

**Master Droit spécialité professionnelle**  
**Droit processuel, procédures et voies d'exécution**

*Sous la direction de*  
*Madame DURIEUX*  
*Maître de conférences à l'Université Lumière Lyon 2*

**Des actions en représentation vers**  
**l'introduction d'une « class action »**  
**en Droit Processuel Français**

**Mémoire présenté par**  
**Monsieur Amaury PLUMERAULT**

*Sous la direction de*  
*Madame Marie-Claire RIVIER*  
*Professeure de droit privé*

Année 2012/2013

*« Nous sommes tous, par définition, des  
consommateurs.  
Ils constituent le groupe économique le  
plus important, influant et étant influencé  
par presque toutes les décisions  
économiques publiques et privées.  
Ils sont le groupe le plus important... mais  
leur voix n'est souvent pas entendue. »*

***John Fitzgerald KENNEDY, discours au Congrès  
15 mars 1962***

Dans son discours prononcé devant le Congrès américain, le 15 mars 1962, John F. KENNEDY avait énoncé les quatre droits fondamentaux du consommateur : droit à la sécurité, droit à l'information, droit de choisir et droit d'être entendu.

Ce discours a lieu alors que les États-Unis et le Monde occidental se trouvent en plein coeur de la période des Trente Glorieuses marquée par une croissance économique ininterrompue accompagnée du plein-emploi, fait sans précédent. Les historiens estiment que le mode de vie évolua de manière aussi significative au cours de ces trente années que lors des deux siècles précédents. Les pays occidentaux entrent alors dans un modèle économique que l'on qualifie de « société de consommation ». Carrefour, le groupe français de distribution, qui se hisse en 2010 au deuxième rang mondial de ce secteur en termes de chiffre d'affaires derrière l'américain Wal-Mart,<sup>1</sup> ouvre le premier hypermarché au monde en 1963 dans la région parisienne.

L'offre à profusion voit le jour, dans laquelle des produits divers et variés sans lien entre eux se côtoient, amènent à une consommation effrénée et souvent sans réflexion : l'achat pulsion, l'achat coup de coeur prennent le pas sur l'achat de première nécessité.

Consommons ! Consommez ! L'endettement se diffuse progressivement aux classes moyennes et aux couches populaires dans les années 1960, en particulier par le biais de la généralisation massive du crédit revolving développé massivement par les grands magasins tout comme les cartes de crédit.

Une enquête menée en 1963 par le sociologue David CAPLOVITZ démontra que les personnes les moins aisées acquéraient des biens de moindre qualité à des prix plus élevés que les classes moyennes<sup>2</sup>. Et pour cause, souvent jugées plus fragiles, les classes populaires sont les premières victimes d'agissements des grandes chaînes de distribution qui voient là une aubaine pour développer des pratiques commerciales agressives face à des profanes qui pensent atteindre, grâce à la consommation, l'*American Way of Life*.

Les contrats d'adhésion prennent le pas, le consommateur ne dispose que de la liberté d'accepter ou de refuser l'offre qui lui est faite dans sa globalité et ne négocie plus les différentes clauses qui sont insérées dans le contrat. L'acceptation du client est donc présumée concernant toutes les conditions telles que le tarif ou les délais. Face à cette frénésie de consommation, l'occasion était trop belle pour les parties fortes de tenter de grignoter, au fur et à mesure, les droits des acheteurs à tel point que les contrats en sont devenus déséquilibrés.

Il faut attendre 1993 pour que l'Union européenne adopte une directive qui tende à encadrer, au niveau européen, les pratiques abusives des professionnelles<sup>3</sup> ; sans qu'aucun mode d'action d'envergure ne soit prévu en parallèle. Pourtant, trente ans plus tôt, les États-Unis s'étaient dotés de mécanismes modernes permettant aux consommateurs, parties faibles, de ne pas rester sans défense. Or, l'utilité d'une législation protectrice n'est rien sans un mode d'action parallèle permettant la mise en oeuvre de cette protection.

---

<sup>1</sup> *Carrefour shares fall after profit warning*, BBC News, 17 juin 2011

<sup>2</sup> **D. CAPLOVITZ**, *The Poor aPy More*, New York, The Free Press, 1963

<sup>3</sup> Directive CE N°93/13 du 5 avril 1993

La *class action* est l'un de ces outils de procédure moderne qui a été donné aux consommateurs. La *class action* est l'action en justice d'un groupe encore non identifié, représenté par quelques personnes, voir simplement par un avocat, en réparation du préjudice subit par chacun des membres qui le constitue. La *class action* telle que débattue à l'heure actuelle a été réformée en 1966 aux États-Unis sous l'impulsion de l'avocat Ralph NADER ; son adoption remontant à l'année 1938 par le vote de la *Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23*.

En 1965, le socioéconomiste américain Mancur OLSON modélise le phénomène du passager clandestin dans son ouvrage *Logique de l'action collective*. Il y met en exergue un paradoxe selon lequel plus un groupe d'individus est large, plus il est faible quant à la défense de ses intérêts. Selon ses observations, lorsqu'un petit groupe d'individus partage des intérêts communs, il leur est plus facile d'unir leurs forces pour défendre leurs intérêts, chacun ayant la volonté d'occuper un rôle dans la conduite de l'action pour défendre. Les participations peuvent être diverses et variées : il peut s'agir de connaissances, de capacités pécuniaires, d'influences. Sans ce rassemblement de forces et cette action conjointe, ils savent que le litige restera sans issue.

À l'inverse, au sein d'un collectif large dans lequel chaque individu est anonymisé, certains sont incités à s'en remettre aux autres plutôt que de prendre l'initiative de défendre ses intérêts. Les responsabilités sont diluées. Ce phénomène de « passager clandestin » conduit à l'inertie. Pire, il est décuplé lorsque le dommage individuel subi est faible. Si nous prenons l'exemple d'une entreprise qui, par une réorganisation de ses services ou une modification de la qualité ses produits, lèse ses clients pour un montant de quelques euros ; il en résulte à son profit un gain qui, multiplié par le nombre de clients, lui permet d'économiser une somme importante qui constitue, parallèlement, une perte pour ses clients. Or, si la perte lèse le client à hauteur d'une poignée d'euros, le dommage est évidemment trop faible pour justifier l'effort d'engager des démarches juridiques, sans l'assurance d'obtenir gain de cause.

Les actions de groupes se présentent néanmoins comme le meilleur moyen de permettre à des personnes ayant subi de petits dommages individuels de se coordonner efficacement pour obtenir réparation. Un millier de voix aura toujours plus de poids qu'une. Les actions de groupe permettent de dépasser les problèmes d'action collective en définissant légalement des modalités de représentation qui encadrent le processus de manière à éviter les plaintes sans fondement et à minimiser les frais de justice. À la lumière de cette analyse économique et sociale, on en déduit le principal intérêt d'une action de groupe et aujourd'hui, plus que jamais, beaucoup s'étonnent qu'un tel système d'action ne soit pas ancré dans la majorité des systèmes judiciaires, voire ne soit pas érigé en un principe procédural.

Mais la *class action* ou action de groupe n'est, en somme toute, pas si contemporaine que l'on pourrait penser. Si elle a toujours été un symbole du droit de Common Law, ses racines se trouvent dans le droit anglo-saxon. Les premières actions représentatives d'un « groupe » se seraient tenues en Angleterre entre les XIV<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles<sup>4</sup>. Qualifiée d'invention de l'Equity, elle visait avant tout un objectif de commodité procédurale ; l'Equity constituant un ensemble de règles développées pour remédier aux dysfonctionnements de la common law.

---

<sup>4</sup> W. WEINER ET D. SZYNDROWSKI, *Class Action, from the English Bill of Peace to Federal Rule of Civil Procedure 23*, Whittier Law Review 1986-1987, p. 935-992

Le professeur Stéphane C. YEAZELL a livré plusieurs études sur les aspects historiques des class actions pour mieux comprendre le fonctionnement des règlements de conflits collectifs à notre époque. Il confirme notamment que l'usage de la représentation et du collectif dans le traitement des litiges, entre les XIV<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, par et contre les groupes était déjà répandu cette période<sup>5</sup>. YEAZELL nous livre plusieurs exemples de class action prenant place à l'époque médiévale, affaires dans lesquelles les individus agissaient au nom d'un groupe. Ainsi, en 1315, deux individus ont attiré devant les juridictions quelques riches citoyens du bourg de Scarborough, en leurs noms, mais aussi pour le nom de tous les concitoyens indigents de cette ville qui étaient spoliés par la classe dominante. Cette procédure pouvait inclure un nombre indéfini de victimes connues au moment de l'action, mais également tous les demandeurs potentiels, cela, afin de limiter les recours futurs dans une optique d'économie et stabilité.

Les origines des écrits doctrinaux autour de la class action sont nées des problèmes que présentait la *Necessary Parties Rule* dans la Chancellerie anglaise, loi applicable entre le XVII<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle. Cette Loi érigeait en principe le fait que toute personne ayant un intérêt avec une instance en cours soit automatiquement jointe à l'action en cours en qualité de partie.

Plusieurs raisons avaient été avancées au moment du vote de ce texte de Loi : l'idée étant qu'une bonne justice ne peut-être rendue qu'en prenant en compte l'ensemble des droits des parties présentant un lien avec l'objet de l'affaire, de façon à purger parfaitement le litige<sup>6</sup>. Cela permettait également de prévenir la prolifération des actions en justice<sup>7</sup>, mais également, d'avoir l'assurance que les personnes s'étant présentées devant la Cour bénéficient de l'autorité de la chose jugée. Inversement, toutes les parties absentes ou hors instances ne pouvaient pas être liées par une décision de justice rendue en leur absence, quand bien même la décision aurait eu un effet sur leurs droits.

Néanmoins, il était fréquent de se retrouver face à des cas particuliers où il était techniquement impossible de rassembler toutes les parties potentiellement intéressées par l'affaire, en particulier en raison des moyens de communication qui ne permettaient pas une publicité à large échelle. Les Tribunaux formulèrent alors des exceptions à la *Necessary Parties Rule*. Jusqu'à l'abolition de la *Necessary Parties Rule* au début des années 1780, toutes les personnes absentes ou qui ne s'étaient pas manifestées pour faire valoir leurs droits ne pouvaient se voir opposer les effets du jugement.

Cette situation n'est pas sans rappeler les difficultés observées encore aujourd'hui afin de réunir l'ensemble des victimes dans une action de groupe, c'est de cette incapacité de gérer un tel afflux qu'à été introduite la class action sur le modèle de l'opt-in où l'autorité de la chose jugée s'étend même à tous ceux qui n'étaient pas parties l'instance, mais dont le préjudice est le même que celui des demandeurs identifiés, préjudice émanant du même défendeur.

Une grande proportion des premières actions de groupe peuvent être classées en trois catégories : les *bills of peace* aboutissant un bénéfice commun ou à un partage de responsabilité entre les membres d'un groupe ; les actions rassemblant des créanciers agissant contre un même débiteur ; et les actions impliquant des associations sans but lucratif.

---

<sup>5</sup> S. C. YEAZELL, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*

<sup>6</sup> KNIGHT, *The court of equity in all cases delights to do complete justice, and not by halves.*

<sup>7</sup> PLUNKET V. PENSON, 2 Atk. 51, 51, 26 Eng. Rep. 428, 429 (Ch. 1740)

Les *bills of peace* sont considérées, à ce jour, comme l'héritage législatif moderne des actions de groupe. Les premières affaires reposant sur les *bills of peace* avait pour objet de mettre à la charge d'un groupe une réparation, ou à octroyer un bénéfice commun à un groupe. Beaucoup de ces affaires seraient restées sous silence si les *bills of peace* n'avaient pas vu le jour.

La raison d'être principale de ces *bills of peace* étaient de prévenir, tout comme les *Necessary Parties Rule*, la prolifération des actions individuelles autour d'un même problème de droit, d'une même situation de fait pour rassembler toutes les victimes dans une seule et même action.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, la Chancellerie anglaise créa une pratique dénommée *Bill of peace* qui permettait de joindre différentes instances présentant plusieurs aspects communs. Les premières affaires débouchant sur un accord de principe (*bills of peace*) concernaient un avantage ou un dédommagement commun. Cette procédure fut reprise en droit américain grâce, notamment, aux efforts de Joseph STORY, membre de la Cour suprême qui siégea entre 1811 à 1845. Ce dernier plaida pour l'adoption de cette invention de l'Equity dans le système juridique américain lors de l'affaire *West v. Randall*<sup>8</sup>. La solution dégagée dans cette affaire constituera les bases de la class action moderne est ce qu'elle est une « *règle général de l'équité permettant à toute personne intéressée, en tant que demandeur ou défendeur, de se joindre à une action en justice, aussi nombreuses qu'elles puissent être* ».

Cet appel fut entendu par la Cour suprême en 1842 qui créa la règle fédérale 48 autorisant les actions menées par un groupe constitué de demandeurs ou de défendeurs autour d'un même litige. La class action reçut un fondement légal en 1938 lorsque fut adoptée la règle 23. Cependant elle ne rencontra un franc succès auprès des plaideurs qu'en 1966, lorsque la Cour suprême l'amenda en remplaçant la règle de l'opt-in par celle de l'opt-out. En d'autres termes, les membres du groupe qui ne souhaitent pas être liés par le jugement ou la transaction à venir doivent expressément manifester cette volonté.

Malgré cet ancrage dans le système juridique de common-law, elle ne demeure encore qu'un moyen d'action reconnu par une poignée de systèmes juridiques. Incompréhensions et doutes sous-jacents, les craintes développées autour de la class action s'illustrent telle une sorte d'agoraphobie à l'ampleur d'un groupe que l'on pense sans limites et incontrôlable.

Les actions de groupe font l'objet d'une large littérature qui ne se limite pas uniquement aux bibliothèques d'ouvrages juridiques, de nombreuses observations ont été formulées par les économistes et sociologues. POSNER<sup>9</sup> soutient notamment que l'une des fonctions essentielles des class action est de confronter une entreprise au coût social de ses actions et non de dédommager les victimes. De son point de vue, la question est de savoir qui reçoit réellement les bénéfices de la consommation de l'entreprise à l'issue d'une procédure de groupe. Bien souvent, les indemnités octroyées dans le cadre d'une telle procédure sont faibles ; à l'instar de l'objet de l'action. Aussi, il en déduit que c'est tout autant à sa fonction dissuasive qu'à son incidence réparatrice que doit être jugée l'efficacité de l'action de groupe.

---

<sup>8</sup> *West V. Randall* (29 F. Cas. 718 (R.I. 1820))

<sup>9</sup> POSNER, *Economic analysis of law*, 1972

Si la doctrine juridique semble unanime pour voir l'action de groupe introduite en droit processuel français, les quelques oppositions formulées à ce jour sont essentiellement de nature économique. Les différents rapports rendus en France au cours de ces dix dernières années par des comités de professionnels rassemblant juristes, avocats, économistes, associations de consommateurs sont tous parvenus à concilier les projets d'action de groupe avec les principes fondamentaux du droit processuel français. Les projets et propositions de loi qui en ont découlé ont d'ailleurs veillé à ce que ces principes soient respectés.

Pour autant, les organisations représentatives des professionnels et des entreprises se montrent encore farouchement opposées à un tel projet. Ces dernières mettent en avant les désordres d'ordre économique qu'engendrerait l'introduction d'une action de groupe en droit français. Et pour cela, elles mettent en avant les écueils rencontrés aux États-Unis notamment au regard des faillites d'entreprises inquiétées dans le cadre d'une action de groupe, ou la main mise sur le marché de la défense des consommateurs par certains gros cabinets d'avocats. Or, il eût été étonnant de voir un système aussi libéral que le modèle américain adopter un mécanisme juridique qui mettrait en danger son modèle économique et la viabilité de ses industries. Par ailleurs, les principaux écueils de la class action Américaine, relevés par les opposants au projet d'action de groupe en droit français, ne connaîtraient pas une pareille issue en droit français, car les principes généraux qui encadrent nos procédures civiles sont différents, en ce sens qu'ils ne permettent pas l'Opt-Out ou les dommages et intérêts punitifs par exemple.

Le temps de la consommation à petite échelle est définitivement révolu, de même que celui des préjudices. À l'heure actuelle, les pratiques commerciales, les faits délictueux, la multiplication des activités dangereuses font l'objet de régimes toujours plus stricts afin de prévenir et de sanctionner les effets papillon néfastes qu'ils causeraient. Au cours des vingt dernières années, et sous l'impulsion du droit européen, sont apparus des régimes spéciaux de responsabilité en matière de produits défectueux, de transport, de santé. Pour autant, si les bases destinées à assurer la protection des individus sont posées, aucun mode d'action n'est prévu pour les actionner. Hormis quelques actions éparses, enchâssées dans des conditions strictes et limitatives, souvent marquées par des échecs, telles que l'action en représentations conjointe ; il n'existe donc pas, en droit français, d'action de groupe général. Pourtant, les Français se disent prêts à s'en remettre à un modèle d'action collective afin de défendre leurs intérêts. Les consommateurs sont la principale catégorie visée et pour laquelle on envisage de donner de tels moyens ; toutefois, ils ne pas seuls à être en position de faiblesse.

À défaut de tel système, et si la « demande des justiciables est telle » ou encore, si « la mondialisation des systèmes juridiques » rend notre propre système dépassé l'obligeant à s'actualiser, alors il est possible de songer à l'importation du mécanisme. Dès lors, diverses questions se posent : ce mécanisme sera-t-il accepté par les personnes directement concernées et au-delà, par l'ensemble des citoyens amenés à être des justiciables ? Si la réponse est positive, qu'en sera-t-il de son intégration dans notre système juridique ? Celui-ci est-il à même recevoir en son sein ces règles nouvelles et particulières jusque-là propose à un autre système juridique ?

À l'heure où près de 80 % de nos dispositions légales trouvent une impulsion à l'échelle régionale, l'Union européenne ne pourrait-elle contraindre la France, par le biais d'une directive, à adopter l'action de groupe ? Peut-on considérer que l'action en représentation conjointe était une prémisse à l'action de groupe, et qu'il suffirait de la mettre à jour pour repartir sur la base d'une action de groupe ?

