

L'ACTION DE GROUPE*

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 23 SEPTEMBRE 2013

PAR EMMANUEL RASKIN**

Prolégomènes

Je tiens tout d'abord à remercier l'association Droit et Commerce, et tout particulièrement son Président Georges TEBOUL, de la confiance qu'ils me témoignent en me faisant l'honneur d'intervenir à cette conférence dont le thème est plus que d'actualité, puisqu'il s'agit de l'action de groupe, sujette à intégrer prochainement notre droit positif, alors qu'elle passionne et nourrit des discussions de tous bords en France depuis plusieurs décennies, sans jamais avoir abouti.

C'est avec un enthousiasme certain et sincère que j'annonce ce thème qui nous rassemble aujourd'hui car avant tout, c'est bien cette passion commune qui nous anime, professionnels que nous sommes : le droit.

Or, l'action en est au cœur, parce qu'elle concrétise la mise en œuvre du droit processuel au service du droit substantiel, dont chaque individu doit bénéficier.

Quoi de plus exaltant que de contribuer à la réflexion d'une action jamais aboutie en France et susceptible de révolutionner nos principes majeurs de procédure, au nom de l'amélioration indiscutablement nécessaire de l'accès effectif au droit et au juge.

L'encre a abondamment coulé au sujet de l'action de groupe, tant à propos des objectifs auxquels elle est censée répondre, qu'à propos de sa définition et des difficultés juridiques et économiques qu'elle pose, à supposer qu'on en tirât une définition précise.

Elle soulève autant d'enthousiasme que de méfiance, d'autant que l'on a du mal à en percevoir les contours et la réelle différence avec les notions que notre droit connaît en matière de

défense groupée d'intérêts individuels ou collectifs.

La terminologie employée, à elle seule, laisse perplexe et peu convaincu, au premier abord, de la nouveauté qu'une telle institution représenterait en droit français, inspirant d'autant plus la méfiance que l'on souhaiterait qu'elle en respectât les principes essentiels.

Il n'est par conséquent pas étonnant que la réflexion sur le sujet ait pris un essor considérable, au point d'en faire un réel challenge politique français, car l'action de groupe s'est, sous diverses terminologies et depuis plusieurs années, développée outre-Atlantique et en Europe. Le recours collectif québécois illustre un mécanisme juridique qui fonctionne avec succès depuis plus de quarante ans (374 actions).

Depuis 1873, le droit américain autorise, par un acte du Parlement des États-Unis, une partie à un procès à plaider pour le compte de nombreuses autres.

Les mérites avancés sont pourtant sensiblement contrecarrés par des salves de critiques que nourrissent effectivement la réelle existence d'obstacles, sinon rédhibitoires, à tout le moins sérieux et annonciateurs de substantielles difficultés d'adaptation au droit français.

Ces critiques jaillissent également d'une diabolisation des *class actions* américaines, dont le spectre est resté fatal à l'aboutissement de nos projets français : actions à des fins de chantage, conflits d'intérêts entre l'avocat et la classe des victimes, honoraires prohibitifs, répartition très coûteuse de l'indemnisation, véritable *business* de la *class action*, etc.

Ces effets pervers sont-ils inhérents à l'action de groupe, ou en réalité, avec objectivité, ne sont-ils pas nés d'un défaut d'encadrement suffisant, voire d'un droit qui répond en fait à un système juridique totalement différent du nôtre ?

La France ne connaît pas la *discovery*, longue et coûteuse, et surtout très dangereuse : il s'agit d'une phase d'investigation de la cause préalable du procès, d'accès à la preuve, obligeant chaque

* Conférence du 23 septembre 2013 organisée par l'association Droit et Commerce au tribunal de commerce de Paris. Le style oral a été conservé.

** Emmanuel Raskin est avocat au barreau de Paris et président de la commission nationale procédure de l'ACE.

partie à divulguer à l'autre partie tous les éléments de preuve pertinents du litige dont elle dispose : cette procédure est souvent utilisée comme une arme par les parties et présente un risque patent au regard de la sécurité des affaires : une demande de *discovery* très large formée par un concurrent dans le cadre d'une procédure peut amener une partie à devoir ouvrir ses archives et produire des documents, dont la communication pourrait bien évidemment lui nuire. Les dérives de ce mécanisme, telle la pratique du « *fishing expedition* » (quête spéculative dans le but d'obtenir des preuves sans aucune réelle attente d'un résultat précis ou de sa pertinence), ne peuvent avoir lieu en France, tout simplement parce que notre système civiliste de droit continental nous protège de ces mécanismes dangereux.

L'article 145 du code de procédure civile prévoyant l'action en référé *in futurum* comporte des conditions que l'on ne saurait éluder, la jurisprudence le rappelle constamment. Ces dispositions ne constituent assurément pas les prémices d'une *discovery* en droit français.

La France ne connaît pas les dommages et intérêts punitifs.

La profession d'avocat, dont les modalités de rémunération sont sérieusement encadrées, répond de principes fondamentaux et de garanties protectrices des intérêts des justiciables.

L'unité que crée la force d'une profession réglementée sur la base de principes essentiels assure l'ouverture de notre profession vers la diversité des métiers, mais également une orientation vers un futur professionnel que les craintes de certains ne peuvent assurément remettre en cause.

Renforcer l'accès au droit et au juge, ainsi que la réparation des préjudices, à celles et ceux qui ne peuvent effectivement se le permettre en qualité de victimes, ne mérite-t-il pas une analyse circonstanciée aux fins d'aboutir à la consécration d'un régime équilibré, efficace et tout à la fois respectueux des principes fondamentaux de notre droit ?

Force est de constater que l'accès au juge demeure illusoire chaque fois que le préjudice ressenti individuellement par chaque victime est lui-même trop modeste pour justifier l'introduction d'une action en justice.

Au-delà de cette vocation réparatrice, de la défense de l'intérêt général incombant exclusivement au ministère public, n'y a-t-il pas une voie complémentaire et intermédiaire permettant de renforcer la moralisation des comportements adoptés par les acteurs écono-

miques, tout en les protégeant eux-mêmes des abus et dérives d'outre-Atlantique incriminés ?

Ces mêmes acteurs économiques, au nom de l'accès au droit dont ils doivent également bénéficier lorsqu'ils peuvent subir un préjudice de masse au côté de personnes physiques, parce que justement, leur seule action individuelle ne serait pas un frein aux atteintes qui en sont la cause, n'ont-ils pas vocation à bénéficier également d'une telle action ?

Si les principes du libre accès à la justice, de l'effectivité du droit, du droit à obtenir réparation d'un préjudice sont incontestables, pour autant les effets pervers de cette action doivent symétriquement, tout aussi légitimement, être évités, surtout lorsque, comme le souligne le rapport du CAE¹, le principal intérêt de l'action de groupe n'est pas tant d'obtenir réparation, mais de renforcer le pouvoir de menace du consommateur à l'encontre des entreprises face à des éventuels comportements illicites et/ou illégaux, ce qui impose en premier lieu et de façon inéluctable, que la responsabilité soit jugée de manière définitive.

Nul doute que si cet équilibre est trouvé, cette nouveauté dans notre droit ne sera plus stigmatisée, car elle ne sera pas, et ne pourra pas, être assimilée à des principes de droit dangereux (qui le sont autant, d'ailleurs, pour les actions individuelles), que notre droit exclut.

Il serait fâcheux de renoncer à cet objectif en voyant en nos règles, justement protectrices, un frein à cette nécessaire évolution qu'appelle l'ordre du droit face au désordre de la force.

Pour autant, encore faut-il bien comprendre le but et la notion de l'action ainsi envisagée.

Il est difficile de cerner la notion propre et caractéristique de l'action de groupe tant les vocables qui lui sont souvent accolés peuvent porter à confusion.

Madame le professeur Catherine PRIETO, lors de l'excellent colloque organisé le 26 avril 2013 à la Maison du Barreau de PARIS par l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (I.R.J.S.), a remarquablement interpellé : « *Il faut donc cesser d'employer cette expression « class action », qui s'est avérée si délétère* ». ²

1 - Rapport du Conseil d'Analyse Economique (CAE) du 10 septembre 2012 « La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation » – documentation française.

2 - « Sur la voie de l'action de groupe » – colloque I.R.J.S. du 26/04/2013 – Rapport introductif, Mme Catherine PRIETO, professeur à l'École de droit de la Sorbonne,

L'appellation « *action collective* » souvent utilisée et lue de part et d'autre, notamment sur bon nombre aux côtés de « *l'action de groupe* » est-elle appropriée ?

Comme le soulignait Monsieur le recteur Serge GUINCHARD³, « *il serait illusoire de croire qu'aucun mécanisme ne permet de défendre en justice d'une manière groupée des intérêts individuels ou collectifs* ». Ces mécanismes existent déjà en droit français.

Qu'apporterait alors « *l'action de groupe* » ?

La compréhension s'impose s'agissant de l'intégration d'une procédure réellement novatrice dans notre droit : cette nouvelle action mérite une définition conceptuelle, laquelle doit être recherchée pour la distinguer de l'existant, mais également pour donner une acception générale permettant des travaux de réflexion propres à élaborer, au-delà d'un régime de groupe de droit commun, des régimes spécifiques, suivant les domaines du droit et les cas envisagés.

Il est à regretter qu'aucun des projets français, dont celui actuellement en discussion, comme le relevait Madame le professeur PRIETO, « *ne soit animé par une ambition portant une théorie générale du procès collectif susceptible de renouveler la perception traditionnellement individualiste du principe fondamental d'accès à la justice. Ainsi, l'action de groupe n'est pas introduite dans le code de procédure civile, mais dans le code de la consommation. C'est un premier risque de faiblesse. Les lois spéciales paraissent lacunaires lorsqu'elles ne sont pas bien articulées avec le droit commun* ».⁴

Il est dommage que le général n'ait pas été envisagé avant le spécial et que ce dernier fût l'amorce d'une réforme aussi importante.

En cela, je discute le choix opéré par l'actuel gouvernement vers « *d'abord une action limitée au champ de la consommation et de la concurrence, en vue d'indemniser les préjudices matériels subis par les consommateurs, puis une évolution du dispositif, avant d'envisager son extension à d'autres domaines* ».⁵

Il s'agit de parvenir à une clarification évidente du régime de l'action de groupe et à une efficacité judiciaire sans plus tarder, au nom des justiciables, dans le respect de nos garanties fondamentales, de l'intérêt économique et des acteurs économiques que sont les entreprises.

En cela, je saluerai les approches qui consistent à proposer une réforme réelle de fond de l'action de groupe dont les caractéristiques fondamentales et les limites de l'action de groupe relèveraient du code civil, tandis que ses modalités techniques s'intégreraient dans le code de procédure civile⁶.

L'amorce d'un régime commun d'une telle action doit être plus que louée, car c'est d'elle que découleront les domaines spécifiques qui seront réservés à cette action, et non l'inverse.

L'idée de la création d'un code de procédure civile des actions collectives et des actions de groupe, afin de constituer un tronc de droit commun de ces actions, distinct du tronc existant et propre à l'action individuelle dans le code de procédure civile, mérite une sérieuse réflexion.

Pourquoi un code ? Parce qu'il convient de réunir, du plus général (définitions de base, champs d'application) au plus technique, l'ensemble des règles qui vont gouverner ces actions et en définir avec précision les nécessaires phases procédurales, avec une cohérence d'ensemble et une harmonie efficaces.

Quel constat faire aujourd'hui des projets recensés ?

Depuis la commission de refonte du droit de la consommation, présidée au milieu des années 1980 par Monsieur Jean CALAIS-AULOY, les groupes de travail, les rapports et les projets se sont succédé en vain.

Le constat de la divergence ne fait aucun doute.

Les différents projets ou propositions de loi, recensés au travers des différentes majorités, révèlent des approches qui divergent sensiblement, que ce soit au sein des mêmes partis, mais également et *a fortiori*, entre les différentes formations politiques.

Par ce simple constat, il est délicat, même si certaines tendances peuvent être dégagées, de trouver un consensus en la matière, et ce quelle que soit la problématique traitée (définition de l'action, son périmètre, son régime, dont sa

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Gaz.pal éd. spécialisée 15 et 16 mai 2013.

3 - « L'action de groupe en procédure civile française » R.I.D.C. 2-1992 – II.C.I., Serge GUINCHARD.

4 - Cf. note en bas de page n°1 supra.

5 - « Sur la voie de l'action de groupe » - colloque I.R.J.S. du 26/04/2013 – Introduction de M. le ministre délégué chargé de l'Économie sociale et solidaire et de la Consommation.

