

FACILITER LA RECEVABILITÉ DES ACTIONS EN RÉPARATION L'ACTION DES VICTIMES MULTIPLES ET DES ASSOCIATIONS

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE - 5 AVRIL 2013

PAR STÉPHANIE BRUNENGO-BASSO*

Voici de nouveau sous les feux de l'actualité législative, la question de l'introduction en droit français des recours collectifs, véritable serpent de mer dans le paysage juridique français⁷⁸.

Sous l'angle du préjudice d'affaires, thème de cette journée d'étude, il convient d'aborder cette technique au travers de la dimension multiple et collective du préjudice causé par le comportement fautif d'une entreprise et des moyens d'action en réparation offerts à ses victimes multiples.

La difficulté du sujet apparaît dès l'examen de la sémantique et du choix délicat des qualificatifs susceptibles de décrire ces recours : recours multiples, collectifs, actions de groupe, action associative...

Il s'agit de trouver une technique judiciaire rendant homogène une réclamation qui ne l'est pas nécessairement. En effet, le comportement fautif du professionnel peut occasionner une somme de recours individuels similaires voir identiques notamment en ce qui concerne le quantum de la réparation, sans toutefois que cela soit toujours la règle. Ainsi, le comportement fautif peut aussi léser des intérêts collectifs, lesquels peuvent toucher une catégorie homogène de victimes (par exemple les consommateurs) mais aussi porter atteinte à des intérêts susceptibles d'être rattachés à l'intérêt général, comme en matière environnementale.

En réalité, il n'y a pas « un » mais « des » recours collectifs à l'instar du modèle américain de la Class actions par ailleurs très

contesté⁷⁹. Les institutions européennes conçoivent à ce titre, la notion de recours collectif comme une « matrice », englobant tout mécanisme tendant à faire cesser ou à prévenir des pratiques commerciales illégales, affectant un grand nombre de plaignants, ou encore à obtenir la réparation du préjudice causé par de telles pratiques.

S'agissant du recours collectif en réparation, son introduction dans la plupart des États européens s'est accélérée depuis le début des années 2000. Ces actions concernent souvent des secteurs spécifiques qui varient d'un État à l'autre (la finance en Allemagne, les pratiques anticoncurrentielles en Grande Bretagne). La qualité pour agir est aussi attribuée de manière diverse à des personnes de droit public (tel le médiateur en Finlande) ou plus généralement à des associations de droit privé, le plus généralement de défense des consommateurs⁸⁰.

Les premières manifestations du recours collectif en droit français résultent de l'action syndicale consacrée par la loi du 21 mars 1884 sur la liberté syndicale complétée par la loi du 12 mars 1920 qui a ouvert la voie aux actions exercées par les associations⁸¹. Les associations

79 - V. Magnier, « L'exemple américain : la Class action américaine » in *L'action collective ou action de groupe, se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Editions Larcier, 2010, p. 47.

80 - S. Brunengo-Basso, *L'émergence de l'action de groupe : processus de fertilisation croisée*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Préface C. Prieto, PUAM 2011.

81 - Art. L. 2132-3 du Code du travail : « Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. » ; Pour une présentation détaillée du recours collectif en France : S. Brunengo-Basso, « Innovation et protection du consommateur : l'introduction en droit français des recours collectifs », in *L'innovation*, ouvrage collectif sous la direction de J. Mestre et L. Merland, 2013, à paraître.

* Stéphanie Brunengo-Basso est Avocate à la Cour, Maître de conférences associé, Université Aix-Marseille (EA2224).

78 - Avant-projet de loi présenté par B. Hamon « Consommation » du 20 mars 2013 ; Projet de loi relatif à la consommation (EFIX1307316L) adopté par le gouvernement et présenté à l'assemblée nationale: <http://www.legifrance.gouv>.

sont en effet rapidement apparues comme le véhicule juridique le mieux adapté à la défense collective d'intérêts individuels et leur action a été accueillie favorablement par le juge civil (jurisprudence des ligues de défense), pour lequel, la recevabilité de l'action dépend de l'atteinte causée à l'intérêt défendu statutairement par le groupement au titre de son objet social⁸².

