligations prudentielles relevant de textes différents plus ou moins exigeants. Certains d'entre eux énoncent, à l'encontre de certaines sociétés seulement, des obligations d'une précision toute relative¹¹⁵.

En revanche, dans sa nouvelle rédaction issue de la loi Pacte, l'article 1833 du Code civil dispose en son alinéa 2 que « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Il met donc à la charge de toutes les sociétés sans exception des devoirs de prévention définis encore moins précisément puisqu'il s'agit de « *prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Certes, ces nouveaux devoirs ne relèvent pas directement du thème de l'attractivité. Mais l'importance de ces enjeux dans l'opinion publique est telle qu'ils ne doivent pas être négligés. On peut imaginer que, dans un premier temps, le juge se contente de veiller à ce que la société ait conscience des enjeux sociaux et environnementaux dans sa prise de décision. Dans un second temps, il pourrait se fonder sur cet article 1833 pour condamner la société dans des cas d'erreur manifeste ou d'erreur grossière, pour autant qu'un préjudice en découle clairement.

A la question de savoir si le législateur devrait intervenir pour apporter davantage de précisions, la réponse paraît être négative, dans la mesure où l'appréciation de la faute relève naturellement du rôle du juge apte à construire les standards de responsabilité adaptés à ces nouvelles situations.

¹¹⁴ Paris, 12 mai 2022, n° 22/03752. L'arrêt ajoute « *Il ne fait nul doute que, lorsqu'une action ut singuli est formée par un ou des associés contre le dirigeant et représentant légal de la société, il existe nécessairement un conflit d'intérêts* ».

¹¹⁵ Ces textes concernent les sociétés dépassant certains seuils : ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 qui impose une déclaration de performance extra-financière et des « *informations sur la manière dont la société prend en considération les conséquences sociales et environnementales* » ; loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 visant à évaluer et à éviter certains risques en matière de corruption ; loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères.

109. - Quant au droit de la concurrence, il ne saurait être question d'exiger une faute qualifiée en vue d'alléger la responsabilité concurrentielle des opérateurs sur le marché. La difficulté en la matière est toute autre et tient principalement à la **démonstration de la faute de concurrence**. Tandis que cette preuve peut être facilitée en droit des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'une autorité de concurrence a constaté l'infraction ou encore en droit des pratiques restrictives en raison des prérogatives dont dispose le ministre de l'Economie et la DGCCRF, rien de tel dans le cas de la concurrence déloyale.

Sur cette question de la preuve **en droit de la concurrence déloyale**, le droit de la propriété intellectuelle pourrait néanmoins être une source d'inspiration. Dans cette matière, le titulaire de droits bénéficie d'outils dérogatoires au droit commun de la preuve et particulièrement efficaces lui permettant d'établir la contrefaçon dont il est victime. Il s'agit cependant de mesures justifiées par l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, de sorte que leur acclimation dans d'autres branches du droit devrait s'effectuer avec une grande prudence.

Constituant une procédure non-contradictoire la saisie-contrefaçon semble devoir être cantonnée au seul bénéfice des titulaires de droit de propriété intellectuelle dans la mesure où elle permet d'établir la matérialité de la contrefaçon et l'atteinte au droit de propriété intellectuelle par l'intermédiaire d'une procédure très spécifique. La saisie-contrefaçon est ainsi soit une saisie descriptive, soit une saisie réelle des procédés ou produits prétendus contrefaisants.

La procédure, contradictoire quant à elle, du droit d'information¹¹⁶, permet d'obtenir en cours de procédure, aussi bien lorsque la juridiction a été saisie au fond qu'en référé, auprès du défendeur mais aussi de certains tiers au procès « *la production de tous documents ou informations détenues* » par ces personnes¹¹⁷, pour autant que la demande soit suffisamment précise. Ce droit d'information conçu largement, le juge de la mise en état pouvant de surcroît être saisi pour le mettre en œuvre, facilite la détermination de l'origine des marchandises supposées contrefaisantes et l'identification des différents *agents* participant à leur fabrication et à leur commercialisation et donc les responsables de la contrefaçon. Cela permet également de mesurer l'étendue de la contrefaçon et donc de déterminer l'importance du préjudice en résultant¹¹⁸.

¹¹⁶ V. les articles L. 331-1-2 du Code de la propriété intellectuelle pour la contrefaçon de droit d'auteur, L. 521-5 pour celle de dessins et modèles, L. 615-5-2 pour celle des brevets, L. 623-27-2 pour les certificats d'obtention végétale et L. 716-4-9 pour les marques.

¹¹⁷ J.-M. Clément, *Rapport sur la proposition de loi tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon*, Doc. Ass. Nat, n° 1720, p. 14, entendus comme « toute information ou tout document jugés pertinents par la juridiction saisie ».

¹¹⁸ Com., 8 octobre 2013, n° 12-23.349 ; *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *JCP E* 2014, 1035, n° 5, note C. Caron : « Attendu qu'il résulte de [l'article L. 521-5 C. prop. int.] que la juridiction saisie au fond d'une action en contrefaçon peut, au terme d'une procédure

Une transposition du droit d'information dans le domaine voisin du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique, pourrait d'autant mieux être envisagée que ces matières ont partie liée et que le droit de la propriété intellectuelle sert déjà de modèle en ce qui concerne la méthode de quantification des dommages générés par certains actes de concurrence déloyale. Une telle extension pourrait s'effectuer en consacrant la construction prétorienne de la concurrence déloyale dans des dispositions spéciales. Cela pourrait en outre servir de terrain d'expérimentation au-delà de la propriété intellectuelle.

110. - Les autres éléments du triptyque, à savoir le préjudice et le lien de causalité, sont à l'origine de difficultés probatoires telles en droit de la concurrence qu'il est souhaitable en la matière de **faciliter la démonstration du préjudice réparable.**

111. - Il est, tout d'abord, possible d'**alléger le fardeau probatoire de la victime à l'aide de présomptions**, méthode à laquelle la Directive Dommages a eu recours, mais que la jurisprudence française a également sollicitée dans le passé pour l'action en concurrence déloyale.

Une présomption simple d'existence du préjudice en matière d'ententes entre concurrents a été introduite dans le code de commerce à la suite de la transposition de la Directive du 26 novembre 2014.

Deux présomptions ont par ailleurs été transposées en droit français, à propos de la répercussion des surcoûts, pour l'une, au profit de l'acheteur indirect auprès duquel un surcoût a été répercuté, pour l'autre au bénéfice du cocontractant direct auquel le défendeur à l'action en responsabilité oppose le moyen de défense tiré de la répercussion des surcoûts sur les cocontractants subséquents pour contester l'existence d'un préjudice réparable.

Cependant, il est considéré en jurisprudence que ces différentes présomptions constituent des règles de fond qui ne sont applicables qu'aux faits générateurs de responsabilité postérieurs au 11 mars 2017, date d'entrée en vigueur des dispositions françaises issues de l'ordonnance du 9 mars 2017¹¹⁹.

contradictoire, ordonner au défendeur de produire des informations et éléments, de nature commerciale ou comptable, susceptibles de permettre au titulaire du dessin ou modèle, qui a rapporté par ailleurs la preuve de la contrefaçon alléguée, de déterminer l'origine et l'étendue de la contrefaçon et de parfaire ses demandes ».

¹¹⁹ Par exemple, CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 23 février 2022, RG n° 19/19239.

112. – S'il était concevable, pour ces différentes présomptions, d'**appliquer par anticipation la nouvelle solution, dès lors qu'elle n'est pas contraire à la loi ancienne**, telle n'est pas l'orientation qui a été retenue en jurisprudence pour le moment, ce qui peut susciter certains regrets.

Cela est particulièrement vrai dans le cas de la **non-répercussion des surcoûts**. L'article L. 481-4 du Code de commerce, en vertu duquel l'acheteur est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sauf démonstration contraire par le défendeur, prend le contrepied de la solution jurisprudentielle française antérieure faisant peser sur la victime la charge de prouver qu'elle n'a pas répercuté le surcoût¹²⁰. Cette solution ancienne, mais qui continue de s'appliquer aux contentieux actuellement engagés devant les juridictions françaises¹²¹, peut sembler contrevenir au principe d'effectivité¹²², comme le considère d'ailleurs le juge administratif¹²³, de sorte que s'y ajoute une divergence de jurisprudence. Elle produit des conséquences défavorables quant à l'attractivité du for français par rapport à d'autres pays européens qui retiennent d'ores et déjà une solution similaire à celle de la Directive, plus favorable aux victimes.

113. – Sans amoindrir aussi nettement l'attractivité des juridictions françaises, **la présomption d'existence du préjudice** qui, comme l'a souligné la Directive elle-même, permet de « *garantir l'effectivité des actions en dommages et intérêts* »¹²⁴, pourrait d'autant plus aisément être appliquée par anticipation que la jurisprudence a consacré depuis longtemps une telle présomption dans le cas de l'action en concurrence déloyale et qu'il a parfois été admis, dans certains arrêts, de faire bénéficier la victime de pratiques anticoncurrentielles d'une présomption similaire¹²⁵.

Au-delà, on pourrait s'interroger sur l'opportunité qu'il pourrait y avoir à étendre cette présomption en raisonnant, non pas uniquement à partir du type de pratique concernée, mais

¹²⁰ Cass. Com. 15 mai 2012, n° 11-18495.

¹²¹ Il pourrait éventuellement être considéré que la disposition de la Directive en la matière, consacrée à un moyen de défense, constitue une règle procédurale, ce qui conduirait à admettre l'application de la présomption de non-répercussion dans les instances initiées postérieurement au 26 décembre 2014. En ce sens M. Chagny, Actu concurrence, Commentaire de CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 23 février 2022, RG n° 19/19239.