6 - Résolution du Conseil national des barreaux relative à l'action de groupe – Assemblée générale des 24 et 25 mai 2013.

procédure, la naissance du groupe, la publicité de l'action, et encore moins le financement de ce recours, lequel n'a été abordé que de manière parcellaire⁷ en dépit des grandes difficultés que cela génèrera en pratique).

Ainsi, à titre d'exemples :

- Sur le support de codification dans lequel le texte viendrait s'insérer, l'UMP a oscillé entre le code de la consommation et le code civil, à l'instar du parti socialiste⁸, le parti communiste n'a rien proposé à cet égard dans son projet du 7 décembre 2007⁹.

Pourquoi le code de procédure civile n'a-t-il jamais été proposé alors que cette action tend à en remettre en cause les principes essentiels de la procédure civile et qu'elle appelle des modalités procédurales techniques ?

- Sur le champ d'application :

Champ vaste : proposition de M. Arnaud MONTEBOURG (PS) du 15/02/2007 n° 324 : la santé, l'environnement, responsabilités délictuelle et contractuelle, concurrence, consommation ; proposition de M. Luc CHATEL (UMP) du 26/04/2006 n° 3055 : aucune limite sur le champ d'application de la procédure.

Champ restreint : proposition de M. Thierry BRETON (UMP) 08/11/2006 n° 3430, préjudices matériels et contractuels, avec troubles de jouissance ; propositions de MM. Laurent BETEILLE (UMP) et Richard YUNG (PS) du 22/12/2010 : préjudices matériels, manquements contractuels ou pré-contractuels, manquements aux règles de la concurrence.

- Sur la qualité de l'initiateur et les conditions liées à l'initiateur : les mêmes partis ont proposé, soit une solution ouverte (associations de consommateurs agréées, personnes phy-

siques ou personnes morales¹⁰) soit une solution restreinte (associations de consommateurs agréées avec représentativité nationale)¹¹

- Sur le régime de l'action : *opt in / opt out* ? Les projets de l'actuel Premier ministre (02/09/2009¹²) et de M. MONTEBOURG (15/02/2007) étaient favorables à l'*opt out*. Notre gouvernement soumet désormais au vote un système d'*opt in*. L'UMP a été également partagée.
- Sur les phases procédurales : Combien de décisions ? Quelles décisions ? Quels sont les critères de recevabilité, jugement déclaratoire de responsabilité, jugement statuant sur l'indemnisation, à quel stade la publication est envisagée ? Le projet de M. MONTEBOURG précité prévoit un jugement unique (responsabilité et indemnisation, après ordonnance sur la recevabilité), alors que les propositions de M. YUNG (PS) prévoyaient en février 2010 un jugement déclaratoire de responsabilité, pour, 10 mois plus tard, proposer une solution commune à celle de M. Laurent BETEILLE (UMP) : un jugement unique.

La diversité est le constat à l'échelon international : je ferai un bref aperçu selon les systèmes en vigueur hors Union européenne et dans l'Union européenne.

Hors Union européenne :

L'appellation est différente : « *Class action for damages* » aux États-Unis, « *Recours collectif* » au Québec, « *Action civile publique* » ou « *action collective* » au Brésil.

Le Québec, les États-Unis et le Brésil connaissent un champ d'application général (à l'exception de certaines questions fiscales pour le Brésil).

Les États-Unis et le Québec connaissent le régime de l'*opt out*, le Brésil connaissant un régime hybride (effet de la chose jugée *erga omnes*, sauf si la décision est défavorable, auquel cas les personnes qui ne s'étaient pas déclarées

7 - P. ex. : proposition de loi n° 2677 du 24 juin 2010 : création d'une taxe additionnelle sur les tabacs.

8 - Groupe UMP : proposition de loi n° 110 du 24/07/2012 – A.N. M. J.P. GIRAN : C. consom.; proposition de loi n° 201 du 22/12/2010 – Sénat M. Laurent BETEILLE : C. consom. ; proposition de loi n° 2677 du 24/06/2010 – A.N. M. Pierre MOREL : C. civ. ; proposition de loi n° 3055 du 26/04/2006 – A.N. M. Luc CHATEL : C. consom./Groupe P.S. : proposition de loi n° 202 du 22/12/2010 – Sénat M. Richard YUNG : C. consom. ; proposition de loi n° 277 du 09/02/2010 – Sénat Mme Nicole BRICQ et M. Richard YUNG : C. consom.; proposition de loi n° 324 du 15/02/2007 – AN M. A. MONTEBOURG : C. civ.

9 - Groupe P.C. : proposition de loi n° 118 du 07/12/2007 – Sénat Mme Odette TERRADE.

10 - Pierre MORAL – UMP, proposition n° 2677 du 24/06/2010.

11 - J.P. GIRAN – UMP, proposition n° 110 du 24/07/2012 ; Laurent BETEILLE – UMP proposition n° 201 du 22/12/2010.

12 - Proposition de loi n° 1897 du 02/09/2009 – AN M. J.M. AYRAULT (PS) ; proposition de loi n°324 du 15/02/2007 – AN M. A. MONTEBOURG.

parties à l'action pourront agir individuellement).

Procédures de recevabilité préalables et séparées aux États-Unis (procédure de certification) et au Québec (autorisation judiciaire sur requête) tandis que le Brésil ne connaît pas ce préalable.

L'initiateur varie : le représentant peut être un individu ou un groupe d'individus dont la représentativité a été reconnue comme adéquate aux États-Unis ; le représentant peut être une personne physique une association ou une personne morale de droit privé de 50 employés au moins au Québec ; le recours est fermé aux personnes physiques au Brésil : le représentant peut être un organe public (ministère public, municipalités...) et les associations constituées depuis un an dont l'objet social est cohérent avec le droit invoqué.

Dans l'Union européenne :

La mise en place de procédures de type action de groupe en Europe est relativement récente. L'action de groupe a d'abord été consacrée par le droit portugais en 1995, puis a été introduite au Royaume-Uni en 2000, en Suède en 2002 ainsi qu'en Allemagne et aux Pays-Bas en 2005 suivis de l'Italie en 2009.

L'appellation est différente d'un pays à l'autre : spécifique en Allemagne, car limitée aux investisseurs financiers, on retiendra le terme de « *Loi sur procédure modèle en faveur de l'investisseur financier* ». Le Portugal s'est doté de « *l'action populaire* », l'Italie et l'Angleterre « *l'action de groupe* », la Suède adoptant « *l'action de classe* » lorsque l'action est introduite par une personne physique et « *l'action collective* », dite d'organisation, dans les autres cas.

À l'exception du Portugal et des Pays-Bas, les pays précités ont adopté un système de type *opt-in*. Rappelons que dans le cas d'une constitution de groupe par *opt-in* les plaignants manifestent leur souhait d'adhérer à l'action de groupe, alors que le groupe est automatiquement constitué par l'ensemble des personnes potentiellement lésées dans un système de type *opt-out*.

Dans toute action de groupe, un ou plusieurs requérants vont représenter les membres du groupe. En Suède et au Portugal, il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale de droit public.

En Suède, on distingue les actions de groupe dites privées, introduites par une personne physique, des actions de groupe, dites d'organisation, introduites par une organisation

à but non lucratif, et des actions de groupe publiques, introduites par une autorité choisie par le gouvernement. En Angleterre, le juge va être amené à choisir un ou plusieurs « *test claimant* » qui vont servir de cas tests et dont la solution aura force de loi.

Dans certains systèmes européens, un juge statue préalablement sur la recevabilité de l'action : il en est ainsi en Angleterre, en Italie, au Portugal et en Suède.

Pour être autorisée, l'action de groupe doit en général répondre à certaines conditions : le préjudice soulevé doit être commun ou identique aux membres du groupe, elle doit présenter un avantage par rapport aux autres procédures, enfin, le requérant doit être un représentant approprié des membres du groupe.

Toutefois, au Portugal, le dernier point n'est pas requis. De plus, alors que les lois portugaise et italienne ne prévoient pas un nombre minimum de demandeurs, les autres législations européennes suivent des règles différentes. En Angleterre, il peut n'y avoir qu'un seul demandeur à condition qu'il existe ou qu'il risque d'exister un certain nombre d'actions individuelles ayant le même objet.

En Suède, il peut n'y avoir qu'un seul demandeur. Il peut s'agir d'un membre du groupe, d'une association à but non lucratif portant les intérêts des plaignants ou d'une autorité publique. La procédure allemande suppose, quant à elle, qu'il y ait au moins dix requêtes engagées selon la procédure modèle, les demandeurs ayant saisi le juge de fond.

Le champ d'application de la procédure peut être large et s'étendre à toutes les actions civiles comme en Angleterre, aux Pays-Bas, au Portugal et en Suède.

En Allemagne, cette procédure n'est applicable que dans deux types de situations bien définies : aux demandes de dommages et intérêts réclamés du fait d'informations financières erronées ou en raison de l'inexécution d'un contrat conclu en application de la loi sur les acquisitions et les offres publiques d'achat.

En Italie, enfin, le recours à l'action de groupe n'est autorisé que dans les cas de non-respect des droits des consommateurs, de pratiques commerciales déloyales et de comportements anticoncurrentiels.

Sur le plan du droit européen, les avancées sont à la prudence et non, en l'état, à la contrainte des pays membres.

La Commission européenne a, en effet, exposé, le 11 juin 2013¹³, une série de principes communs non contraignants qui régiront les mécanismes nationaux de recours collectif, de sorte que les citoyens et les entreprises pourront, en cas de violation de droits que leur confère le droit de l'Union, faire valoir ceux-ci en justice.

Il s'agit d'une recommandation qui vise à assurer une approche horizontale homogène des recours collectifs dans l'Union européenne¹⁴, sans pour autant harmoniser les mécanismes nationaux.

Ces derniers devraient être prévus dans différents domaines dans lesquels le droit de l'UE confère des droits aux citoyens et aux entreprises, tels que la protection des consommateurs, la concurrence, la protection de l'environnement et les services financiers.

En recommandant aux États membres de mettre en place des mécanismes nationaux de recours collectif, la Commission entend améliorer l'accès à la justice tout en veillant à prévoir des garanties procédurales adaptées pour éviter les procès abusifs.

La recommandation complète la proposition de directive régissant les actions en dommages et intérêts pour infractions au droit de la concurrence.

Si la recommandation invite les États membres à instaurer des mécanismes de recours collectif, la proposition de directive, quant à elle, leur laisse le soin de décider s'ils instituent ou non des procédures de recours collectif aux fins d'actions engagées par des personnes privées pour faire respecter le droit de la concurrence.

Monsieur Alain BAZOT, président de l'UFC - QUE CHOISIR, voit dans ce texte non contraignant une certaine inertie qu'il déplore.¹⁵

Il faut garder à l'esprit que la prudence et la réflexion s'imposent avant toute précipitation compte tenu de l'ampleur et des effets d'une telle procédure : il est déjà encourageant de voir nos institutions européennes se préoccuper du sujet sans pour autant s'immiscer directement dans le droit interne des États membres, eu égard à la diversité des systèmes juridiques en place.

Certes, les avis et les recommandations sont des actes non obligatoires à la différence des règlements, des directives et des décisions. Ils sont le plus souvent publiés au Journal officiel de la République française dans lequel sont publiés les lois et les règlements de l'Union européenne mais ce n'est pas une obligation.

Les recommandations sont des actes émis par la Commission européenne ou le Conseil de l'Union européenne.

Elles constituent une incitation pour les États membres à adopter un comportement particulier. La Cour de justice de l'Union européenne, consciente de l'importance des recommandations, estime que les juges nationaux sont tenus de les prendre en considération dans une acception interprétative.

L'avancée n'est pas si négligeable que cela, d'autant que la recommandation européenne du 11 juin 2013 donne¹⁶ :

- plusieurs définitions de notions inhérentes à ce type d'action, telles le recours collectif, le préjudice de masse, l'action en représentation, l'action collective de suivi, l'action en dommages et intérêts ;
- plusieurs principes communs tenant à la recevabilité préalable, au droit à la réputation ou à la valeur de l'entreprise de la partie défenderesse dans le cadre de la diffusion de

13 - Journal officiel de l'Union européenne du 26/07/2013 – Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'Union.

14 - Conformément à la résolution adoptée par le Parlement européen le 2 février 2012 « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif », dans laquelle il demandait que toute proposition en matière de recours collectif prenne la forme d'un cadre horizontal comprenant un ensemble de principes communs garantissant un accès uniforme à la justice au sein de l'Union par la voie du recours collectif.