Pour mieux comprendre les appréhensions quant à l'introduction d'une action de groupe en droit français, il convient de remonter à la source de cette action, et de voir pourquoi le système de la class action américaine suscite tant de craintes. Nous verrons alors que l'exemple de class action américaine est loin d'être le seul modèle d'inspiration envisageable. Certains voisins connaissent des mécanismes de représentation collective dont le fonctionnement est exemplaire. Ainsi en est-il du Canada, modèle particulièrement intéressant en ce qu'il repose sur les principes de *civil law* qui rejoignent en partie les règles procédurales appliquées en Droit français.



<b>Partie Première - Étude des systèmes juridiques internationaux et communautaires connaissant des actions de groupe ou « class action »</b>	<b>13</b>
<b>Section 1 - Le berceau de la Class Action moderne : les États-Unis d'Amérique</b>	<b>13</b>
<i>§ 1 - De l'embryon à l'extension sans limites de la class action</i>	<i>13</i>
A - L'ordonnance d'accréditation	14
B - La désignation d'un ou plusieurs représentants : The Class Counsel	15
C - De la notification à la publicité de la class action	16
D - L'opt-in et l'opt-out	16
<i>§ 2 - Les tenants et aboutissants de la class action : mise en exergue de la brutalité et des effets pervers du dispositif américain</i>	<i>18</i>
A - Les incidences perverses d'une solution erga omnes	18
B - La class action : un système en proie aux intérêts monétaires et financiers	20
C - La réparation des préjudices des membres du groupe	22
D - Les mass actions, alternatives aux class action	24
<b>Section 2 - Le recours collectif canadien : un modèle d'action de groupe en Civil Law</b>	<b>25</b>
<i>§ 1 - Le législateur comme responsable du succès du recours collectif québécois</i>	<i>26</i>
A - Les marqueurs d'inquiétudes inhérents à la class action	26
B - Un droit processuel moteur de justice sociale et d'essor des droits substantiels	27
C - Les raisons du succès du recours collectif québécois	28
D - Les dispositifs légaux encadrant le recours collectif	29
<i>§ 2 - Le pouvoir judiciaire : rouage d'adaptation et de succès du recours collectif</i>	<i>31</i>
A - La certification : point clé à l'émergence de tout recours collectif	31
B - Le recours collectif : procédure civile inquisitoire	33
<b>Section 3 - États généraux dans le cadre régional : l'Union européenne</b>	<b>35</b>
<i>§ 1 - L'action d'intérêt collectif, succédané européen de la class action</i>	<i>35</i>
<i>§ 2 - Des actions en représentation : class action édulcorée et opt-in</i>	<i>37</i>
A - Le Royaume-Uni : entre class et representative actions	37

B - En Allemagne : une procédure isolée, à durée déterminée .....	40
<i>§ 3 - L'action de groupe portugaise, modèle européen de class action sur le fondement de l'opt-out .....</i>	<i>42</i>
L'avenir d'une class action Européenne .....	44

## **Partie 2 - Des mécanismes représentatifs connus en Droit processuel français..**

### **46**

#### **Section 1 - La capacité et le pouvoir d'ester en justice reconnue aux groupements.....**

#### **47**

##### *§ 1 - La défense des intérêts propre à un groupement.....*

##### *47*

##### *§ 2 - La défense des intérêts personnels d'un ou plusieurs membres du groupe ...*

##### *48*

A - Le respect du principe « nul ne plaide par procureur » .....

48

B - Les habilitations et agréments des associations : l'action conjointe.....

49

##### *§ 3 - La défense d'un intérêt collectif.....*

##### *51*

#### **Section 2 - Les actions collectives en droit processuel français.....**

#### **52**

##### *§ 1 - Les actions collectives intentées devant les juridictions de l'ordre judiciaire*

##### *53*

A - L'action en représentation conjointe devant les juridictions civiles .....

53

B - « L'action civile » devant les juridictions pénales .....

56

##### *§ 2 - Les recours devant les juridictions administratives : l'éventualité d'une action en représentant conjointe .....*

##### *59*

##### *§ 3 - Les actions syndicales en Droit social.....*

##### *59*

A - L'action au nom de l'intérêt collectif.....

60

B - L'action de substitution .....

61

##### *§ 4 - La réparation des atteintes à l'environnement : nouveaux préjudices en quête de nouvelles actions.....*

##### *62*

A - Le dépassement de la notion de préjudice personnel.....

64

B - La reconnaissance du préjudice collectif amorcée .....

65

## **Partie 3 - L'action de groupe à la française : conciliation des principes procéduraux dans un schéma spéciale, et opportunité d'un tel recours .....**

### **67**

#### **Chapitre 1 - Des multiples rapports et tentatives d'introduction d'une action groupe générale ou spéciale en droit processuel français.....**

#### **67**

##### **Section 1 - Le projet CHIRAC et le rapport CERUTTI .....**

##### **67**

<i>§ 1 - La création d'une action de groupe à la française tirant partie des enseignements des modèles étrangers .....</i>	<i>68</i>
A - Une phase d'étude judiciaire et précontentieuse inspirée de la class action de common law .....	69
B - La mise à jour des règles de procédure civile françaises .....	69
<i>§ 2 - Les projets majeurs post-CERUTTI .....</i>	<i>72</i>
<b>Section 2 - Le rapport ATTALI .....</b>	<b>74</b>
<b>Section 3 - Le rapport d'information BÉTEILLE .....</b>	<b>76</b>
<i>§ 1 - Le champ d'application et de compétence de la procédure d'action de groupe ..</i>	<i>76</i>
<i>§ 2 - Une action réservée aux associations de consommateur : la remise en question de ce monopole .....</i>	<i>77</i>
A - La limitation des actions de groupe aux seules associations de consommateur : rempart aux recours abusifs et au démarchage.....	77
B - La remise en question du monopole des associations.....	78
<i>§ 3 - Le schéma procédural tri-phases proposé par le Rapport BÉTEILLE .....</i>	<i>80</i>
A - L'action déclaration : phase d'examen de la responsabilité du professionnel destinée à garantir la légitimité de l'action de groupe .....	80
B - La formation du groupe jugé recevable à agir : l'adhésion volontaire ou Opt-in.....	81
C - La phase d'indemnisation : point sur les avis doctrinaux et parlementaires .....	81
<b>Section 4 - Le projet relatif à la consommation ou projet de Loi HAMON ..</b>	<b>85</b>
<i>§ 1 - Le rapport de la Commission européenne ou protection du consommateur : rationalité limitée .....</i>	<i>85</i>
<i>§ 2 - La volonté d'aboutir à une Loi portée par un nouvel engagement présidentiel .</i>	<i>86</i>
A - La consultation publique sur l'introduction d'une action de groupe à la française .....	86
B - Le projet de loi HAMON .....	87
<b>Section 6 - La position des praticiens, économistes et professionnels sur l'introduction d'une action de groupe .....</b>	<b>88</b>
<i>§ 1 - Les avis et recommandations émises par le Conseil National des Barreaux ..</i>	<i>89</i>
<i>§ 2 - La position de l'Union des Jeunes avocats .....</i>	<i>91</i>

<i>§ 3 - La position du Mouvement des entreprises de France .....</i>	<i>92</i>
A - La reconnaissance du seul préjudice matériel.....	93
B - Des cas de recours limités.....	93
<b>Chapitre 2 - La conciliation des principes fondamentaux du droit processuel avec l'introduction d'une action de groupe.....</b>	<b>94</b>
<i>§ 1 - Le principe de personnalité de l'action et du préjudice .....</i>	<i>94</i>
<i>§ 2 - La charge des frais et dépens de l'instance .....</i>	<i>95</i>
<i>§ 3 - Le droit de la preuve .....</i>	<i>95</i>
<i>§ 4 - La réparation du préjudice : quid de l'adaptabilité des concepts anglo-saxon .....</i>	<i>96</i>
<i>§ 5 - Les voies d'exécution de la décision .....</i>	<i>97</i>
<i>§ 6 - L'accès à la justice, vers une aide juridictionnelle de groupe.....</i>	<i>98</i>
<b>Conclusion.....</b>	<b>99</b>

# Partie Première - Étude des systèmes juridiques internationaux et communautaires connaissant des actions de groupe ou « class action »

Voilà près de 60 ans que l'action de groupe moderne a été introduite dans le système juridique américain. Nous y retrouvons les grands éléments constitutifs qui font la spécificité de l'action de groupe, éléments qu'il convient de présenter et de cerner pour mieux comprendre les réticences, et les alternatives possibles dans les pays de « Civil Law ». C'est par cette étude à l'échelle internationale que l'on réalise qu'il n'y a pas un seul modèle d'action de groupe, mais une multitude d'actions de groupe envisageables.

## Section 1 - Le berceau de la Class Action moderne : les États-Unis d'Amérique

Aux États-Unis, la *class action* n'est s'est réellement développée qu'à l'issue d'un débat doctrinal houleux entre les auteurs pro-action de groupe et les auteurs farouchement opposés à voir des actions de masse inquantifiables et incontrôlables déferler devant les juridictions ; ces derniers n'hésitant pas à la qualifier « d'engin de destruction »<sup>10</sup>. Parallèlement, un juge très réputé la compara à un « Monstre à la Frankenstein »<sup>11</sup>, en référence à la créature de Mary Shelley.

### § 1 - De l'embryon à l'extension sans limites de la class action

Devant les tribunaux fédéraux des États-Unis, la *class action* est régie par les articles 23 et 28 des Lois fédérales de Procédure civile<sup>12</sup>.

L'article 23, particulièrement détaillé, pose de prime abord les *prerequisites*, autrement dit les conditions préalables à l'engagement d'une classe action. Ces « *prerequis* », au nombre de quatre, sont cumulatifs et définissent en grande partie la class action, et sous-entendent son intérêt principal. On peut leur reconnaître une certaine universalité puisque nous retrouverons ces conditions préalables dans tous les systèmes ayant instauré une action de groupe ; ou du moins, dans les projets de réforme des pays souhaitant introduire la class action dans leurs droits procéduraux.

Selon l'article 23, un ou plusieurs membres d'une classe peuvent poursuivre ou être poursuivi en tant que représentants au nom de tous les membres si, et seulement si :

- Le collectif de personne est si nombreux que la jonction de tous ses membres est impraticable ;
- Il y a des questions de droit ou de fait communes à chacune de ces personnes ;
- Les demandes ou les arguments en défense traduisent la ou les demandes, ou le ou les arguments en défense du groupe ;
- Enfin, les parties représentent de façon équitable et appropriée les intérêts de la classe.

---

<sup>10</sup> W. SIMON - *Class Action : useful tool or engine of destruction* (1973)

<sup>11</sup> Joseph Edward Lumbard, Jr. - *Affaire Eisen contre Carlisle et Jacquelin* (Second circuit - Court of Appela - 1968)

<sup>12</sup> Rules 23 and 28 U.S.C.A. § 1332

En droit de la procédure civile fédérale - *Federal Civil Procedure Law* -, ces critères cumulatifs sont souvent désignés sous l'acronyme CANT :

- *Commonality*, en référence au préjudice commun aux membres du groupe ;
- *Adequacy*, les représentants personnels de certaines parties doivent agir en adéquation avec le groupe et ses représentants ;
- *Numerosity*, le groupe est si grand qu'une jonction de ses membres est impossible ;
- *Typicality*, les demandes ou les arguments en défense doivent être particuliers aux demandeurs ou aux défendeurs.

Dans la majorité des dossiers, le tribunal constate que les questions de droit ou de fait communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement, et que le recours collectif est supérieur aux autres méthodes de résolution des contentieux connues parallèlement, car il permet de trancher équitablement et efficacement la controverse.

La class action se découpe en trois phases. L'ordonnance d'accréditation : *Certification Order* ; la notification de l'introduction d'une class action aux membres du groupe : *Notice to Class Members* et le jugement à proprement parlé : *Judgment*.

## **A - L'ordonnance d'accréditation**

Le processus de « certification » d'une class action est un processus par lequel un juge mesure l'étendue du litige au regard des moyens de droit et des moyens de fait, par un jeu de poids et contre poids. Il en déduit si l'action est admissible au titre d'une action de groupe pour le compte d'une catégorie de demandeurs ou si un procès peut être intenté contre une classe de défendeurs.

La loi fédérale fixe la liste des points de contrôle auxquels le juge doit veiller<sup>13</sup>. Le premier est la preuve manifeste qu'un grand nombre de personnes aurait subi un préjudice ou serait inquiété dans une affaire, et il serait probablement difficile pour chacun d'eux d'intenter une action indépendante ou de se défendre.

Il doit également être démontré que ces personnes ont des preuves et des revendications communes.

Certains incidents viennent parfois affecter le bon déroulement du processus d'accréditation. La partie adverse requérant souvent, dans son intérêt, l'abandon de la demande de certification ou souhaitant orienter le dossier vers un processus de jugement rapide (à l'instar du référé connu en procédure civile française) afin de laisser le demandeur seul à agir, sans qu'il ne soit parti à une *class action*. Lorsque les cas sont complexes, le juge peut justifier le report de l'accréditation à une nouvelle audience, néanmoins, ce dernier doit faire preuve d'un certain sens du *management* de sorte que la décision de certification ne soit pas injustement retardée par des oppositions dilatoires.

Le représentant qui introduit la requête en accréditation n'a pas à définir le groupe pour lequel il intervient, il se contente de livrer les éléments de preuve à l'appui de sa demande, éléments qu'il a rassemblés par ou pour le groupe, afin de convaincre le juge, non sans batailler.

---

<sup>13</sup> Rule 23 (a) U.S.C.A. § 1332

Seul le juge du tribunal fédéral définira le groupe dans son l'ordonnance d'accréditation. Le juge est tenu d'y présenter le groupe et la cause de son action, d'indiquer les détails de l'affaire, et de fournir des précisions sur la façon dont l'instance sera menée devant la juridiction compétente.

Par le passé, lorsque l'ensemble des conditions posées contenues dans les *prerequisites* n'étaient pas remplies mais qu'ils existaient suffisamment d'éléments laissant entrevoir leur réunion, le juge rendait une ordonnance « *may be conditional* ». Ainsi, dès lors que les conditions posées étaient intégralement réunies, le juge donnait pleine force à son ordonnance sans qu'il ne soit nécessaire de réétudier l'intégralité du dossier.

Parallèlement au rendu de son ordonnance, le juge va désigner le ou les représentants du groupe.

## **B - La désignation d'un ou plusieurs représentants : The Class Counsel**

Une fois l'affaire instruite par le juge, et ledit groupe reconnu à agir en justice comme demandeur ou défendeur ; le tribunal va inscrire le ou les représentants (*class counsel*) qui agiront pour le compte du groupe et auront vocation à le représenter. Dans la *class action* américaine, comme dans le recours collectif québécois, toute personne physique ou morale peut prétendre représenter un groupe de victimes, mais dans la quasi-totalité des cas, ce sont un ou plusieurs avocats qui sont généralement désignés. Ce ou ces *Counsel* peuvent parfaitement être celui ou ceux des représentants qui ont introduit, en amont, le processus d'accréditation.

Chaque action de groupe s'appuie sur au moins un représentant, y compris les *sub-class*<sup>14</sup>.

Le but premier de ces représentants est d'encadrer, de défendre et de sauvegarder les intérêts du groupe ; intérêts collectifs qui passent avant même ceux des individus qui le composent.

À côté de ces *Class Counsel*, on trouve des *Class representatives* désignés directement parmi les victimes membres du groupe. Ces derniers sont, en quelque sorte, les porte-parole chargés de véhiculer les informations entre les avocats et l'ensemble du groupe et des sous-groupes. Leurs pouvoirs sont limités et ils ne peuvent pas, par exemple, décider de démettre l'avocat mandaté de ses fonctions. Ils ne peuvent pas, non plus, commander à l'avocat mandaté d'accepter ou de rejeter une proposition de transaction quant à l'issue du litige. Au contraire, l'avocat doit déterminer seul si l'*approbation*<sup>15</sup> de cet accord transactionnel serait dans l'intérêt de l'ensemble du groupe et des sous-groupes.

La naissance du groupe exposée dans cette seconde étape, avec en particulier la désignation des organes de défense et de représentation est, à ce jour, l'étape la plus discutée en droit français et celle qui pose le plus de difficulté d'adaptation avec cette problématique qui revient au sein de la doctrine : qui peut représenter le groupe dans une action en justice ? Quelle serait l'étendue de ses pouvoirs ?

---

<sup>14</sup> Les *sub-class* sont des « sous-groupes » qui, découlant du groupe principal, présentent des caractéristiques spécifiques telles qu'un préjudice particulier résultant du préjudice commun à l'ensemble du groupe ; un statut particulier (mineurs, majeurs sous régime de protection...).

<sup>15</sup> Homologation

## C – De la notification à la publicité de la class action

Une fois ces premières formalités procédurales accomplies, l'appel au public peut débuter.

La règle 23 de la procédure fédérale précise que tous les membres du groupe qui peuvent être identifiés par un « effort raisonnable » doivent recevoir une notification individuelle. En principe, donc, la notification doit s'effectuer par lettre simple. Mais aux vues des coûts colossaux qui peuvent résulter d'un tel mode de notification si plusieurs millions de personnes sont en cause et, de la difficulté rencontrée dans l'identification précise de certains membres du groupe, de plus en plus de publication informant de la constitution d'un collectif de victime se fait par voie de presse<sup>16</sup>, de radio, de télévision ou autres médias électroniques<sup>17</sup>.

Dans l'affaire *Ellis v. Georgia Pacif-Corp*, les demandeurs, après une longue bataille pour se voir reconnaître la possibilité d'agir dans le cadre d'une class action, réclament une indemnisation à hauteur de 100 \$ par victime suite à la pollution au phénol du système de distribution de l'eau dans les villes d'Orleans and Jefferson Parishes. Les demandeurs et victimes alléguèrent que la compagnie Georgia-Pacific était responsable des dommages en raison de sa négligence, et plaident sur le principe *res ipsa loquitur*<sup>18</sup>.