¹²² CJCE, 9 novembre 1983, Aff. 199/82, Administration des finances de l'Etat italien et San Giorgio, pts 13 et 14.

¹²³ CAA Paris 4^e ch. 13 juin 2019, n° 14PA02419 : « *faire reposer sur (la victime) le fardeau de la preuve de la non-répercussion des surcoûts à ses clients reviendrait à exiger d'elle une preuve négative, ou établirait une présomption selon laquelle les surcoûts auraient été répercutés, qui ne serait pas conforme au droit de l'Union européenne* ».

¹²⁴ *Infra* n°47.

¹²⁵ CA Paris, 26 juin 2013, n° 12/04441 ; CA Paris, 6 févr. 2019, n° 17/04101.

aussi en considération du préjudice concurrentiel en cause et, plus particulièrement, en tenant compte du fait qu'il s'agit d'un préjudice concurrentiel diffus, de faible valeur¹²⁶.

114. – Il est également concevable d'envisager un **assouplissement dans la mise en œuvre des exigences relatives au préjudice réparable** et, plus particulièrement, en ce qui concerne le lien de causalité. Cela pourrait consister, parmi les différentes théories de la causalité auxquels le droit français recourt, à privilégier la théorie de l'équivalence des conditions¹²⁷. Selon cette théorie, tous les faits ayant concouru à la production du dommage, de manière équivalente, peuvent être considérés comme les causes juridiques dudit dommage, sans qu'il y ait lieu de les distinguer, ni de les hiérarchiser. Plus simple à mettre en œuvre, puisqu'elle ne nécessite pas d'opérer un tri drastique entre toutes les causes possibles pour déterminer celle qui est prépondérante, elle facilite la reconnaissance d'un lien de causalité au profit de la victime et pourrait constituer un facteur d'attractivité.

De même que les conditions de la responsabilité civile, le résultat de l'action traduit la prise en compte des impératifs propres aux différents droits spéciaux.

c) *La prise en compte des impératifs des droits spéciaux dans le résultat de l'action en responsabilité civile*

115. - Alors que la réparation par équivalent est communément régie par le principe de réparation intégrale, le **droit des procédures collectives** apporte une exception au profit du dirigeant faisant l'objet d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif¹²⁸. Celle-ci se distingue en ce que la juridiction, lorsque les conditions de la responsabilité du dirigeant sont réunies, ne le condamne pas nécessairement à réparer l'intégralité du préjudice, autrement dit le montant correspondant à l'insuffisance d'actif. Il est possible de condamner à une somme moindre ou d'en dispenser le dirigeant. Cette anomalie ne conduit pas à réparer l'entier préjudice, mais à tenir compte de différents critères (gravité, nombre de fautes, situation personnelle et patrimoniale du dirigeant). Il est d'ailleurs complété par une disposition qui

¹²⁶ Comp. la proposition de B. Lehaire, th. préc., n° 108 et s., p. 275 et s.

¹²⁷ CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 23 février 2022, RG n° 19/19239, qui semble avoir opté pour la théorie de l'équivalence des conditions.

¹²⁸ *Supra* n° 104 et *Infra* n° 122 et 138 s.

permet, pour prononcer une condamnation adaptée, de confier à un juge d'obtenir tout document ou information sur la situation patrimoniale du dirigeant¹²⁹.

La Chambre commerciale, consciente de l'anomalie de ce régime, a renvoyé une QPC relative à l'article L.651-2 du code de commerce¹³⁰. Le Conseil constitutionnel n'a pas abrogé le texte, au motif que la décision est prise à l'issue d'une procédure contradictoire et est justifiée par des motifs soumis au contrôle de la Cour de cassation, que sont le nombre, la gravité des fautes, l'état du patrimoine du dirigeant notamment (ce qui n'était pas vrai). Le montant de la condamnation est fixé en application du principe de proportionnalité, au regard du nombre et de la gravité des fautes ainsi que l'état du patrimoine¹³¹. Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, c'est le principe de proportionnalité qui justifie le montant de la condamnation que prononcent les juges du fond dans la limite de l'insuffisance d'actif. Ils doivent donc justifier le quantum de la sanction. Si la chambre commerciale de la Cour de cassation exerce aujourd'hui son contrôle, c'est davantage sur l'existence de la motivation que sur le lien entre les motifs et la sanction¹³². Cependant, le principe de proportionnalité s'impose également à la Cour de cassation qui, si elle casse l'arrêt attaqué sur une seule faute pour absence de motivation de la faute qui dépasse la négligence ou du lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actif, doit casser pour le tout, y compris si la cassation repose sur une petite partie de l'arrêt de la cour d'appel. Cet aspect a pour conséquence que le liquidateur hésitera à assigner le dirigeant en responsabilité pour insuffisance d'actif et à démontrer son incurie, en évaluant le risque entre les frais judiciaires et les chances d'éviter une cassation. Les liquidateurs préfèrent aujourd'hui soit refuser d'assigner, soit assigner sur une faute unique et très bien démontrée, laissant alors le tribunal libre de déterminer la sanction.

Certes, certains critiquent la faculté qu'en tire le juge de s'attacher à la gravité de la faute et selon le cas de réparer, de punir ou d'absoudre. Il faut cependant reconnaître que la situation est très particulière, à cause de la difficulté à appréhender le lien de causalité entre la faute et le préjudice. C'est la raison de cette étrange disposition que le Garde des sceaux, M. Badinter, avait d'ailleurs donnée aux parlementaires à l'époque de la réforme de 1985. Il s'agit, non pas d'une réparation intégrale du préjudice, mais d'une réparation adéquate au regard de la situation.

¹²⁹ C.com., art. L651-4.

¹³⁰ Cass. com., 27 juin 2014, n° 13-27.317.

¹³¹ Déc. Cons. Constit. n° 2014-415QPC du 26 septembre 2014.

¹³² Cass.com. 17 juin 2020, n° 1823088 (2nd moyen).

116. - Du côté du droit de la concurrence, il s'agit plutôt **d'améliorer le résultat de l'action en réparation**, ce qui peut passer, pour commencer, **par des mesures destinées à réduire les difficultés d'évaluation** en vue d'une réparation intégrale des préjudices.

Outre les mesures déjà préconisées en droit commun et concernant notamment le recours à l'expertise, on peut envisager que, dans le cas des pratiques anticoncurrentielles, un **appui** puisse être apporté, dans une affaire donnée, **par l'Autorité de la concurrence**, au-delà des enseignements qui peuvent être tirés des décisions elles-mêmes. Si cela est déjà prévu par l'article R. 481-1 du code de commerce transposant la Directive Dommages¹³³, cette possibilité, qui ne semble guère avoir été exploitée, pourrait être davantage mise à profit. Dans la mesure où il est prévu que l'Autorité dispose d'un délai de deux mois pour communiquer ses observations au juge, cela ne devrait pas rallonger à l'excès la procédure, sous réserve toutefois qu'une réponse soit effectivement apportée, ce à quoi l'Autorité ne semble pas contrainte. Par ailleurs, il serait sans doute opportun de savoir à quoi pourraient correspondre les « *orientations sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation* » susceptibles d'être apportées par l'Autorité et dans quels cas cette possibilité pourrait être utilisée prioritairement. Cette aide peut ainsi sembler particulièrement appropriée dans le cas de pratiques à l'origine de préjudices multiples et diffus.

117. - Il est également souhaitable de poursuivre et approfondir les efforts déjà entrepris pour faire bénéficier juridictions et plaideurs de **supports méthodologiques non contraignants**. Initiée par la Commission européenne avec le très complet Guide pratique sur la quantification des préjudices, puis relayée, de façon plus synthétique, par la Cour d'appel de Paris avec les fiches méthodologiques consacrées au préjudice économique, ces travaux pourraient être étoffés, par exemple, en enrichissant le glossaire accompagnant depuis l'origine le recueil des fiches pratiques de façon à uniformiser le vocabulaire employé, en ajoutant des fiches par chef de préjudice et en les complétant par un accès à des décisions « *modèles* » ou encore, à l'instar de plusieurs initiatives engagées, en fournissant une grille d'analyse destinée à faciliter, pour une pratique donnée, les différents chefs de préjudice, en les mettant en regard avec les notions-

¹³³ « Le juge peut, après avoir recueilli les observations des parties, solliciter l'Autorité de la concurrence afin d'obtenir des orientations sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation. L'Autorité de la concurrence dispose d'un délai de deux mois pour communiquer ses observations au juge. A défaut de réponse dans ce délai, l'instance est poursuivie à l'initiative des parties ou à la diligence du juge ».

clefs du droit civil (perte éprouvée, gain manqué, perte de chance et préjudice moral)¹³⁴. Dans cette perspective, il peut sembler opportun de proposer, non pas une classification fermée sous la forme d'une nomenclature, mais une typologie des préjudices économiques susceptibles de résulter des principaux cas de violation des règles de concurrence¹³⁵.

118. - Plus radicalement, on peut s'interroger, de façon complémentaire, sur les *possibilités de dépasser les difficultés d'évaluation attachées au principe de réparation intégrale*.

Certains aspects ont déjà été envisagés au titre du droit commun de la responsabilité civile en lien avec la disposition du projet de réforme visant spécifiquement la faute lucrative, à propos de laquelle il a été proposé de remplacer l'amende civile par des dommages et intérêts restitutoires¹³⁶, en s'inspirant du droit de la propriété intellectuelle.