15 - « ... je m'interroge sur les intentions européennes : y aura-t-il une fin aux attermoissements des pouvoirs publics

européens sur l'action de groupe ? Alors que la Commission européenne a entamé une réflexion depuis près de 10 ans sur le sujet avec moult livres verts et blancs, la Commission vient seulement d'émettre une timide recommandation en faveur des recours collectifs. Déception ! Deux ans après l'organisation d'une consultation qui avait recueilli près de 17 000 contributions de consommateurs français, j'attendais mieux qu'un texte non contraignant. Car la recommandation ne fait qu'inviter les États membres à prendre des mesures ; elle leur laisse deux années pour légiférer, avant d'agir elle-même. Bref c'est sans fin : il est urgent d'attendre ! Sous la précédente législature, l'argument tarte à la crème « Bruxelles doit d'abord légiférer » était le favori des ministres de la Consommation. Mais Bruxelles n'est décidément d'aucun secours, et la France est condamnée à devancer une législation européenne en la matière. Restons donc plus que jamais groupés pour que cette fois la promesse gouvernementale se concrétise enfin... » Blog A. BAZOT – 21/06/2013.

16 - Cf. note en bas de page n° 11 supra.

l'information, au remboursement des frais à la partie gagnante, au financement ;

- des principes propres aux recours collectifs en cessation ou en réparation : principe du consentement exprès (*opt in*), rémunération des avocats non incitative à engager des procédures judiciaires qui ne soient pas nécessaires dans l'intérêt des parties, interdiction des dommages et intérêts punitifs, modes alternatifs des conflits collectifs et transactions collectives mises en avant, financement des recours en réparation interdisant la rémunération du bailleur de fonds sur le montant atteint dans le cadre de la transaction ou sur la réparation accordée, établissement d'un rôle national des recours collectifs.

Le système français et le cadre européen ne sont pas propices aux dérives d'outre-Atlantique constatées dans l'exercice de l'action de groupe.

L'action de groupe a vocation à intégrer la France, qui en est à son 13^e projet depuis 2006, au travers du projet de loi « consommation » présenté en conseil des ministres le 2 mai 2013 par Monsieur Benoît HAMON, ministre délégué auprès du ministre de l'Économie et des Finances, chargé de l'économie sociale et solidaire et de la consommation.

Les députés ont adopté, le 3 juillet 2013, l'ensemble de ce projet de loi en première lecture, quelque peu complété dans le domaine de l'action de groupe par rapport au projet initial.

Il fait l'objet de nombreuses critiques, notamment sur le terrain des griefs d'inconstitutionnalité, mais également sur le domaine restreint qu'il s'est assigné, en parfaite contradiction avec les volontés initiales de l'exécutif.

Le MEDEF a proposé plusieurs amendements remis en vue de leur examen en séance publique au Sénat le 10 septembre 2013 et souhaite restreindre d'avantage le champ de l'action en supprimant la concurrence, avec une réparation ne portant que sur « *des petits litiges uniquement* ».¹⁷

Le seul amendement adopté pour l'instant est celui de la commission des lois indiquant que « *l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs* ». Le terme « *préjudice matériel* » qui était utilisé par le projet de loi était imprécis.

J'évoquerai dans un premier temps la nécessaire compréhension de la notion de l'action de groupe au regard des actions d'ores et déjà existantes en droit français impliquant plusieurs parties en vue de la défense d'intérêts collectifs ou d'intérêts individuels, et vous donnerai, à titre d'illustration, une approche synthétique de ce que l'actuel projet français, tel que voté le 13 septembre 2013, dans sa version transmise pour deuxième lecture à l'Assemblée nationale le 16 septembre 2013, consacre en terme de périmètre (I).

Dans un second temps, je vous ferai part des aspects procéduraux du projet (II), et vous inviterai à la réflexion sur les aspects financiers et les coûts qu'une telle institution appelle à étudier (III).

I - Du concept général au périmètre du projet français actuel

A. La nécessité d'une définition conceptuelle

La première question qui se pose est l'apport de l'action de groupe, en termes de concept juridique, dans le droit positif par rapport aux actions qu'il consacre déjà, impliquant plusieurs demandeurs dans le cadre d'une même instance.

La réponse à cette question se heurte à la confusion que les notions mêmes « *d'action de groupe* » ou de « *recours collectifs* » ou « *d'action d'intérêt collectif* », ou encore « *d'action en réparation conjointe* » génèrent... Plusieurs nuances existent entre ces expressions selon le sens que l'on donne au mot groupe ou au mot collectif.

Par ailleurs, l'action individuelle n'est-elle pas exercée aux côtés d'autres parties qui y ont un intérêt commun, de sorte que plusieurs parties engageront ensemble une action à l'encontre d'une ou de plusieurs autres parties ?

Plusieurs cas processuels existants doivent être rappelés pour mieux appréhender la notion de l'action de groupe.

1. La pluralité des parties

Il peut y avoir dans un même procès plusieurs demandeurs ou plusieurs défendeurs, ou encore pluralité de demandeurs ou de défendeurs.

S'agissant de la pluralité de demandeurs dans le même acte introductif d'instance, chacun agit en réalité pour soi : il n'y a pas de représentation collective ni de groupe, de même qu'il n'y a pas d'action dans le but de défendre un intérêt

17 - Propositions d'amendement du MEDEF sur le projet de loi sur la consommation.

collectif, quand bien même les parties auraient un intérêt commun à agir.

Lorsque la demande est formée par ou contre plusieurs cointéressés, chacun d'eux exerce et supporte pour ce qui le concerne les droits et obligations des parties à l'instance (article 323 du code de procédure civile « CPC »)

Les actes accomplis par ou contre l'un des cointéressés ne profitent ni ne nuisent aux autres, sauf certaines exceptions légales précises (article 324 du CPC).

Ainsi les exceptions de procédure ou les fins de non-recevoir soulevées par une partie ou soulevées contre une partie n'entraînent normalement pas d'effet à l'égard des autres parties : l'irrecevabilité de l'action d'une partie n'affecte pas l'action des autres parties.

Le défaut de capacité de l'une des parties au nom desquelles est délivré un acte n'affecte pas la validité de celui-ci à l'égard des autres parties au nom desquelles l'acte est régulièrement délivré¹⁸.

Il s'agit de la théorie des *litisconsorts*, bien distincte des actions collectives et des actions de groupe : il n'y a aucune représentation des membres d'un groupe, quand bien même il y aurait ici pluralité de parties agissant dans un intérêt commun.

2. Les vraies actions collectives : la défense de l'intérêt collectif

Le groupe peut rassembler plusieurs intérêts individuels et obtenir, au nom des personnes qu'il représente, la satisfaction de ces intérêts individuels.

Il peut également, au nom de la somme des intérêts individuels en présence, défendre un intérêt collectif, distinct des intérêts individuels en présence.

La notion d'intérêt collectif est extrêmement difficile à cerner, car il s'agit « d'une fiction nécessaire à la reconnaissance de l'action en justice »¹⁹.

Il s'agit d'une notion fonctionnelle, d'un concept dont le contenu est difficilement identifiable : il l'est d'autant moins qu'il recoupe souvent l'intérêt général.

Or il appartient au ministère public d'agir en justice en défense de cet intérêt général.

Quel est donc l'intérêt collectif lorsqu'il ne recoupe pas l'intérêt général ?

Évidence apparente : il s'agira d'un intérêt collectif privé, distinct des intérêts individuels de chacun des membres du groupe, bien que sa cause serve ces intérêts : il s'agira alors d'une cause à laquelle le droit positif n'entend pas reconnaître le caractère d'intérêt général. Certains écriront qu'il s'agit de la somme d'intérêts individuels.

En agissant en justice, le groupe qui agira au nom d'un intérêt collectif fera valoir un droit substantiel propre à la défense d'une cause qui sert une communauté d'intérêts individuels.

Le droit d'agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif se retrouve dans les actions exercées par les syndicats et les associations.

Un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 5 avril 1913²⁰ a reconnu largement le droit pour les syndicats « de se porter partie civile relativement aux faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

Cette formule fut reprise dans la loi du 12 mars 1920, devenu l'article L. 411-11 du code du travail, puis l'article L. 2132-3 du même code.

Selon une jurisprudence ancienne et constante une association peut défendre en justice les intérêts de ses membres, et pour reprendre la formule de la Cour de cassation « elle peut faire par voie d'action collective, ce que chacun de ses membres peut faire à titre individuel ».²¹

L'association doit défendre la somme des intérêts individuels de ses membres, mais non leurs intérêts individuels, car ils seraient alors pris séparément au titre d'une représentation individuelle groupée.

L'illustration la plus caractérisée dans notre droit français est l'évolution de la législation au sujet du droit d'agir en justice des associations de consommateurs.

Refusé aux organisations de consommateurs jusqu'en 1973, l'article 46 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 autorisa ce droit d'action, cantonné néanmoins par une interprétation restrictive de la Cour de cassation, dans un premier temps, à l'action civile en réparation d'un dommage causé par une infraction pénale²².

18 - Cass. civ. 2^e, 25 fév. 2010 : Dr. et proc. 2010.177

19 - Droit judiciaire privé – Jacques HERON – 3^e édition par Thierry LE BARS.

20 - D.P. 1914, I, 65, note NAST.

21 - Civ. 23 juil. 1918. D.P. 1918, I, 52.

22 - Cass. civ. 1^{re}, 16 janv. 1985, n° 83-14.063.

La troisième chambre civile a amorcé une évolution permettant à une association, même non agréée, d'agir en justice au nom d'intérêts collectifs, dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social²³.

Abrogeant l'article 46 de la loi du 27 décembre 1973, la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 (code de la consommation – articles L. 421-1 et s.) a défini un cadre nouveau qui distingue entre les différentes actions en justice pouvant être exercées par les associations de consommateurs agréées.

La notion d'intérêt collectif étant difficile à cerner, car abstraite et à vocation fonctionnelle, il est difficile d'apprécier la réparation du préjudice collectif, surtout lorsqu'il s'agit de demander la réparation d'un préjudice matériel, ce préjudice devant être distinct de celui des consommateurs (p. ex. : charge des frais qui s'imposent à l'association dans sa mission de protection des consommateurs et qui découlent directement des fautes incriminées, frais liés à l'information des consommateurs, etc.).

L'indemnité sera, à l'issue de l'action en défense de l'intérêt collectif, allouée non pas aux consommateurs victimes, mais à l'association demanderesse elle-même.

Le législateur, il convient de le rappeler, a autorisé une personne physique à exercer une action collective : l'action *ut singuli* en droit des sociétés, contre le mandataire social fautif. La réparation revient néanmoins à la seule société, car l'action d'un associé à l'encontre du dirigeant aux fins d'être indemnisé d'un préjudice personnel est distincte et répond à des conditions plus difficiles à réunir, notamment en ce qui concerne le préjudice.

Il n'y a donc pas ici d'action groupée initiée par une entité représentant les membres d'un groupe aux fins d'obtenir une réparation au profit de chacun d'eux.

Il faudra attendre, en France, l'action en réparation conjointe, dont l'effet escompté n'a manifestement pas trouvé le jour.

3. L'action en réparation conjointe : l'échec

La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 a ajouté à la loi du 5 janvier 1988 les articles 8-1 à 8-3 qui instituent une action en réparation conjointe : lorsque plusieurs consommateurs ont subi des préjudices individuels causés par le même fait d'un même professionnel et ayant une origine commune, deux au moins de ces consomma-

teurs peuvent donner mandat d'agir en leur nom, en réparation du préjudice, devant toute juridiction, à une association agréée et reconnue représentative sur le plan national.

Il faut donc impérativement un mandat écrit pour chaque consommateur représenté.

L'association ne peut introduire aucune action sans être mandatée, mais encore, et mesure phare, il lui est interdit de solliciter des mandats (article L. 422-1 du code de la consommation).

La publicité est donc exclue. Seul l'appel par voie de la presse est autorisé, Internet étant clairement exclu, la presse, selon la Cour de cassation, n'étant pas l'Internet²⁴.

L'acte introductif d'instance doit contenir, notamment, les noms, prénoms et adresse de chacun des consommateurs pour le compte desquels l'association agit (article R. 422-8 C. consom.).

Il n'existe donc pas ici de groupe inorganisé de personnes placées dans une situation juridique comparable. L'autorité de la chose jugée conservera ici sa force de principe.

Seule la notion de représentativité aux fins d'obtenir judiciairement la réparation de chacun des membres du groupe organisé sera nouvelle comme exception au principe « *nul ne plaide par procureur* ».

Cette action ne se confond pas avec le régime procédural de la pluralité des parties, bien que chacun des consommateurs mandants soit porté à l'acte introductif d'instance.

Elle n'a par ailleurs pas vocation à réparer un préjudice collectif, au nom d'un intérêt collectif.

L'avancée de cette nouvelle institution n'a pas marqué : seulement cinq affaires depuis 1992²⁵...