Une ordonnance de certification de *class* est accordée le 14 mars 1988. Suite à cela, les demandeurs produisirent devant le juge plusieurs affidavits, dont un émanait d'un consultant médiatique Peter A. MAYER. Dans sa requête, celui-ci suggérait que soient utilisés différents modes de notification aux victimes absentes, victimes susceptibles de rejoindre la class action, dont une annonce inspirée de la publicité télévisuelle. Le 2 juin 1988, le Tribunal accéda à ce que la class action, désormais certifiée, fasse l'objet d'une large publication dans les médias électroniques et imprimés.

Parmi les exemples marquants, citons également, quelques années plus tôt, la décision de la Cour Suprême de l'État de New York qui valida l'ordonnance d'un Tribunal fédéral autorisation l'affichage de la constitution d'une class action dans les restaurants du défendeur<sup>19</sup>. Ou, plus original encore, le jugement de la *District Court of Arizona* qui autorisa la diffusion de la constitution d'une class action sur les bouteilles de lait que le défendeur distribuait<sup>20</sup>.

Ce système de notification à large échelle par voie médiatique est devenu monnaie courante aux États-Unis. Les spots d'informations s'installent désormais à côté des publicités, ce qui constitue, inversement, une redoutable contre-publicité à l'égard du défendeur.

## D - L'opt-in et l'opt-out

L'une des garanties les plus importantes contre les abus procéduraux en matière de contentieux de groupe est « l'opt-in », à l'inverse de « l'opt-out ». L'opt-in, comme l'opt-out, est une « option » qu'une partie à une class action peut revendiquer. En raison des effets que ce choix implique, il est indispensable qu'une publicité suffisamment diffuse ait été mise en œuvre.

---

<sup>16</sup> *In re Domestic Air Transportation Antitrust Litigation*, 137 F. R. D.

<sup>17</sup> *Ellis v. Georgia-Pacific. Corp.* - October 11, 1989

<sup>18</sup> Principe juridique appliqué en droit américain selon lequel les faits se suffisent à eux-mêmes et parlent d'eux-mêmes, allégeant la charge de la preuve.

<sup>19</sup> *Feldman v/ Quick Quality Restaurants Inc.*, N. Y. L. J. 22 juill. 1983

<sup>20</sup> *Arizona Dairy Products Litigation*, 2 Trade Cases 60555



## 1 - L'opt-in

Dans les systèmes juridiques appliquant *l'opt-in*, les demandeurs potentiels deviennent parties à une instance qu'après avoir positivement manifesté leur volonté de s'y adjoindre. En règle générale, dans le système de l'opt-in, la victime se voit notifier directement les enjeux de la procédure, les délais estimés de l'action et, en définitive, la possibilité d'y prendre part. En anglais, l'expression est de dire « *Those who opt'in* » que l'on pourrait traduire comme « *Ceux qui prennent part* ».

Dès lors, les personnes qui ont consenti à rejoindre ce groupe né et vivant le temps d'une instance sont liées par les actes et les déclarations faites par le représentant ou les représentants dudit groupe, le plus souvent, des avocats. Elles sont également tenues de respecter les dispositions des ordonnances rendues par le Tribunal ainsi que par tout jugement passé en force de chose jugée, ou encore, par tout accord transactionnel qui interviendrait avant l'issue du procès conclu entre le groupe et le ou les défendeurs.

Toutes les personnes qui n'ont pas été destinataire de l'avis de class action, ou qui, malgré leur avertissement, n'ont pas souhaité y répondre ou y ont exprimé le refus de participer à l'action de groupe ne se verront opposer aucune conséquence positive ou négative qui découlerait de l'action judiciaire. Cette volonté de rester en marge de ce collectif est alors définitive.

Le système de l'opt-in est le modèle le plus susceptible de s'appliquer dans le cadre d'une action de groupe à la française.

## 2 - L'opt-out

La procédure de *class action* américaine a comme caractéristique principale de fournir aux victimes un effet levier à leur réclamation. Toutes les victimes de tel sinistre, de telle irrégularité ou de tel manquement aux règles sont, dès l'origine (soit, dès que la *class* a été certifiée), parties à l'instance et pourront, par conséquent, bénéficier de la réparation qui est attribuée de façon anonyme à toutes les personnes se trouvant dans la même situation ; à moins qu'elles n'expriment expressément se désister du groupe, et le cas échéant, de l'instance.

Généralement, et comme dans le système de l'opt-in, un avis de la class action est adressé aux demandeurs potentiels, ou diffusé selon les modes et supports évoqués précédemment (télévision, radio, internet...). Toutefois, dans certains cas, il est impossible d'identifier et d'entrer en contact avec chaque demandeur potentiel. Aussi, aux États-Unis, le ou les représentants du demandeur sont tenus de fournir « la meilleure publicité / information possible en vertu des circonstances, y compris (et a minima) la notification individuelle des membres qui peuvent être identifiés par un effort raisonnable - *reasonable effort* »<sup>21</sup>.

Là encore, on comprend toute l'importance de la publicité, véritable terreau au succès d'une class action.

En tout état de cause, l'avantage de l'opt-out est qu'il n'est pas nécessaire de savoir personnellement qu'une action judiciaire de groupe en engagée pour en faire partie de plein droit.

---

<sup>21</sup> Fed R. Civ P. 23

Aussi, et à moins que le membre de ce groupe ne manifeste tacitement son souhait d'en être détaché, il sera lié par toute ordonnance ou jugement prononcé par le Tribunal, ou par tout accord transactionnel qui pourrait être conclu entre les parties. Autrement dit et en conséquence, cette personne subira tous les résultats positifs ou négatifs qui découlent de l'action de groupe.

L'expérience montre que dans les affaires impliquant des consommateurs, les désistements se font rares. Ainsi, dans une affaire de compact discs contenant des systèmes de protection illicites, seuls 121 désistements ont été enregistrés sur un groupement englobant au total près de trois millions et demi de victimes<sup>22</sup>. L'expérience révèle par ailleurs que ceux qui sortent n'agissent pas individuellement en parallèle pour autant.

Mais l'opt-out, tel que définit et connu en droit américain va à l'encontre des principes fondamentaux du droit processuel français, tout particulièrement : le principe de personnalité de l'action en justice et des condamnations, le principe du respect du contradictoire, ou encore, le principe de signification des actes de procédures à personne (article 655 CPC) et du jugement (article 529 CPC) qui ne peut-être exécuté que contre ceux qui se sont vu remettre copie du jugement par huissier de justice.

Avec un tel mécanisme, le délai moyen de constitution d'une *class action* est relativement court. Tout se succède très rapidement, de la saisine du juge pour accréditation à la diffusion de l'information ; aujourd'hui, le collectif peut rassembler des millions de personnes en moins d'un an, ne laissant que peu de chances, à l'adversaire, ne serait-ce que pour faire oublier à l'ensemble des consommateurs fidèles et potentiels, les écarts qu'il a commis.

## **§ 2 - Les tenants et aboutissants de la class action : mise en exergue de la brutalité et des effets pervers du dispositif américain**

La doctrine s'appuie aujourd'hui tant sur de nombreux rapports que sur les faits, pour en déduire que la class action devient une « machine » judiciaire incontrôlable. Mis à part son processus d'accréditation qui n'appartient qu'au juge, le groupe est libre de s'organiser le temps de l'instance : publicité, choix des représentants, sollicitations. Plus il gagne en importance, plus il est craint et attire, dans le même temps, les convoitises des avocats qui y voient une manne financière.

### **A - Les incidences perverses d'une solution erga omnes**

L'étendue de la réparation dépend directement du système de représentation choisi. Ainsi, on distingue la class action rejointe par « opt-in » dont l'« effet relatif » est opposable aux seules parties qui ont manifesté leur volonté claire et non équivoque de se joindre à l'action ; de l'effet « *erga omnes* » résultant d'une class action sur « opt-out » qui profite à toutes les victimes reconnues par le jugement action, même celles qui n'ont pas pris part active à la procédure.

---

<sup>22</sup> Sony sued over copy-protected CDs; Sony BMG is facing three lawsuits over its controversial anti-piracy software, *BBC News* - 10 novembre 2005

## 1 - Les consommateurs lésés par l'opt-out

Comme nous l'avons souligné précédemment, les individus qui n'ont pas eu vent de l'action de groupe, ou ceux qui n'ont pas manifesté leur choix de s'en désister (par volonté, ou par impossibilité) sont liés par toutes les conséquences du jugement, qu'elles soient positives ou négatives. Cette capacité des demandeurs à faire valoir leurs réclamations au nom de millions de consommateurs, sans leur autorisation, prive ces membres potentiels de leur autonomie juridique.

Un tel régime serait évidemment contraire aux règles contenues dans le bloc de constitutionnalité français, mais également aux lois fondamentales de nombreux autres pays, en particulier dans les pays de l'Union européenne, malgré quelques exceptions (Cf. *Partie Première - Section 3*).

En ce sens, en France, l'opt-out constituerait une atteinte au principe de personnalité puisque les dommages et intérêts ne seraient plus évalués par rapport au préjudice personnel du requérant, dans une approche individualisée, mais par la prise en compte d'intérêts qui lui sont supérieurs : le groupe.

Pis, dans certaines procédures, les défendeurs osent parfois demander la suppression du droit de sortie pour ceux qui en auraient la tentation, ce qui est juridiquement très discutable.

## 2 - Les défendeurs lésés par l'opt-Out

La procédure selon le modèle de l'opt-out rassemble un nombre important et indéterminé de demandeurs, de ce fait, il expose inévitablement le ou les défendeurs à un risque financier colossal dont il ne connaît parfois que la partie émergée de l'iceberg. Le simple fait d'engager une procédure de certification suffit à engendrer des conséquences économiques et financières significatives telles que la chute des cours de l'entreprise sur les marchés financiers, la résiliation massive de contrats de clients qui s'inquiètent de subir le même traitement.

L'association de ces effets, potentiellement dévastateurs pour une firme, à la pression médiatique résultant de la publicité de la *class action* et des échanges de consommateurs-victimes particulièrement actifs sur internet a conduit certains juristes américains à considérer ces actions actions comme de moyens de « chantage procédural »<sup>23</sup>.

Il est des cas dans lesquels le constructeur, ayant déjà été partie à une class action en qualité de défendeur, aménage ses clauses contractuelles en interdisant purement et simplement le recours à la class action en cas de litige. Cette interdiction, contenue dans les *Terms and Conditions du Playstation Network* de Sony<sup>24</sup>, a également inspiré EA GAMES ou Microsoft. Bien que déclenchant un véritable tollé auprès des consommateurs fidèles à ces marques, la Cour Suprême américaine a jugé ces clauses valables<sup>25</sup>. Brian T. FITZPATRICK, professeur de Droit à l'Université

---

<sup>23</sup> Blackmail Caillements - *In re Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293, 1298

<sup>24</sup> **NICK BILTON**, *Sony Changes Gaming Policy to Thwart Future Lawsuits*, *New York Times Blogs* - BiTS

<sup>25</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *A&T MOBILITY LLC v. CONCEPCION ET UX* - 27 avril 2011

de Vanderbilt a déclaré que cette décision « *change les règles du jeu pour l'industrie. C'est l'une des décisions les plus importantes et les plus favorables pour l'industrie depuis bien longtemps.* »<sup>26</sup>

## **B - La class action : un système en proie aux intérêts monétaires et financiers**

### 1 - Les conséquences économiques pour les entreprises défenderesses à une class action

Certains économistes estiment qu'à partir d'un certain niveau de dégâts financiers douloureux, une entreprise (comme une personne) corrige automatiquement sa conduite, peu importe que l'argent aille aux victimes, au gouvernement, aux avocats ou à de bonnes oeuvres.

À ce titre, il n'est pas rare que la simple rumeur d'une *class action* provoque une chute importante des cours boursiers du défendeur avant même la certification. Face à la fronde de certains groupes de consommateurs et à la masse financière que brasse une *class action*, le défendeur se résignera en se plaçant sous l'égide du Chapitre 11 du Code des faillites. Ainsi, il est arrivé que l'affaire se plaide pendant quatre, cinq années pour qu'au final, l'entreprise dépose son bilan accablée par ses dettes. En 2008, la Chambre de Commerce et de l'Industrie Allemande a publié un rapport dans lequel il est chiffré l'impact financier direct des *class action* sur l'économie américaine (ralentissements de production, chute des cours boursiers, augmentation des polices d'assurance, dommages et intérêts...) : celui-ci s'élève à 50 milliards de dollars<sup>27</sup>.

Ce même rapport fait référence à des données révélées dans un magazine économique américain qui dresse un bilan de la *class action* ; d'après cette publication, trente-cinq pour cent (35 %) des entreprises ayant été attaquée dans le cadre d'une *class action* entre 1996 et 2006 se sont retrouvées en « état de cessation de paiements » ou *bankruptcy*. D'autres sociétés furent, quant à elles, et à moindre mal, décotées des marchés d'échanges majeurs<sup>28</sup>.

Le Parti républicain, proche des milieux d'affaires, qualifie régulièrement la procédure de *class action* de « machine à tuer » les entreprises. Lors de la campagne présidentielle de 2004, John KERRY et son colistier John EDWARD, avocat d'affaires, ont fait barrage au projet de loi CAFA du gouvernement BUSH.

### 2 - La réforme CAFA - Class Action Fairness Act

Près de 50 ans après l'introduction de la *class action* en droit américain, celle-ci a connu une de ses plus importante réforme en 2005 destinée à pallier les défauts qui se sont révélés au fur et à mesure de son usage. Parmi ceux-ci, il est fréquemment reproché à la *class action* de mettre en concurrence les différentes juridictions des États fédéraux.

La réforme CAFA aplanie donc les règles en la matière en amenuisant la compétence des juridictions locales pour traiter des conflits locaux, pour les mettre en concurrence avec les tribunaux d'État qui sont désormais seuls compétents pour connaître des litiges de plus de 5 millions de dollars.

---

<sup>26</sup> ADAM LIPTAK, *Supreme Court Allows Contracts That Prohibit Class-Action Arbitrait*, *New York Times* - 28 avril 2011

<sup>27</sup> Association Allemande des Chambre d'Industrie et de Commerce, *Collective Redress: A Common Frame if Reference*, Novembre 2008

<sup>28</sup> Laura SIMMONS and Ellen RYAN, *Securities Class Action Settlements: 2006 Review and Analysis*, 2007.

Le Class Action Fairness Act, adopté par le Sénat le 10 février 2005 et par le congrès le 17 février 2005, retire ainsi l'opportunité aux juridictions locales des États fédérés la possibilité de reconnaître certaines formes de class. Cela a eu pour conséquence directe de réduire le "*forum-shopping*", c'est-à-dire les zones dans lesquelles se regroupaient les demandeurs au regard des précédents jurisprudentiels favorables à leur cas. Les promoteurs du projet faisaient valoir que certaines juridictions agissaient comme de véritables « aimants », tel le comté de Madison dans l'Illinois, où de nombreuses *class* d'envergure nationale y trouvaient naissance en raison de la procédure de certification plus souple que dans beaucoup d'autres États. Les chiffres sont éloquents : en 2003, le Tribunal de Madison a rendu 950 ordonnances de certification ; suite à l'adoption du CAFA, ce nombre est tombé à 325 en 2006<sup>29</sup>.

Les opposants au projet de loi faisaient valoir que cette réforme allait priver bon nombre d'Américains de leur possibilité d'agir contre les très puissantes entreprises. Le député - *Congressman* Ed MARKEY a déclaré que cette loi sonnerait la fin de l'indemnisation par « *l'industrie du tabac, l'industrie de l'amiante, l'industrie pétrolière, l'industrie chimique (et cela) au détriment des familles ordinaires de la classe moyenne qui doivent pourtant avoir la possibilité de s'adresser aux tribunaux pour protéger leurs proches lorsque leur état de santé est compromis.* »

### 3 - Le lawyer-business

Le « marché » de la *class action*, comme on pourrait le qualifier, est aux mains d'un barreau de type entrepreneurial composé de plusieurs cabinets qui se réunissent et doivent avancer des sommes considérables en vue de démarrer la procédure. La somme minimale moyenne pour mettre sur pied une *class action* est de 1 million de dollars, destinée à payer les experts et à procéder à l'appel aux victimes dans les médias.

En outre, l'écart entre les ressources investies par les avocats pour introduire cette action et les capacités des demandeurs conduit généralement à une disparité dans l'appréciation du litige. Les demandeurs, qui n'ont pas déboursé un centime pour se joindre à l'action, car ils y sont intégrés d'office, sont souvent tentés de ne pas se désister ou du moins, d'attendre le déroulement du procès pour prendre définitivement position et ainsi touché les dommages et intérêts.

D'un autre côté, l'avocat a tout intérêt à limiter au maximum une action en justice coûteuse et longue afin de lui préférer une issue transactionnelle rapide, et ainsi maximiser ses frais, car les dépenses sont considérablement réduites.

Cette optique tend à créer des tensions inévitables entre les avocats, représentants du groupe, et ses membres qui dénoncent parfois des *collusive settlements* ou des *sweetheart settlements* ; comprendre des règlements de complaisance entre le ou les avocats des demandeurs et ceux du défendeur, avant tout litige au fond, dans leurs propres intérêts financiers.

### 4 - Les collusive settlements ou sweetheart settlements

Parce que dans le système de l'opt-out, les actions de groupe incluent tous les demandeurs potentiels qui ne se désistent pas, rendant incertaine son étendue et son issue, le « règlement de complaisance » permet aux avocats de la défense de garder la main sur le litige auquel ils sont partis en prenant une part active dans la fixation de la réparation d'un préjudice qui va en limiter l'extension.

---

<sup>29</sup> [http://www.judicialhellholes.org/madison-county-illinois\\_2010-11](http://www.judicialhellholes.org/madison-county-illinois_2010-11)

Ces derniers concluent un « marché » avec le ou les avocats représentants des demandeurs qui acceptent sans mal un arrangement lorsqu'il couvre généreusement leurs honoraires.