Dans l'intervalle, il ne serait pas inconcevable que la Cour de cassation fixe des **règles plus précises sur les modalités de calcul et d'indemnisation des préjudices**, ou du moins de certains d'entre eux. Sans doute ne s'agit-il pas de remettre en cause le principe selon lequel l'évaluation d'un préjudice est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Néanmoins, on pourrait souhaiter un renforcement du contrôle de la motivation des juges du fond par la Cour de cassation, qui pourrait prendre la forme d'une vérification des critères qu'ils ont pris en compte. L'analyse économique du droit enseigne que « *les dommages-intérêts déterminent le prix d'un comportement risqué* »¹³⁷. La Cour de cassation pourrait isoler des critères à vérifier selon telle ou telle catégorie de dommages. Par exemple, en cas de dommage à un bien, il pourrait être fait référence au prix couramment pratiqué sur le marché pour un bien équivalent. L'atteinte à la réputation, qui est par essence difficile à évaluer, pourrait être appréciée par référence à l'importance de cette réputation sur différents marchés. Par exemple, l'atteinte à la réputation peut altérer la marque employeur, rendant ainsi l'entreprise moins attractive pour les candidats à l'embauche. Elle peut également altérer l'image de l'entreprise auprès de ses clients, qu'il s'agisse du consommateur final ou d'un candidat pour être franchisé ou distributeur. On peut également songer à exiger du juge, dans certains cas, qu'il confronte plusieurs scénarios possibles, en s'aidant notamment des scénarios identifiés par l'expert judiciaire qui aura été le cas échéant désigné.

¹³⁴ M. Chagny et B. Deffains, op. cit., n° 335 et s. A noter que le tribunal de commerce de Paris a élaboré, dans le cas de la concurrence déloyale, une grille d'analyse sous forme synthétique.

¹³⁵ M. Chagny et B. Deffains, op.cit., n° 343 et s. V. la proposition concernant le droit des pratiques anticoncurrentielles présentée par le professeur Rafael Amaro.

¹³⁶ *Supra* n° 48 et s.

¹³⁷ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, n°1209.

L'arrêt Cristal de Paris du 12 février 2020¹³⁸, inspiré du régime spécifique au droit de la propriété intellectuelle, mais adaptant celui-ci, pourrait à cet égard avoir ouvert une voie. Selon cet arrêt, lorsque les effets préjudiciables d'actes de concurrence déloyale sont particulièrement difficiles à quantifier, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale. Dans un premier temps, est pris en considération l'avantage tiré par le concurrent, mis en évidence dans sa propre exploitation, ceci pour approcher, dans un second temps, à partir de données extérieures à la victime, mais dans le contexte de sa propre exploitation, le montant de dommages et intérêts à allouer pour la remettre aussi exactement que possible dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable.

119. - Prenant acte des difficultés particulièrement importantes à procéder à une évaluation précise de certains préjudices, on peut songer à admettre une indemnisation forfaitaire. Comme cela a déjà été évoqué¹³⁹, une telle solution a été consacrée en droit de la propriété intellectuelle¹⁴⁰ et elle pourrait également être admise en droit commun, à tout le moins pour le préjudice moral, sous réserve qu'il ne soit pas possible d'évaluer celui-ci avec précision.

On pourrait également s'interroger sur le caractère approprié d'une indemnisation forfaitaire dans le cas des préjudices de masse, conjuguant faible montant et nombre important de victimes, « *minime à l'échelle d'un individu et diffus à l'échelle du groupe de victimes* »¹⁴¹. Cela pourrait concerner plus particulièrement les préjudices concurrentiels diffus.

120. - On pourrait également, pour ce type de préjudices, imaginer de **recourir à des substituts à l'indemnisation**, en s'inspirant de la « *fluid recovery* » américaine. Il s'agit d'une forme de réparation en nature par laquelle le juge pourrait, « *pour épouser au mieux les contours du préjudice* », « *exiger une baisse de prix, l'octroi de rabais ou de bons de réduction, la gratuité temporaire d'un service et toute autre mesure privant le défendeur de son gain illicite* »¹⁴². Ce type de mesures pourrait être mis en œuvre, dans le cas de l'action de groupe, sur le fondement

¹³⁸ Com. 12 février 2020, n° 17-31614.

¹³⁹ *Supra* n° 51 et s.

¹⁴⁰ la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon a introduit dans le calcul du montant de l'indemnisation due à la victime d'actes contrefaisants la possibilité pour la juridiction saisie « *à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, (d') allouer à titre de dommages intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte* ».

¹⁴¹ B. Lehaire, th. préc., n° 112, pp. 283-285.

¹⁴² B. Lehaire, th. préc., pp. 340-342, n° 136 et 137.

de l'article L. 423-3 alinéa 2 du code de la consommation aux termes duquel « *lorsqu'une réparation en nature du préjudice lui paraît plus adaptée, le juge précise les conditions de sa mise en œuvre par le professionnel* ».

121. - L'évaluation du préjudice boursier de l'actionnaire soulève quant à elle la question de savoir comment apprécier la responsabilité des dirigeants lorsque ces derniers ont donné une information trompeuse aux actionnaires et au marché. C'est un enjeu important pour l'attractivité d'une place, vis-à-vis de ses investisseurs, qui doivent être rassurés par le système de responsabilité en vigueur pour ceux qui véhiculent l'information sur les émetteurs côtés, et par un mode de sanction et de réparation, à la fois, fiable et prévisible en cas de faute. L'arrêt le plus important en la matière, l'arrêt Gaudriot¹⁴³, prévoit la réparation d'une perte de chance pour celui qui acquiert ou conserve des titres au vu d'informations mensongères sur la situation de la société. Reste à savoir si cette manière de faire est satisfaisante. Elle est utilisée parce qu'il existe une incertitude sur le rapport causal entre la faute alléguée et l'entier préjudice. Or si cette situation est vraie dans un grand nombre de cas, on peut imaginer d'autres situations dans lesquelles l'information trompeuse a eu une incidence réelle sur la politique de l'actionnaire. Jusqu'où faut-il aller dans cette voie ? On sait que le système américain est allé fort loin dans ce sens avec parfois des débats complexes, dans un contexte où les dommages intérêts punitifs peuvent sanctionner davantage la faute que le réel préjudice résultant de l'évolution du cours, qui peut être influencé par de nombreux facteurs. Pour répondre au mieux au principe de réparation intégrale et de l'individualité des préjudices, personnels, directs et certains, il faut sans doute souhaiter, comme le rapport du Club des juristes le proposait, une évolution de la jurisprudence pour introduire quand cela est raisonnablement possible des méthodes d'évaluation plus rigoureuses que celles de la seule perte de chance¹⁴⁴ qui s'apparente en réalité à un forfait. La réalité d'une perte de chance peut être avérée, mais la charge de la preuve est accessible pour un investisseur professionnel, plus difficilement pour un petit porteur. Le recours aux études d'évènements peut être souvent utile pour mesurer objectivement l'incidence véritable et le caractère plus ou moins relatif de l'information erronée sur le cours de bourse d'un titre côté.

Une telle approche aurait sa pleine efficacité pour des petits actionnaires ayant subi des préjudices de masse. Elle pourrait utilement compléter celle de la perte de chance dont la charge

¹⁴³ Cass.com. 8 mars 2010, n° 08-21547.

¹⁴⁴ Club des juristes, L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées, nov. 2014.

de la preuve serait plus facilement assumée par des actionnaires professionnels ayant une vue beaucoup plus raffinée du marché et de scénarii d'investissements démontrables.

122. - En ce qui concerne, pour finir, **l'attribution de la créance indemnitaire**, une réserve peut être formulée quant à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. L'article L.651-2, al.4 du code de commerce prévoit en effet que les sommes versées par les dirigeants condamnés sont réparties au marc le Franc entre tous les créanciers, ce qui ne correspond pas à la modalité de distribution des fonds par défaut selon le droit des procédures collectives.

Ainsi, la responsabilité pour insuffisance d'actif doit conduire, dans la mesure de la condamnation du dirigeant, à remettre les créanciers dans la situation financière dans laquelle ils se trouveraient si leur débiteur ne s'était pas trouvé en liquidation judiciaire. Ne pas distribuer les fonds selon le droit de chacun conduit à ignorer les sûretés que certains ont pris soin de se faire consentir et qui doit conduire à mieux les traiter que s'ils étaient chirographaires. La règle, totalement obsolète, ne respecte donc pas l'équilibre nécessaire dans la répartition de la créance de réparation et le souci de réparer le préjudice de chacun au plus près de la réalité. Elle est inefficace et devrait être abrogée, d'autant que la Chambre commerciale refuse de l'appliquer au-delà de cette seule disposition, préférant retenir le principe de l'ordre des paiements dans la procédure collective.

À l'inverse, s'agissant de la responsabilité des tiers ayant pour cause l'insuffisance d'actif, la répartition sera effectuée entre les créanciers de la collectivité selon le rang de chacun des créanciers. La jurisprudence a souhaité restreindre le partage égalitaire à la seule situation prévue par la loi : la responsabilité pour insuffisance d'actif¹⁴⁵.

Une uniformisation des règles permettrait d'harmoniser les règles applicables dans cette matière ce qui participe de la lisibilité du droit et donc de son attractivité. Cette modification pourrait se justifier par le fait que d'une part, il s'agit là de la seule hypothèse de répartition au marc le franc en droit des procédures collectives, mais aussi d'autre part, par le fait qu'en définitive, l'importance du préjudice subi par les créanciers est fonction de leur rang. Plus le rang du créancier est élevé, plus son préjudice est important.