En l'absence de droit à solliciter des mandats par publicité, tract, affichage et Internet, la capacité des associations à rassembler un grand nombre de consommateurs est très limitée, voire inefficace, et trop compliquée à mettre en œuvre.

Certaines associations ont elles-mêmes dénoncé cette procédure²⁶...

23 - Cass. civ. 3^e, 26 sept. 2007, RLDC 2008/47, n° 2900.

24 - Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 2011, Contrats, con., consom. 2011, comm.201, note Raymond G.

25 - Vente de meubles par démarchage ; la fourniture de cours de soutien scolaire par démarchage à domicile ; certaines prestations d'un voyageur ; des prêts de financement immobilier remboursables par cession d'assurance vie ; des prêts affectés au financement d'abonnement dans un club de sport.

L'action de groupe aura donc pour objectif de dépasser le cadre très restrictif de la procédure en représentation conjointe afin de permettre à un plus grand nombre d'y avoir accès.

4. Proposition de définition de l'action de groupe

Par déduction négative des actions décrites *supra*, nous pensons pouvoir, s'agissant de l'action de groupe, approcher le projet de définition suivant.

L'action de groupe est exercée par une personne physique ou morale pour représenter en justice, dans le cadre d'une instance unique, un groupe inorganisé (notion de masse avec appel à la constitution du groupe, celui-ci n'étant pas constitué, encadré ni organisé *ab initio*) de personnes placées dans la même situation juridique, à l'encontre d'une entité déterminée par la loi, aux fins d'obtenir l'indemnisation individuelle de chacun de ses membres, dans les domaines, selon les conditions, les limites et les modalités prévues par la loi.

Que nous offre le projet de loi français actuellement en examen et en seconde lecture à l'Assemblée nationale ?

B. Champ d'application *rationae materiae*

1. Domaines

L'article 1^{er} du chapitre I du projet de loi relatif à la consommation, tel que voté par le Sénat le 13 septembre 2013, prévoit de compléter le titre II du livre IV du code de la consommation par un chapitre III intitulé « *Action de groupe* ».

Le vocable ainsi choisi rejoint l'appellation britannique et italienne. L'action collective, l'action de classe, le recours collectif, l'action de masse ne sont pas retenus.

Le projet de section I de ce nouveau chapitre III traite du champ d'application de l'action de groupe et de la qualité pour agir.

Le projet du nouvel article L. 423-1 du code de la consommation, est en l'état de la rédaction actuellement en examen à l'Assemblée nationale, le suivant :

« Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée

en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles :

1° À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ;

2° 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.

L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs.

Lorsque plusieurs associations introduisent une action portant sur les mêmes faits, elles désignent l'une d'entre elles pour conduire celle qui résulte de la jonction de leurs différentes actions. À défaut, cette désignation est effectuée par le juge. »

Le MEDEF a proposé plusieurs amendements, dont la suppression du domaine de la concurrence dans le champ d'application de l'action de groupe, estimant que ce champ doit être limité à la consommation.

Le MEDEF estime qu'à la différence des États-Unis qui ont décidé de privilégier l'action privée (*private enforcement*) pour faire respecter le droit de la concurrence, l'Union européenne, et donc la France, ont fait le choix de l'action publique (*public enforcement*). Les systèmes communautaire et français présentent ainsi l'avantage de reposer sur une véritable politique de la concurrence sur un réseau efficace des autorités communautaires et nationales de concurrence.

L'Autorité de la concurrence peut être saisie par les personnes privées, les entreprises et les organisations de consommateurs aux fins de faire sanctionner les comportements anticoncurrentiels et elles la saisissent.

La réparation de ces contentieux serait regroupée au sein de huit tribunaux de commerce et de grande instance et en appel devant la cour d'appel de PARIS.

Pour autant, si la réparation individuelle est effective au travers de l'action individuelle, qu'en est-il de la réparation de groupe que propose l'action de groupe ?

L'état actuel du droit ne le permet pas dans le domaine de la concurrence.

Le seul amendement adopté pour l'instant est celui de la commission des lois indiquant que « *l'action de groupe ne peut porter que sur la répa-*

26 - « Cela démontre son inadéquation aux litiges de masse »
- UFC Que Choisir.

ration des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ».

Le Sénat a refusé de retirer le domaine de la concurrence et a refusé d'étendre le dispositif des actions de groupe aux domaines de l'environnement, de la santé et de la finance.

Certains voient en ces exclusions du champ d'application de l'action de groupe une violation du principe constitutionnel de responsabilité (article 4 de la DDHC – principe rappelé par le Conseil constitutionnel²⁷) ainsi que du principe d'égalité devant la loi : aucun motif d'intérêt général ne justifierait une telle conception restrictive des champs de réparation grâce à l'action de groupe.

Plus largement, dans le domaine de la santé, l'actualité démontrerait, selon les partisans d'un champ élargi, toute l'utilité de l'action de groupe et les facilités qu'elle aurait accordées aux victimes, par exemple du médiateur, de l'amiante, des implants PIP. L'affaire « Spangherro », mettant en exergue une malveillance sanitaire et alimentaire, aurait dû permettre, par l'action de groupe, aux nombreuses victimes concernées d'obtenir réparation.

En matière environnementale, bien que sur l'aspect sériel de préjudices matériels une action de groupe en la matière pût se concevoir, elle se heurterait à la complexité des contentieux et procédures, selon notamment que l'on se place dans un régime de droit privé ou de droit public.

Interviewé sur le sujet, M^e Christian HUGLO n'est pas réticent à une extension dans le domaine de la santé, mais reste réservé à l'égard d'une extension au droit de l'environnement :

« Précisément sur le point, les class actions à l'américaine dans l'affaire de l'Amoco Cadiz ont échoué. Car les avocats américains qui étaient chargés de cette procédure parallèle à la nôtre, n'ont cherché à servir que leurs intérêts propres. Un avocat ne doit pas être propriétaire de la cause qu'il défend, il doit toujours rendre des comptes sur les moyens qu'il emploie et le but qu'il poursuit. Le système de la class action est donc à bannir. En France, un projet de loi sur les aspects droit de la consommation et droit de la santé rendrait un grand service, et d'après les échos que je reçois, il semble que dans les projets du gouvernement, ce ne soit pas vraiment l'optique recherchée. Dans le domaine de l'environnement en l'état, on peut faire de grandes choses avec les associations, surtout

lorsqu'elles s'allient avec les collectivités publiques. »²⁸

Le principe constitutionnel d'égalité serait également heurté par ce domaine restreint : l'article 6 de la DDHC dispose notamment que « si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales²⁹... ».

La restriction du champ proposé ne se retrouve pas que dans les matières de droit : le champ de responsabilité est également très étroit : un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles.

Force est de constater que le projet restreint la cause à un seul professionnel, un seul responsable. Or, la réparation peut naître de plusieurs causes. Le texte méconnaît la pluralité des causes, des responsables et de l'obligation *in solidum*.

S'agirait-il d'un régime suggérant la causalité adéquate, alors que l'équivalence des conditions place sur le même plan toutes les circonstances qui ont concouru à la survenance du dommage (chacune en est la condition, car sans elle le dommage ne serait pas survenu) ?

Le texte limite également la responsabilité à la faute : le manquement. La responsabilité objective est écartée (responsabilité du fait des choses).

Or le manquement à une obligation légale ou contractuelle se distingue de la responsabilité légale ou contractuelle : en l'absence de manquement à une obligation légale ou contractuelle, la responsabilité légale objective, c'est-à-dire sans faute, peut être recherchée.

La responsabilité du fait des choses (article 1384 du code civil) paraît donc hors champ de l'action de groupe.

La responsabilité du fait des produits défectueux pose un problème plus délicat : le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime (article 1386-1 du code civil).

La responsabilité est de plein droit, même sans faute : les articles 1386-10 et 1386-11 du code civil sont clairs à cet égard. S'il s'agit d'une responsabilité objective sans faute, peut-on alors

27 - Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010.

28 - 22 minutes.fr – publiée le 22 avril 2013.

29 - Décision n° 2011-213 QPC du 27 janvier 2012.

considérer que la responsabilité du fait des produits défectueux rentre dans le champ d'application de l'action de groupe ?

Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre (article 1386-4 alinéa 1).

La simple implication d'un produit dans la réalisation d'un dommage ne suffit pas à établir son défaut au sens de l'article 1386-1³⁰. L'implication et la garde permettraient d'engager la responsabilité du gardien de la chose, sans aucune faute de sa part, sur le régime de la responsabilité objective de l'article 1384 du code civil.

La notion de sécurité prévue par le texte apporte une nuance importante.

La sécurité, hors contrat, constitue bien une obligation légale. Dès lors que l'utilisateur victime aura démontré que le produit ne répond pas à cette sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, le manquement à cette obligation légale sera caractérisé.

Cette responsabilité peut donc, à notre sens, intégrer le champ d'application de l'action de groupe. L'impact pour les entreprises est donc important.

Cependant, le champ de l'action de groupe se restreint, dans le domaine légal ou contractuel, à la vente de biens ou de services : *quid* des manquements en matière de location, de location avec option d'achat, de crédit-bail ?

Dans la chaîne de personnes responsables en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, si le producteur ne peut être identifié, sont visés le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre professionnel (article 1386-7 du code civil).

Le loueur ne serait donc pas inquiété par l'action de groupe en la matière, puisque le texte de l'article L. 423-1 1^o prend le soin de préciser « À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services », alors qu'il le serait dans le cadre d'une action individuelle ou plurale... Le principe d'égalité devant la loi risque de poser problème.

La consommation limite par ailleurs sensiblement le champ de l'action, comme nous le verrons *infra*, et a notamment pour conséquence d'exclure les tiers au contrat, sauf cas de responsabilité légale telle la responsabilité du fait des produits défectueux.

2. Définition du consommateur

Le projet de loi du 2 mai 2013 n'innove pas que dans la consécration de l'action de groupe, mais notamment en ouvrant le code de la consommation par une définition générale du consommateur.

L'article 3 de ce projet prévoit qu'avant le livre I^{er} du code de la consommation, sera ajouté un article préliminaire ainsi rédigé :

« Au sens du présent code, est considéré comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. »

La Cour de cassation a manifesté sa préférence pour la notion communautaire qui restreint la définition du consommateur aux seules personnes physiques.

L'arrêt ainsi rendu le 2 avril 2009 par la première chambre civile³¹ est d'autant plus significatif qu'il a été rendu pour l'application de l'article L. 136-1³² avant sa réforme de 2008 qui en a élargi le bénéfice à la catégorie des non-professionnels, ce qui pouvait englober les entreprises, dès lors qu'elles n'avaient pas agi en rapport direct avec leur activité professionnelle.

Comme le fait remarquer Monsieur le professeur Gilles PAISANT³³ : « Si, lors de la codification de 1993, aucune définition générale du consommateur n'y a été introduite, c'est parce que le législateur de l'époque avait souhaité que ce travail se réalisât à droit constant, c'est-à-dire sans ajouts ni retraites... Dans ce contexte, la définition projetée ne pourrait qu'ajouter à la cacophonie existante. Il est tout à fait clair, en effet, que les différents textes qui composent actuellement le code de la consommation n'ont pas tous le même domaine d'application. »

Le caractère peu opportun de l'adoption d'une définition générale, au regard de la diversité des domaines traités dans le code de la consommation pour lesquels certains concer-

30 - Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 2009 : CCC 2010, n^o 61.

31 - Cass. civ. 1^{re}, 2 avr. 2009, JCP G 2009, note 238.

32 - Reconstitution des contrats, obligation d'information du consommateur par écrit par le professionnel prestataire. Le dernier alinéa de l'article L. 136-1 du code de la consommation, ajouté par la loi n^o 2008-3 du 3 janvier 2008, a précisé que ses dispositions sont applicables aux consommateurs et aux non-professionnels.

33 - Vers une définition générale du consommateur dans le code de la consommation ? - Gilles PAISANT - JCP G - n^o 22 - 27 mai 2013.

nent les non-professionnels³⁴, se ressent d'autant plus que le projet restreint sensiblement le champ d'application de l'action de groupe, puisque le non-professionnel n'y sera pas invité.

La notion de consommateur est pourtant fonctionnelle, protéiforme.

Le patient est-il un consommateur de soins ?
Les investisseurs sont-ils des consommateurs ?
La doctrine est partagée.

Le domaine est donc conçu à *minima*.

C. Champ d'application au regard des préjudices indemnisables

Selon Monsieur le professeur CARBONNIER : « Il faut réparer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve ».