Le législateur a renforcé la place prépondérante des associations en matière d'action collective en procédant par habilitations spécifiques et en allant même jusqu'à tenter une adaptation de l'action collective américaine⁸³. La loi du 18 janvier 1992 dite loi Neiertz (art. L. 422-1 à L. 422-3 du Code de la consommation) a ainsi introduit en droit français l'action en représentation conjointe. Le dispositif retenu repose sur le mandat confié par un ou plusieurs consommateurs, victimes du même fait illicite d'un même professionnel, à une association agréée de protection des consommateurs pour engager sa responsabilité et obtenir réparation. L'objet est ici d'obtenir réparation d'une masse de « *préjudices individuels* »⁸⁴. L'action se distingue en cela de celle exercée par les associations agréées de consommateurs, en défense de l'intérêt collectif des consommateurs. L'association exercera alors sur le fondement des dispositions des articles L. 421-1 et suivants du Code de la consommation, une action en suppression de clauses abusives, en cessation de pratiques illicites ou en réparation, en cas d'atteinte à l'intérêt collectif, qu'elle défend statutairement. Elle pourra agir dans le cadre de l'action civile ou en dehors de toute infraction pénale⁸⁵.

Malgré son échec judiciaire, l'action en représentation conjointe consumériste a pénétré

d'autres secteurs⁸⁶. Ainsi, le modèle consumériste a été traduit en droit boursier et en droit de l'environnement⁸⁷. Dans un premier temps, les investisseurs, considérés comme une catégorie spécifique de consommateurs, se sont vus dotés par la loi du 23 juin 1989, d'une action associative de type sociétaire (Art. L. 452.1 du Code monétaire et financier)⁸⁸. Ce premier texte a ainsi permis aux associations déclarées et agréées ayant pour objet statutaire la défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers d'agir soit dans le cadre d'une action civile, en cas d'infraction pénale, soit indépendamment de toute faute pénale, en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des investisseurs ou de catégories d'entre eux. La loi du 8 août 1994 a complété le dispositif en introduisant à leur avantage une action en représentation conjointe sur le modèle de l'action consumériste (Art. L. 452-2 à L. 452-4 du Code monétaire et financier). Enfin, le droit de l'environnement connaît aussi du recours collectif sous des formes associatives. Outre le mécanisme de l'action en représentation conjointe (Art. L. 142-3 du Code de l'environnement), les associations agréées de protection de l'environnement, peuvent agir en réparation du préjudice résultant d'une atteinte directe ou indirecte aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, résultant d'une infraction pénale (Art. L. 142-2 du Code de l'environnement). Cette action est aussi ouverte aux collectivités publiques et à certains établissements publics (comme l'office de l'environnement de la Corse) ainsi qu'aux

82 - Sur cette jurisprudence voir notamment Cass. I^{ère} civ., 27 mai 1975, D. 1976, 318, note G. Viney, et pour une présentation complète de l'action des associations L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, L.G.D.J., 1997.

83 - Pour une présentation de la Class action, voir notre thèse précit. p. 135 et s.

84 - Art. L. 422-1 du Code de la consommation, « Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national (...) peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs (...) »

85 - Art. L. 421-7 du Code de la consommation.

86 - E. Putman, *Contentieux économique*, Thémis, Collection droit privé, PUF, 1998., n° 306 et s.

87 - Pour une présentation du besoin de réparation du préjudice collectif des consommateurs, des investisseurs et des associations de protection de l'environnement, voir notre thèse, précit. n° 4, p. 37.

88 - Ibid., n° 350. Art. L. 452-1 du Code monétaire et financier : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, agir en justice devant toutes les juridictions même par voie de constitution de partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des investisseurs ou de certaines catégories d'entre eux.

Lorsqu'une pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires est de nature à porter atteinte aux droits des épargnants, les associations d'actionnaires mentionnées à l'alinéa précédent peuvent demander en justice qu'il soit ordonné à la personne qui en est responsable de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets. (...) »

Fédérations de chasseurs et de pêcheurs⁸⁹. Le droit de la santé permet aux associations agréées de défense des droits des usagers du système de santé d'exercer une action en réparation, dans le cadre de l'action civile, en cas d'atteinte à l'intérêt collectif des usagers (Art. L. 1114-2 du Code de la santé publique).

L'action collective est donc déjà présente en droit français. L'évolution annoncée consisterait à introduire, sous l'impulsion de la Commission européenne et de sa Direction de la concurrence un mécanisme plus abouti de recours : l'action de groupe⁹⁰.