L'exemple le plus notoire, qui a engendré un véritable tollé outre-Atlantique, est le célèbre cas des « coupon settlements ». À l'origine, Dexter KAMILEWICZ intenta une action contre la Banque de Boston, action dans laquelle les avocats des parties défenderesses ont accepté de couvrir en intégralité les frais d'avocat de la *class action*, tout en fournissant aux parties lésées des « coupons » de réduction sur leurs produits, ainsi que quelques modestes avantages commerciaux<sup>30</sup>. Les négociations entre les avocats ont ainsi abouti à l'indemnisation de chacune des parties à hauteur de 8,76 dollars, alors que les avocats agissant pour la *class* ont perçu entre 9 et 14 millions de dollars d'honoraires. Plus choquant encore, suite à cet arrangement, la banque fut autorisée à prélever sur tous les comptes bancaires des clients l'ayant attaqué la somme de 90 dollars pour couvrir ses propres frais de défense. Dès lors, son engagement de couvrir les frais d'avocat adverse n'était qu'un écran de fumé puisqu'en retour, la banque a fait assumer la charge de ses frais aux demandeurs.

Face à cette situation, John BEIGNET et Matthew SHORS s'interrogèrent sur les motivations réelles des représentants de la *class* en se demandant si ces derniers étaient des serviteurs de l'intérêt général ou, au contraire, des entrepreneurs privés qui, tristement, réalisaient des profits sur les difficultés des demandeurs lésés.

Le *Class Action Fairness Act* de 2005 a eu cet effet positif de limiter cette pratique. Désormais, les avocats des demandeurs verront les honoraires indexés sur la valeur réelle de la prestation fournie à la *class*, valeur qui s'apprécie au regard des indemnités allouées aux victimes.

## **C - La réparation des préjudices des membres du groupe**

### 1 - La particularité des dommages et intérêts punitifs additionnels

Les observations des analystes économiques, des auteurs et juristes convergent pour dire, qu'à ce jour, les réparations des préjudices des victimes et l'efficacité même de la *class action* est satisfaisante pour des *class* de moyenne importance rassemblant environ un millier de victimes, trouvant leur origine dans un contentieux à échelle locale (= aux États-Unis, cela équivaut à un État) et portant sur un préjudice matériel sérieux afin d'en faciliter l'appréciation et la fixation des dommages et intérêts compensatoires.

Toutefois, la particularité de la *class action* américaine est qu'outre les condamnations à ces dommages et intérêts compensatoires personnels à chaque victime, y sont adjoints des dommages et intérêts à caractère punitifs ; dommages et intérêts qui ne trouvent pas de parallèle en droit français, hormis les rares cas d'amende civile.

Les dommages et intérêts punitifs, apparus en Angleterre à la fin du XVIIIe siècle, ont pour objectif principal d'alourdir la sanction de l'auteur du dommage afin de le dissuader de réaliser tout acte ou fait similaire. Aussi, ils jouent un rôle de prévention et sont, à ce titre, un moyen d'assurer le respect de la loi.

---

<sup>30</sup> *Kamilewicz v Bank Of Boston, 7th Circuit, US Court of Appeals (2003)* - New York Times

En effet, le surplus de condamnation qui pèse sur le responsable est un moyen d'accroître la sévérité et donc le caractère dissuasif des dommages et intérêts compensatoires, souvent plus difficiles à évaluer dans le cadre d'un groupe.

Suite à l'arrêt *Cooper Industry v. Leatherman Tool*<sup>31</sup> rendu par la Cour Suprême des États-Unis, le juge John Paul STEVENS a rappelé que « *Malgré l'allocation de dommages et intérêts compensatoires, les dommages et intérêts punitifs sont infligés de pairs par le juge qui a statué, mais à des fins différentes. Les premiers sont alloués afin de réparer le préjudice que le demandeur a subi en raison d'un fait ou d'un acte condamnable et condamné du défendeur. Les seconds, qualifiés de quasicriminal ont pour but de punir le défendeur et de prévenir ses mauvaises actions.* ».

Associé à l'ampleur médiatique et numéraire de la *class action*, les dommages et intérêts punitifs peuvent asséner le coup de grâce aux moyennes entreprises qui n'ont pas les liquidités immédiates comme peuvent l'avoir les grands groupes industriels afin de faire face à ces condamnations.

Ces dommages et intérêts ne sont retrouvés, en pratique, que dans les affaires où le préjudice est particulièrement important, découlant souvent d'une faute d'une particulière gravité avec une atteinte manifeste aux dispositions légales. La Cour Suprême américaine a du reste réagi pour poser des limites à ces sommes « punitives » alors que de nombreuses jurisprudences des Tribunaux fédéraux considéraient déjà que ces dommages et intérêts constituaient une violation du principe du procès équitable.

Ainsi, dans l'affaire *Philip Morris*<sup>32</sup>, la Cour Suprême a déclaré que « *Le principe constitutionnel du procès équitable interdit à un État de recourir aux dommages et intérêts punitifs pour punir un défendeur pour les dommages qu'il a causés à des parties non intervenantes ou aux étrangers dudit litige.* »

Cette position surprend, car, comme nous avons pu le voir, la *class action* américaine est par principe une action représentative basée sur le système de l'opt-out. L'un des effets recherchés des *class action* est de servir d'exemple. Or, si les dommages et intérêts punitifs ne peuvent être calculés et appliqués dans les affaires où le nombre de demandeurs est indéterminé, et où les victimes n'ont pas personnellement comparu devant le Tribunal ; alors l'effet intimidant de la *class action* reposant sur l'opt-out ne reposera plus que sur sa publicité.

À côté de cette réparation purement pécuniaire jusqu'alors seule envisagée, il tend à se développer en parallèle la réparation des victimes en nature.

## 2 - Le principe de *fluid recovery* ou réparation fluide

Le principe de *fluid recovery* repose sur l'adage « *The next best use* »<sup>33</sup> qui signifie « à un meilleur usage ». Dans le contexte d'une action de groupe, le principe de réparation fluide est un outil qui sert à assouplir les conséquences pécuniaires d'une action de groupe reposant sur l'opt-out dans laquelle trop de membres ne se sont pas encore manifestés et / ou ne peuvent être identifiés. La réparation fluide trouve également application quand l'indemnité allouée à chaque demandeur est tellement dérisoire qu'elle ne couvrira pas les frais de justice et sera plus coûteuse à verser qu'elle n'indemniserait.

---

<sup>31</sup> *Cooper Industry v. Leatherman Tool*, 532 US, 2001

<sup>32</sup> *Philip Morris USA v. Williams*, 127 S.Ct. 1057

<sup>33</sup> *State v. Levi Strauss & Co.*, 41 Cal. 3d 460

Dans la décision *Gordon v. Boden*<sup>34</sup>, la Cour de l'Illinois a approuvé le recours à la *fluid recovery* en tant qu'outil procédural utile pour contourner les problèmes d'administration de la décision de justice, liés principalement au versement des dommages et intérêts dans les *class action* d'envergure où une très grande partie des victimes n'est pas identifiée. En l'espèce, les tribunaux font preuve d'originalité et ont adopté de multiples approches.

- Une diminution forcée des prix du défendeur : dans l'affaire des *taxis jaunes* de Los Angeles, les chauffeurs avaient pratiqué une hausse illicite des tarifs. En conséquence, le juge a ordonné une baisse de prix équivalente à la hausse illégale pendant la même période de temps<sup>35</sup>.
- L'émission de bon de réduction utilisable sur les produits du défendeur.
  
- Le versement des dommages et intérêts au Ministère concerné qui sera en charge de réinjecter les sommes perçues auprès des entreprises et associations locales qui, elles-mêmes, devront le réinvestir en faveur :
  - Des consommateurs<sup>36</sup>,
  - Des associations de protection de l'environnement<sup>37</sup>,
  - À des fonds de recherche<sup>38</sup>.

Si, dans la majorité des *class action*, le défendeur condamné accepte de prendre en charge les frais d'avocat, incluant notamment les importants coûts de publicité, tant à l'issue d'une décision judiciaire que dans le cadre d'une transaction. Il est des cas où le juge ne met pas ces « dépens » à la charge du défendeur.

Dans ce cas, le système de la réparation fluide apparaît alors plus injuste pour les victimes, cela s'en ressent d'autant plus que les avocats représentant des victimes reçoivent leur part en argent ; tandis que les membres de la *class* n'ont droit qu'à des coupons d'une valeur parfois dérisoire, et utilisable dans des conditions strictes. Dans l'affaire *Air Transportation Antitrust Litigation*<sup>39</sup>, une *class action* avait été intentée pour entente illicite sur les prix des billets entre neuf compagnies aériennes. Cette dernière a abouti à l'émission de « coupons réduction » valables sur les billets proposés par ces mêmes compagnies. Des coupons ont été émis à hauteur de 400 millions de dollars, alors que dans le même temps, les avocats représentant des victimes se sont vus verser 50 millions de dollars en argent liquide. Les victimes, furieuses, contestèrent cette pratique en relevant que bon nombre d'entre elles n'auraient pas recours à ces bons.

## **D - Les mass actions, alternatives aux class action**

Si pour initier une *class action* il est impératif d'obtenir un aval du Tribunal qui, une fois accordé, donnera au litige une dimension de groupe permettant d'englober toutes les personnes faisant face à la même situation de fait ; il est des cas où le ou les demandeurs ne cherchent pas, ou ne parviennent pas à obtenir l'ordonnance d'accréditation.

---

<sup>34</sup> *Gordon v. Boden*, 586 N.E 2d 461

<sup>35</sup> *Daar v. Yellow Cab Co.* - 67 Cal.2d 695

<sup>36</sup> *Market Street Railway Co. v. Railroad Commission*, 28 Cal. 2d 363

<sup>37</sup> *Buchet v. ITT Consumer Finance Corp.* No. 3-91 CIV 809

<sup>38</sup> *Gredell v. Wyeth Laboratories, Inc.*, No 87 CH 8445

<sup>39</sup> *Domestic Air Transportation Antitrust Litigation*, 137 F.R.D. 677 - N.D. Ga. 1991



Dès lors, ces demandeurs mandateront un représentant qui rassemblera sous son aile toutes les personnes qui se trouveraient dans une situation similaire. Le but serait alors de joindre toutes ces demandes, de multiples personnes, dans le cadre d'une seule et unique action appelée *mass action* ou « action de masse » ; en espérant, en définitive, agir avec la même efficacité et obtenir le fameux levier économique en terme de dommages et intérêts que si une « class » avait été certifiée.

En droit français, il est déjà possible de réaliser ce type d'action de masse. L'avocat ayant reçu mandat de plusieurs parties peut les regrouper en qualité de demandeur dans une même assignation afin d'agir contre un tiers. Si, entre temps, et par le bouche à oreille, l'avocat recevait de nouveaux mandats, il lui suffirait de faire intervenir volontairement à l'instance les nouveaux demandeurs en prenant soin d'actualiser le montant des sommes réclamées.

Néanmoins, ces actions de masse doivent se borner à des collectifs de victimes peu importants, notamment si on l'envisage au regard des règles de procédure française, car, à supposer que les demandeurs soient, en définitive, condamnés ; il conviendrait, pour rendre la décision exécutoire, qu'elle soit signifiée à l'ensemble de ces demandeurs. Or, la problématique pratique et de coût resurgit.

Les *class action* américaines révèlent leurs faiblesses quand elles rassemblent un flot de victimes conséquent ou, sans mis à part sa taille, lorsqu'elles regroupent des membres ayant subits de très lourds préjudices difficilement quantifiables et difficilement compensables. Passé ce cap, cela revient à condamner le défendeur à verser de l'argent dans un tonneau sans fond ; or, seul un gouvernement peut garantir une telle indemnisation.

À l'inversement, lorsque la *class* rassemble de nombreuses victimes ayant subi de modestes préjudices, en dehors de l'effet dissuasif, cette *class* profitera surtout aux avocats.

Le Canada, ayant introduit avec hésitation l'action de groupe quelques années après les États-Unis, a veillé à ne pas copier / coller ce modèle juridique. Nous verrons que c'est après une période d'acclamation que l'action de groupe québécoise a su trouver un rythme de croisière qui permet une bonne protection des victimes de masse.

## **Section 2 - Le recours collectif canadien : un modèle d'action de groupe en Civil Law**

Le recours collectif, nom donné à l'action de groupe au Canada, a été introduit il y a 35 ans. Au milieu des années 2000, la doctrine dressait un bilan relativement positif de cette procédure en terre québécoise, qui l'a accueillie favorablement.

En 1965, lors du projet de réforme du Code de Procédure civile, déjà le projet d'introduire une forme d'action de groupe émergeait, non sans doute, interrogations, incertitudes et craintes. Les commissaires de l'Assemblée législative déclaraient dans leur rapport que si cette « (...) *institution procédurale est de prime abord quelque peu séduisante (...) il suffit de consulter les recueils de jurisprudence pour constater les nombreuses difficultés qu'elle soulèverait chez nous. (...) notre système juridique s'en accommoderait mal.* »<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Projet-Code de procédure civile, Québec, Imprimeur de la Reine Roch Lefebvre, 1964 à la p. 13a

Or, l'avenir nous démontrera le contraire. L'introduction de ce « nouveau mécanisme » s'est fait avec une volonté législative de rompre avec le passé de *common law*, avec en point de mire, l'idée d'adoucir et de dédramatiser ce mécanisme judiciaire afin de l'adapter au système de *civil law*.

Au fil du temps, la magistrature québécoise s'est adaptée au recours collectif et, après un temps d'adaptation et de prises de marques, a décidé de permettre à cette action de groupe d'occuper une place centrale en lui fixant des objectifs. Son acclimatation lente et progressive a permis au système judiciaire se s'adapter, sans que l'ensemble des entreprises du pays ne fasse l'objet d'une cessation des paiements. La chronique d'une catastrophe annoncée par certains, dans les années 1980, n'a pas eu lieu.

Aussi, il convient d'étudier comment le Canada a pu nous offrir un exemple d'acclamation positif d'une action qui, encore aujourd'hui, se voit considérée comme une chimère responsable de tant de maux.

Nous nous pencherons sur le travail du législateur canadien et les règles encadrant l'action de groupe qui ont été fixées. Puis, comment le juge, de par son travail d'interprétation, de contrôle et de tempérament a permis à ce « monstre » de s'adapter en douceur au système judiciaire québécois.

## § 1 - Le législateur comme responsable du succès du recours collectif québécois

### A - Les marqueurs d'inquiétudes inhérents à la *class action*

Une dizaine d'années après l'introduction de la procédure collective aux États-Unis, le Canada n'est pas resté en marge. Au milieu des années 1970, plusieurs groupes se sont fait écho afin de défendre les avantages à introduire une action de groupe. Parmi ces partisans, le Barreau du Québec adopte, en 1974, une première résolution dans le but de modifier le Code de procédure civile, suivie d'une seconde en 1977. Selon ses représentants « *seul un recours collectif et impersonnel peut équilibrer les rapports de force* »<sup>41</sup>. La Commission des services juridiques ou encore, diverses associations, dont les traditionnelles associations de défense des droits des consommateurs, se sont jointes à ce mouvement.

Dans la foulée de ces pressions, le contexte politique et social aidant (développement des groupes de consommateurs, d'environnementalistes, d'associations de locataires)<sup>42</sup>, la loi sur le recours collectif est adoptée par l'Assemblée nationale le 8 juin 1978. Le projet, défendu et rapporté par le ministre Pierre MAROIS, alors ministre d'État au Développement social, entrera en vigueur le 19 janvier 1979.

Le Québec sera la dernière province canadienne à se doter de cet instrument procédural.

Dans les premières années, la procédure n'atteint pas le succès escompté. Au moment de son adoption, le ministère de la Justice estimait que les recours de groupe oscillaient entre 550 et 600 actions par an, soit 1 % des litiges civils soumis à la Cour supérieure ; en réalité, ce taux est de 0,06 % avec une moyenne annuelle de 20 requêtes introduites<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Barreau du Québec : Rapport sur le recours collectif, Montréal, 1977 p. 1

<sup>42</sup> J. K. BANKIER « *The Future of Class Actions in Canada : Cases, Courts and Confusion* » (1984) p. 269

<sup>43</sup> A. SIROPS « *Un fonds d'aide de 100 000 dollars* »

Par ailleurs, un important lobbying émanant des milieux commerciaux et professionnels mène une farouche opposition à ce projet gouvernemental, s'appuyant notamment sur les mauvais retours d'expérience américaine. Les détracteurs prédisaient notamment l'introduction de recours frivoles et malicieux, l'encombrement des tribunaux, des condamnations astronomiques menaçant la survie des entreprises, la violation des règles d'éthique chez les membres du Barreau assoiffés par l'appât du gain, et autres catastrophes du même acabit.

Quatre ans plus tard, diverses associations de protection des consommateurs s'inquiètent de la timide reconnaissance des actions de groupe par les juges. Me Yves LAUZON, directeur général du Fonds d'aide aux recours collectifs, lance un cri d'alarme. La loi modificatrice du 23 juin 1982 vient corriger certaines anomalies procédurales, faciliter l'exercice du recours, tant d'un point de vue processuel que d'un point de vue financier, et met ainsi un terme à l'incertitude entourant le sort des dépens judiciaires.

## **B - Un droit processuel moteur de justice sociale et d'essor des droits substantiels**

Tout au long des débats parlementaires précédant l'introduction du recours collectif en droit Québécois, ce dernier était décrit essentiellement comme un instrument de procédure civile comme un autre. L'on tendait à mettre en avant ses aspects négatifs, au détriment de ses aspects protecteurs qui étaient passés sous silence.

Or, plus qu'un simple moyen de procédure, l'action de groupe est devenue un véritable instrument de justice sociale. Se borner à le réduire à un simple instrument de procédure civile comme un autre, destiné à collectiviser la mise en oeuvre d'un droit déjà existant, d'une façon similaire au mandat ; ce serait nier son pouvoir créateur et son pouvoir de modification des droits substantiels.