Le rapport de Mario Monti, du 9 mai 2010 (« Nouvelles stratégies pour le marché unique »), réalisé pour le compte de la Commission européenne, cite une étude économique (« *d'experts* ») selon laquelle les indemnités non recouvrées dans l'Union, donc les préjudices pour lesquels des victimes ne sont jamais indemnisées, atteindraient un montant de vingt milliards d'euros par an³⁵.

Le projet de texte voté par le Sénat pose le champ suivant :

« L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs » - article L. 423-1 alinéa 2.

Liquidation des préjudices et exécution :

« Art. L. 423-5. – Le professionnel procède à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur dans les conditions et limites fixées par le jugement visé à l'article L. 423-3.

« Art. L. 423-6. – Le juge ayant statué sur la responsabilité tranche les difficultés qui s'élèvent entre l'association, le professionnel ou les consommateurs à l'occasion des phases d'adhésion au groupe et de liquidation des préjudices.

Il statue dans un même jugement sur toutes les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit. »

« Art. L. 423-7. – L'association requérante représente les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins de l'exécution forcée du jugement mentionné au second alinéa de l'article L. 423-6. ».

La notion de préjudice matériel :

Le code civil ne contient aucune définition du préjudice.

Le *dommage* désigne à proprement parler la lésion subie, tandis que le *préjudice* est l'effet ou la suite du dommage.

Le préjudice matériel est traditionnellement défini comme étant une atteinte à un intérêt, distinct du préjudice corporel, moral et des préjudices extrapatrimoniaux (droits de la personnalité).

Il est constitué par une atteinte au patrimoine :

- la perte est prouvée, c'est le « *DAMNUM EMERGENS* ».
- le gain manqué ou « *LUCRUM CESSANS* » : c'est le bénéfice futur dont le patrimoine aurait dû normalement s'accroître. Seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable³⁶. Le caractère direct et certain de la perte de chance est accueilli chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable³⁷ (les chances de succès d'une action judiciaire par exemple en matière de responsabilité du conseil).

Article 1149 du code civil : Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

Article 1150 du code civil : Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.

Article 1151 du code civil : Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui

34 - Par exemple les clauses abusives : article L. 132-1 ; l'interprétation des conventions : article L. 133-2 ; sur les contrats de services électroniques : article L. 121-85.

35 - Rapport MONTI, « Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes », 9 mai 2010, http://ec.europa.eu/bepa/expertise/visitor-programs/mario_monti/index_fr.htm.

36 - Cass. civ. 1^{re}, 21 nov.2006 : Bull.civ. I, n° 498.

37 - Cass. civ.1^{re}, 22 mars 2012 : D. 2012.877.

est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

1. Le principe de réparation

En droit français, tout préjudice est réparable pourvu qu'il soit direct et certain.

Il convient de rappeler les principes fondamentaux applicables :

Principe de la réparation intégrale du préjudice, dont certains estiment qu'il constitue un principe à valeur constitutionnelle et qui, dans tous les cas, est un grand principe du droit, lequel :

- impose au juge de prendre en compte tous les préjudices ;
- interdit, en principe, l'attribution de dommages et intérêts punitifs.

Principe du pouvoir souverain du juge du fond en matière d'évaluation des préjudices.

Selon la Cour de cassation, « la réparation du préjudice impose de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ». ³⁸

Si l'objet est clair, rien n'est dit de la méthode à suivre.

Il s'agit donc de rétablir l'équilibre détruit par le dommage, de réparer le dommage et non de sanctionner la faute (sauf exception depuis 2007 en matière de contrefaçon et de faute lucrative).

Le préjudice est donc égal à la différence entre la situation réelle et une situation théorique (le contrefactuel).

Le principe de la réparation intégrale impose un diagnostic rétrospectif et déductif : la reconstitution d'un passé qui n'a pas eu lieu et d'un avenir qui ne sera jamais.

L'évaluation impose donc de qualifier et de déterminer cet écart :

- sans qu'il n'y ait de corrélation financière systématique entre la cause du sinistre (la faute) et ses effets (dommages) ;
- avec la contrainte liée, dans la production des pièces justificatives, au secret des affaires.

L'exclusion des dommages et intérêts punitifs est le corollaire du principe de réparation : on ne sanctionne pas la faute.

Cela est illustré par un arrêt de décembre 2010 rendu par la 1^{re} chambre civile ³⁹.

Une société française avait vendu un voilier à des acheteurs américains, voilier livré en Californie. Se plaignant de défauts qui auraient été mal réparés après la tempête de 1999, les acheteurs ont agi aux États-Unis contre le vendeur et obtenu une décision condamnant celui-ci au remboursement du prix du bateau et des réparations et à des dommages-intérêts punitifs représentant plus du double de la somme totale.

Ils ont demandé l'*exequatur* en France de la décision qui a été refusée pour contrariété à l'ordre public international français.

Par cet arrêt du 1^{er} décembre 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé :

« que si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ;

que la cour d'appel a pu en déduire que le montant des dommages-intérêts était manifestement disproportionné au regard du préjudice subi et du manquement aux obligations contractuelles de sorte que le jugement étranger ne pouvait être reconnu en France ; que le moyen ne peut être accueilli ».

Dans l'arrêt commenté, la première chambre affirme de façon claire que le principe de dommages-intérêts punitifs n'est pas, en lui-même, contraire à l'ordre public, mais elle en subordonne la reconnaissance au critère de proportionnalité et de gravité du manquement contractuel.

Il est intéressant de relever que la cour d'appel, pour décider que la condamnation étrangère était contraire à l'ordre public international français, s'était fondée sur :

- le principe de la réparation intégrale du préjudice, principe selon lequel la victime doit être replacée dans la même situation que celle qui était la sienne avant la survenance du dommage ;
- le principe selon lequel le montant de la réparation ne varie pas en fonction de la gravité des fautes ou la situation financière de l'auteur du dommage ;

38 - Cass. civ. 2^e, 28 oct.1954.

39 - Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, pourvoi n° 09-13.303.

- le principe de proportionnalité des délits et des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le pourvoi critiquait l'approche suivie en développant l'idée que le droit français de la responsabilité civile connaît des hypothèses de peine privée avec, par exemple, les astreintes, les clauses pénales, les amendes civiles.

Cet arrêt peut être rapproché d'un arrêt du 28 janvier 2009⁴⁰ dans lequel la première chambre civile a accordé l'exequatur à une décision américaine liquidant une astreinte à laquelle avait été condamnée une partie, pour l'obliger à exécuter des décisions judiciaires dont elle ne voulait pas tenir compte pour une somme très élevée :

« mais attendu qu'ayant relevé que les détournements qui étaient reprochés à M. X... étaient évalués à 200 millions de dollars US, c'est sans méconnaître l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, que la cour d'appel a pu en déduire que le montant de l'astreinte liquidée n'était pas contraire au principe de proportionnalité ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

Ce n'est pas l'institution étrangère elle-même qui est en cause, mais la proportion du montant de l'astreinte.

De plus, le considérant 32 du préambule du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit « Rome II »), entré en vigueur le 11 janvier 2009, énonce que :

« L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'État membre de la juridiction saisie ».

Ce texte ne s'appliquait pas en l'espèce, mais il permet de voir quelle est l'approche européenne en la matière, et la possibilité de considérer, dans certaines circonstances, que des dommages-intérêts punitifs sont contraires à l'ordre public du for s'ils sont excessifs.

Le projet s'inscrit donc dans le cadre des principes prônés par la recommandation européenne du 23 juin 2013.

Il n'existe aucun plafond dans le projet de texte actuel, contrairement au projet d'amendement du MEDEF.

Faut-il un seuil et limiter aux petits montants la réparation ? La réponse est négative dans le projet en examen.

Les associations précisent qu'elles ne plaident pas pour un montant minimal, pour autant, la difficulté tiendra à la preuve des préjudices allégués : concrètement, les consommateurs gardent-ils les factures, documents, contrats ? On imagine aisément la difficulté en matière de communications téléphoniques...

S'agissant de montants importants, l'expertise judiciaire n'aura-t-elle pas une place tout autant privilégiée qu'elle l'a dans l'administration de la preuve lorsqu'elle s'inscrit dans une action individuelle ? La problématique procédurale serait alors patente compte tenu des règles en matière d'expertise judiciaire, notamment au regard du principe du contradictoire, lorsque le groupe n'est pas encore constitué. Une expertise par individu et, d'ailleurs, à l'égard de qui ?

Assurément non.

Pourtant les droits de la défense devraient permettre au défendeur attaqué de se prévaloir du fait de la victime comme diminuant la réparation qu'elle demande, voire comme cause exonératoire de responsabilité, conformément aux grands principes de la responsabilité civile française.

Un évident souci de pragmatisme impose le caractère sériel des préjudices matériels, que l'on doit retrouver à poste identique auprès de chaque membre du groupe, l'*opt-in* étant à l'évidence et indéniablement le système le moins propice aux difficultés d'évaluation et de personnalisation des réparations.

Le projet exclut les préjudices matériels qui pourraient découler de préjudices corporels : seuls les préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels sont pris en compte par l'action de groupe.

Pourtant la difficulté d'évaluation n'est pas si accentuée en matière de santé lorsqu'il s'agit d'établir les seules dépenses matérielles de santé, tel le coût des logements et/ou des véhicules adaptés, consécutives à des préjudices physiques corporels.

Il est vrai que de graves dommages corporels peuvent résulter d'un même produit défectueux

40 - Bull. 2009, I, n° 15, pourvoi n° 07-11.729 ; D. 2009, p. 2392.

(médiator, vaccin de l'hépatite B, le sang contaminé...).

Il en est de même s'agissant de la cause environnementale (exemple de l'amiante). Le préjudice écologique peut se répercuter sur le corporel et ce préjudice corporel peut être un préjudice de masse.

Ces coûts seraient pourtant fonction du corporel, lequel ne peut être envisagé comme étant de nature sérielle, mais bien individuelle : même en masse, les victimes n'ont pas toutes subi exactement les mêmes préjudices et atteintes. Chaque cas doit donc être examiné.

On peut donc comprendre que l'action de groupe, dont on veut qu'elle permette de réagir vite et en masse, ne soit pas appropriée à ce type de réparation, ne serait-ce que d'un point de vue procédural : imaginons le nombre de dires et d'experts en cas d'expertises médicales...

Il est en revanche regrettable que les entreprises ne puissent pas bénéficier de l'action de groupe en qualité de victime.

La sérialité de préjudices de faibles montants dont elles ne demandent pas, à titre individuel, réparation est beaucoup plus palpable s'agissant de préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels subis par une entreprise eu égard au comportement fautif d'une même entité. La restriction consumériste du projet écarte pourtant toutes les PME, TPE, PMI et TPI.

Au nom de l'égalité et de l'équilibre, est-il concevable que seules les personnes morales soient attaquables par le biais de l'action de groupe, en leur qualité de professionnel, alors qu'elles ne peuvent pas en bénéficier en qualité de demandeur ? Rien ne le justifie.

2. La réparation des autres préjudices

Les préjudices corporels, moraux, d'image feront l'objet d'une réparation suivant une action distincte individuelle, et selon le régime de droit commun prévu par le CPC.

Il convient donc de limiter les développements de ce paragraphe à la précision suivante : le projet prévoit que l'action de groupe suspend la prescription des actions individuelles, le délai commençant à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle, selon le cas, le jugement rendu en application des articles L. 423-3 ou L. 423-4-1 n'est plus susceptible de recours ordinaire ou de pourvoi en cassation ou de l'homologation prévue à l'article L. 423-9.

3. L'impact de la publicité

La question de la publicité constitue un élément majeur dans le cadre de la protection des entreprises : la réputation et l'image de marque.

Or, la publicité d'une action en justice, avant condamnation définitive, est une sanction injustifiable, même si cela entraînera une problématique au niveau de la preuve (durée de la procédure et constitution tardive du groupe et absence en France de procédure de *discovery*).

Le système prévu par le projet en examen prévoit une publicité postérieure au jugement qui a irrévocablement force de chose jugée.

« Art. L. 423-3.- Dans la même décision, le juge constate que les conditions de recevabilité mentionnées à l'article L. 423-1 sont réunies et statue sur la responsabilité du professionnel. Il définit le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement... »

16- « Le juge ordonne, aux frais du professionnel, les mesures adaptées pour informer, par tous moyens appropriés, les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe, de la décision rendue. »

17- « 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 voies de recours ordinaires et de pourvoi en cassation. »

18- « Le juge fixe les délais, qui ne peuvent être inférieurs à deux mois ni supérieurs à six mois à compter des mesures de publicité ordonnées par lui, et les modalités selon lesquelles les consommateurs peuvent adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice... »

L'état de la jurisprudence est le suivant :

- La publication ou la dénonciation d'une action en justice, n'ayant pas donné lieu à une décision, ou d'une menace d'action est fautive (dénigrement) : Cass. com., 12 mai 2004, n° 02-16.623.