En France, l'opinion publique est aujourd'hui largement favorable. Les plaideurs organisent la saisine collective des juridictions par les victimes notamment dans le domaine de la santé (ainsi les victimes du Médiateur ont procédé conjointement à plusieurs citations directes des Laboratoires Servier devant les juridictions pénales pour tromperie et blessures et homicides involontaires). Cependant, elles se heurtent incontestablement à l'impréparation de l'appareil judiciaire face à ce type de demandes. Ainsi, dans l'affaire du Distillbène, certaines plaignantes déboutées en appel sont particulièrement découragées de poursuivre la procédure face notamment au montant de frais judiciaires à engager.⁹¹ Les difficultés matérielles de faire face à ces « séries » de plaintes se manifestent encore dans l'organisation du procès des prothèses PIP devant le Tribunal de grande instance de Marseille. Outre, l'amélioration de l'effectivité de la règle de droit, l'action de groupe puiserait sa légitimité dans un

impératif de bonne administration de la justice⁹²...

Ces contentieux révèlent la complexité de l'intérêt collectif porté par ces actions. Empreint de spécificité et de généralité, il s'agit d'une notion difficile à cerner et à définir⁹³. Précisément, ne faudrait-il pas lui préférer la notion d'intérêt à agir pour autrui ?

Dès lors faciliter le recours collectif ne reposerait-il pas sur la reconnaissance en premier lieu de la notion d'intérêt altruiste ? L'intérêt à agir pour autrui servirait des intérêts individuels comparables mais aussi des considérations d'intérêt général, constitutives de la cause judiciaire. L'intérêt à agir pour autrui ainsi revisité serait alors l'aiguillon d'un mécanisme procédural tant au niveau de l'introduction de l'action, au travers de la qualité pour agir, que de sa finalité et des mécanismes de réparation du préjudice « collectif ».

Tel n'est pas la voie retenue par l'actuel projet de loi qui limite sans grande surprise, le domaine de l'action de groupe tant sur le plan de son objet, que sur le plan de la qualité à agir et des modalités de réparation.

Ainsi, le projet de loi sur la consommation dans un Chapitre 1^{er} intitulé Action de groupe définit le domaine de l'action par le futur article L. 423-1 du Code de la consommation selon lequel, seule la réparation des préjudices matériels résultant d'une atteinte au patrimoine des consommateurs peut être poursuivie par cette action, à l'exclusion de ceux résultant d'un dommage corporel.⁹⁴ Au-delà du contentieux

89 - Sur la recevabilité de l'action de l'Office de l'environnement de la Corse : CA Aix-en-Provence, 19 janvier 2009, n°79M2009. Sur le droit d'action des Fédérations de pêcheurs et des chasseurs : Art., L. 421-6 et L. 437-18 du Code de l'environnement.

90 - Pour une présentation mondiale des différents systèmes nationaux de recours collectifs : *Globalization of Class action*, Oxford Conference, Université de Stanford, December 12-14, 2007, <http://www.law.stanford.edu>.

91 - L. Clavreul, A. Garric, « Les conditions d'indemnisation des victimes du Distillbène se précisent », *Le Monde* 29 octobre 2012, p.8 : l'une des avocates des plaignantes témoigne de « ce qu'il faut trouver le moyen de faciliter la tâche aux victimes qui n'ont pas les moyens de payer sans cesse de nouvelles procédures » ; À noter qu'en France le vocable retenu est celui d'action de groupe par la Commission générale de terminologie et de néologie, Avis, Vocabulaire du droit : oui à l'action de groupe et non à la class action ! , Avis, NOR, CTNX0609246X, J.O., 13 mai 2006, p.7072.

92 - Sur l'intérêt d'introduire l'action collective en droit administratif pour faire face aux phénomènes des « séries », requêtes individuelles contre le même acte administratif : P. Cassia, « Vers une action collective en droit administratif », RFDA 2009, p. 657.

93 - Pour de plus amples développements sur cette notion S. Brunengo-Basso, « Innovation et protection du consommateur plaidoyer pour l'introduction de l'action de groupe en droit français », op.cit. n° 4.

94 - Art. L. 423-1 du Code de la consommation : « Une association de défense des consommateurs, représentative au niveau national et agréée au titre de l'article L. 411-1, peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par un groupe de consommateurs, placés dans une situation identique ou similaire, et causés par un même professionnel, du fait de manquements à ses obligations légales ou contractuelles : a) à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services, b) ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Seule la réparation des préjudices matériels résultant d'une

consommériste stricto sensu, l'action de groupe permettra d'obtenir réparation des préjudices subis par les consommateurs, découlant des atteintes au droit de la concurrence (ententes tarifaires dans la téléphonie mobile par exemple...), à la suite d'une sanction devenue définitive de l'Autorité de la concurrence⁹⁵.