123. - Une réforme apparaît opportune en droit des sociétés en ce qui concerne **l'action sociale ut singuli**. Dans la logique de cette institution permettant à un associé d'agir en responsabilité contre le dirigeant au nom de la société et au profit de cette dernière, les dommages et intérêts

¹⁴⁵ Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-12.658 : Bull. civ. 2014, IV, n° 102.- Cass.com. 22 janvier 2020, n° 18-20.362.

éventuels sont attribués à la société et non aux associés. En revanche il serait sans doute judicieux que les frais de justice soient remboursés aux associés en cas de réussite de leur action. Les articles L. 225-252, L.223-22 du Code de commerce et l'article 1844-5 du Code civil devraient se terminer par la phrase : « *En revanche les frais de justice raisonnablement engagés seront remboursés par la société aux demandeurs en cas de réussite de l'action sociale en responsabilité* ».

B. Amélioration de la cohérence et de l'accessibilité des régimes de responsabilité civile

124. - Comme cela a déjà été exposé, l'attractivité de la responsabilité civile passe aussi par davantage de cohérence et partant une meilleure accessibilité des régimes de réparation susceptibles d'être mis en œuvre dans le cadre des relations économiques.

Cela requiert, non seulement une meilleure articulation entre les droits de la responsabilité civile (1.), mais également la réalisation de progrès au sein même d'un droit spécial (2.). S'il ne saurait être question dans le cadre temporel et dans le volume nécessairement contraint de cette étude de prétendre recenser de façon exhaustive les pistes d'amélioration envisageables, le choix a été fait de s'attacher aux aspects majeurs et illustrer les plus topiques.

1. Améliorer l'articulation entre les droits de la responsabilité civile

125. - Même si elle n'a pas encore abouti, à ce stade, la perspective de la réforme du droit commun de la responsabilité civile, appelée à se concrétiser dans un avenir plus ou moins proche, conduit à se préoccuper tout particulièrement des **difficultés d'articulation entre le droit commun de la responsabilité civile et différents droits spéciaux**, que ces difficultés trouvent leur origine dans le projet de réforme dans sa dernière version connue ou dans telle ou telle disposition spéciale propre à une branche du droit.

Cet objectif de résolution, ou à tout le moins de réduction, des problèmes d'articulation implique des modifications à apporter, selon les cas, au projet de réforme de la responsabilité civile ou à tel ou tel droit spécial.

a) Modifier la rédaction du projet d'article 1232 du code civil pour une clarification de l'articulation entre droit commun et dispositions spéciales

126. - Le projet de réforme, en son article 1232, a pris soin d'envisager cette question cruciale d'articulation entre droit commun et dispositions spéciales. Dans sa rédaction actuelle connue, ce texte dispose que « *Les dispositions des chapitres I à IV s'appliquent sous réserve des dispositions propres aux régimes spéciaux* ».

S'il est évidemment opportun de consacrer une disposition destinée à clarifier la façon dont règles générales et règles spéciales ont vocation à coexister, il reste que l'utilisation de l'expression « *régimes spéciaux* » conduit à s'interroger sur le point de savoir si celle-ci vise, au-delà du code civil, les autres régimes spéciaux de responsabilité et notamment ceux institués dans le code de commerce, ce qui est souhaitable. Aussi pourrait-on préférer utiliser une formule rédactionnelle plus englobante, en se référant, par exemple, aux « *dispositions spéciales* ».

Par ailleurs, l'expression « *sous réserve de* », utilisée pour expliciter la manière d'articuler droit commun et règles spéciales, conduit, selon les indications du Guide de légistique¹⁴⁶, à écarter le droit commun seulement lorsque son application simultanée avec la règle spéciale est impossible, en raison de leur caractère contradictoire. Or, et comme l'ont montré les interrogations suscitées, en droit commun des contrats, par l'emploi de cette même expression au sein de l'article 1105 du code civil, le caractère contradictoire de deux dispositions peut donner lieu à force discussions, avec pour conséquence un critère d'articulation ne permettant pas de disposer d'emblée de la solution, celle-ci ne pouvant émerger qu'à l'issue d'une procédure judiciaire. Dès lors, il pourrait être proposé de substituer à l'expression « *sous réserve de* » la formulation « *sauf* » ou « *à l'exception de* ».

PROPOSITION

Le texte pourrait ainsi prévoir que « *Les dispositions des chapitres I à IV s'appliquent sauf dispositions spéciales contraires.* »

¹⁴⁶ Guide de Légistique, 3^e éd. 2017, La Documentation Française, p. 303.

b) Écarter l'application de l'amende civile instituée par le projet d'article 1266-1 aux fautes passibles d'une autre sanction pécuniaire

127. - Si l'on devait, malgré les fortes interrogations suscitées, notamment du point de vue de l'attractivité du droit français de la responsabilité civile, conserver le mécanisme de l'amende civile actuellement prévu par le projet de réforme en son article 1266-1 du code civil, il conviendrait à tout le moins de résoudre les difficultés sérieuses d'articulation que cette disposition peut faire naître avec d'autres dispositifs prévoyant également la possibilité d'infliger une sanction pécuniaire pour certaines fautes spécifiques.

128. - C'est en droit de la concurrence que le problème se manifeste au tout premier chef¹⁴⁷. Il est vrai que le projet de texte est inspiré de l'article L. 442-4 du code de commerce, en vertu duquel le ministre de l'Économie ou le Ministère public peuvent, en cas de pratique restrictive de concurrence, solliciter le prononcé d'une amende civile. En dépit de quelques différences, cette règle et celle de droit commun, ne semblent pas incompatibles. En l'état actuel du projet, il semble possible que la victime d'une pratique restrictive de concurrence sollicite le prononcé d'une amende civile sur le fondement de l'article 1266-1 du code civil.

Sans doute le principe « *Ne bis in idem* » devrait-il faire échec à cette prétention lorsqu'une demande similaire a déjà été formulée, sur le fondement de la règle spéciale, par l'une des autorités spécialement habilitées à cette fin. Cependant, on ne peut totalement exclure que le Ministre de l'Économie agisse ultérieurement. On peut également s'interroger sur la compatibilité d'une demande formulée en application du droit commun dans le cas de dispositions du Titre IV passibles d'une sanction pénale ou administrative.

129. - Le droit des pratiques anticoncurrentielles n'institue pas quant à lui d'amende civile dans le cadre des procédures engagées devant les juridictions judiciaires et demeure silencieux à ce propos. La directive Dommages, si elle a fait le choix de la réparation intégrale et prévoit d'éviter la réparation excessive, n'interdit pas l'amende civile. Dès lors, il semble possible de solliciter à cette occasion le prononcé d'une telle sanction sur le fondement de l'article 1266-1 C. civ. En l'absence de contradiction avec le droit des pratiques anticoncurrentielles, cette règle

¹⁴⁷ S'il est vrai que le prononcé d'une amende civile sur le fondement du droit commun ne poserait pas de problème d'articulation, en l'absence de disposition spéciale créant une difficulté, dans le cas d'un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme, le prononcé de dommages et intérêts restitutoires apparaît plus satisfaisant qu'une amende civile pour la victime d'une faute concurrentielle lucrative. *Supra* n° 48 et s.

peut s'appliquer « *sous réserve* » des règles spéciales. Le changement rédactionnel suggéré précédemment quant à l'article 1232 est sans conséquences sur ce point puisqu'il consiste à prévoir l'application du droit commun « *sauf dispositions spéciales contraires* » et que le droit spécial ne prévoit rien pour le moment¹⁴⁸.

Toutefois, le droit des pratiques anticoncurrentielles peut également être mis en œuvre par une autorité de concurrence et donner lieu à l'infliction d'une sanction pécuniaire. Il est permis de penser que le principe « *Ne bis in idem* » pourrait s'opposer à l'infliction successive d'une sanction pécuniaire (par une autorité spécialisée), puis une amende civile (devant le juge de droit commun saisi d'une demande de réparation), ou l'inverse, dans le cas rare où la juridiction judiciaire aurait statué antérieurement.

Il n'en apparaît pas moins des plus opportuns, si l'insertion d'une amende civile en droit commun de la responsabilité civile devait être maintenue dans la version finale du texte de réforme, de régler explicitement ces cas.

Cela est d'autant plus vrai que ces difficultés d'articulation pourraient concerner d'autres domaines que le droit de la concurrence dès l'instant où ceux-ci prévoient la possibilité d'appliquer une sanction pécuniaire à un comportement également susceptible de constituer une faute lucrative au sens de l'article 1166-1 du code civil dans sa rédaction actuelle.

130. – *A minima*, il faudrait, comme cela a déjà été proposé¹⁴⁹, réserver la possibilité de demander le prononcé d'une amende civile sur le fondement de l'article 1166-1 du code civil au seul ministère public. Cette restriction permettrait d'éviter certaines des difficultés évoquées, le ministère public étant juge de l'opportunité des poursuites et pouvant s'abstenir dans les cas où une autre sanction serait susceptible d'être infligée par ailleurs.

Il est cependant préférable de résoudre plus directement le problème et, dans cette perspective, d'écartier expressément la possibilité de demander le prononcé d'une amende civile sur le fondement de la règle de droit commun, en précisant qu'elle ne s'applique pas lorsque le comportement a fait l'objet ou est susceptible d'exposer, sur le fondement d'une autre disposition, à une sanction pécuniaire, qu'elle soit civile, pénale ou administrative.

¹⁴⁸ *Supra* n° 126.

¹⁴⁹ *Supra* n° 48.

PROPOSITION

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

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

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

131. – Le projet d'article 1245 du code civil paraît exclure, dans sa rédaction actuelle aux termes de laquelle « *on est responsable du dommage causé par autrui dans les cas et aux conditions posées par les articles 1246 à 1249* », toute responsabilité du dommage causé par autrui en dehors des dispositions subséquentes du code civil.