- La publicité d'une décision ne constitue pas une faute, mais peut être dénigrante et même constituer un trouble manifestement illicite, si elle est faite dans des conditions abusives (information incomplète ou accompagnée de commentaires malveillants ou hostiles) ou à des fins déloyales : Cour d'appel de Versailles, 13 décembre 2011, n° 10/08163.

- Les recommandations de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données

personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence prônent un nécessaire équilibre entre le caractère public d'une décision et les droits et libertés des justiciables : « C'est là que réside la véritable « révolution » provoquée par Internet, laquelle nécessite que des précautions particulières soient prises afin de préserver la vie privée des personnes : ce qui est techniquement possible lorsqu'une recherche documentaire via Internet est entreprise sur RABELAIS, l'est aussi lorsqu'il s'agit de se renseigner sur un candidat à l'emploi, à un logement ou à un crédit, sur un voisin ou un proche et ce, à l'insu des personnes concernées. Le juste équilibre entre le caractère public d'une décision de justice et les droits et libertés des personnes concernées ». ⁴¹

La publication d'une action de groupe engagée à l'encontre d'une entreprise avant que les faits qui lui sont reprochés ne soient jugés de manière irrévocable ternit immanquablement son image et peut générer des conséquences commerciales et économiques graves à son encontre.

Pour autant, le temps d'obtenir une décision irrévocable (délai de pourvoi en cassation expiré ou arrêt de la Cour de cassation rendu) est considérable : le groupe devrait attendre tout le temps de cette procédure pour se constituer et entrer par la suite dans la phase procédurale d'indemnisation. Autant dire que l'espoir de simplicité et de rapidité de l'action de groupe serait totalement anéanti.

Quel équilibre trouver entre l'impact de la publicité sur l'image de l'entreprise poursuivie et le souci de ne pas aboutir à une procédure d'indemnisation vidée de tout intérêt de par le temps qu'elle demanderait ?

Le projet ne prévoit pas de phase préalable de recevabilité, c'est-à-dire de décision préalable de recevabilité.

Une publication au stade de la décision de recevabilité irrévocable pourrait être accompagnée de mentions légales obligatoires, à peine de sanctions, précisant l'objet et les conséquences de cette publication, et prévoyant de manière visible que cette publication constitue en aucun cas un jugement sur le fond et qu'elle ne permet aucunement d'anticiper sur la responsabilité de l'entreprise visée tant qu'aucune décision irrévocable ne sera rendue.

Le projet actuel est malheureusement non abouti sur ce point très important, d'autant que les phases procédurales de la constitution du groupe et de l'action du groupe constituent une vraie nébuleuse susceptible de porter atteinte au principe constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité à la loi.

II - Aspects procéduraux de l'action de groupe

Il s'agira d'un lourd contentieux impliquant une instance longue, avec à la clef des demandes de mesures d'instruction possibles, sauf à sérieusement limiter le champ des préjudices réparables, de telle sorte qu'aucune investigation technique ne serait nécessaire pour éclairer le tribunal.

Qui a qualité pour agir ?

Une compétence technique en matière procédurale s'impose car les phases avant examen sur le fond doivent permettre de purger en amont l'instance de tous les problèmes de procédure, recevabilité incluse, même si l'examen de la recevabilité ne constitue pas une phase d'examen des exceptions de procédure, les fins de non-recevoir n'étant pas des exceptions de procédure.

À quelle juridiction reconnaître la compétence matérielle et territoriale en la matière ?

Tels sont les points abordés dans cette seconde partie.

A. Une action réservée aux seules associations de consommateurs agréées ?

Dans le cadre de sa campagne électorale, le Président de la République rassurait le citoyen quant au plein exercice de ses droits, par sa volonté, et celle de son équipe, à voir naître l'action de groupe en France :

« Tout l'intérêt d'une action de groupe réside dans la possibilité pour des citoyens, victimes d'un même préjudice, de s'unir pour poursuivre collectivement une personne morale. La réserver à des associations de consommateurs, qui peuvent tenter quatre types d'actions en justice, reviendrait à ôter tout intérêt à cette action de groupe. Au contraire, notre volonté est de permettre à tout citoyen de pouvoir, grâce à une action collective, faire respecter ses droits. L'action de groupe sera donc introduite tant au pénal qu'au civil. [...] notamment en matière de consommation, d'environnement, de santé publique, de concurrence ou de construction. Des victimes d'un même préjudice pourront obtenir réparation au lieu de renoncer

41 - Délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.

faute de pouvoir se lancer seules dans une procédure compliquée et coûteuse. »

Messieurs MONTEBOURG et AYRAULT proposaient en 2007 et 2009 un champ large ouvert aux personnes physiques et aux personnes morales.

C'est tout l'inverse qui est proposé...

Est-ce vraiment renforcer le droit à agir, singulièrement diminué dans son acception individuelle pour les raisons de coût, d'enjeu, de lenteur que l'on connaît face à des entités poursuivant leurs pratiques en toute impunité, que de réserver l'ouverture d'une action de groupe aux seules associations de consommateurs agréées ?

Pour quelles raisons les personnes morales en sont-elles exclues en qualité de bénéficiaires ?

N'y a-t-il pas des entreprises personnes morales qui peuvent, placées dans une même situation juridique, souffrir d'un même acte répréhensible ?

Réserver l'action aux seuls consommateurs est trop restreint d'autant que le projet de loi souhaite donner une définition restrictive du consommateur en préambule du code de la consommation⁴².

Les entreprises ne pourront jamais faire valoir leurs droit dans le cadre d'une action de groupe qui pourrait pourtant servir également à d'autres victimes, consommateurs ou non, des mêmes faits.

L'action de notre cabinet face à EDF donne un exemple intéressant : factures de résiliation et de conclusion de nouvel abonnement en fourniture de gaz auprès d'EDF, puis menace de coupure d'électricité pour non-paiement de factures de gaz injustifiées... Le forçage de résiliation et de conclusion de contrat était caractérisé.

Devant le tribunal de commerce de PARIS, la responsabilité fut reconnue⁴³ et le jugement non attaqué en appel : pour 220,42 euros d'enjeu (montant illégalement facturé), 5.000 euros de dommages et intérêts et 3.000 euros d'indemnité pour frais irrépétibles.

Il est plus que vraisemblable que d'autres personnes, physiques ou morales, aient été victimes de telles pratiques après la disparition du monopole GDF. Le caractère sériel du préju-

dice matériel du fait de tels agissements n'est pas difficile à établir : la surfacturation.

Les personnes morales comme les personnes physiques sont concernées par les litiges de faible montant, et l'action de groupe en pareille hypothèse dissuaderait de telles pratiques et permettrait à d'autres personnes qui n'ont pas souhaité dans un premier temps agir seules, de se joindre au groupe.

Il ne faut pas y voir un danger pour l'entreprise dès lors que l'entreprise peut elle-même en bénéficier et dès lors que des garanties procédurales sont données.

Pourquoi avoir évincé l'avocat des personnes susceptibles d'initier l'action de groupe ?

Les règles françaises de la profession d'avocat en font une profession responsable et sécuritaire, aucun frein ne devrait également relancer les méfiances quant au fait que cette action soit initiée, engagée, suivie et défendue par l'avocat.

La diversification des métiers de l'avocat en France le confirme assurément : l'avocat lobbyiste, fiduciaire, agent sportif, conseil informatique et libertés, médiateur, arbitre, mandataire en transactions immobilières... pourquoi pas l'avocat de groupe ?

B. Technique procédurale et compétence

Nos principes actuels de procédure civile font échec à une telle action de groupe.

Nul ne plaide par procureur ; les arrêts de règlement sont prohibés ; l'autorité de la chose jugée est relative à l'égard des parties au procès ; le libre accès à la justice est sensiblement atteint par le problème de l'indemnisation des frais irrépétibles.

Il est fâcheux de ne rien lire dans le projet sur la procédure propre à aboutir au jugement déclaratoire de responsabilité.

Comment introduire l'action ? Quelles mentions dans l'assignation ? Y a-t-il une mise en état, à l'aune de ce que l'action individuelle connaît en vertu des articles 763 et suivants du CPC ? Comment purger les incidents, les exceptions de procédure, la recevabilité de l'action, gérer les demandes de mesures d'instruction ?

Le projet ne traite que du jugement sur la responsabilité, de la liquidation des préjudices, de la médiation, d'une action de groupe « simplifiée », de l'action dans le domaine de la concurrence, et dans ses dispositions diverses, ne traite que de la suspension de la prescription, de l'autorité de la chose jugée du jugement de responsabilité, et de l'interdiction de renoncer conventionnellement à l'action de groupe.

42 - Cf. *supra* au I.A.2.

43 - TC PARIS, jugement RG n° 2009026804 du 18/05/2009 – SEJF c/ SA E.D.F.

Rien n'est prévu s'agissant de la procédure en amont. Une seule indication : l'action de groupe sera introduite selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État (projet nouvel article L. 423-2).

Tout le travail reste donc à faire d'un point de vue technique.

Sur la compétence, la juridiction du tribunal de grande instance paraît effectivement appropriée et est retenue par le projet (article 2 du projet – nouvel article L. 211-15 du code de la consommation).

Cela est justifié par l'importance de l'action, de ses enjeux ainsi que par les garanties procédurales apportées par la procédure que connaît cette juridiction, dont il convient de rappeler qu'elle est juridiction de droit commun.

Elle implique la représentation obligatoire par avocat et sur ce point, la restriction aux seules associations de consommateurs n'est pas acceptable de par la limitation que cette restriction va induire dans le choix des avocats amenés à intervenir : les associations ont déjà leurs propres avocats.

Si l'action avait été ouverte aux personnes morales, la juridiction consulaire aurait pu en connaître, d'autant qu'elle a une maîtrise du contentieux des affaires incontestable et que l'oralité de sa procédure laisse de plus en plus place à une procédure écrite, que les dispositions du décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010, relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, encouragent.

Cette avancée n'exclut pas qu'un jour la procédure devant les juridictions consulaires soit écrite avec représentation obligatoire par avocat.

D'un point de vue territorial, l'avant-projet dans sa nouvelle version a supprimé les tribunaux de grande instance (TGI) spécialement désignés.

Or, l'importance de ces actions ne peut se concevoir dans des petits TGI, à l'aune de ce qui a été prévu dans certaines matières commerciales importantes⁴⁴.

Il faut toutefois respecter un certain équilibre et ne pas entraver l'accès à la justice.

Il faut un regroupement devant tenir compte des réalités géographiques et du coût des déplacements.

C. Présentation des phases de procédure

Il existe deux procédures : une normale et une simplifiée à laquelle nous rattacherons le régime spécifique de l'action en matière de concurrence. Nous évoquerons par la suite la médiation et la transaction.

1. La procédure normale s'articule autour de quatre phases

1- Phase de départ : l'introduction de l'action par une association représentative au plan national et agréée (article L. 423-1).

2- Le jugement de base :

2.1. Le juge statue sur la responsabilité du professionnel au vu « *des cas individuels présentés par l'association requérante* ». Il n'y a donc pas de phase procédurale préalable au titre de la recevabilité de l'action : le juge rend ainsi une décision sur la recevabilité et sur la responsabilité, le terme de « recevabilité » n'étant d'ailleurs pas mentionné à l'article L. 423-3.

2.2. Il définit le groupe de consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement (article L. 423-3). Dans la même décision prononçant la responsabilité du professionnel, le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice. Ce délai ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois après l'achèvement des mesures de publicité ordonnées par lui. Il détermine les modalités de cette adhésion et précise si les consommateurs s'adressent directement au professionnel ou par l'intermédiaire de l'association ou du tiers mentionné à l'article L. 423-4. L'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante. Le juge détermine à cet effet les conditions dans lesquelles, le cas échéant, l'association perçoit, gère et reverse aux intéressés les indemnités qui leur sont dues. L'adhésion au groupe ne vaut ni n'implique adhésion à l'association requérante (article L. 423-3-2 alinéas 1, 2, 3, 4).

2.3. L'indemnisation : le juge détermine, dans le même jugement, les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de

44 - Pour l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes en métropole et dans les départements d'outre-mer sont fixés conformément au tableau de l'annexe 4-2-1 du livre quatrième du code de commerce.

consommateurs constituant le groupe qu'il a défini, ainsi que le montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices.

La réparation en nature peut être choisie lorsqu'elle paraît adaptée au juge (article L. 423-3 alinéa 2).