L'action relèvera de la compétence de TGI spécialisés selon les dispositions du futur article L. 211-15 du Code de l'organisation judiciaire.⁹⁶ Elle pourra conduire à une médiation dont l'accord final sera soumis à homologation judiciaire⁹⁷. Le système procédural décompose le procès en 2 phases : le jugement sur la responsabilité du professionnel et le jugement sur l'évaluation et la liquidation du préjudice, dernière étape dont on ne sait pas clairement si elle donnera lieu ou non à un troisième jugement⁹⁸.

atteinte au patrimoine des consommateurs et résultant d'une des causes mentionnées ci-dessus peut être poursuivie par cette action (...) ».

95 - Plusieurs sénateurs ont toutefois déposé une proposition de loi élargissant le champ d'action de l'action de groupe aux préjudices de masse imputables aux produits de santé. » Texte n° 484 (2012-2013), <http://www.senat.fr>.

96 - Action de groupe – Adaptation du code de l'organisation judiciaire. Applicabilité outre-mer II. – La sous-section 2 de la section 1 du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre II du code de l'organisation judiciaire est complétée par un article L. 211-15 ainsi rédigé : « Art. L. 211-15. – Des tribunaux de grande instance spécialement désignés connaissent des actions de groupe définies au chapitre III du titre II du livre IV du code de la consommation. » II. – À l'article L. 532-2 du même code, les mots « et L. 211-14 » sont remplacés par les mots « L. 211-14 et L. 211-15 ». III. – L'action exercée sur le fondement de l'article L. 423-1 du code de la consommation ne peut être introduite pour la réparation des préjudices causés par des manquements aux dispositions du titre II du livre IV du code de commerce ou aux articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ayant fait l'objet d'une décision constatant ces manquements qui n'est plus susceptible de recours, intervenue avant la date de publication de la présente loi (...). »

97 - « Section 4 » Médiation « Art. L. 423-8. – L'association requérante peut participer à une médiation (...) afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels visés à l'article L. 423-1. » Art. L. 423-9. – Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire. Le juge peut prévoir les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs de l'existence de l'accord ainsi homologué. »

98 - Section 2 « Le jugement sur la responsabilité » Art. L. 423-3. – Le juge constate que les conditions visées à l'article L. 423-1 sont réunies et statue sur la responsabilité du professionnel. Le juge détermine le montant des préjudices pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs, constituant le groupe qu'il a

L'action de groupe ainsi envisagée est-elle véritablement satisfaisante dans une optique de « facilitation » de l'action en justice des victimes de préjudice à dimension collective ? Pour nourrir le débat, il semble intéressant de proposer des pistes de réflexion de ce que l'action de groupe pourrait ou aurait pu être, au service d'un meilleur accès au justice pour les victimes et de ce qu'elle ne sera sans doute jamais en droit français, au risque de contribuer à alimenter le mythe.

Ainsi, seront examinées dans un premier temps les conditions de l'élargissement de l'action pour autrui (I) avant d'envisager les manifestations de l'émergence de nouvelles techniques de réparation pour autrui (II).

I. L'élargissement de l'action pour autrui

La tendance actuelle est incontestablement en faveur d'une appréciation large de la recevabilité de l'action en justice des associations. Mais une autre voie d'affranchissement de l'action pour autrui pourrait reposer sur une réforme explicite du mandat de représentation à l'action selon deux axes : l'admission d'un mandat tacite d'action pour autrui dénué de tout formalisme (A), et l'exclusion de tout monopole à l'action (B).

À cet égard force est de constater que le projet de loi assouplit le formalisme encadrant le mandat de représentation à l'action. Il confère toutefois de manière exclusive la qualité pour agir pour autrui aux associations, faisant montre d'une certaine défiance à l'égard des avocats⁹⁹.

défini ou tous les éléments permettant l'évaluation de ceux-ci. « Le juge ordonne, aux frais du professionnel les mesures nécessaires pour informer, par tous moyens appropriés, les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe, de la décision rendue. Les mesures de publicité du jugement ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible des recours ordinaires ou de pourvoi en cassation. (...) ».

99 - Il suit en cela l'avis du Conseil national de la consommation sur l'action de groupe, Minefe, communiqué du 17 décembre 2012. Cette posture est tempérée par l'insertion dans le projet de loi définitif de l'article L. 423-4 selon lequel « l'association peut s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, toute personne pour l'assister, notamment aux fins qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement aux fins de représentation des consommateurs lésés, auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation ». Cette disposition est perçue comme marquant le retour des avocats dans la procédure.