Sans remettre en cause le choix d'empêcher, à l'avenir, le développement de cas prétoriens de responsabilité du fait d'autrui sur le fondement du droit commun, il apparaît opportun de préserver les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui résultant de droits spéciaux.

132. - Cela est tout particulièrement vrai en ce qui concerne le droit de la concurrence, ceci en raison de la désignation du responsable à partir de la notion spécifique d'entreprise, irréductible à celle de personne juridique.

L'article L. 481-1 du code de commerce, transposant l'article 2 de la Directive Dommages en vertu duquel l'« *auteur de l'infraction* », est « *l'entreprise ou l'association d'entreprises ayant commis une infraction au droit de la concurrence* », énonce le principe de responsabilité civile à raison de la commission d'une pratique anticoncurrentielle en visant « *toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme mentionné à l'article L. 464-2* » du code de commerce. Même si la rédaction adoptée prend soin de réintroduire le concept de personnes juridiques à partir duquel le raisonnement est habituellement conduit en droit de la responsabilité civile, cette disposition n'en permet pas moins d'imputer la responsabilité civile

à des personnes n'ayant pas pris part aux pratiques anticoncurrentielles, ceci en raison des liens sociétaires existant avec l'auteur des agissements.

Au demeurant, la Cour de justice a anticipé l'application des dispositions nationales issues de la transposition de la Directive Dommages en même temps qu'elle en éclaire la compréhension. Dans ses arrêts préjudiciels *Skanska*¹⁵⁰ et *Sumal*¹⁵¹, la juridiction européenne a admis la possibilité d'engager la responsabilité civile des personnes formant l'entreprise au sens du droit de la concurrence. Il en résulte que les actes d'une unité économique peuvent être imputés, du point de vue de la responsabilité civile, aux différentes personnes juridiques réunies en raison des liens sociétaires au sein d'une même entreprise et que cela peut s'effectuer, non seulement dans le sens ascendant, à l'encontre de la société-mère en raison de la commission de pratiques anticoncurrentielles par sa filiale, mais aussi dans le sens descendant, à l'encontre d'une filiale lorsque l'infraction a été établie dans le chef de la société-mère, voire dans les relations entre les filiales.

133. - Au-delà du seul droit de la concurrence, d'autres branches spéciales du droit peuvent nécessiter, dans certaines hypothèses, une responsabilité du fait d'autrui, dont il apparaît souhaitable, aux fins d'une articulation aussi lisible que possible, mais aussi de stabilité du droit commun, de préserver expressément la possibilité. Dans cette perspective, il convient d'adopter une rédaction de l'article 1245 du code civil autorisant explicitement le jeu des cas de responsabilité du fait d'autrui découlant des droits spéciaux, tout en empêchant leur expansion sur le fondement du droit commun et sous l'impulsion de la jurisprudence française.

PROPOSITION

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

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

¹⁵⁰ CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17, *Skanska e.a.*, CCC 2019, n° 88, obs. D. Bosco ; JDI 2020- 2, p. 28 et s., note M. Chagny.

¹⁵¹ CJUE, 6 octobre 2021, aff. C-882/19, *Sumal*, *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, Décembre 2021, comm. 186, comm. M.-S. Garnier ; *Europe* n° 12, Décembre 2021, comm. 450 , obs. L. Idot ; *JCP G* 10 Janvier 2022, 34, note M. Chagny.

d) Aligner sur le droit commun le point de départ de la prescription de certaines actions en responsabilité civile fondées sur un droit spécial

134. – Comme l'a montré le changement apporté par la loi PACTE n° 2019-486 du 22 mai 2019 quant au point de départ du délai de prescription de l'action en contrefaçon, une meilleure articulation avec le droit commun, à des fins de simplification, peut passer par un alignement du droit spécial sur les solutions du droit commun.

Il est dorénavant prévu, pour le droit des marques, des brevets et des dessins et modèles, que le délai de prescription, qui est identique à celui du droit commun – cinq ans – court, là encore selon une formulation similaire à celle de l'article 2224 du Code civil, « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître le dernier fait lui permettant de l'exercer »¹⁵².

On pourrait s'interroger sur le point de savoir si d'autres domaines du droit applicable aux relations économiques ne pourraient pas faire l'objet d'un alignement similaire, ceci dans le cas où le délai de prescription correspond à celui du droit commun et où les impératifs servis par le droit spécial ne justifient pas le maintien d'un dispositif particulier en matière de prescription¹⁵³.

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

135. - En droit commun de la responsabilité civile, le caractère *in solidum* de l'obligation d'indemnisation des coauteurs est traditionnellement fondée sur le caractère unique et indivisible du dommage, ce que traduit le projet d'article 1265 du code civil en visant le cas dans lequel « plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage » pour consacrer une solidarité entre elles.

Les règles spéciales consacrées à la responsabilité civile en cas de pratiques anticoncurrentielles prévoient quant à elles, dans le prolongement de la directive Dommages, une solution différente pour déterminer le domaine d'application de la solidarité entre coresponsables. Il résulte en effet de l'article L. 481-9 alinéa 1 du code de commerce que la solidarité a vocation à jouer «

¹⁵² Art. L. 521-3 CPI ; art. L. 615-8 CPI ; art. L. 716-4-2 CPI.

¹⁵³ A l'instar de la solution retenue en droit des sociétés, *Infra* n° 145 et 146.

lorsque plusieurs personnes physiques ou morales ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle mentionnée à l'article L. 481-1 ».

L'application de l'une et l'autre de ces dispositions peut aboutir à des résultats différents et la règle de droit commun peut s'avérer, dans certaines hypothèses, plus favorable pour la victime de pratiques anticoncurrentielles¹⁵⁴.

Se pose dès lors la question de savoir s'il lui est possible, en pareil cas, de se fonder sur le droit commun plutôt que sur la disposition spéciale. La réponse apparaît incertaine. D'un côté, il est permis de considérer que la règle spéciale crée un cas de solidarité supplémentaire n'écartant pas celui prévu en droit commun, mais s'y ajoutant. Mais de l'autre, la règle spéciale, porteuse d'une solution bien différente, peut sembler évincer celle du droit commun, ce qui irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par la Directive Dommages visant à favoriser l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

136. - Pour lever cette incertitude, l'article L. 481-9 du code de commerce pourrait être complété par un alinéa final afin de préciser que la solution prévue ne fait pas obstacle au jeu éventuel de la règle de droit commun.

Par ailleurs, il convient de tenir compte du fait que l'application du droit commun ne saurait porter atteinte aux dérogations ménagées, conformément à la Directive Dommages, par l'article L 481-10 au bénéfice des PME et par les articles L. 481-11 et L. 481-12 au profit de la personne ayant bénéficié d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence. Compte tenu de la rédaction de ces différentes dispositions, il suffit de modifier la rédaction du seul article L. 481-10 en remplaçant la formulation actuelle (« *Par dérogation à l'article L. 481-9* ») par « *Toutefois* », la suite de la disposition étant inchangée.

¹⁵⁴ Dès lors que la règle du code de commerce exige que les personnes en cause aient « *concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle* », elle ne permet pas de faire jouer la solidarité dans le cas où seraient caractérisées, tout à la fois, des pratiques d'entente et d'abus de position dominante. A l'inverse, la règle du droit commun, fondée sur l'indivisibilité du dommage autorise à retenir la responsabilité solidaire des auteurs respectifs d'une entente et d'un abus lorsque ces pratiques ont causé à la victime un seul et même dommage.

PROPOSITION

Compléter l'article L. 481-9 du code de commerce par un alinéa final ainsi rédigé :

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

ou

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

Modifier l'article L 481-10 du code de commerce :

« *Toutefois, une petite ou moyenne entreprise n'est pas tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects lorsque : (...)* ».

f) *Prévoir que l'action sociale ut singuli peut être exercée à l'encontre d'un dirigeant de fait*

137. – Si depuis la loi du 5 juillet 1988, l'action *ut singuli* est ouverte pour toutes les formes sociales, il demeure que la Cour de cassation la réserve aux seules actions menées contre le dirigeant de droit. Elle refuse d'admettre que les associés puissent emprunter cette voie offerte par le droit spécial pour agir au nom de la société contre un dirigeant de fait.

Exploitant les ressources du droit commun, la Haute juridiction s'est inspirée de l'action *ut singuli* pour mettre à la disposition des associés une action similaire, dans son esprit, à ce modèle, de façon à permettre d'agir à l'encontre d'un dirigeant de fait au comportement indélicat. Dans une décision remarquable¹⁵⁵, la Cour a considéré qu'une structure sociale est fondée à poursuivre en responsabilité son dirigeant de fait « *par l'intermédiaire d'un mandataire ad hoc dont la désignation peut être demandée en justice par un actionnaire* ».

Cependant, les deux actions se distinguent en ce que l'action *ut singuli* n'exige nullement la

¹⁵⁵ Cass.com. 29 mars 2017, n° 16-10016.

nomination d'un mandataire *ad hoc* alors que ce sujet de droit apparaît au cœur de la voie de droit imaginée par la jurisprudence sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile.

Par ailleurs, et surtout, en organisant une nouvelle suppléance des représentants légaux de la société en dehors des textes, la Cour de cassation pourrait potentiellement ouvrir la voie au développement d'actions prétoriennes des associés à l'égard des tiers ou à l'égard de certains d'entre eux dont l'opportunité pourrait assurément être discutée. En outre, sur le plan de la pure technique juridique, l'exclusion du droit spécial au profit de constructions issues nécessairement du droit commun est de nature à susciter des questionnements sur la légitimité du domaine d'intervention de chacun de ces corps de règles.