Le juge fixe le délai dans lequel doit intervenir la réparation des préjudices des consommateurs lésés, ainsi que celui ouvert, à cette échéance, pour le saisir en application de l'article L. 423-6, des demandes d'indemnisation non satisfaites (L. 423-3-3).

Le juge, lorsqu'il statue sur la responsabilité, peut condamner le professionnel au paiement d'une **provision** à valoir sur les frais non compris dans les dépens exposés par l'association, y compris ceux afférents à la mise en œuvre de l'article L. 423-4 (adjonction d'une personne appartenant à une profession judiciaire réglementée pour procéder à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et représenter les consommateurs en vue de leur indemnisation) (article L. 423-3-4).

Il peut également ordonner, lorsqu'il la juge nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire, **la consignation** à la Caisse des dépôts et consignations d'une partie des sommes dues par le professionnel (article L. 423-3-4 alinéa 2).

2.4. **La publicité** : le juge ordonne, par la même décision, et s'il juge que la responsabilité du professionnel est engagée, les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe (article L. 423-3-1). Les mesures de publicité du jugement sont à la charge du professionnel. Elles ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation (article L. 423-3-1 alinéa 2).

3- **La liquidation des préjudices** : le juge ayant statué sur la responsabilité tranche les difficultés qui s'élèvent entre l'association, le professionnel ou les consommateurs, à l'occasion des phases d'adhésion au groupe et de liquidation des préjudices. Il statue dans un même jugement sur toutes les demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit.

4- **L'exécution** : l'association requérante représente les consommateurs qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins d'exécution forcée du jugement mentionné au second alinéa de

l'article L. 423-6. Un troisième jugement serait donc possible : celui du contentieux de l'exécution forcée. Serait-il confié au juge de l'exécution ou au juge de l'action de groupe ? Le projet ne le précise pas.

Il sera tout d'abord remarqué que le régime des voies de recours n'est pas spécifié à chaque stade de la procédure, alors que trois jugements existent : jugement en recevabilité, indemnité, provision, consignation, responsabilité, et publicité / jugement en cas de difficulté d'indemnisation / jugement en exécution forcée.

Quelle procédure serait appropriée : une procédure d'appel à jour fixe ou d'appel régime de droit commun ?

Il est regrettable que cela n'ait pas été clairement envisagé pour chacun des jugements à intervenir.

Rappelons que les deux derniers jugements ne peuvent intervenir qu'après la phase de publicité du premier (pour qu'il y ait phase d'adhésion au groupe, encore faut-il que la publicité ait eu lieu), c'est-à-dire une fois que ce dernier a force irrévocable de chose jugée.

Avant le vote du Sénat le 13 septembre 2013, le texte prévoyait, à tout moment de la procédure, la possibilité pour le juge d'ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible nécessaire à la conservation des preuves et de production des pièces.

L'expertise judiciaire en aurait été au cœur (ancien article L. 423-3 projeté).

Le projet de texte actuel, tel que transmis à l'Assemblée nationale pour seconde lecture, n'a pas repris cet alinéa.

Est-ce pour autant que la possibilité de demander une mesure d'instruction est totalement écartée ?

Le texte devrait le prévoir si telle est la volonté du législateur, car cela signifierait que dès lors que le juge aurait besoin d'un éclairage technique pour parvenir à la manifestation de la vérité et trancher, l'action de groupe ne serait pas ouverte. S'agirait-il d'un nouveau critère de recevabilité ? Le projet actuel ne le précise pas.

L'action de groupe ne serait en réalité alors ouverte qu'aux seules affaires ne nécessitant aucune mesure d'instruction.

Ceci serait louable, car l'ampleur de l'impact sur l'entreprise poursuivie et la nécessité de parvenir à une procédure suffisamment rapide pour ne pas perdre son efficacité suggèrent la simplicité.

Cela semble cependant peu conciliable avec certains régimes de responsabilité et certaines

matières, dont celle notamment de la responsabilité du fait des produits défectueux.

Si les mesures d'instructions sont ouvertes, notamment l'expertise judiciaire, on imagine aisément la lenteur de l'action, tant on connaît déjà la lenteur des instances nées d'actions individuelles lorsqu'elles comprennent des phases d'expertise.

Quels délais ? Les victimes du groupe pourront-elles remonter à l'association leurs observations afin que des dires soient diffusés dans le respect des droits des parties ? Quel contentieux de l'expertise ?

Si l'expertise intervient en amont, le groupe risque de ne pas être formé avant un certain temps, vu que la publicité ne pourra intervenir qu'après la décision irrévocable de responsabilité, laquelle ne pourra intervenir qu'après plaidoiries au vu du rapport d'expertise...

On peut légitimement s'interroger sur la volonté de célérité procédurale qui présidait l'esprit de cette réforme lorsqu'on lit la procédure telle qu'elle est, *in fine*, présentée...

À vrai dire, il n'y a aucune clarté.

On y cerne un régime hybride d'*opt-out* et d'*opt-in* conjugué à une vraie nébuleuse quant au moment de la constitution du groupe : sans groupe constitué, l'association peut agir.

Bien que l'*opt-in* ait présidé cette réforme, on ne peut pourtant prétendre qu'il n'y a pas d'*opt-out*, car la date de création du groupe est totalement inconnue.

L'exemple d'incohérence et de nébuleuse est également flagrant s'agissant de la suspension du délai de prescription des actions individuelles : l'article L. 423-12 proposé dispose que « L'action mentionnée à l'article L. 423-1 suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements constatés par le jugement prévu aux articles L. 423-3 ou L. 423-4-1. »

Il est impossible de savoir de quelles actions il s'agit, car :

- si cela concerne les personnes incluses dans le groupe, le point de départ de cette suspension reste indéterminé, puisque l'on ne connaît pas la date de naissance du groupe ni celle de l'appartenance de tel ou tel de ses membres ;
- si cela concerne toutes les actions possibles, en celles comprises les actions intentées par une personne ne souhaitant pas intégrer le groupe, l'adoption d'un système *opt-in* est discutable, car les effets de l'action se font sentir au-delà du périmètre du groupe : aucune distinction n'est faite par le projet.

Le texte voté par le Sénat, pourtant un peu plus précis que le projet voté par l'Assemblée nationale, n'est pas complété sur ce point.

Nous observons à la lecture du projet l'exemple d'une délégation importante du législateur, tant au pouvoir réglementaire qu'au juge :

- en premier lieu, l'action de groupe est introduite selon des modalités qui seront fixées par décret en Conseil d'État (article L. 423-2),
- en second lieu, aucun cadre n'est tracé, le juge ayant un maximum de pouvoirs : le groupe sera défini à la barre sans que le législateur n'ait fixé la moindre règle de critère de rattachement.

Une grande part des conditions d'exercice et la quasi-totalité du périmètre de l'action de groupe sont définies par le juge de manière discrétionnaire.

Le juge conserve un très large pouvoir et le texte lui témoigne une grande confiance : il fait quasiment tout et semble être « l'homme-orchestre ».

Pourtant, face à ce constat, selon les phases, quelle est la formation de jugement retenue : juge unique, formation collégiale ? Les garanties ne sont évidemment pas les mêmes pour le justiciable.

Le mécanisme de provision, même si elle doit servir le financement d'une partie des frais irrépétibles engagés par l'association, n'est absolument pas défini : quels sont les critères d'octroi d'une provision ?

Lorsque l'obligation ne paraît pas sérieusement contestable (à l'aune des conditions du référé provision ou des pouvoirs du juge de la mise en état devant le TGI) ?

L'octroi de cette provision vient s'inscrire dans le jugement « fourre-tout » de recevabilité, responsabilité, indemnité, provision, consignation, publicité.

Il n'existe donc aucun recours autonome à l'encontre de cette décision, si ce n'est le recours à l'encontre de ce jugement de base dans sa globalité.

Par ailleurs, devra-t-on attendre plusieurs années (première instance, appel, pourvoi en cassation) pour savoir que l'assignation ayant introduit l'action est nulle, que la juridiction saisie est incompétente, ou que l'action est irrecevable ?

Il est regrettable qu'une mise en état selon une procédure techniquement appropriée n'ait pas été envisagée, avec un pouvoir décisionnaire

d'un juge de la mise en état et des voies de recours spécifiques adaptées à ses décisions.

Il est en effet regrettable qu'une phase préalable d'examen des exceptions de procédures et de la recevabilité de l'action n'ait pas été prévue.

Il est, *in fine*, tout simplement à déplorer que les garanties procédurales essentielles n'aient pas été prévues par le législateur pour la mise en œuvre d'une action dont l'ampleur est telle qu'elle a vocation à indemniser une masse de consommateurs et donc à impacter sérieusement celui qui aura à en défendre.

2. La procédure « simplifiée »

Cette procédure a été ajoutée au projet de loi initial en vue de son examen le 3 juillet 2013. Des modalités spécifiques sont prévues en matière de concurrence. Le Sénat a confirmé l'ensemble en première lecture.

a. L'action de groupe simplifiée

Elle a vocation, car il s'agit d'une nouvelle faculté laissée au juge, à s'appliquer lorsque les consommateurs sont identifiés et lorsqu'ils ont subi un préjudice d'un même montant ou d'un montant identique par période de référence : dans ce cas, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon les modalités qu'il fixe (article L. 423-4-1 alinéa 1).

Cette décision, préalablement à son exécution par le professionnel, lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours ordinaires ou de pourvoi en cassation, fait l'objet de mesures d'information individuelle des consommateurs concernés, aux frais du professionnel, afin de leur permettre d'accepter d'être indemnisés dans les termes de la décision (article L. 423-4-1 alinéa 2).

En cas d'inexécution par le professionnel, à l'égard des consommateurs ayant accepté l'indemnisation, les articles L. 423-6 et L. 423-7 (liquidation des préjudices et exécution forcée) s'appliquent et l'acceptation de l'indemnisation dans les termes de la décision vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association (article L. 423-4-1 alinéa 3).

Un décret en Conseil d'État fixera les conditions d'application de cette section (article L. 423-4-1 alinéa 4).

Peut-on voir en ce texte une réelle procédure simplifiée, dont on attendrait qu'elle soit rapide ?

Les termes du texte sont peu clairs : le juge rend-il dans le même jugement sa décision sur la responsabilité et celle de condamnation à indemniser directement et individuellement ?

L'on comprend qu'il ne peut condamner qu'« *après avoir statué sur la responsabilité* » : s'agit-il d'un premier jugement ?

Quoiqu'il en soit, l'information individuelle desdits consommateurs n'aura lieu qu'une fois que cette décision aura un caractère irrévocable.

Si le professionnel ne s'exécute pas, alors ce seront les textes du régime général de liquidation des préjudices et d'exécution qui s'appliqueront.

Non seulement, rien n'est dit sur le critère d'identification à retenir (comment les consommateurs sont-ils connus et en vertu de quels critères ?) mais le juge a une nouvelle fois tous pouvoirs, pour aboutir *in fine*, en cas d'inexécution d'une décision irrévocable de responsabilité (et recevabilité, provision, consignation, indemnités et publicité...), à tout reprendre à zéro dans le cadre de la liquidation des préjudices et de l'exécution prévues par... le régime normal.

Il n'est donc pas certain, en cas d'inexécution par le professionnel, que cette procédure soit plus rapide.

Il faudra par ailleurs vérifier que les consommateurs identifiés ont subi un préjudice de même montant ou d'un montant identique par période de référence.

Ces conditions sont-elles des conditions de recevabilité de la procédure simplifiée ?

La phase amont de cette procédure n'est absolument pas prévue et laissée, là encore, au pouvoir réglementaire.

Le texte mérite plus de clarté s'agissant de la décision de condamnation à indemniser : intervient-elle dans le jugement qui statue sur la responsabilité ou doit-elle faire l'objet d'un second jugement ?

b. Modalités spécifiques en matière de concurrence

Le projet prévoit :

« Art. L. 423-10. – Lorsque les manquements reprochés au professionnel par les requérants portent sur le respect des règles définies au titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée dans le cadre de l'action visée à l'article L. 423-1 que sur le fondement d'une décision constatant les manquements, qui n'est plus susceptible des voies de recours ordinaires

ni de pourvoi en cassation et qui a été prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes.

Dans ce cas, les manquements du professionnel seront réputés établis de manière irréfragable pour l'application de l'article L. 423-3.

« Art. L. 423-11.- L'action prévue à l'article L. 423-1 ne peut être engagée au-delà d'un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision mentionnée à l'article L. 423-10 n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation.

« Art. L. 423-11-1 - Par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 423-3-1, le juge peut ordonner l'exécution provisoire du jugement mentionné à l'article L. 423-3 pour ce qui concerne les seules mesures de publicité, afin de permettre aux consommateurs de se déclarer dans le délai imparti ».