A. L'action pour autrui sans mandat de représentation

L'introduction de l'action de groupe en droit processuel impose de repenser les règles gouvernant le pouvoir d'agir dans l'intérêt d'autrui et la représentation à l'action¹⁰⁰. À l'origine, l'adage selon lequel « *Nul en France ne plaide par procureur* » s'opposait à toute représentation en justice, à l'exception du Roi, seul autorisé à ne pas comparaître en personne. La règle s'est transformée et a eu vocation à interdire les pratiques de certains seigneurs qui cachaient leur identité derrière un prête nom ; elle a donc déclaré impossible pour le *dominus litis* de faire disparaître sa personnalité derrière celle de son mandataire, sans le faire savoir. Aujourd'hui, c'est une condition de forme qui impose à celui qui veut mandater autrui pour agir en justice en son nom et pour son compte, de faire figurer son nom dans tous les actes de la procédure et de revêtir la qualité de partie à l'instance¹⁰¹.

Le droit français reconnaît donc la possibilité pour un individu de confier à autrui la mise en œuvre d'une action en justice en son nom et pour son compte, à condition que l'identité du mandant apparaisse dans tous les actes de procédure. Le mandat doit être écrit et spécial et en pratique, il sera communiqué au juge¹⁰². Il existe quelques exceptions à cette obligation de transparence sur l'identité du mandat lorsque le pouvoir de représentation à l'action résulte de la loi comme dans l'hypothèse de la représentation du mineur¹⁰³. La représentation interviendra alors par substitution à une personne défaillante¹⁰⁴. Ainsi, l'article L. 225-252 du C.com

permet à un associé (*action sociale ut singuli*) ou à plusieurs associés (*action sociale ut plures*) de demander réparation du préjudice subi par la société à laquelle ils appartiennent du fait de ses mandataires sociaux. L'associé dispose d'un droit propre à défendre l'intérêt d'autrui, celui de la société.

Mais, le pouvoir qui serait accordé à un individu d'engager une action en justice susceptible de bénéficier à une pluralité de plaignants indéterminés doit reposer sur des fondements juridiques solides. Dans le système américain, le pouvoir de représentation résulte de la capacité du représentant à justifier de son intérêt personnel à agir et du préjudice personnel subi du fait du comportement fautif du défendeur¹⁰⁵. Le représentant va conduire le procès sur le fondement d'une forme de mandat *ad litem* à l'instance dont la particularité est que le ou les mandants peuvent être inconnus¹⁰⁶.

Il s'agit à notre sens de l'obstacle majeur à l'introduction de l'action de groupe en ce que le mandat *ad litem* peut mettre à mal la liberté personnelle (liberté d'agir ou non en justice mais aussi liberté de contracter en décidant de confier un mandat de représentation à autrui). En effet, si l'on retient la technique dite de *l'Opt out* (selon laquelle les victimes sont présumées appartenir au groupe de plaignants sauf exprimer leur volonté de « sortir » de l'action), le risque pour la victime d'être engagée dans une procédure contre son gré ou qui in fine, ne la remplira pas de ses droits est réel. La technique de *l'Opt in* qui repose sur l'adhésion individuelle des victimes à l'action en justice, permet d'écartier tout engagement « contraint ou non éclairé » dans le procès, mais aussi d'éliminer in fine tout mandat de représentation à l'action.

La préservation de la liberté personnelle pourrait résulter de la technique du mandat *ad litem* à l'action, support de la technique de *l'Op*

100 - Sur la distinction entre représentation à l'action et représentation à l'instance, V. S. Guinchard, Procédure civile, Droit interne et communautaire, Précis Dalloz, 28^{ème} édition, 2006, n° 610 et s. .

101 - « la règle prohibe la présence au procès d'une personne physique ou morale agissant pour défendre, non ses droits, mais ceux d'une autre personne dont elle refuserait l'identité, privant ainsi son contradicteur de la possibilité de contester en toute connaissance de cause les droits de cette véritable partie, absente du procès » : CA Paris, 11 mars 2005, Rev. crit. DIP 2005/4.627; V. aussi sur la portée de l'adage *Nul ne plaide par Procureur*, P. Jourdan, G. Viney précit.

102 - C. Civ., 9 juin 1896, DP 1897, 1.512. Versailles, 6 juin 1996, D.1998, 83, note Bergoin (point1).

103 - Art. 464 al.1^{er} C. Civ., le tuteur peut sans autorisation préalable exercer une action en justice relative aux droits patrimoniaux du mineur.

104 - Sur les différents faits générateurs de représentation à l'action voir S. Guinchard, Procédure interne, droit civil et

droit communautaire, Précis Dalloz, 28^{ème} édition, 2006, n° 609 et s.