Certes, le recours collectif est indéniablement un outil processuel, qui a pour point d'origine, et schématiquement, une multitude d'actions individuelles qui se cristallisent dans une seule et même action de groupe collective. Mais cette procédure naissante aura, dans ses effets, et si elle est menée à terme, un ou des impacts substantiels forts. Droit substantiel et droit procédural demeurent indissociables : la procédure contribue de façon directe à la réalisation du premier<sup>44</sup>.

J. A. JOLOWICZ estime qu'un « *droit subjectif a peu de valeur si les règles procédurales pour le mettre en oeuvre rendent son exercice périlleux ou illusoire. En revanche, un droit soutenu par une procédure simple d'utilisation et prometteuse d'un résultat efficace a toutes les chances d'être davantage exercé.* » Aussi procédural qu'il soit, le recours collectif, ou « action de groupe », ne se contente pas d'améliorer la procédure civile, il crée une nouvelle procédure de mise en oeuvre des droits ; droits d'une partie qui se trouve, dans la totalité des cas, particulièrement vulnérable, car, à défaut de « groupe », elle ne pourrait pas faire valoir ses droits. Autrement dit, sans droit ce droit procédural, les droits substantiels n'en seraient qu'affaiblis. Grâce à l'action de groupe, on assiste à une reconnaissance des droits des consommateurs, des victimes de traitements médicaux ; et même, d'éléments insaisissables, comme l'environnement. Soulignons que ces préjudices sont « nouveaux » et que, face à la massification des échanges et des contrats d'adhésion, les parties fortes profitent de l'archaïsme dans anciennes procédures civiles pour échapper à la mise en cause de leur responsabilité. Or, pourquoi ne pas traiter les litiges de masse, issus de pratiques de masse et pour les masses, par une action destinée à un traitement de masse ?

---

<sup>44</sup> J. A. JOLOWICZ « *On the nature and Purposes of Civil Procedural Law* » 1990. p. 270

Dans bien des cas, le recours collectif a servi la cause du gouvernement, en le libérant de la tâche d'intervenir, les représentants des collectifs de victimes devenant de véritables justiciers privés. À l'heure où le désengagement de l'État est de plus en plus grand et où les priorités gouvernementales se déplacent, le recours collectif se présente comme une solution de rechange ou une arme additionnelle intéressante et efficace en matière de respect des lois.

Dans cette optique d'accès à la justice, le recours collectif québécois a permis à plusieurs victimes d'obtenir compensation pour des injustices collectives et de freiner la commission d'actes illégaux. Depuis son introduction, il y a eu 630 dossiers de recours collectifs ouverts à la Cour supérieure<sup>45</sup>, parmi les affaires les plus marquantes, nous retrouverons sans surprises des situations de fait semblables à celles rencontrées aux États-Unis :

- La class action suite aux dommages subis par des femmes dans le cas des implants mammaires dangereux pour leur santé ;
- Les dommages à l'environnement commis par des industries polluantes ;
- Les pratiques de commerce illégales dans le domaine du crédit à la consommation ;
- Le paiement, par les administrateurs, de salaires non versés à des employés à la suite d'une faillite de l'entreprise ;
- Les pratiques frauduleuses dans le domaine des valeurs mobilières ;
- L'indemnisation des victimes du déluge de juillet 1996 au Saguenay.

De facture originale, le modèle québécois de recours collectif est le résultat de multiples composantes : les objectifs précis du gouvernement de l'époque préoccupé par les sauvegardes des intérêts sociaux, mais aussi par la prise en considération des expériences étrangères, notamment des États-Unis, pays voisin et précurseur de la *class action* moderne.

### **C - Les raisons du succès du recours collectif québécois**

Les rédacteurs de la loi québécoise se sont inspirés de la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966 ainsi que des articles 901 à 909 des *New York Civil Practice Law and Rules* de 1976 ; en cherchant, à chaque fois, à adapter ces dispositions en en gommant leurs écueils. S'inspirer du droit comparé ne veut cependant pas dire faire du « copier-coller ». On doit rendre grâce au législateur québécois d'avoir eu la sagesse de savoir profiter de l'expérience américaine, tout en se gardant d'en répéter ses points faibles et en sachant l'adapter au modèle procédural québécois. Des différences notables entre les systèmes juridiques québécois et américain sur le chapitre du quantum des dommages-intérêts habituellement attribués par les tribunaux, de l'utilisation de la formule des honoraires conditionnels et de l'effet de la règle des dépens ont agi comme gardiens contre les abus commis outre-frontière.

Après ces ajustements, la *class action* Québécoise illustre un savant mélange qui se caractérise par diverses particularités.

Un champ d'application large et général qui ne se limite pas à un secteur particulier tel que le droit de la consommation ou l'indemnisation des victimes de catastrophes écologiques ;

---

<sup>45</sup> Statistiques au 31 décembre 2003, excluant trois recours exercés devant la Cour fédérale : fonds d'aide aux recours collectifs, rapport annuel 2003-2004, Montréal, 2004, tableau VIII, p. 18

La représentation se fait sans mandat : du moins, le recours collectif ne suppose pas de mandat exprès au titre d'une condition de recevabilité, comme cela peut-être le cas dans d'autres types de *class action*. Ainsi, les demandeurs n'ont pas à « élire » un représentant pour que le groupe agisse en justice, il devra simplement rester solidaire. En réalité, c'est comme s'il y avait mandat, mais un mandat tacite et fictif. Néanmoins, celui qui le souhaite peut désigner un conseil, mais ce mandataire doit toujours pouvoir justifier de l'étendue de la délégation de pouvoir qui lui permet d'agir au nom et pour le compte d'autrui : il n'est qu'un intermédiaire et seul le représenté est réellement partie au procès. Cela rejoint le principe connu en droit français où il est impossible de « plaider par Procureur », tous les demandeurs - mandants - doivent, en principe, figurer en nom au cours de la procédure ;

Elle ne s'exerce qu'en demande seulement, ce qui évite le principe écueil connu en droit américain dans lequel, quand le défendeur forme une demande reconventionnelle contre le groupe, ce dernier peut-être tenu à réparation si une décision le condamne en ce sens, laissant la charge de cette réparation à ses membres. Or, dans le mécanisme de l'opt-out, les membres sont d'office intégré à ce groupe, et peuvent être tenus à leur insu à cette réparation. En droit québécois, aucun demandeur ne peut être poursuivi ;

Le recours est de la compétence juridictionnelle exclusive de la Cour supérieure, ainsi, les tribunaux locaux ne peuvent connaître de ces litiges, comme cela est le cas aux États-Unis. Cela limite les disparités et les concurrences à échelles locales, mais n'ouvre le recours collectif qu'aux faits ayant engendré des créances importantes ;

## **D - Les dispositifs légaux encadrant le recours collectif**

### 1 - Les critères de formation du groupe

À l'instar de la *class action* américaine, le recours collectif québécois s'initie en deux étapes :

- 1°) La phase d'autorisation ou de certification judiciaire afin d'exercer le recours ;
- 2°) L'exercice proprement dit, une fois l'autorisation est obtenue.

Contrairement au modèle américain, le mécanisme de certification du recours intervient obligatoirement avant toute introduction de l'instance. Ce mécanisme de contrôle permet au tribunal de décider **a posteriori** si l'action telle qu'intentée doit être maintenue comme *class action* ou, au contraire, se poursuivre telle une action individuelle. On évite alors un écueil qui est devenu monnaie courante outre frontière où l'initiateur, et généralement le futur représentant de la *class*, amorce une procédure hors du contrôle du tribunal pendant un certain temps, pour s'attribuer lui-même le statut de représentant et contraindre le Tribunal à se prononcer en ce sens.

Le droit québécois se montre plus strict, et ne reconnaît le groupe qu'à l'issue d'un contrôle **a priori** et dès lors que cinq conditions cumulatives sont réunies :

- L'existence d'un groupe identifiable ;
- L'existence de questions communes à traiter collectivement ;
- La violation non équivoque d'un droit, violation fondée sur des moyens concrets et tangibles ;
- L'application difficile, voire impossible, de la jonction des demandes, car le groupe comporte trop de membres ou parce que les demandeurs sont trop éloignés ;
- L'assurance d'une représentation adéquate par le représentant désigné.

Une fois autorisé, le recours procède selon le mécanisme de l'**Opt-out** pratiqué en droit Américain, c'est-à-dire que tous les membres du groupe décrit par le tribunal y sont inclus d'office, sans aucun acquiescement préalable, la loi prévoyant la faculté aux personnes ne souhaitant pas être jointes à ce groupe de s'en exclure sur requête expresse.

À l'inverse, du système de droit américain, dans le cas où le Tribunal rejette la demande d'autorisation, le représentant peut interjeter appel.

Le représentant dans ce recours peut être une personne physique, une association ou une personne morale de droit privé de 50 employés et moins, notons que dans la majorité des cas, ces sont des personnes des physiques qui portent l'action et seulement 15 % des recours sont exercés par des personnes morales telles que des associations<sup>46</sup> (avant 1997, il est intéressant de noter que ce taux dépassait à peine les 7 %). Sur ce point, le droit québécois se révèle, en pratique, différent du droit français dans la mesure où il n'est pas nécessaire que ces associations ou personnes morales soient agréées par l'administration publique.

Par ailleurs, la particularité du recours collectif est qu'en plus des encadrements légaux, le fonds d'aide aux victimes a un rôle déterminant dans l'admissibilité de l'action.

## 2 - Le fonds d'aide au recours collectif : organe garde-fou à la dérive du recours collectif

La *class action* américaine est en proie à de violentes critiques quant à ses conséquences financières. Véritable « machine à sous » et de marchandage entre avocats qui se disputent ce marché de niche, les *class action* en viennent à fragiliser les intérêts de ceux dont elles sont censées défendre les intérêts. Dans cette optique de « l'argent corrompt tout », le droit canadien s'est montré méfiant et à cantonné, en grande majorité, le financement de ces actions à un organisme public : le fonds d'aide aux recours collectifs. L'octroi des sommes suffisantes à la vie du groupe se fait sur demande motivée et si les critères énoncés précédemment ont toutes les chances d'être remplis pour l'audience de certification (économique, bien-fondé du recours, probabilité d'exercice). Le fonds d'aide aux recours collectifs se montre très généreux, car il accepte en moyenne 85 % des demandes qu'il reçoit<sup>47</sup>.

En moyenne, depuis 15 ans, environ 63 % des recours sont exercés avec l'aide financière publique (53,5 % en 2003)<sup>48</sup>. Ce mode de financement révèle clairement la volonté de faire de ce recours un moyen d'action social de premier plan, en mettant toutes les chances du côté des victimes pour agir. « Sans le fonds d'aide, il est clair que le recours collectif québécois ne connaîtrait pas le succès qu'il a aujourd'hui. Il ne fonctionnerait tout simplement pas. » (citer l'auteur de l'article).

La particularité de ce fonds d'aide est qu'il ne se limite pas à sa fonction d'assistance pécuniaire, il joue un rôle central de véhicule de l'information, ce qui est essentiel dans un système qui pratique l'opt-out.

---

<sup>46</sup> Fonds d'aide aux recours collectifs, Op. Cit., note 14, tableau X, p. 19.

<sup>47</sup> Statistique fondée sur les décisions rendues de 1989 à 2004 : id.. Tableaux III et IV, p. 10-11

<sup>48</sup> Fonds d'aide aux recours collectifs, Op. Cit., note 14, tableau V, p. 12

Enfin, il veille avec soin aux honoraires des avocats qui se propose d'assister les demandeurs dans leur recours collectif tant pour les actions qui sont menées devant le tribunal, en sachant qu'ultérieurement, leurs honoraires feront l'objet d'une seconde approbation par le juge qui « liquidera » ce montant au moment du rendu du jugement, mais le fonds contrôle et approuve également ces honoraires pour le règlement du différend hors cour, ce qui a pour effet de limiter considérablement les abus spectaculaires rencontrés aux États-Unis suite aux transactions conclues avec les défendeurs dans les *sweetheart settlements*.

Dans cette lignée de dispositions qui tendent à conserver le recours collectif dans un carcan raisonnable et raisonné, le pouvoir judiciaire se montre très prudent avec les indemnités allouées et respecte un maxima. Celui-ci est fixé et indexé régulièrement par la Cour suprême (il s'élève aujourd'hui à près de 300.000 \$ pour une personne), et garde les tribunaux québécois à l'abri des condamnations astronomiques connues et toujours pratiquées outre frontière. De plus, il n'y a pas au Québec, comme aux États-Unis, de procès par jury en matière civile, ce qui a pour effet de limiter les montants des indemnités accordées ; et notamment les dommages punitifs qui ne sont octroyés qu'à titre exceptionnel et pour des montants modestes.

Cette prudence autour du recours collectif n'induit aucun dénigrement, les juges québécois ont d'ailleurs appris à dompter cet inconnu, se disant qu'il y aurait plus d'avantage à faire de celui-ci un allié plutôt qu'un ennemi. Aujourd'hui, on peut affirmer que les avancées législatives n'auraient pas connu pareil succès si le juge ne s'était pas autant impliqué afin d'introduire le recours collectif avec souplesse, pour en faire un instrument incontournable. BOUCHARD affirme que « *La loi n'est qu'un peu d'encre sur du papier de qualité médiocre si tout l'appareil du pouvoir judiciaire ne se met en branle pour la supporter* »<sup>49</sup> tel un principe, qui aurait sans nul doute provoqué l'émoi de MONTESQUIEU, parmi d'autres.

## **§ 2 - Le pouvoir judiciaire : rouage d'adaptation et de succès du recours collectif**

### **A - La certification : point clé à l'émergence de tout recours collectif**

Lors de ses 25 premières années jurisprudentielles, de 1979 à 1990, les tribunaux ont fait preuve de beaucoup de réticences à l'égard de la procédure de recours collectif. Grâce à une série de jugements rendus par la Cour d'appel,<sup>50</sup> de nombreux éclaircissements ont été apportés. Dès lors, on a pu constater que l'attitude des tribunaux est devenue beaucoup plus favorable au recours collectif. D'un courant de prudence et de parcimonie, on est passé à un courant d'interprétation large et libérale, beaucoup moins formaliste, et porté par des juges conscients des objectifs juridiques et sociaux du recours collectif et se montrant désireux de contribuer à l'atteinte de ces objectifs.

Ainsi, les magistrats québécois hésitent beaucoup moins à certifier le recours collectif et son groupe, sachant qu'il ne s'agit là que d'une étape préliminaire qui ne préjuge en rien du mérite de la cause. D'un monstre de complexité prétendument supposé, le recours est aujourd'hui perçu comme une procédure utile qui a le mérite de remédier à d'importantes lacunes du système judiciaire, en particulier l'épineux problème d'accès aux tribunaux dans le cadre de « petits » et moyens litiges.

---

<sup>49</sup> M. BOUCHARD « *L'autorisation d'exercer le recours collectif* » 1980, p. 855

<sup>50</sup> *Comité d'environnement de La Baie c. Alcan*, 1990, RJQ 655

<sup>51</sup> *Tremaine c. A.H. Robbins*, 1990, RDJ 500

Cependant, les avocats de la défense estiment que l'autorisation est devenue trop aisée à obtenir, les tribunaux se montrant généralement favorables aux requérants, et n'hésite pas à remettre en cause la « partialité » des juges à trop de justice sociale.

À ce titre, nous laisserons les statistiques parler. Selon un rapport publié en 2004, sur 296 requêtes étudiées entre 1979 et 2003, seules 54 % d'entre elles ont été accueillies. Certes, les refus étaient plus récurrents dans les années 1980, mais d'une manière générale, les refus sont presque aussi nombreux que les autorisations. Ainsi, en 2003, on enregistre plus d'un tiers de refus (36 %).

Pour chaque dossier, les juges se livrent à un examen minutieux de la requête et de la situation de fait par rapport à l'ensemble des conditions d'autorisation. Les parties peuvent être entendues lors d'auditions qui s'étendent parfois sur plusieurs jours. Dès lors, on ne peut que s'étonner quand une partie des corporations et des syndicats représentant du patronat dénoncent l'« abdication du pouvoir judiciaire ».

D'ailleurs, l'ordonnance d'autorisation n'est délivrée qu'après une première guerre d'obstruction quasi systématique du défendeur qui met tout en oeuvre pour tenter de dissuader le requérant de poursuivre et pour tuer le recours collectif avant sa naissance. Dans les cas les plus difficiles, l'autorisation n'a été obtenue qu'après deux années d'efforts, de résistance et de ténacité.

Dans cette optique, les mêmes griefs pourraient être reprochés aux défendeurs (qui sont souvent les principaux détracteurs) en ce qu'ils dénoncent les recours frivoles des demandeurs, ou leurs abus procéduraux, alors qu'ils se livrent bien souvent eux-mêmes à ces pratiques. Aussi, depuis quelques années, les défendeurs ont contribué à transformer cette étape préalable d'autorisation en un pré-procès sur le fond.

En 2003, le Code de procédure civile pour limiter le droit de contestation de la requête pour autorisation à une contestation orale, et non plus écrite comme auparavant. Par conséquent, à défaut d'une contestation orale, les défendeurs procèdent désormais au dépôt d'une multitude de requêtes interlocutoires écrites, à la manière des amendements législatifs, afin de ralentir et de retarder au maximum l'autorisation.

Si l'argument de « frivolité » est souvent le premier soulevé par la défense, il en demeure l'un des moins retenus. À l'inverse, les refus se justifient la plupart du temps pour des motifs de technique procédurale pure, notamment parce que le recours présenté se prêtait mal à l'exercice d'un recours collectif. Or, si rien ne se joue à cette étape, hormis la naissance du groupe comme entité apte à agir en justice ; c'est comme si, dans l'esprit des défendeurs, l'ordonnance d'autorisation entraînait nécessairement la perte du procès final. Pourtant, rien ne garantit que le recours collectif va connaître une issue favorable. Le défendeur au recours collectif sera dans la même position que tout autre défendeur ou demandeur, dans n'importe quelle action en justice, avec toutes les difficultés que cela comporte quant aux modes de preuve, aux expertises...