Cette action est spécifique en ce qu'elle ne peut intervenir que lorsque les manquements reprochés au professionnel portent sur le respect des règles définies au titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et qu'une décision « constatant » ces manquements et prononcée par les autorités ou juridictions nationales n'est plus susceptible de recours ordinaires et de pourvoi en cassation.

Dans ce cas (après expiration des recours), les manquements sont réputés établis de manière irréfragable.

L'action est limitée par un délai de cinq ans à compter de la décision devenue irrévocable.

Fort heureusement, la version votée par le Sénat a précisé les voies de recours, ce que ne faisait pas le projet voté par l'Assemblée nationale.

Il était en effet regrettable que l'on n'ait pas évoqué le caractère irrévocable de la décision rendue.

Le juge peut ordonner l'exécution provisoire du jugement ou de la décision des autorités pour ce qui concerne les seules mesures de publicité.

Il ne s'agit que d'une faculté laissée au juge : quels sont alors les critères d'appréciation requis pour que l'exécution provisoire soit ordonnée ?

Il eût été préférable de prévoir une exécution provisoire de droit aux fins de constitution du groupe, d'autant que le principe de responsabilité est, à ce stade, irréfragablement établi.

3. Médiation et transaction

Les articles L. 423-8 et L. 423-9 projetés traitent du sujet.

Seule l'association requérante peut participer à une médiation, dans les conditions fixées par la loi n° 92-125 du 8 février 1995, afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels mentionnés à l'article L. 423-1.

Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et qui lui donne force exécutoire. Cet accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs concerné de la possibilité d'y adhérer, ainsi que les délais et modalités de cette décision.

Ces dispositions ne donnent aucune indication sur le moment où la médiation peut intervenir : avant le jugement sur la responsabilité, uniquement lors de la phase d'examen des préjudices ?

Le texte ne prévoit rien sur la date de constitution du groupe alors que l'association peut entrer en médiation au nom du groupe : une médiation pourrait-elle alors être engagée sans groupe, bien qu'au nom de celui-ci, c'est-à-dire au nom de celui à venir ?

Nous serions alors dans un régime hybride : *opt-out*, *opt-in*.

Une fois que l'accord est homologué, c'est-à-dire que la médiation a eu lieu, le juge peut ordonner des mesures de publicité pour informer les consommateurs de l'accord ainsi régularisé : l'absence de temporalité entre l'accord et la constitution du groupe pose problème.

Il paraît en effet nécessaire de permettre une médiation en présence d'un groupe bien défini et non extensible de manière à donner aux parties la possibilité de régler en médiation tout l'objet du litige : responsabilité, indemnisation et modalités d'indemnisation.

À défaut, même si le juge peut fixer un délai, il n'existe aucune limite tangible pour le défendeur quant au nombre de personnes à indemniser dans le groupe : on perçoit donc mal l'intérêt qu'il aurait à finaliser une médiation par une transaction dont il n'aurait, en fait, aucune visibilité financière.

Pourtant, comment constituer un groupe sans publicité ?

La publicité se concilie mal avec la médiation dont l'objectif est de régler dans la confidentialité (article L. 131-14 du CPC) un litige avec pour issue espérée une transaction, c'est-à-dire

un échange de concessions réciproques. Cette transaction a-t-elle vocation à être publiée ? Oui dans le projet de loi actuel.

En définitive, la médiation telle qu'envisagée dans le projet français de l'action de groupe ne règle pas l'intégralité du litige : la possible extension du groupe après publicité de l'accord homologué impacte nécessairement le professionnel poursuivi puisqu'il ne pourra transiger sur un montant final définitif, ce montant évoluant nécessairement avec le nombre de personnes désirant rejoindre le groupe.

Un plafond d'indemnisation globale devrait alors être prévu, quel que soit le nombre de membres, dans l'accord en vue de son homologation.

Le contenu de l'accord devrait par ailleurs être encadré puisqu'il a vocation à être publié : rien ne doit pouvoir nuire à l'image de la personne poursuivie par cette publication dès lors qu'elle a décidé de transiger.

L'impression générale de la procédure en place ?

Que d'incertitudes là où on exige pourtant le plus de rigueur au nom des principes fondamentaux dont tout justiciable doit bénéficier !

L'action de groupe « *made in France* » ainsi projetée paraît, d'un point de vue procédural, plus s'apparenter à la sérendipité qu'à un mécanisme judiciaire solide et garanti, tant elle laisse, en l'état, la part à l'imprévisible, et quelque part, au hasard...

III - Coûts de l'action de groupe et préjudice de l'association

A. Financement de la procédure

Le juge peut ordonner le versement sur un compte mis sous séquestre, auprès de la Caisse des dépôts et consignations, d'une partie de la somme que le professionnel devra déboursier pour indemniser les victimes, à fins de garantie.

Cela concerne l'indemnisation. Est-ce que cela inclut les frais irrépétibles, forme d'indemnisation ?

Une provision peut également être ordonnée dans la phase de procédure du jugement déclaratoire de responsabilité à valoir sur les frais irrépétibles engagés par l'association et ceux engagés pour payer le tiers professionnel du droit qui pourrait lui être adjoint dans la procédure d'indemnisation.

Les conditions d'octroi et de fixation sont à la libre appréciation du juge, aucun périmètre

ne permettant d'en fixer les limites, dans l'un et l'autre cas (consignation, provision).

Pourtant, si le défendeur venait à gagner et l'association à succomber ?

Quel financement prévoir en sens inverse pour indemniser le défendeur des frais irrépétibles qu'il a engagés ?

L'association aura-t-elle les fonds suffisants, sauf à considérer *ab initio* que le défendeur ne pourra jamais obtenir l'équivalent en frais irrépétibles de ceux qu'il aura réellement engagés et qui pourraient atteindre le montant que l'association demanderait sur ce fondement ?

Une telle inégalité de traitement ne se justifie pas.

Quelques principes méritent ici d'être rappelés.

La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne obligent l'État à garantir à tout justiciable, quels que soient ses moyens, un véritable accès à la justice.

À ce titre, les entreprises et les particuliers conservent à leur charge les honoraires qu'ils payent, soit pour faire valoir leurs droits face à l'inertie de celles ou ceux qui les ont bafoués, les obligeant ainsi à engager une action judiciaire, soit pour se défendre face à des actions longues et coûteuses.

L'indemnisation des frais dits « irrépétibles », c'est-à-dire de tous les frais non compris dans les dépens, est en l'état manifestement insuffisante et ne permet pas au justiciable un véritable accès à la justice, car le coût du procès est dissuasif.

Il convient donc d'engager une vraie négociation pour réformer l'article 700 du CPC afin que la partie gagnante soit effectivement indemnisée à hauteur de ses coûts réels.

L'action de groupe justifie encore plus que ces travaux soient menés compte tenu du travail et du coût qu'elle va induire.

L'indemnisation doit être envisagée à tous les stades de la procédure et notamment dans le cadre de l'examen de la recevabilité, des incidents et des exceptions de procédure.

Pourtant, cette phase n'existe pas dans le projet de loi, puisqu'il la mélange avec la phase du jugement déclaratoire de responsabilité.

La notion d'équité comme critère d'indemnisation doit être supprimée car source de trop d'aléas, les juges du fond étant souverains pour apprécier cette condition et le quantum de l'indemnité à allouer.

Bien que ne constituant pas une demande incidente, mais devant répondre à la forme des demandes incidentes, la demande formée sur le fondement des frais irrépétibles nécessite la preuve du coût supporté en dehors des dépens, ce qui va bien au-delà des honoraires payés à l'avocat.

Il convient donc de réfléchir en priorité à la définition de critères objectifs d'indemnisation des frais irrépétibles en vue de la proposition d'une réforme du texte actuel.

Les dépens devraient, par ailleurs, être supportés par celui qui succombe et non pas, comme cela peut être le cas (article 696 du CPC), par celui qui obtient gain de cause.

Ceci étant rappelé, une provision suffira-t-elle à couvrir ces frais ?

Pourquoi ne la mettre à la charge que du professionnel et non à la charge des deux parties de manière équitable, l'association pouvant succomber ?

Le financement par un tiers serait-il plus opportun ?

Comme le recommande la Commission européenne, des arrangements appropriés devraient être pris pour que le financement d'une procédure de recours collectif n'aboutisse pas à un usage abusif du système ou à des conflits d'intérêts.

La juridiction saisie devrait ainsi être autorisée à surseoir à statuer, si en cas d'utilisation de ressources financières fournies par une tierce partie, il existe un conflit d'intérêt entre elle et la partie demanderesse ou ses membres, si ce tiers ne dispose pas de ressources suffisantes, et si la partie demanderesse ne dispose pas de ressources suffisantes pour supporter les dépens et les frais irrépétibles en cas d'échec de l'action de groupe.

Le tiers ne devra pas être par ailleurs en mesure :

- d'exercer une influence sur les décisions de procédure, y compris en matière de transaction,
- d'être concurrent de la personne poursuivie,
- de percevoir des intérêts excessifs sur les fonds mis à sa disposition.

B. Dommages et intérêts pour l'association agréée

Cette réparation ne doit pas se confondre avec les frais irrépétibles, de sorte que les préjudices subis par l'association ne doivent pas correspondre aux frais engagés pour l'action, mais à ceux subis par l'association directement, que ce soit à titre personnel mais également au

nom de l'intérêt collectif qu'elle représente, du fait de l'auteur poursuivi.

Ils devront également être distincts de ceux subis par les membres du groupe. *In fine*, ces dommages et intérêts seront ceux que les associations peuvent déjà obtenir dans le cadre de l'exercice des actions collectives qu'elles engagent, au nom de l'intérêt collectif.

Conclusion

L'impact sur le monde des affaires est assuré, car seul le professionnel, moteur de l'économie, devra défendre à une telle action sans pouvoir en bénéficier en demande.

Les juridictions consulaires ne sont pas encore concernées, à l'exception cependant des procédures collectives qui se profilent et qui guettent les professionnels qui succomberont à l'action de groupe lorsque leur solvabilité ne leur permettra pas de payer. L'impact social s'en ressentira également.

Le projet actuel est focalisé sur le consommateur, avec la notion restrictive y attachée. L'élargissement de l'action de groupe aux personnes morales pourrait intéresser les juridictions consulaires, habituées à trancher le cœur des affaires où la sérialité ne manque pas.

Les travaux tendant à aboutir à un régime général de l'action de groupe devraient, à notre sens, permettre d'en définir les contours juridiques purs. Les domaines pourront effectivement évoluer au-delà du seul droit consommériste et de la concurrence.

Il faut impérativement renforcer la qualité procédurale de cette action et ne pas laisser subsister le flou que le projet actuel nourrit.

Avec une construction conceptuelle et procédurale solide, l'expérience des premiers domaines consacrés par le législateur permettra de cerner l'efficacité de cette nouvelle institution et son élargissement à d'autres domaines du droit.

En l'état, dans un souci évident de pragmatisme, on peut comprendre que l'action de groupe soit limitée essentiellement au droit de la consommation et à une réparation de préjudices patrimoniaux sériels résultant de dommages matériels, à l'exclusion de tous autres préjudices spécifiques, lesquels pourront être réparés dans le cadre d'une action individuelle distincte.

Le financement de l'action de groupe reste évidemment un enjeu crucial, dont les multiples difficultés ne sont pas résolues à ce jour, voire clairement abordées. À titre d'exemple, l'échec d'une action de groupe sur le fond posera no-

tamment la question du montant et de la prise en charge des frais et des indemnités au profit de la partie qui succombe, laquelle ne sera pas inéluctablement le défendeur...

Le droit positif français et le cadre européen ne sont pas propices, fort heureusement, aux dérives d'outre-Atlantique constatées dans l'exercice de l'action de groupe, ce qui laisse la voie ouverte à la France pour créer un vrai projet solide.

Paul Éluard disait : « *Il nous faut peu de mots pour exprimer l'essentiel. Adeptes de la concision, vous constaterez qu'en deux mots ... on peut tout dire !* ».⁴⁵

Pour exprimer en deux mots de conclusion ce que m'inspire cette nouvelle institution, au-delà de l'actuel projet français, j'emprunterai le titre du dernier ouvrage de Monsieur Marek HALTER : « *Faites-le !* »⁴⁶.

J'y ajouterai cependant : « *mais faites le bien !* ».

45 - Exposition internationale, Paris, 1937. Classe 2. Groupe I. Conférence de Paul Éluard « Avenir de la poésie », à la Comédie des Champs-Élysées, le 2 octobre.

46 - « *Faites-le !* », Marek HALTER, éditions Kero.