Il serait donc certainement utile de reconnaître la possibilité d'engager la responsabilité du dirigeant de fait dans des termes similaires à ceux déjà prévus pour le dirigeant de droit dans les articles L. 223-22, 225-252, 227-8 du Code de commerce et de l'article 1843-5 du Code civil.

g) *Supprimer la responsabilité du dirigeant en cas de faute ayant contribué à la cessation des paiements d'une société placée en redressement judiciaire évoquée par l'article L. 631-10-1 du code de commerce*

138. - La loi dite Petroplus n° 2021-346 du 12 mars 2012 a institué, à l'article L. 631-10-1 du Code de commerce, dans le seul cas du redressement judiciaire, la possibilité, pour le président du tribunal saisi, « *d'ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit comme de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur* ». Cette disposition permet en théorie le prononcé de mesures conservatoires, « *à la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire* ». Toutefois, elle n'est guère mise en œuvre, même si on peut relever, à son crédit, qu'elle est susceptible d'être utilisée dans le cadre de négociations avec des dirigeants de fait dans les groupes ou encore avec des dirigeants de droit indécis. En d'autres termes, ce dispositif, par ses effets radicaux en cas de mise en œuvre, peut servir de moyen de pression lors de telles négociations.

139. - Le texte a néanmoins a pour conséquence regrettable, dans une optique d'attractivité du droit français, d'envisager un cas de responsabilité applicable en procédure de redressement judiciaire, alors même que le législateur a entendu restreindre l'action en responsabilité à

l'encontre du dirigeant, à raison de sa contribution à l'insuffisance d'actif, à la seule hypothèse d'une liquidation judiciaire. Le texte n'est, du reste, guère explicite : il évoque « *une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur* », sans autre précision, et ne paraît pas se limiter à une condamnation à assumer tout ou partie de l'insuffisance d'actif.

140. - On ne voit donc guère l'intérêt de maintenir un texte dont l'application est quasi nulle en pratique, et qui n'est pas cohérent avec l'économie générale du droit français des entreprises en difficulté. De plus, la règle posée ne présente aucune prévisibilité et aucune sécurité juridique, de sorte qu'elle altère l'attractivité d'un droit qui a été profondément réformé, précisément pour améliorer son attractivité. Sa suppression pure et simple comporterait donc bien des avantages, de sorte qu'elle est préconisée à titre principal.

Si le choix devait néanmoins être fait de la conserver, il conviendrait alors d'en repenser, à plusieurs titres, la rédaction pour en préciser le régime et en limiter les effets néfastes.

PROPOSITION

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

141. - Sans pouvoir développer dans le cadre de ce rapport, il est permis d'observer que des progrès sont également réalisables à des fins d'attractivité renforcée quant à **la cohérence entre plusieurs droits spéciaux**.

h) Clarifier l'articulation entre l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon

142.- À titre d'illustration, à supposer que **l'action en concurrence déloyale** fasse l'objet dans le futur de dispositions spécifiques dans le Code de commerce, ce que le rapport préconise, il serait certainement très souhaitable de clarifier l'articulation entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale. Proches, les deux actions n'en sont pas moins distinctes dans leurs fondements et leurs conditions d'exercice, dans la mesure où l'action en contrefaçon sanctionne l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle et l'action en concurrence déloyale la méconnaissance d'un devoir de loyauté dans l'exercice de la libre concurrence. Cette proximité est source de difficultés en pratique, notamment lorsque l'action en concurrence déloyale est exercée à titre subsidiaire. Aussi serait-il opportun de clairement dissocier les deux actions en

consacrant les solutions progressivement dégagées par la Cour de cassation, et qui ne sont pas toujours reprises par les juridictions du fond, ce qui ne peut être qu'une source de confusions.

143. - Cette clarification pourrait s'effectuer à la faveur de l'introduction dans le code de commerce de dispositions spéciales consacrées à la concurrence déloyale et au parasitisme¹⁵⁶. Dans cette optique, il faudrait distinguer deux hypothèses.

Dans une première hypothèse, l'action en concurrence déloyale est engagée afin de compléter le mécanisme de protection des droits de propriété intellectuelle. Les deux actions sont exercées simultanément et vont aboutir à une condamnation non seulement de la contrefaçon, mais aussi de la concurrence déloyale. Puisque la victime ne saurait obtenir une double réparation pour un même préjudice, le succès de l'action en concurrence déloyale est alors subordonné à la preuve d'un fait matériellement distinct de la contrefaçon.

Dans une seconde hypothèse, l'action en concurrence déloyale est exercée à titre subsidiaire pour obtenir une condamnation en l'absence de contrefaçon. Dorénavant, depuis l'arrêt Bollé du 12 juin 2007, la Cour de cassation retient que l'action en concurrence déloyale peut, dans ce cas précis, être fondée sur des faits matériellement identiques à ceux allégués au soutien de l'action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution d'un droit privatif ou d'atteinte à un droit privatif, dès lors qu'il est justifié d'un comportement fautif¹⁵⁷. Cette solution a depuis été confirmée à de nombreuses reprises par la Cour de cassation¹⁵⁸. Pour autant, cette solution n'est pas toujours appliquée par les juges du fond, ce qui est une source d'incertitudes. Une codification de l'articulation des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale pourrait en conséquence résoudre cette difficulté et subséquemment renforcer l'attractivité du droit de la responsabilité civile.

¹⁵⁶ *Infra* n° 152 et s.

¹⁵⁷ Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-17.349, Bull. civ. IV, n° 159, RLC 2007/12, n° 940, note M. Chagny, Contrats, conc., consom. 2007, comm. 247, note M. Malaurie-Vignal, D. 2007, p. 1723, obs. É. Chevrier, Propr. industr. 2007, n° 73, obs. J. Larrieu.

¹⁵⁸ Cass. com., 10 février 2009, n° 07-21.912, Bull. civ. IV, no 18, RLC 2009/21, no 1493, note M. Chagny, RLDA 2009/37, no 2550, note C. Anadon, Contrats, conc., consom. 2009, comm. 134, note M. Malaurie-Vignal ; Cass. com., 10 décembre 2013, n° 11-19.872 ; Cass. com., 4 février 2014, no 13-12.204 ; Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-26.950 ; Cass. com., 20 septembre 2016, n° 15-10.939 ; Cass. com., 14 nov. 2018, n° 16-25.692, Propr. industr. 2019, chron. 9, no 3, obs. J. Larrieu ; Cass. com., 7 octobre 2020, n° 19-11.258, RCA 2021, comm. 1. La formulation de l'arrêt du 7 octobre 2020 est des plus explicite : « L'action en concurrence déloyale peut se fonder sur des faits matériellement identiques à ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif ».

2. Améliorer la cohérence au sein d'un droit spécial

144. – Des progrès sont également réalisables au sein même d'un droit spécial, comme le montrent en particulier, d'un côté, **le droit des sociétés**, en ce qui concerne la responsabilité du dirigeant, et, de l'autre, **le droit de la concurrence** pour harmoniser ses différents volets et consacrer la construction prétorienne de la concurrence déloyale et du parasitisme.

a) Harmoniser les règles de prescription applicables à l'action exercée contre le dirigeant de société

145. - Dans les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée, le délai de prescription de l'action exercée contre le dirigeant est de trois ans à compter du fait dommageable ou à compter de sa révélation s'il a été dissimulé et ce, peu important qu'il s'agisse d'une action sociale ou d'une action individuelle.

En revanche, ce sont les règles de prescription de droit commun qui jouent dans les autres formes sociales, à savoir la société civile, la société en commandite ou la société en nom collectif. Il s'ensuit que, dans ces différents cas, les diverses actions en responsabilité se prescrivent par cinq ans à compter du jour où la victime a connu ou aurait pu connaître les faits lui permettant de l'exercer.

A l'analyse, cette disharmonie entre les règles applicables aux délais de prescription selon les structures sociales concernées ne se justifie guère.

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

Quant au report du point de départ de la prescription, les solutions retenues par le droit spécial et le droit commun ne convergent pas exactement aujourd'hui. Tandis que le second conduit à raisonner sur une dimension plus subjective, le premier renvoie au fait générateur de responsabilité et apparaît plus favorable au dirigeant. Une harmonisation du droit en faveur des dirigeants sur cette question sensible serait aussi bienvenue. La prescription se calculerait à partir du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

PROPOSITION

Il pourrait être ajouté à l'article 1843-5 du Code civil les deux phrases suivantes :

« L'action en responsabilité sociale ou individuelle se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé de sa révélation. Toutefois lorsque le fait est qualifié de crime l'action se prescrit par dix ans ».

b) *Préciser la responsabilité du représentant permanent dans la société par actions simplifiée*

147. - La loi de 1966 a consacré la naissance de l'institution du représentant permanent de la personne morale qui serait administrateur. Dans une pareille hypothèse, le représentant permanent encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre¹⁵⁹. Cette situation n'a pas donné naissance à beaucoup de jurisprudence, car il est assez rare qu'un simple administrateur voit sa responsabilité engagée.

La pratique a repris cette institution dans le cadre de la SAS, mais sans le support d'un texte légal et avec une portée beaucoup plus large que dans la société anonyme puisque le président de la SAS lui-même peut être une personne morale. Alors que la pratique du représentant permanent tendait à se généraliser, suscitant certaines interrogations, les juges du fond avaient validé l'institution à plusieurs reprises dans la SAS. Mais la question demeurait discutée, car cette manière de faire pouvait sembler destinée à limiter les risques pour le dirigeant qu'il serait impossible d'identifier derrière le flou de la personne morale et partant, à contourner la volonté du législateur à cet égard. En effet, l'article L. 227-7 du Code de commerce dispose : *« Lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une société par actions simplifiée, les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourrent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent ».*

¹⁵⁹ Art. L. 225-20 C. com.