105 - La Mar v HB Novelty Loan Co, 489 F.2d 461, (9th cir. 1973). Docks Association v Detyens, Simmons and Carlisle, 330 S.E.2d 537 South Carolina Court of Appeals 1985.

106 - Vocabulaire juridique Cornu, Association Capitant, PUF, 2011, p. 634. » Le mandat *ad litem* est défini comme le mandat par lequel un plaideur confie à autrui une mission de le représenter en justice qui emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes ordinaires de procédure (article 411 du Code procédure civile) ainsi que sauf disposition ou convention contraire, la mission d'assistance (Article 413 du Code de procédure civile).

out¹⁰⁷. Les victimes potentielles seraient présumées avoir confié un mandat de représentation au premier plaignant révocable dans un certain délai lié à l'exercice du droit de sortie de l'action¹⁰⁸. La recherche et la détermination du groupe seraient établies par ce dernier sous le contrôle judiciaire. Dans cette approche, l'introduction de l'action de groupe implique la création d'un régime spécial de représentation à l'action reposant sur un mandat tacite entre le représentant et les représentés. C'est partiellement la solution retenue dans le projet de loi qui met en place le mécanisme de l'Opt in et lie l'adhésion au groupe et le mandat d'indemnisation confié à l'association : « (...) le juge fixe les délais et modalités selon lesquels les consommateurs peuvent adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice. Il détermine notamment si les consommateurs doivent s'adresser directement ou par l'intermédiaire de l'association pour la réparation de leur préjudice. L'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association (...) » Art. (L. 423-3).

B. L'action pour autrui sans monopole de représentation

Les différents projets d'introduction de l'action de groupe en droit français ont toujours attribué le pouvoir d'action collective aux associations. La forme associative est-elle la plus adaptée pour fédérer un groupe indéterminé de victimes ? En effet, sur plan pratique tout d'abord, les limites de leurs moyens d'action sont systématiquement dénoncées. Elles même se plaignent des contraintes en matière de démarchage qui les empêchent d'utiliser les moyens de communication les plus modernes pour toucher le plus grand nombre de plaignants, ou encore de leurs faibles ressources financières et administratives pour faire face au traitement des contentieux de masse¹⁰⁹. Le projet de loi semble adapter leur action à la modernité en précisant que

l'existence de l'action pourra être diffusée « par tout moyen approprié.¹¹⁰ ».

Sur un plan strictement juridique, la forme associative présente sans nul doute un intérêt du fait de la simplicité de sa constitution et de la possibilité d'agréger facilement de nouveaux sociétaires par simple adhésion, ce qui facilite la constitution d'un groupe dont les membres sont au départ indéterminés. Toutefois en matière de réparation, la prohibition de tout partage de bénéfices entre ses membres est constitutive d'un frein majeur. L'association ne peut donc prétendre à la qualité de véhicule juridique ad hoc pour garantir l'efficacité de l'action de groupe.

En réalité, l'action en représentation de l'intérêt d'autrui doit pouvoir être confiée à un grand nombre d'acteurs. Il en va notamment du respect du principe d'accès au juge. Ainsi, en droit de la concurrence, il est important de permettre aux PME d'engager une action en réparation, ce que le projet de loi exclut totalement certainement dans le souci affiché par le gouvernement de ne pas déstabiliser l'activité économique. Or, la représentation d'intérêts collectifs à d'autres représentants que les associations existe déjà en droit des affaires. Ainsi, en droit des procédures collectives, le représentant des créanciers a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers sur le fondement de l'article L. 622-20 du Code de commerce, et d'engager des actions pécuniaires comme des actions en responsabilité contre les tiers¹¹¹. Dans le domaine du droit des sociétés, le phénomène de regroupement au service d'une meilleure défense des petits porteurs se traduit au travers des droits conférés sur la base de seuils de participation détenus individuellement ou collectivement par les actionnaires.

L'ouverture de la qualité pour agir en représentation des intérêts d'autrui est aussi une des voies proposées par le Club des juristes en matière de préjudice collectif environnemental qui propose de confier l'action civile environnementale à l'ADEME¹¹². Cette appréhension

107 -Ibid.

108 -C'est la voie retenue par l'action populaire portugaise, qui institue un régime spécial de représentation ; le représentant sous la surveillance du ministère public peut être remplacé en cas de défaut d'accomplissement de certaines diligences ou de conflits d'intérêts : article 14 de la loi 83/95 sur l'action populaire.