Pour autant, cette première « défaite », aussi relative soit-elle, est souvent l'élément déclencheur de négociations parallèles. Ainsi, sur 100 recours autorisés, plus de trois dénouements favorables sur quatre (82 %) épousent la forme d'un règlement. Sur ces 82 % de résolution extrajudiciaire, près de 66 % interviennent au stade de l'autorisation ou quelque temps après son obtention, mais avant même l'ouverture du procès au fond <sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Fonds d'aide aux recours collectifs, Op. Cit., note 14, tableau VI, p. 15



En conséquence, il a beaucoup été reproché au recours collectif de constituer une arme de chantage contre les entreprises. Toutefois, la liberté du défendeur n'est en rien mise à mal et celui-ci peut tout à la fois décider que l'affaire mérite d'être tranchée sur le fond par un Tribunal ou qu'il est préférable de s'orienter vers un accord transactionnel. Si les défendeurs choisissent cette seconde option, c'est aussi parce qu'ils y trouvent leur intérêt, ne serait-ce que pour interrompre l'atteinte à la réputation de leur entreprise, générée par la couverture médiatique de l'affaire, ou diminuer la facture de leur avocat.

Ainsi, Pierre-Claude LAFONT, spécialiste du recours collectif au Québec affirme n'avoir jamais été témoin d'aucun cas où une entreprise, sans aucune responsabilité retenue, ait été forcée de conclure un règlement dans le cadre d'un recours collectif abusif. Cette affirmation est d'autant plus fondée qu'au Québec, le tribunal a compétence exclusive pour approuver ou rejeter le projet de règlement. Dès lors qu'il acquiesce l'homologation, le règlement devient public et revêt valeur d'exemple pour les autres entreprises concernées, ce qui a des conséquences directes sur le comportement de ces dernières dans leurs relations commerciales. C'est là un objectif additionnel et non négligeable du recours collectif, peut-être même le plus important, car il souligne le respect de certaines normes et emporte un effet préventif, évitant ainsi à de nombreux autres consommateurs d'avoir à subir des dommages.

Néanmoins, il est des cas où le groupe aurait sans doute obtenu plus devant le tribunal qu'en signant une transaction hors cour. Mais, comme le souligne le célèbre adage d'Honoré de Balzac : « *mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès* ». Ce qui est vrai dans le contexte d'une action individuelle vaut aussi pour une action collective.

## **B - Le recours collectif : procédure civile inquisitoire**

Dans le cadre des recours collectifs, le juge québécois jouit de prérogatives exorbitantes qui dépassent de loin son rôle habituel de simple arbitre entre des parties qui dirigent le procès. Aussi, nous dirons qu'il adopte un profil inquisitoire en ce qu'il décide discrétionnairement de l'administration globale du recours<sup>53</sup>. Pour lui permettre de mener le procès, la loi lui confère un panel de pouvoirs très variés allant du pouvoir d'autorisation ou de prise de décision au pouvoir d'ordonnance, emportant la possibilité de prononcer d'office des mesures de protection ou encore, de jouer sur la publicité de l'action.

Dans le recours québécois suivant le régime de l'opt-out, le magistrat détermine la forme et le contenu des avis aux membres (avis d'autorisation, de jugement final, d'offre de règlement, d'appel...) et se fait le gardien des intérêts des membres absents. Pour ce faire, la loi l'autorise le juge :

- À réviser le jugement d'autorisation si certaines des conditions ne sont plus remplies<sup>54</sup> ;
- À modifier la description du groupe ou à le scinder en plusieurs sous-groupes<sup>55</sup> ;
- À prescrire toute mesure susceptible d'accélérer le déroulement du recours et de simplifier la preuve ;

---

<sup>53</sup> M. J. LONGTIN, *L'État et le recours collectif*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, cours n°38, Le recours collectif, 1978-1979, p. 55

<sup>54</sup> Art. 1022, al. 1 et 2

<sup>55</sup> Art. 1022, al. 2 et 3

- À déterminer le mode de réparation le plus approprié aux vues des circonstances et gère l'administration de l'exécution du jugement, même au-delà de son prononcé sachant que c'est la Cour du Québec qui est compétente pour connaître de toute difficulté en matière d'exécution ;
- À fixer les honoraires de l'avocat du représentant, y compris dans le cas d'un règlement hors cour<sup>56</sup>.

Il a été soutenu que ce rôle très actif du juge, qui participe à toutes les étapes du recours, a contribué au succès du recours collectif québécois ; mais une telle implication, corolaire à ce succès, amène à s'interroger son introduction en droit français où la procédure civile se veut davantage accusatoire et où le procès est « la chose des parties ». Il est clair que quand cent, cinq cents, mille ou dix-mille demandeurs se groupent en justice, ils ne peuvent chacun individuellement orienter le procès. Seuls quelques représentants désignés seraient chargés de le faire, dont les avocats, avec le risque d'entraîner les abus rencontrés en droit américain. Or, pareils abus peuvent difficilement survenir en présence d'un tel contrôle judiciaire.

Comme l'énonce Marc GALANTER dans ses travaux<sup>57</sup>, les utilisateurs du système judiciaire doivent reconsidérer la fonction du tribunal pour ce qu'elle doit être : un processus de règlement du litige avant tout entre les parties, plutôt qu'un processus où l'on confierait une sorte de « mandat de résoudre le conflit » au juge. Le tribunal n'est pas là uniquement pour rendre jugement, mais également pour offrir un cadre de négociation et stimuler des règlements à l'extérieur de son enceinte.

En définitive, le règlement, parce qu'il requiert l'approbation du tribunal, devient public et revêt valeur d'exemple pour les autres entreprises de l'industrie concernée. Le résultat se mesure souvent par un changement dans les pratiques et comportements à l'égard des consommateurs, demandeurs principaux des recours collectifs. Et c'est là une résultante non négligeable du recours collectif, peut-être même la plus importante, car elle emporte un double effet à la fois dissuasif et préventif, évitant ainsi à de nombreux autres consommateurs d'avoir à subir des dommages similaires.

Mais borner le recours collectif à la défense des consommateurs serait en limiter la portée, en effet, ce dernier favorise l'accès à la justice à toutes les victimes qui n'auraient pas été entendues autrement. En ce sens, le rassemblement des justiciables qu'il permet revêt une signification importante sur le plan de la perception de la justice par le citoyen, et du respect des lois et des contrats par les grandes entreprises.

En 25 ans, le recours collectif québécois a su trouver la voie de l'équilibre, sous l'inspiration initiale du législateur et sous la gouvernance des juges. Juges et commentateurs sont passés de l'inquiétude à la sérénité et sont devenus des acteurs ou des alliés de poids afin d'assurer le succès du recours collectif que l'on observe aujourd'hui. Le législateur et la magistrature peuvent se vanter d'avoir su intégrer une procédure originaire des pays de *common law* dans un système de droit civil. Comme l'a déclaré dans son rapport de mission Luc CHATEL, ancien Secrétaire d'État à la Consommation, au Tourisme et à l'Industrie, parlementaire « ce n'est pas tant la *class action* elle-même que ses débordements qui sont critiqués »<sup>58</sup>. La France aurait ainsi tout intérêt à suivre l'exemple québécois en adoptant un « recours collectif » allégé de ces écueils étatsuniens. La mise en avant de cette

<sup>56</sup> Loi sur le recours collectif, LRQ, c. R-2.1, art. 32, al. 2

<sup>57</sup> M. GALANTER, *La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux*, Accès à la Justice et État-Providence, Paris, Economica, 1984, 151, p. 157 - 158

<sup>58</sup> *De la conso méfiance à la conso confiance*, rapport au Premier ministre de la mission parlementaire, 9 juillet 2003

réussite canadienne ne saurait alors que dédramatiser une procédure trop souvent perçue comme une exception américaine.

### **Section 3 - États généraux dans le cadre régional : l'Union européenne**

Dans un document que s'est procuré « La Tribune » en septembre 2009<sup>59</sup>, il était énoncé que la Commission européenne préparait un projet de directive dans laquelle les États membres seraient tenus de mettre en place une action de groupe, baptisé « *group action* ». Sans surprise, ce projet qui est resté plusieurs mois au stade des discussions interministérielles a achevé de s'enliser. Les discordances entre les ministres des différents États membres, ayant chacun une vision procédurale propre au droit procédural en application dans son pays, allié aux hostilités du patronat, expliquent en grande partie cet attermoiement. Pour autant, la détermination de Bruxelles reste entière et sa volonté d'adopter une directive selon laquelle les États membres seraient tenus de mettre en place une action de groupe reste un point en sommeil qui pourrait resurgir prochainement.

Pour l'heure, les États membres sont partagés entre ceux qui ont pleinement adopté un système d'action en représentation inspiré de la *class action* ; de ceux qui n'ont adopté aucun mécanisme procédural de représentation générale, mais qui connaissent néanmoins des actions de protection des intérêts collectifs. À ce titre, la France connaît notamment diverses actions d'intérêts collectifs ouvertes à des groupes ou des entités ciblées (Cf. *Partie 2 - Section 2*).

Ces actions d'intérêts collectifs ont pour fonction d'assurer en justice la représentation d'un ou plusieurs intérêts d'une catégorie de justiciables déterminés, par exemple celle des consommateurs ou celle des salariés, intérêts qui seraient un démembrement de l'intérêt général.

Ces actions se distinguent des actions visant à agréger des demandes individuelles identifiées ou identifiables, comme les actions en représentation, fondées sur la théorie du mandat qu'il soit formel ou tacite, dont la représentation *ad litem*.

Elle se différencie encore des actions de groupe permettant à un individu ou à un groupement d'agir au nom d'un ensemble d'individus inorganisés et souvent inconnus à l'origine de la procédure : la *class action*.

Si ces trois formes d'action sont présentes en Europe, seule l'action d'intérêt collectif est reconnue au niveau communautaire.

#### **§ 1 - L'action d'intérêt collectif, succédané européen de la class action**

Les actions d'intérêt collectif ne sont pas des actions de groupe, l'intérêt collectif n'étant pas la somme des intérêts individuels, principe clairement affirmé par la Cour de cassation<sup>60</sup> ; elles visent à défendre un « groupe » de personnes pris dans son ensemble.

Les actions d'intérêt collectif sont les plus communément admises en Europe, notamment en droit de la consommation, où il est apparu utile de conférer aux « groupements » le pouvoir de concourir à la bonne application du droit qui, au fil du développement de la société de consommation portée par les contrats d'adhésion, a échappé tant à l'individu souvent perdu et désemparé, qu'au Ministère public qui ne traitait que des cas les plus flagrants de violation des droits.

---

<sup>59</sup> "Class action" : Bruxelles veut imposer une directive, la France sous pression - La Tribune.fr - 25/05/2009

<sup>60</sup> Cass. Crim., 20 mai 1985, Bull. Crim. p. 485

On retrouve ici cette idée de *private enforcement* évoqué dans le monde anglo-saxon, y compris dans l'exercice des *class action*. Le *private enforcement*, que l'on pourrait traduire par « *action privée* », concerne originairement toutes les entorses mineures au droit pénal que le *government prosecutor*, équivalent du Procureur de la République en droit français, n'entend pas poursuivre en raison de leur faible importance. Or, en matière de procédure pénale, le droit français permet, à défaut d'action de la part du Ministère public, de se constituer partie civile ; mais l'originalité du *private enforcement* est que l'action publique est directement engagée par la victime. Toutefois, et lorsque la partie adverse est condamnée à une amende, les sommes récoltées seront directement reversées au bénéfice de l'État.

Aujourd'hui, le *private enforcement* est mis en parallèle avec le recours collectif civil puisque cela permet à des personnes ayant subi un dommage de faible importance d'accéder à un mécanisme leur permettant de faire valoir leurs droits et d'obtenir réparation.

Au niveau communautaire, cette idée d'accès à la justice pour tous a progressé depuis le Livre vert de la Commission du 16 novembre 1993 relatif à l'accès des consommateurs à la justice et au règlement des litiges de consommation dans le marché unique. La Commission analyse les difficultés propres à tout litige transfrontalier (identification de la loi applicable, juridiction compétente, notification et exécution du jugement) qui constituent autant d'obstacles pour le consommateur à faire valoir ses droits. La Commission constate également de l'existence d'actions en cessation à disposition de groupements dans tous les États membres de l'époque. Or, ces actions collectives prévues dans les différentes législations nationales sont souvent dépourvues d'effets dans le cas de pratiques commerciales transfrontalières. Les organisations de défense des consommateurs ne sont pas qualifiées ou n'ont pas intérêt à agir. Dans la perspective du bon fonctionnement du marché unique, il est nécessaire de trouver des solutions.

Partant de ce constat, le Livre vert proposait d'harmoniser les actions en cessation en matière commerciale et c'est là la genèse de la directive du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation<sup>61</sup>. Ce texte, transposé en droit français par ordonnance du 23 août 2001<sup>62</sup>, a pour principal objet de poser les conditions de reconnaissance mutuelle d'entités qualifiées qui ont la capacité, selon le droit national de chaque État, d'exercer une action préventive dont l'objet est exclusivement la cessation d'agissements illicites définis comme la violation de directives assurant la protection des consommateurs.

Dès lors, les actions collectives prévues dans les différentes législations nationales seraient pourvues d'effets dans le cas de pratiques commerciales transfrontalières. Les organisations de défense des consommateurs se verraient alors reconnaître la qualité pour agir ce qui, dans la perspective du bon fonctionnement du marché unique, est un objectif essentiel.

---

<sup>61</sup> Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs

<sup>62</sup> Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation

Cet objectif se trouve accompli pour la première fois par le président du Tribunal de commerce de Bruxelles qui a rendu une ordonnance à la requête de *l'Office of Fair Trading*, l'autorité administrative du Royaume-Uni en charge notamment de la protection des consommateurs, équivalent de notre Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) qui a enjoint à une société belge de cesser d'adresser depuis la Belgique une publicité trompeuse à destination des consommateurs anglais<sup>63</sup>.

Ces actions d'intérêt collectif se retrouvent dans tous les États membres et sont ainsi confiées à différentes catégories de personnes ayant reçu qualité pour agir au nom de l'intérêt collectif des consommateurs. Le Royaume-Uni et la Suède attribuent le soin de ces actions à des organismes publics chargés d'en assurer l'exercice ; organismes qui sont l'Ombudsman en Suède, et le directeur de *l'Office of Fair Trading* au Royaume-Uni.

Dans la plupart des autres États membres, la qualité pour agir est conférée à des organismes de droit privé, sans but lucratif avec dans certains pays un contrôle **a priori** de cette qualité se traduisant par la délivrance d'un agrément administratif, comme en France et en Belgique.

Hormis ces distinctions relatives aux personnes ayant qualité pour agir, l'objet de l'action vise à mettre un terme aux agissements néfastes avec, en définitive, la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs dans tous les États membres de l'Union européenne. Toutefois, à l'exception de ces avancées qui ont vocation à gommer les contraintes frontalières et spatiales, et ainsi emporter la reconnaissance de l'intérêt collectif des consommateurs à plus large échelle, les initiatives de la Communauté européenne en matière d'action de groupe sont restées au stade des vœux ou des déclarations d'intention.

Pourtant l'attente des citoyens existe comme en témoigne un sondage Euro Baromètre publié par la Commission européenne et relatif à l'accès à la justice. À la question : « *Se rallier à d'autres consommateurs, cela constituerait-il un outil incitatif pour défendre vos droits ?* », 67 % des personnes interrogées ont répondu affirmativement pour des raisons liées au coût de l'action ainsi qu'à la possibilité de pouvoir bénéficier d'une décision de justice<sup>64</sup>.

## **§ 2 - Des actions en représentation : class action édulcorée et *opt-in***

Il est intéressant de noter que le modèle européen de Common Law : le Royaume-Uni, ne se soit pas immédiatement inspiré des États-Unis pour y introduire un modèle de *class action* en tout point similaire, modèle pourtant créé au cours d'une vague d'échanges économiques particulièrement intenses entre ces deux pays lors des Trente Glorieuses.

### **A - Le Royaume-Uni : entre *class* et *representative actions***

Au Royaume-Uni coexistent deux modèles d'actions de groupe. La première forme d'action est la *group action*, l'action de groupe. Inspiré en grande partie de la *class action* américaine dans ses effets, néanmoins, pour en bénéficier, les parties doivent se déclarer selon les règles de l'*opt-in*. La seconde action est appelée *multi-party proceedings* ou *representative actions*.

---

<sup>63</sup> Tribunal Commercial de Bruxelles, *ordonnance du 6 décembre 2004*

<sup>64</sup> Sondage Euro Baromètre spécial 195, octobre 2004

Par cette action, une personne qui justifie d'un intérêt personnel peut agir en justice afin de représenter d'autres personnes qui ont subi les mêmes préjudices de la part du même défendeur : le plus souvent, il s'agit d'une personne morale qui va défendre les intérêts des personnes privées. L'exemple le plus marquant est, une nouvelle fois, celui de l'association qui défend les consommateurs.

### 1 - La group action ou action de groupe

Cette procédure de groupe a pour objet de « *permettre le traitement des actions en justice qui soulèvent des questions de fait ou de droit communes ou connexes* ». L'action de groupe n'est ni plus, ni moins qu'un « instrument de procédure » permettant la gestion groupée d'un nombre important d'actions individuelles, vision partagée avec la doctrine québécoise quant au recours collectif.

#### *a - L'introduction d'une action de groupe*

À l'inverse de la procédure connue et pratiquée aux États-Unis, l'ordonnance autorisant « l'action de groupe » est sollicitée par une des parties, demandeur ou défendeur, qui ont déjà saisi un juge du fond à titre individuel. Il est impossible d'initier le lien d'instance directement par une action de groupe.