148. - Dans un arrêt récent¹⁶⁰, la Cour de cassation, appelée à se prononcer de manière directe sur la licéité du représentant permanent dans le cas de la SAS, admet que les statuts d'une SAS peuvent prévoir que le président personne morale doit obligatoirement désigner un représentant permanent personne physique. Reste cependant posée la question de la responsabilité de ce représentant permanent, qui n'est pas abordée par cet arrêt¹⁶¹. Il apparaît utile que la question de sa responsabilité soit prévue comme elle l'est dans le cas de la société anonyme, dans un nouvel alinéa 2 de l'article L. 227-7.

PROPOSITION

Art. L. 227-7 « *Le représentant légal permanent, s'il en est nommé un par la personne morale, encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que la personne morale président ou dirigeant de la SAS, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente* ».

c) Détermination du tribunal compétent pour connaître de l'action en responsabilité du dirigeant

149. – L'action en responsabilité contre les dirigeants est portée, sauf s'il s'agit de l'action civile pour délits ou crimes, devant le tribunal de commerce en application de l'article L. 721-3-2° du code de commerce, selon lequel cette juridiction connaît des contestations relatives aux sociétés commerciales. Pour appliquer ce texte, le juge indique souvent que le litige se rattache « *par un lien direct à la gestion d'une société commerciale* ». Mais cette règle de compétence peut céder devant une autre règle jurisprudentielle en vertu de laquelle, dans un litige entre deux parties dont l'une seulement est commerçante, le demandeur non commerçant peut assigner à son choix devant la juridiction civile ou commerciale. Selon cette règle, l'action en responsabilité portée contre le dirigeant pourrait aussi relever du juge civil.

Dans le cas particulier des actions fondées sur le devoir de vigilance, le législateur a confié au Tribunal judiciaire de Paris le soin de connaître des actions relatives au devoir de vigilance

¹⁶⁰ Cass. com. 19 janv. 2022, n° 20-14089.

¹⁶¹ Voir HCJP, Rapport concernant le régime juridique de la société par actions simplifiée, 29 sept. 2019, p. 23.

fondées sur les articles L.225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce¹⁶². Ripert considérait, dans son Traité, que la compétence du juge commercial en ce domaine était dépourvue de sens. La question qui se pose en matière de responsabilité des dirigeants est tout aussi délicate que celle qui s'est posée à propos du devoir de vigilance : elle est de savoir si un nouveau texte s'impose pour interdire ce choix du juge et imposer la compétence civile ou commerciale. Ce sujet mérite assurément un vrai débat. A ce stade, il est simplement permis d'observer que l'attractivité militerait plutôt en faveur de l'identification claire d'un juge pour introduire une action en responsabilité contre le dirigeant, afin de faciliter la mise en œuvre de cette action par la victime.

d) Confirmer dans une disposition légale la responsabilité civile de toute personne formant une entreprise en cas de pratique contraire à une règle du Titre IV du Livre IV du code de commerce

150. - L'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 a modifié l'article L. 410-1 du code de commerce, texte d'ouverture du Livre IV qui rassemble les dispositions du droit français de la concurrence, à l'exception notable de la construction de la concurrence déloyale et du parasitisme développée par la jurisprudence sur le fondement des articles 1240 et 1241 du code civil.

A la suite du changement rédactionnel effectué, cette disposition, précisant le domaine d'application *ratione personae* consacré des règles spéciales de concurrence, consacre l'entreprise comme sujet de droit et en donne une définition inspirée de la jurisprudence européenne. Elle dispose en effet que « *Les règles définies au présent livre s'appliquent aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

C'est donc à l'entreprise que s'appliquent les différentes règles rassemblées au sein du Livre IV, qu'il s'agisse du contrôle des concentrations, du droit des pratiques anticoncurrentielles ou encore du droit des pratiques restrictives.

¹⁶² Cette solution a été posée par loi du 22 décembre 2019 pour la confiance dans l'institution judiciaire (C. org. jud., art. L. 211-21).

151. - Cette évolution avait d'une certaine façon été anticipée en droit français des pratiques restrictives de concurrence par l'Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. À l'occasion de cette refonte, le choix avait été effectué de désigner l'auteur des pratiques interdites, non plus par une énumération, mais par une expression englobante, à savoir « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* », autrement dit toute entreprise¹⁶³.

Cette solution, reflétant d'ailleurs le dernier état de la jurisprudence, présente l'avantage de cohérence avec le droit des pratiques anticoncurrentielles. Dans son prolongement, et en s'inspirant là encore du droit des pratiques anticoncurrentielles, on pourrait consacrer une disposition assez similaire à celle de l'article L. 481-1 du code de commerce.

A l'heure actuelle, l'article L. 442-4-I prévoit que « *Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi* ». Cependant, il n'apporte aucune précision quant à l'identification de la personne responsable à qui la réparation peut être demandée. Par ailleurs, rien n'est prévu pour les règles du Titre IV autres que celles explicitement visées par l'article L. 442-4. Pourtant, le non-respect d'une prescription légale constitue une faute engageant la responsabilité civile de son auteur dans les termes du droit commun. On pourrait estimer utile, sur le plan de la lisibilité, de consacrer une disposition confirmant la possibilité d'engager la responsabilité civile de celui qui ne respecte pas l'une quelconque des règles du Titre IV.

En raison de sa vocation générale couvrant tout le Titre IV, la disposition à adopter pourrait être placée dans le Chapitre préliminaire, pour le moment consacré à la Commission d'examen des pratiques commerciales, et au sein duquel pourraient également être intégrées les dispositions consacrées aux injonctions et sanctions administratives (actuellement dans le Titre VII).

¹⁶³ v. par exemple l'art. L. 442-1 C. com.

PROPOSITION

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

e) *Insérer dans le Code de commerce des dispositions consacrées à la concurrence déloyale et au parasitisme*

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

153. - Cependant, la Cour de cassation a développé depuis longtemps, en la matière, une présomption destinée à faciliter la situation de la victime : l'existence du préjudice est inférée de l'acte fautif, sans pour autant dispenser le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci. Deux formulations différentes ont pu être utilisées : certaines décisions indiquent qu'« *un acte de concurrence déloyale implique nécessairement l'existence d'un préjudice constitué par le trouble commercial qui en résulte nécessairement* », tandis que d'autres énoncent qu'« *il s'infère nécessairement de la faute de concurrence déloyale un préjudice, fût-il seulement moral* ». Cette seconde formulation semble toutefois avoir les faveurs des décisions les plus récentes¹⁶⁴. Comme cela a été exposé dans l'arrêt Cristal de Paris, cette jurisprudence « *répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer* »¹⁶⁵.

La réforme envisagée de la responsabilité civile conduit à s'interroger sur le sort de la présomption d'origine jurisprudentielle, développée en dehors de tout appui textuel. Ni le projet

¹⁶⁴ Com. 12 février 2020, n° 17-31.614, spéc. n° 7.

¹⁶⁵ Déc. préc. n° 8.

d'article 1235 relatif au préjudice réparable, ni le projet d'article 1239, rappelant la nécessité d'un lien de causalité et ajoutant que celui-ci s'établit par tout moyen, ne semblent condamner cette présomption. Il reste que le droit positif n'est pas parfaitement stabilisé par rapport à cette présomption jurisprudentielle. En outre, la formulation utilisée (« *nécessairement* ») paraît exclure la possibilité d'administrer la preuve contraire, à la différence de la solution désormais prévue, en droit des pratiques anticoncurrentielles, pour les ententes entre concurrents¹⁶⁶.

Aussi peut-on estimer souhaitable, pour des raisons de cohérence et d'accessibilité du droit, de consacrer cette présomption jurisprudentielle dans une disposition légale et d'aligner son régime sur celui prévu pour les ententes entre concurrents. Cet alignement rejoindrait d'ailleurs certaines décisions qui ont pu, dans le passé, laisser entendre que cette présomption de préjudice, lorsqu'elle est fondée sur la notion de trouble commercial, ne serait qu'une présomption simple pouvant être écartée par la preuve contraire¹⁶⁷.

154. – Plus largement, et alors que beaucoup d'Etats européens disposent d'une législation spéciale en matière de concurrence déloyale, l'insertion de dispositions en la matière dans le Livre IV du Code de commerce conférerait une visibilité et une cohérence renforcée au droit français de la concurrence, puisque celui-ci serait entièrement rassemblé dans un seul Livre unique du Code de commerce. Cela permettrait, tout à la fois, d'ancrer dans le droit positif des solutions préexistantes et de dissiper certaines incertitudes, renforçant ainsi la prévisibilité du droit français et par voie de conséquence son attractivité. Le droit de la concurrence déloyale aurait ainsi vocation à intégrer le Titre IV du Livre IV du code de commerce, ainsi que l'avait déjà envisagé, en 2004, la Commission d'experts réunie sous la présidence de Guy Canivet¹⁶⁸.

155. - Le Chapitre II du Titre IV consacré aux « *pratiques commerciales déloyales entre entreprises* » pourrait s'enrichir d'un nombre limité de dispositions relatives à la concurrence déloyale et au parasitisme, en renvoyant au droit commun pour le surplus. L'actuelle dénomination du Titre IV « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* » peut être conservée en l'état ou peut, le cas échéant, être modifiée pour y faire apparaître la notion de « *loyauté dans les relations commerciales* » à même de rassembler concurrence déloyale ainsi que pratiques restrictives de concurrence, cette

¹⁶⁶ L'article L. 481-7 C. com., issu de la transposition de la directive Dommages, dispose qu'« *il est présumé, jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice* ».