109 -Sur la prohibition du recours à un site internet pour fédérer les victimes de l'entente des opérateurs de téléphonie, Civ., 1^{ère}, 26 mai 2011, n° 10-15.676, RTD com. 2011, p. 627, note B. Boulloc.

110 -Art. L. 423-3 du Code de la consommation.

111 -C. Saint Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Domat droit privé, 7^{ème} édition, Montchrestien, n° 762 et s.

112 -Étude par B. Parance, « La clarification du rôle des parties au procès environnemental, Commentaires des propositions 8 et 9 du rapport ». Mieux réparer le dommage environnemental » remis par le Club des juristes, Environnement n° 7, Juillet 2012, dossier 9.

large du fédérateur du groupe ne doit pas écartier tout mécanisme de contrôle notamment sur les groupements susceptibles d'exercer cette mission, contrôle qui devrait incomber au juge statuant sur l'action à l'instar du système américain qui vérifie la capacité du représentant à défendre le groupe¹¹³.

II. L'émergence de la réparation pour autrui

L'intérêt à agir commun ne doit pas être confondu avec le préjudice commun. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cette distinction en matière de recevabilité de l'action du représentant des obligataires¹¹⁴. Le procès collectif doit être décomposé en différents temps, celui de l'examen de la recevabilité de l'action, et celui de l'examen de la responsabilité et du bienfondé de la demande au fond et de la détermination des modalités de réparation du préjudice collectif. Là aussi la diversité des situations prédomine : le préjudice collectif peut être la somme de préjudices individuels mais résulter aussi de l'atteinte à des intérêts « supra individuels ».

Ainsi envisager l'élargissement de l'action pour autrui conduit à s'interroger sur les systèmes de réparation collective actuels (A) avant d'envisager la dimension d'intérêt général que peuvent présenter de nouvelles techniques de réparation associées à l'action de groupe (B).

A. De la réparation individuelle à la réparation collective

L'action collective va conduire à déterminer un mode de réparation pour le groupe de plaignants. La première option consiste à un mécanisme de réparation individuel. Plusieurs mécanismes sont envisageables dont le système de requête en paiement¹¹⁵. Chaque victime, créancière en paiement dépose une requête au

greffe du Tribunal qui a rendu la décision sur la responsabilité. La requête peut être aussi déposée par le coordinateur de l'action. Le Tribunal rend une ordonnance se prononçant pour chaque victime sur le montant de la réparation et sa modalité qui peut être individualisée (dommages et intérêts mais aussi obligation de faire...). Ce mécanisme permet de respecter la règle selon laquelle la réparation doit être intégrale mais strictement proportionnée au préjudice subi aux fins de respecter la nature même des dommages et intérêts compensatoires.

C'est l'esprit du mécanisme retenu par le projet de loi au travers des dispositions du futur article L. 423-5 selon lequel « le professionnel procède à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur dans les conditions et limites fixées par le jugement ». Le projet de loi supprime toute répartition des réparations individuelles par l'association qui obligeait cette dernière à reverser le surplus au professionnel et ouvrait la porte à la constitution de fonds permettant de recueillir le reliquat d'indemnisation..

Précisément, une autre option consiste en l'adoption d'un mécanisme de réparation collectif. Comme aux États-Unis, il s'agit d'évaluer une somme globale correspondant aux profits illicites réalisés par le professionnel et de les affecter dans un premier temps à la réparation des victimes¹¹⁶. Les dommages et intérêts sont envisagés sous un angle restitutoire¹¹⁷. L'une des critiques souvent formulées à l'encontre du modèle américain consiste à souligner le risque d'enrichissement personnel en cas de surplus d'indemnisation lié à une impossibilité de répartir la totalité des fonds entre l'ensemble des plaignants. Mais cette critique peut être écartée par l'utilisation de véhicules ad hoc permettant d'affecter les fonds reliquataires au financement d'actions d'intérêt général.

B. Vers la réparation de l'atteinte à l'intérêt général ?

Le droit anglo-saxon propose des mécanismes permettant d'élargir le bénéfice des actions collectives au-delà de l'intérêt strict des

113 -Un avocat ou un groupe d'avocats sélectionné pour représenter le groupe doit être capable de le représenter convenablement, sont pris en compte sa qualification, son expérience l'existence de conflits d'intérêts potentiels : S. Brunengo-Basso, précit. n° 226, p.149

114 -Cass.com., 15 juin 1999, commentaires par Y. Guyon, Rev. sociétés, 3/1999, p. 640 ; Y. Reinhard, RT com., 4/1999, p. 904 ; H. Croze, Procédures, 1999, n° 197, M. Viandier, JCP E d. E, 1999, n°38, p.1488 et Ph. Merle, Bull. Joly, 1999, p. 915.