Le tribunal peut prendre l'initiative d'office d'autoriser une action de groupe, sous réserve d'avoir obtenu l'accord de la hiérarchie judiciaire. Selon les précisions apportées par l'article 3.2 de la directive publiée par le Ministère de la Justice, la demande d'ordonnance d'action de groupe doit contenir :

- Un résumé de la nature du litige ;
- Le nombre et la nature des actions en justice individuelles déjà déposées ;
- Le nombre et la nature des actions en justice individuelles susceptibles d'être déposées ;
- Les questions de fait ou de droit communes susceptibles d'être soulevées par le litige ;

L'issue de cette étude se solde par le rendu d'une ordonnance autorisant la formation de groupe, sur le modèle de l'ordonnance de certification américaine, dès lors qu'il « *existe ou il est susceptible d'exister un certain nombre d'actions en justice individuelles* », étant précisé que ces actions doivent soulever « *des questions de fait ou de droit communes ou connexes* »<sup>65</sup>.

Le pragmatisme anglais voit ce mode d'action comme une façon efficace et économe de traiter les litiges, en faisant en sorte de créer un précédent de façon à ce que les cas semblables soient traités de manière identique. En règle générale, l'application de cette procédure collective va procurer un bénéfice tant au tribunal, qui évite l'engorgement de son registre d'affaires pendantes ; mais également aux parties qui, comme dans toute action de groupe, à la faculté d'agir alors qu'elle n'en aurait pas forcément eu la possibilité autrement.

L'ordonnance autorisant l'action de groupe va lister des instructions qui devront être reprise dans le « registre du groupe » - *register group* - qui contient toutes les actions gérées collectivement dans le cadre de l'ordonnance ; tout en désignant également un juge gestionnaire qui aura pour mission de gérer les actions inscrites dans le registre du groupe appelé.

---

<sup>65</sup> Art. 19.11

Par ailleurs, l'ordonnance autorisant l'action de groupe doit contenir tous les éléments relatifs à sa publication. Par le jeu de la publicité, les parties qui ont entamé des actions à titre individuel seront averties de la formation de ce groupe, et pourront solliciter le juge gestionnaire par voie de requête pour intégrer ses registres, selon le système de l'opt-in. La condition sine qua non pour ces requérants est d'être partie à une instance déjà pendante devant une juridiction, et présentant une identité de cause et d'objet.

Le juge gestionnaire peut arbitrairement durcir les critères d'entrée dans le groupe en fixant, par exemple, un délai limite pour le rejoindre.

Enfin, le juge gestionnaire peut désigner une ou plusieurs actions individuelles inscrites au registre de groupe pour servir « d'actions modèles » - *test claim* - ; présentant des similitudes avec la pratique connue en droit allemand depuis l'adoption de la *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*.

#### *b - La décision au fond et ses effets*

Lorsque le juge statue en fait et en droit sur l'objet même du litige ayant donné lieu à l'action de groupe, la décision rendue est opposable à tous les membres de ce groupe régulièrement inscrits, sauf si le juge en décide autrement. Ainsi, le juge peut indiquer que sa décision liera également les parties à une action introduite ultérieurement ; sa décision faisant office de « modèle » à suivre pour que les futures victimes connaissent les mêmes démêlés. On voit là, en filigrane, le grand principe traditionnel de *Common Law*.

Néanmoins, s'agissant de l'indemnisation, le juge ne peut qu'inviter les membres du groupe à demander la réparation de leur préjudice individuel en adressant une nouvelle requête au juge du fond. En effet, l'action de groupe n'a pour finalité que d'attribuer des dommages et intérêts collectifs, qui prend un minimum en compte le préjudice individuel subi par chaque membre du groupe. La somme récoltée sera ensuite divisée à parts égales entre les membres, sur le modèle de la *class action* connue aux États-Unis.

Une partie qui n'est pas satisfaite de la décision peut exercer un recours contre celle-ci après autorisation du juge.

Si l'action de groupe a vocation à s'appliquer à toutes les actions civiles, quel que soit leur domaine, conformément à l'article 19-10 du règlement relatif à la procédure civile du 31 mai 2000, Rachel MULHERON, Professeur à l'Université de Londres, révèle que 62 ordonnances d'action de groupe ont été rendues depuis l'introduction de ce nouveau dispositif. Lorsque l'on regarde de plus près les litiges traités par le biais d'une résolution de groupe, 21 % d'entre eux étaient relatifs à la réparation de sévices subis dans des foyers d'enfants et 15 % à la réparation de dommages environnementaux<sup>66</sup>.

Dans les mois qui ont suivi la présentation de ce rapport, le Conseil pour la Justice civile - *Civil Justice Council* - a émis diverses recommandations au Chancelier, dont la principale vise à améliorer l'accès à la justice aux actions de groupe, actions qui se cantonnent aujourd'hui à certains champs limités tels que les dommages environnementaux, les produits défectueux notamment médicaments, mauvais traitements dans les écoles et les foyers d'enfants...).

---

<sup>66</sup> Rachel MULHERON, La réforme de la réparation collective en Angleterre et au pays de Galles, Civil Justice Council, 2 mai 2000

## 2 - La multi-party proceedings ou representative actions

Un an plus tard, en juillet 2001, le gouvernement britannique prend le contre-pied des recommandations émises par le Conseil de la Justice en estimant que le droit à une action collective ne devait être reconnu que « dans des secteurs spécifiques ». Il est laissé le soin à chaque ministère de poser les jalons encadrant l'action collective qui découle de son champ de compétence.

Ainsi, l'action collective des consommateurs est prévue par l'article 47 B de la loi de concurrence de 1998, baptisée « CA98 », et dont les modifications apportées entre 2001 et 2002 sont en vigueur depuis le 20 juin 2003. Celle-ci permet aux organisations homologuées par le Ministre du Commerce et de l'Industrie de déposer une action devant le *Competition Appeals Tribunal* (CAT) pour le compte d'au moins deux consommateurs qui ont subi un préjudice résultant de la violation des règles nationales ou européennes de la concurrence en matière de biens et de services. À ce jour, la seule organisation de défense de consommateurs homologuée par le Ministère du Commerce est *Which ?*, forte de près d'un million et demi d'adhérents<sup>67</sup>.

Néanmoins, le préalable à cette action est le constat officiel de la violation par l'*Office of Fair Trading*, sorte d'autorité administrative indépendante similaire à la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) connue en Droit français, qui est chargée de la protection du consommateur. L'action collective conduite par l'association de consommateurs s'inscrit donc dans la ligne directe d'une décision préalable en matière de violation de règle de concurrence, on parle de *follow-on action*. Reposant sur le système de l'opt-in, le consommateur doit exprimer expressément son accord pour rejoindre la procédure collective engagée par l'association de consommateurs. Par ailleurs, le préjudice subi par le groupe des consommateurs doit résulter de la même infraction.

### **B - En Allemagne : une procédure isolée, à durée déterminée**

Alors qu'en 2005, les États-Unis adoptent le *Class Action Fairness Act* (Cf. : 2 - La réforme CAFA - *Class Action Fairness Act*) pour contenir la *class action* qui tend à se retourner au détriment de ceux qu'elle est censée protéger, les États membres de l'Union Européenne cherchent tant bien que mal à introduire les actions collectives. La même année, le 16 août, l'Allemagne adopte la *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, abrégé sous l'acronyme *KapMuG*. Il s'agit d'une procédure qui se rapproche au plus de l'action de groupe. Néanmoins, cette dernière n'est destinée qu'à couvrir un champ très limité de victime puisqu'elle n'a pour vocation exclusive que de protéger les porteurs de titres de valeurs mobilières. La *KapMuG* a d'ailleurs été adoptée avec la volonté d'apurer un litige de grande ampleur né d'une vague de saisines individuelles qui a déferlé sur les Tribunaux allemands, et portées par des centaines d'actionnaires agissants chacun contre la société *Deutsche Telekom*.

L'objectif de la *KapMuG* est d'assurer un meilleur traitement des litiges de masse en permettant à une partie en première instance de se tourner vers l'*Oberlandesgericht* (sorte de juridiction à compétence régionale) afin de lui soumettre une « requête en procédure modèle ». Le demandeur ou le défendeur à l'action au fond commencent par déposer la requête devant le juge du fond saisi en première instance. Ce dernier suspend alors le cours de l'action, le temps de saisir la juridiction régionale.

---

<sup>67</sup> Which ? 2011/2012 a review of the year



La réponse apportée par cette Cour régionale fera office de modèle qui liera ensuite l'ensemble des juridictions saisies des cas similaires. Immédiatement, une publicité est organisée au Bulletin des annonces officielles, sous la rubrique « registre des plaintes en application de la loi KapMuG ».

Néanmoins, pour que le bénéfice de cette requête soit définitivement acquis, la Loi a posé une condition stricte puisque neuf autres requêtes doivent avoir été déposées devant le tribunal saisi de la demande principale, ou devant tout autre Tribunal, et cela, dans les quatre mois qui suivent la publication de la première requête au Bulletin des annonces officielles.

Au regard de cette démarche active du demandeur, le *KapMuG* créé un système similaire à l'opt-in où il appartient au demandeur qui souhaite prendre part à cette procédure commune de se manifester. La doctrine allemande a beaucoup insisté pour que ce système de la « requête en procédure modèle », à laquelle se joignent librement les parties, ne dérive pas sur le modèle de l'opt-out. DEUTLMOSER s'appuie notamment sur la loi fondamentale pour déclarer qu'aucun justiciable allemand ne peut perdre son ou ses droits par l'effet d'une class action ou d'une transaction à laquelle il n'aurait pas choisi délibérément de prendre part<sup>68</sup>.

L'Oberlandesgericht désigne alors, de manière discrétionnaire, le demandeur (généralement son représentant) à cette requête parmi tous les demandeurs (un plus neuf, soit dix au minimum), en tenant compte du montant éventuel de la demande propre à chacun ou de l'existence d'un accord entre plusieurs plaignants pour désigner le demandeur au soutien de la requête.

Le demandeur ou son représentant désigné, investi d'une forme de mandat judiciaire tacite, ou exprès, devra alors démontrer que la décision rendue par l'Oberlandesgericht aura une signification transcendante, entraînant des effets dans tous les contentieux similaires. Il doit en outre développer un ou plusieurs moyens de fait qui fondent sa prétention, appuyés par un ou plusieurs moyens de droit en soutien.

Par voie de conséquence, toutes les actions engagées au fond, qui présentent une similitude en fait et en droit, et dont l'issue dépend de cette « décision modèle », qu'elles aient été ou non accompagnées d'une requête portée devant le Tribunal régional, sont également suspendues d'office.

Ralf DEUTLMOSER estima que le système mis en place par la *KapMuG* constituait un bon moyen pour les justiciables de faire respecter leurs demandes d'indemnisation contre les grandes entreprises ; et qu'il devrait servir de modèle afin d'extension à toutes les procédures civiles de groupes allemandes.

La loi *KapMuG* était initialement prévue pour expirer en novembre 2010. Si l'action engagée contre Deutsch Telekom fut un exemple porteur, en permettant de rassembler plus de 1 800 personnes ; elle n'a, par la suite, été utilisée qu'à deux reprises.

Le *Bundestag* a prorogé l'application de cette disposition par un vote du 17 juin 2010, confirmé quelques mois plus tard par le *Bundesrat* ; sans pour autant élargir son champ d'application.

À ce jour, la procédure de groupe envisagée par la *KapMuG* reste isolée et à durée déterminée. L'Allemagne demeure ainsi l'un des pays européens les plus en retard en la matière, car il ne connaît aucune autre procédure, pas même en droit de la consommation pure.

---

<sup>68</sup> DEUTLMOSER and WESTON, Status of Collective Redress in Germany, p. 17

### § 3 - L'action de groupe portugaise, modèle européen de class action sur le fondement de l'*opt-out*

La principale particularité du modèle portugais est que sa Constitution garantit un droit d'action général au profit de tous<sup>69</sup>. Selon son article 52-3 : « *Tous les citoyens peuvent soumettre individuellement ou collectivement aux organes de souveraineté, ou à toute autorité, des pétitions, des représentations, des réclamations ou des plaintes pour défendre leurs droits, la Constitution, la loi ou l'intérêt général. Ils ont le droit d'être informés, dans un délai raisonnable, du résultat de l'examen de leur requête* ».

Ce droit, appelé *acção popular* - action populaire -, « *est reconnu à tous, personnellement ou par l'intermédiaire des associations de défense des intérêts en cause, dans les cas et selon les formes prévues par la loi, ainsi que le droit pour la ou les personnes ayant subi un préjudice de réclamer une juste indemnisation* ».

L'action de groupe populaire a vu sa mise en oeuvre précisée par une de 1995<sup>70</sup> qui fixe un cadre et régime général à ladite action, tout en prévoyant que celle-ci peut-être intentée pour le compte de représentés sans mandat ou autorisation expresse.

Aux côtés de ces textes centraux : loi fondamentale et loi d'application, gravitent des textes législatifs qui viennent préciser le champ d'application de cette action de groupe à des cas particuliers. Ainsi, la loi de juillet 1996<sup>71</sup> relative à la défense des consommateurs crée un régime comportant des dispositions spécifiques afin de mieux de protéger les consommateurs, dispositions qui viennent se greffer sur les règles générales de la loi du 31 août 1995. Par ces lois annexes, le régime général prévu par la loi de 1995 est finalement peu mis en oeuvre tant les régimes spéciaux se sont multipliés afin de traiter au mieux les particularités de chaque groupe. Néanmoins, elle prévoit expressément en son article premier que l'action populaire peut concerner les domaines suivants : « *la santé publique, l'environnement, la qualité de la vie, la consommation de biens et de services, le patrimoine culturel et le domaine public* ».

Il est important de souligner également que si, jusqu'à présent, l'intégralité des actions de groupe étudiées avait une finalité judiciaire, l'action populaire portugaise, à l'instar de l'action de groupe italienne, permet d'engager des recours afin de défendre les intérêts des parties prises en leur qualité d'administrées, leur permettant ainsi de contester la légalité de tout acte administratif qui porterait atteinte à leurs intérêts.

#### 1 - Le champ d'application de la procédure, et sa mise en oeuvre

Le juge saisi se livre dans un premier temps à l'examen des demandes revêtant un objet commun à tous les demandeurs. Il apprécie les chances d'obtenir gain de cause en se coalisant. Ainsi, dans son ordonnance, il entérinera ou rejettera la formation de l'action populaire en énonçant que le demandeur est « *manifestamente provável o improvável procedência do pedido* » soit, si le demandeur est « *manifestement fondé OU infondé à solliciter cette forme de recours pour obtenir résolution du litige* ».

---

<sup>69</sup> Article 52-3 de la Constitution de la République Portugaise, (CRP)

<sup>70</sup> *Lei n° 83/95 de 31 agosto 1995*, direito de participação procedimental e de acção popular

<sup>71</sup> *Lei n° 24/96 de 31 de Julho 1996*, de defesa do consumidor

Si sa requête est accueillie, l'auteur de la demande (là encore, son représentant le plus souvent) représente l'ensemble des autres titulaires du même droit, tout en offrant à ceux-ci la possibilité de refuser, par avance, les effets de la décision finale. Or, il s'agit sur ce point de l'exacte procédure connue et pratiquée aux États-Unis, procédure dans laquelle le représentant de la *class action* défend à la fois les intérêts des parties en présence, mais surtout, les intérêts de toutes les parties qui ne sont pas présentes ou celles qui n'ont pas manifesté la volonté de prendre part au recours.

L'article 13 de la loi du 31 août 1995 prévoit en effet que l'auteur de la demande représente de sa propre initiative, sans mandat, tous les autres titulaires de droit qui ne se sont pas manifestés ou qui n'auraient pas fait jouer leur *direito de auto-exclusão* - leur droit d'opt-out ou d'exclusion -. Le juge fixe une date limite avant laquelle les personnes concernées par l'affaire peuvent refuser, par un acte explicite, d'être représentées par l'auteur de la demande initiale. Leur refus a pour effet de leur rendre inopposable le jugement prononcé au terme de la procédure. Inversement, dans le même délai, elles peuvent intervenir en leur nom propre dans la procédure<sup>72</sup>.

Ainsi, leur choix se résume :

- Au silence, auquel cas les parties pourront prétendre au bénéfice de la solution, mais ne pourront pas s'y soustraire si on leur oppose les effets pervers.
- Au refus de participer à l'action, s'éteignent alors tous leurs droits dans ce recours.
- À l'acceptation, la partie participera alors activement à toutes les étapes de la procédure.

Afin de permettre aux titulaires des intérêts en cause de formuler leur choix, le juge procède à la publicité de l'action par les moyens de communication ou de publication qu'il estime appropriés, sans nécessité d'identifier personnellement les parties.

## 2 - La décision au fond et ses effets

Le système de *l'opt-out* implique que la décision du tribunal précise les modalités d'indemnisation et dédommagement dus par la partie perdante aux personnes qui ne sont pas identifiées individuellement.

En revanche, les personnes qui se sont personnellement manifestées sont automatiquement titulaires de droits individuels en qualité de partie active à la procédure, et peuvent prétendre à une indemnisation calquée sur les règles de droit civil générales<sup>73</sup>.

La décision est ensuite publiée aux frais de la partie qui succombe, le cas échéant sous forme d'extraits, dans deux journaux supposés être lus par les parties concernées<sup>74</sup>. Ainsi, le jugement au fond s'applique à toutes les personnes titulaires du même droit que le demandeur, mais dans des proportions différentes selon qu'elles ont pris, ou non, une part active dans l'action populaire.

En cas de rejet de la demande, l'auteur de celle-ci sera condamné aux dépens, en tenant compte de sa situation économique et du motif qui a entraîné le rejet de sa demande<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Article 2 - Loi n° 83/95 du 31 août 1995, *direito de participação procedimental e de ação popular*

<sup>73</sup> Article 22 de la loi 83/95 du 31 août 1995

<sup>74</sup> Article 19-2 de la loi 83/95 du 31 août 1995

<sup>75</sup> Article 20 de la loi 83/95 du 31 août 1995

Or, sur ce point, le système de l'opt-out est sujet à de vives critiques de la part de la doctrine européenne. La plupart des pays européens connaissent le système du « perdant / payeur » dans lequel la partie succombante est condamnée aux dépens. Or, avec le système de l'opt-out, les parties qui n'étaient pas au coeur de l'instance, voire qui n'ont pas eu vent de la procédure peuvent, un jour, être sollicité en réparation. Pareille pratique ne pourrait pas voir le jour en France en l'état actuel où le principe de la notification à personne est l'obligation primordiale avant toute mise en exécution forcée, conformément à l'article 501 du Code de procédure civile. Le but étant de toujours veiller au respect du contradictoire.