¹⁶⁷ Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.329, Bull. civ. IV, n° 88 ; Cass. com., 18 oct. 1991, n° 92-19.124.

¹⁶⁸ G. Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix – Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, 2004, p. 97 et s.

dernière appellation usitée en France étant moins bien comprise et source de confusion à l'étranger. De surcroît, cette évolution accompagnerait la construction déjà bien engagée au sein de l'Union européenne d'un droit des pratiques commerciales déloyales entre professionnels.

Dans cette perspective, il convient d'adopter une règle de configuration générale contenant une définition et une typologie ouverte des pratiques de concurrence déloyale et de parasitisme. Il convient cependant de préserver, à cette occasion, les solutions dégagées par la jurisprudence qui admet de faire jouer la théorie de la concurrence déloyale à l'encontre de personnes physiques ou morales n'exerçant pas *stricto sensu* une activité économique sur le marché, à l'instar d'un syndicat professionnel, d'une association de consommateurs ou encore d'un consommateur¹⁶⁹. C'est la raison pour laquelle le choix a été fait de proposer une rédaction de texte ne désignant pas la personne responsable en faisant référence à l'entreprise, mais visant toute personne physique ou morale.

156. - Il conviendrait également d'introduire quelques dispositions destinées à en clarifier le régime. Cela concerne bien sûr la présomption déjà évoquée.

Dans le cas où le choix serait fait de ne pas étendre au-delà de la seule concurrence déloyale les avancées en termes d'évaluation constituées par la jurisprudence Cristal de Paris¹⁷⁰, il pourrait être également judicieux de consacrer en cette matière la possibilité d'évaluer le préjudice en prenant « *en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents* ». Pour rappel, la Cour de cassation a pris la précaution d'encadrer cette possibilité. Celle-ci est réservée aux cas dans lesquels les effets préjudiciables d'un acte de concurrence déloyale ou d'un agissement parasitaire « *sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu* » et que l'arrêt identifie aux « *pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation* ». Par ailleurs, l'arrêt admet l'évaluation du préjudice « *en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé* », est-il ajouté « *à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectées par ces actes* ».

¹⁶⁹ Cass. Com. 4 novembre 2020, n° 18-23757.

¹⁷⁰ Com. 12 février 2020, n° 17-31.614, n° 9 et 10.

Cette précision permet d'adapter le calcul effectué à la situation de la victime dont il s'agit de réparer le préjudice.

PROPOSITION

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

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

« Lorsque les effets préjudiciables des pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, apparaissent difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu, la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectées par ces actes ».

Conclusion de la seconde partie

157. – Si le droit français de la responsabilité civile a pour socle un droit commun qui fait sa réputation, il a été, au fil des réformes et de l'évolution de la jurisprudence, complété de nombreux droits spéciaux, dont l'attractivité peut également être améliorée. Deux directions complémentaires ont été identifiées.

D'une part, ces droits spéciaux sont souvent nés de la nécessité de répondre à des besoins spécifiques. Pourtant, cette réponse atteint parfois incomplètement son but, ce qui conduit à suggérer certaines adaptations et l'emploi d'outils auparavant négligés. Ainsi, des aménagements peuvent être envisagés dans l'organisation et la pratique judiciaire, par exemple en parachevant la spécialisation en droit de la concurrence, ou encore en ménageant une place plus grande aux questions économiques dans la procédure. Des modifications au régime des actions en responsabilité civile peuvent également être effectuées, notamment en facilitant le regroupement des victimes ou en adaptant les conditions de fond de certains régimes pour ne pas décourager la prise de risques par des entrepreneurs. Enfin, une attention particulière peut être apportée à une amélioration des mécanismes gouvernant la réparation, que ce soit, entre autres, en instaurant des présomptions de préjudice, en précisant les modalités d'évaluation de certains préjudices ou encore en prévoyant des mécanismes de substitution lorsqu'une telle évaluation n'est pas possible.

D'autre part, on peut souhaiter une meilleure cohérence entre les droits spéciaux, afin de faciliter l'accessibilité des régimes de réparation concernés. Cela passe d'abord par une articulation entre droit commun et droits spéciaux, et entre droits spéciaux. Cela suppose ensuite d'améliorer la cohérence au sein de chaque droit spécial, notamment en droit des sociétés où les régimes applicables à telle ou telle forme de sociétés ne sont pas harmonisés, ou en droit de la concurrence déloyale, en l'absence de texte qui y soit consacré.

Conclusion générale :

158. - Au terme de ce travail et à l'issue des quelques mois de réflexion collective auquel il a donné lieu, plusieurs enseignements peuvent être dégagés, au-delà des propositions formulées tout au long de son rapport et dont les principales ont été reprises en annexe ci-après.

159. - Il est, tout d'abord, permis de souhaiter que la réforme du droit français de la responsabilité civile, longtemps différée, intervienne dans un avenir aussi proche que possible en intégrant aussi les spécificités des relations économiques, les besoins des acteurs du marché et les impératifs tenant à l'attractivité dans ses différentes facettes. Il s'agit d'offrir, à la faveur de cette réforme, un *corpus* cohérent qui exprime les qualités inhérentes au système français tel qu'issu du Code civil et enrichi par une interprétation jurisprudentielle dynamique.

160. - Ensuite, en ce qui concerne les différents droits spéciaux examinés dans le cadre de cette étude, il est apparu que certains appelaient bien moins de propositions d'évolution que d'autres. Tel est le cas en particulier du droit de la propriété intellectuelle ou du droit des procédures collectives. Cela tient à ce que, s'agissant de la propriété intellectuelle, la responsabilité civile de l'auteur de la contrefaçon a fait l'objet, sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, d'un traitement spécifique depuis nombre d'années de sorte que les solutions sont stabilisées et considérées comme satisfaisantes dans l'ensemble. Quant au droit des procédures collectives, les nombreuses réformes opérées au fil des années ont permis de trouver un équilibre qui, pour l'essentiel, a pu apparaître comme satisfaisant et il convient aussi de garder à l'esprit que la stabilité des textes concourt aussi à l'attractivité d'un droit.

161. - À l'inverse, le droit de la concurrence a, pour ce qui concerne la réparation, une maturité très variable selon les parties concernées. Si le droit de la concurrence déloyale est tout entier construit sur le droit de la responsabilité civile, il est aussi intégralement prétorien, ce qui, parfois, suscite des difficultés notamment en termes d'intelligibilité ou de sécurité juridique. Le droit des pratiques restrictives a très largement fait l'objet d'une dépénalisation, mais, à l'exception de la règle sur la rupture brutale, la responsabilité civile a été assez largement éclipsée par la nullité et les restitutions ainsi que par l'amende civile prononcée à la demande du ministre de l'Economie, ainsi qu'en dernier lieu, par la place prise par les sanctions administratives. L'attention portée à la responsabilité civile en droit des pratiques

anticoncurrentielles est quant à elle aussi forte que récente : si elle a été stimulée par la Directive du 26 novembre 2014, il reste qu'antérieurement à son adoption, la mise en œuvre publique, devant l'autorité spécialisée de la concurrence, prenait très largement le pas sur le contentieux privé de la concurrence et en particulier le contentieux indemnitaire.

162. - Le droit des sociétés se situe en quelque sorte à mi-chemin : il a été un peu mis sous le boisseau dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, car l'essentiel de ce contentieux relevait alors de la seule responsabilité des dirigeants d'une société en faillite à l'égard des créanciers, le plus souvent bancaires ; cependant, la renaissance d'un capitalisme d'investisseurs fin XX^{ème}, qui s'est épanoui dans le *private equity*, a fait ressurgir les problématiques et la mise en œuvre de la responsabilité, se trouvant à l'origine d'un contentieux de plus en plus riche et complexe.

163. - Comme cela a été illustré, particulièrement mais sans exclusivité, par le droit de la concurrence, ces droits spéciaux, destinés à répondre à des besoins spécifiques, ont aussi vocation, dans certains cas, à servir de bancs d'essai tant il est vrai qu'en matière de responsabilité comme ailleurs, le droit est créé pour être recréé. Aussi bien les conclusions présentées ne constituent-elles qu'une étape prenant place dans une réflexion beaucoup plus ample. Ainsi n'a-t-il pas été jugé opportun de formuler, à ce stade, de proposition en ce qui concerne l'intelligence artificielle, dans l'attente de l'adoption à venir d'un texte à l'initiative de l'Union européenne. De même, le traitement à réserver au préjudice boursier n'est-il sans doute pas encore parvenu à maturité.

164. – Il est enfin apparu, lors des échanges entre les membres du groupe, que la culture économique des juristes était parfois très fragmentée selon les acteurs concernés, au point de susciter parfois des incompréhensions. Il serait utile d'identifier les outils permettant une acculturation commune à ces acteurs, pour que juges, avocats, experts et entrepreneurs puissent, malgré les divergences de point de vue, échanger sur la base d'un socle commun de connaissances et de méthodes, afin d'éviter que certains arguments ne soient disqualifiés pour la simple raison qu'ils ne sont pas correctement appréhendés.

165. - Il n'en est pas moins permis de souhaiter que ce travail puisse modestement contribuer, avec beaucoup d'autres, à l'attractivité du territoire et du système judiciaire français ainsi qu'au rayonnement de la culture juridique française.