115 -H. Temple, « Actions collectives et actions de groupe : les mécanismes de réparation », in Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Éditions Larcier, 2010, p. 47.

116 -G. Viney, « L'influence de l'admission d'une action de groupe sur la réparation des atteintes aux intérêts collectifs », Lamy Droit civil, déc. 2006., n° 33, p. 60 & s.

117 -C. Lacroix, « Action collective : si loi, Cy-près », in Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Éditions Larcier, 2010, p.47.

membres du groupe Ainsi, le règlement au sens de paiement *Cy-près* permet d'attribuer les fonds résiduels à un autre, qu'un membre de la classe. Il s'agit d'un mécanisme de réparation pour autrui, dérivé du droit français. La notion de réparation fluide ou de doctrine *Cy-près* est en effet issue du droit médiéval et signifie « *aussi près que possible du résultat à atteindre* »¹¹⁸. Fondée sur le principe anglo-saxon de l'*equity*, elle a émergé dans le contexte des trusts de bienfaisance (*charitable trusts*) avant de se développer dans le domaine processuel et les *Class actions*¹¹⁹. Elle désigne initialement le pouvoir conféré au Tribunal de rediriger les objectifs d'un trust caritatif aussi près que possible des fins initialement visées. Ainsi, lorsque l'objectif initial du constituant ou du testateur ne peut pas être exactement respecté, qu'il est devenu impossible, irréalisable voire illégal, la doctrine *Cy-près* permet au tribunal d'interpréter les termes du trust de bienfaisance afin que l'intention générale des donateurs soit au mieux prise en compte¹²⁰. La Cour suprême de Californie dans une affaire État c/ Levi Strauss & Co a suggéré la constitution d'un trust de consommateurs ayant comme objectif de s'engager dans des projets de protection des consommateurs. Plusieurs formules sont concevables : l'indemnité reliquataire peut être affectée à des fins d'intérêt général pour le bien être du consommateur (fonds de gestion des actions de groupe)¹²¹, ou encore, à l'État suivant le régime des biens en déshérence¹²².

Une telle prise en compte d'objectifs altruistes connaît d'autres manifestations en droit des affaires. La prise en compte de l'intérêt d'autrui s'exprime au travers de certains types de contrats tels que la, gestion d'affaires, ou encore la fiducie. Selon les dispositions de l'article 2011 du Code civil, « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs à un ou plusieurs fiduciaires qui les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé*

au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »¹²³. Bien plus, la notion d'intérêt général pénètre le contrat de société, en conférant au groupement sociétaire des objectifs altruistes (voir ainsi les modèles belges ou encore britannique de la *Community Interest Company* ou américain de la *Low profit limited liability company*) et la poursuite d'un but social¹²⁴. Les secteurs concernés sont les suivants : énergie alternative, financement de l'art, services sociaux. Les États Unis ont déjà sauté le pas vers une nouvelle forme de gouvernance privilégiant davantage les intérêts des stakeholders sur la recherche des profits. Ainsi, certains États comme la Californie le Maryland ou encore l'État de New York ont adopté une nouvelle forme juridique, la *Benefit corporation* à mi-chemin entre l'association et la société anonyme, entre la « *for-profit* » et la « *non-profit organization* »¹²⁵.

L'action en justice pour autrui n'est-elle pas le carrefour de rencontre entre ces nouvelles techniques contractuelles et sociétaires et une nouvelle approche de la responsabilité des entreprises ?¹²⁶ Instrument et pilier de la Responsabilité sociétale des entreprises, l'action de groupe assurerait l'effectivité du droit, garant du bien-être de tous et de la redistribution du profit illicite¹²⁷.

118 -C. Lacroix, précit., p. 103.

119 -Ibid, Elle est aussi présente en droit québécois.

120 -Jackson c.Philips, 96 Mass. 539 (1867) cité in C. Lacroix, op.cit n° 48, p. 104.

121 -Ibid.

122 -L. Boré, Rapport de synthèse in Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Éditions Larcier, 2010, p. 117.

123 -C. Lacroix, op.cit., n°48, p. 103

124 -D. Poracchia, D. Martin, « Regard sur l'intérêt social », *Revue des sociétés* 2012, p. 475.

125 -Op. cit. n° 81.

126 -T. Lescuyer, « Afrique du sud : l'industrie de l'or menacée par une class action historique », <http://www.novethic>, 2 avr.2012.

127 -L. Boré, Rapport de synthèse in Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Éditions Larcier, 2010, p. 117.