\*\*\*\*\*

### *L'avenir d'une class action Européenne*

En définitive, si une directive européenne venait à fixer un modèle commun de *class action* fonctionnant selon les règles de l'*opt-out*, non seulement cela prendrait le contrepied des principes procéduraux connus dans la quasi-totalité des États membres, mais la doctrine insiste sur le fait que la vulnérabilité des citoyens européens en serait directement affectée, car ces derniers seraient alors exposés à la menace des *class actions* américaines et à leurs effets pervers en étant, dans le pire des cas, liés par les décisions des juridictions américaines.

En effet, sous le rayonnement de la loi américaine et face à l'étendue des décisions rendues par ses juridictions, souvent profitables aux victimes, il n'y a qu'un pas pour imaginer une convention bilatérale qui prévoiraient que les décisions issues des *class action* basées sur le système de l'*opt-out* profitent non seulement aux victimes situées aux États-Unis, mais également à celles situées en Europe, et vice-versa. La mondialisation économique et industrielle irait de pair avec un traitement judiciaire mondialisé du préjudice des victimes, dans un souci d'égalité universelle face à des entreprises présentes sur tous les continents. Effectivement, pourquoi un consommateur américain serait-il seul à pouvoir prétendre à une indemnisation pour les préjudices que lui ont causés un service ou un produit défectueux commercialisé tant aux États-Unis qu'en Europe ?

Cette éventualité, utopie juridique, n'est pas sans précédent. Dans la série d'affaires impliquant la société française *Vivendi Universal*, la *District Court for the Southern District of New York* a certifié une *class action* qui incluait des victimes européennes ; rejetant dans le même temps l'argument du défendeur, la société *Vivendi*, qui arguait que l'on ne pourrait pas reconnaître et rendre effectif un jugement contre des ressortissants étrangers qui ne se trouvaient pas sur le territoire américain. La Cour rejeta cet argument, parmi d'autres, du défendeur et certifia la *class action* en justifiant notamment qu'il « *était probable que les juridictions étrangères aient reconnu les effets de droit issu du jugement de la class action* », notamment par le biais d'un exéquat.

L'affaire *Vivendi* a dès lors ouvert la porte à la possible introduction de *class action* internationale, prenant naissance aux États-Unis, mais touchant des ressortissants étrangers.

À ce titre, John H. BEISNER, directeur d'une compagnie d'assurance en couverture des préjudices de masses, ne cache pas son inquiétude et recommande à l'Union européenne de ne pas adopter une procédure qui, par de simples accords, permettrait à des décisions émanant des juridictions américaines de s'appliquer à des ressortissants européens.

Car, malgré le perfectionnement des moyens de communication, les citoyens européens ne s'intéressent pas, de prime à bord, à l'actualité des *class actions* engagées aux États-Unis et si, encore aujourd'hui, beaucoup de citoyens américains restent dans la parfaite ignorance de l'existence d'une class action les impliquant, on a du mal à imaginer que la diffusion de l'information sera au moins aussi efficace en Europe.

Néanmoins, l'adoption d'un système européen d'action de groupe uniformisé serait, pour l'heure, un moyen d'éviter la mise en concurrence progressive des différentes procédures civiles des États membres de l'Union. Dans les litiges transfrontaliers, les conflits tendent à être attirés vers le pays ayant les règles de procédures civiles les plus souples quant à l'encadrement des *class actions* ou, au contraire, repoussés, en fonction de l'intérêt du demandeur. Les consommateurs, bien informés, pourraient solliciter leurs homologues portugais afin d'intenter une action populaire contre une société X, présente sur son territoire. Dès lors, les aboutissants d'une procédure portugaise, s'appliquant au profit de ses nationaux, pourraient tout de même, et ne serait-ce que par l'effet d'exemple de cette décision, faire ressentir ses impacts en France.

## Partie 2 - Des mécanismes représentatifs connus en Droit processuel français

L'article 32 du Code de Procédure civile dispose qu'est « *irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir.* »

En droit judiciaire privé, la doctrine moderne insiste sur la nécessité de distinguer l'action du droit subjectif dont la reconnaissance est invoquée, et donc l'intérêt à d'agir, condition de l'action ; et le préjudice, condition du droit à réparation.

L'intérêt à agir est, pour les défenseurs de la doctrine du droit à l'action, une condition de recevabilité de l'action en justice<sup>76</sup>. Il peut-être défini comme « *l'avantage poursuivi devant le juge, en réclamant la reconnaissance du bien-fondé d'une prétention.* », l'avantage poursuivi et la prétention formulée étant celle du demandeur. Dès lors, les notions d'intérêts à agir et de préjudice se trouvent souvent liées<sup>77</sup>. Le juge devant opérer un tri entre les intérêts qui lui semblent mériter protection et ceux qui ne la méritent pas. Dans le second cas, le juge rejettera l'action soit pour défaut d'intérêt à agir, soit pour absence de préjudice réparable ; cette fin de non-recevoir de l'action pouvant être relevée d'office, à défaut de diligence de la partie adverse.

Une fois la question de l'intérêt à agir établie, emportant a fortiori capacité pour agir, reste la question du pouvoir. Dès lors que l'on envisage un mécanisme représentatif, le pouvoir implique de distinguer d'un côté : le représenté, sur qui repose l'appréciation de l'existence du droit d'action ; et d'un autre : le représentant, dont on doit s'assurer qu'il a bien le pouvoir d'agir au nom et pour le compte d'autrui.

Aussi, si une association prétend agir au nom et pour le compte de ses adhérents, elle devra démontrer qu'elle a le pouvoir ou la qualité. Or, la notion de qualité doit nécessairement être combinée avec celle d'intérêt à agir. L'article 31 du Code de procédure civile énonce que « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.* » ; on en déduit que seuls ceux qui ont un intérêt personnel au succès d'une prétention ont alors un intérêt légitime, emportant dans un second temps, la qualité requise pour agir.

De ce raisonnement, on en déduit plusieurs deux schémas. Le premier, dans lequel toute action en justice reposant sur un intérêt légitime sera recevable sauf si la loi limite le droit d'action à certaines personnes et que le demandeur n'en fait pas partie : dans ce cas, c'est la loi qui lui fait perdre sa qualité pour agir.

Le second, dans lequel le demandeur n'a pas d'intérêt personnel, et donc pas de qualité pour agir. Son action sera irrecevable, sauf si la loi lui confère cette qualité. Partant de cette seconde hypothèse, le législateur a pu envisager un pouvoir d'action reconnu aux associations. Néanmoins, ce pouvoir devait nécessairement être justifié, car, dans tous les cas, l'action doit être diligentée par une partie « légitime ».

---

<sup>76</sup> H. MOTULSKY, *Le droit subjectif et l'action en justice*, Archives de Philosophie du Droit, Sirey, 1964, p.215-230

<sup>77</sup> Cass. Civ. 2e, 16 novembre 1982 B. Civ. II n°331

## Section 1 - La capacité et le pouvoir d'ester en justice reconnue aux groupements

Une personne, qu'elle soit physique ou morale, peut prétendre agir au nom de plusieurs personnes à condition qu'elle puisse invoquer un *intérêt légitime et collectif* qui la dépasse.

### § 1 - La défense des intérêts propre à un groupement

Pour que l'action d'un groupement soit recevable, il est impératif que ce dernier soit doté de la personnalité morale, car sans elle, il ne serait pas reconnu comme personne juridique et sujet de droit, et ne pourrait pas invoquer un préjudice personnel et direct pour agir en justice. Ainsi, une société régulièrement enregistrée pourra agir en défense de son intérêt social. Cette action est menée par l'intermédiaire du représentant légal de la personne morale, es qualité, le plus souvent, celui-ci est une personne physique (Président, Gérant, Directeur général...).

L'action peut parfois être déléguée à un membre du groupement investi d'un pouvoir spécial par la Loi ou par le représentant de la personne morale (si la Loi l'autorise). Il s'agit de l'action sociale ut singuli. Ainsi, au visa de l'article L. 225-252 du Code de commerce, les actionnaires peuvent exercer les droits et actions qui appartiennent à la collectivité des associés en intentant « *l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général* ». C'est-à-dire qu'ils agissent au nom de la société, le produit de leur action revenant au groupement<sup>78</sup>.

À côté des sociétés, personnes morales, on trouve les associations. Ces dernières auront la capacité d'agir en justice à condition qu'elles se soient déclarées sous le régime de la loi de 1901<sup>79</sup>. Car, ce n'est qu'une fois l'association déclarée, qu'elle se voit attribuer un numéro RNA (Répertoire national des associations) et qu'elle est alors officiellement reconnue comme personne morale. Les associations n'ont de pouvoir général d'agir en justice que pour la défense de leurs intérêts personnels ou de l'intérêt personnel de leurs membres<sup>80</sup>. Cette solution a été clairement affirmée par la jurisprudence<sup>81</sup>. Engager une association dans une action judiciaire n'est pas un banal acte de gestion, un procès étant tout à la fois pécuniairement une lourde charge et imprévisible dans son résultat. Or, à ce titre, la Cour d'appel de Grenoble<sup>82</sup> rappelle une des conditions essentielles pour qu'une association puisse agir en justice : elle doit désigner un représentant dans ses statuts.

À défaut d'autorisation donnée dans les statuts, une autorisation spécialement-être obtenue lors d'une Assemblée générale. Serge GUINCHARD explique cette habilitation statutaire par le fait que l'action collective des associations a pour objet d'assurer la défense de « grandes causes »<sup>83</sup> qui se distinguent pourtant difficilement de l'intérêt général.

---

<sup>78</sup> Cass. Crim. 4 avril 2001, D. 2002 p. 1475

<sup>79</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association

<sup>80</sup> Article 6 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901

<sup>81</sup> Cass. ch. réunies, 15 juin 1923, D. 1924, p. 153 : bien que l'association agisse dans un champ de compétences correspondant à son objet, il ne peut lui être reconnu qualité pour agir au nom de l'intérêt collectif, en l'occurrence, la laïcité

<sup>82</sup> Cour d'Appel de Grenoble, 23 avril 2012, N°07/04625

<sup>83</sup> S. GUINCHARD, *L'action de groupe à la française*, RIDC 2, 1990, p. 599 et s.

Pouvoir se défendre avant de pouvoir défendre les autres. Tel serait l'ordre schématique projeté par toute association qui souhaiterait accueillir sous son aile les préjudiciés qu'elle entend défendre.

## § 2 - La défense des intérêts personnels d'un ou plusieurs membres du groupe

### A - Le respect du principe « nul ne plaide par procureur »

En France, à l'époque féodale, la règle était déjà celle de la comparution personnelle selon l'adage « *nul ne plaide par procureur, hormis le roi* ». Aujourd'hui, cette règle n'empêche pas la représentation du demandeur ; elle impose néanmoins au mandaté, représentant le mandant dans une action en justice, d'établir l'existence de son mandat et de mentionner le nom de son ou ses mandataires. L'intérêt défendu est toujours direct et personnel.

Ce principe constitue l'obstacle le plus sérieux à l'introduction de l'action de groupe en droit positif. Bien entendu, le contexte a largement évolué depuis l'époque révolutionnaire, où la crainte des corps intermédiaires avait conduit au rejet de toute forme d'action collective. Il n'en demeure pas moins que l'introduction de l'action de groupe en droit français ne manquerait pas de réveiller certains aprioris, notamment celui dans lequel la justice échappe à tout contrôle de son principal : le demandeur. Le principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur* » renvoie surtout aujourd'hui à une exigence de transparence du procès, dont il faut se demander s'il convient de la faire céder devant l'impératif d'efficacité.

La question se pose alors de savoir si le législateur peut écarter un tel principe, tout en sachant que le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 25 juillet 1989<sup>84</sup>, précisé qu'un syndicat ne peut agir au nom d'un salarié que si celui-ci en est informé, a donné son mandat et détient toujours la possibilité d'intervenir dans l'instance engagée. Certains commentateurs y ont vu une impossibilité d'introduire un jour une procédure sur le modèle de l'opt-out.

Une autre série d'obstacles est liée au déroulement de l'instance dirigée par un groupement au premier desquels nous trouvons le principe de l'égalité des armes. Garantie du procès équitable, elle est prévue par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>85</sup>. Lorsqu'un groupe agit au nom et pour le compte d'un ou plusieurs de ses membres, la rupture d'égalité paraît attestée par le fait que le défendeur ne connaîtra pas tous ses adversaires, alors que le représentant des demandeurs via l'action de groupe l'identifiera parfaitement. Le fait que la multitude des membres du groupe s'éclipse derrière un représentant favorise en outre un risque de mensonges ou d'abus. Des commentateurs de la loi québécoise ont pu observer une « déresponsabilisation » des justiciables, les requérants n'étant plus obligés de signer des déclarations certifiant la réalité des faits allégués ou de participer plus ou moins activement à la procédure.

Pire, toutes les victimes n'étant pas identifiées précisément, il sera impossible que chacune présente des observations et que le défendeur puisse faire valoir contre chacune d'entre elles ses arguments, notamment dans l'appréciation du préjudice de chacun, en opposant, par exemple, le comportement fautif de certaines victimes.

---

<sup>84</sup> Conseil Constitutionnel Déc., 25 juill. 1989, no 89-257

<sup>85</sup> Article 6 § 1 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme



Tant au regard du respect du contradictoire, que des droits de la défense, l'action de groupe reposant sur *l'opt-out* ne manque pas de soulever des interrogations et des difficultés sérieuses quant à une éventuelle application en droit français tant il en va du respect de grands principes de notre droit processuel.

## **B - Les habilitations et agréments des associations : l'action conjointe**

Le principe « *nul ne plaide par procureur* » est estompé dès lors qu'il s'agit d'apporter secours à une classe ou des classes, généralement constituées par des parties qualifiées de faibles lorsqu'elles sont prises indépendamment. Certaines associations se sont ainsi vu accorder le pouvoir d'agir en défense d'une somme d'intérêts individuels, ce qui est différent d'une action pour l'intérêt collectif, en vertu d'une habilitation jurisprudentielle ou légale.

Comme nous l'avons vu précédemment, si les statuts de l'association ne confèrent pas expressément à un organe ou à une personne en particulier le pouvoir de représenter l'association en justice, l'action ne peut être régulièrement décidée que par l'assemblée générale<sup>86</sup>. Néanmoins, quelques lois ponctuelles sont venues encadrer les moyens d'action en justice de certaines associations, plus spécialement celles qui assument la défense de catégories de victimes vulnérables.

En ce sens, la Loi ROYER du 27 décembre 1973, à l'initiative de l'ancien Maire de Tours Jean ROYER, et qui visait le commerce et l'artisanat, a autorisé les associations « *régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des consommateurs peuvent, si elles sont agréées à cette fin* », à exercer « *devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* »<sup>87</sup>. La Cour de cassation a, en interprétant ce texte ambigu quant à la nature de l'action, limité ce recours à l'exercice de « l'action civile » proprement dite, c'est-à-dire, impliquant nécessairement une infraction à la loi pénale. En résulte qu'entre 1974 et 1982, 97,4 % des actions engagées par les associations de consommateurs habilitées l'ont été devant les juridictions pénales<sup>88</sup>.

Ces affaires, portées devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation, conduisent souvent au rejet à ce que l'action de l'association donne lieu à la compensation du préjudice subi personnellement par les victimes directes de l'infraction, seules capables d'en demander réparation<sup>89</sup>, et cela, afin de prévenir et de se distinguer de toute *class action*. Il faut attendre la Loi du 5 janvier 1988<sup>90</sup> pour que soit reconnu le droit aux associations de consommateurs agréées d'agir devant la juridiction civile via l'action en représentation conjointe (Cf. : *Partie 2 - Section 2 - Les actions reconnues à certains groupements : prémisses de class action à la française*). Qualité est donc donnée à l'association dans des cas limitativement énumérés pour demander la réparation des préjudices collectifs des victimes.

---

<sup>86</sup> Article 6 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901

<sup>87</sup> Article 26 de la Loi ROYER n° 73-1193 du 27 décembre 1973 sur l'orientation du commerce et de l'artisanat

<sup>88</sup> A. MORIN, *L'action civile des associations de consommateurs*, INC 1983, p. 95

<sup>89</sup> Cass. Crim 20 mars 1985, J.C.P. 1985. IV. 272

<sup>90</sup> Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs

L'ordonnance du 23 août 2001<sup>91</sup> modifiant la loi de 1988 a permis d'introduire les dispositions<sup>92</sup> quant au droit d'intervenir au soutien d'une action en réparation d'un consommateur, voire d'agir à titre principal pour faire cesser des agissements illicites et demander la suppression des clauses abusives des contrats types proposés aux consommateurs.

Le contrôle des pouvoirs publics vise l'agrément de l'association. Cette exigence est posée par l'article L. 421-1 du Code de la consommation qui énonce que « *Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.* ». Le législateur n'accorde pas de pouvoirs aussi importants sans prendre quelques précautions concernant les associations habilitées à engager l'action collective.

Autre exemple, en matière de discrimination, la loi du 27 mai 2008<sup>93</sup> est portée par un décret du 20 août 2008<sup>94</sup> qui précise que les associations régulièrement déclarées depuis au moins 5 ans pour la lutte contre les discriminations peuvent exercer les actions en justice en faveur de la victime d'une discrimination. L'association doit justifier avoir obtenu l'accord écrit de l'intéressé, après avoir porté à sa connaissance la nature et l'objet de l'action elle-même. Est également précisé le fait que l'action est conduite par l'association qui pourra exercer elle-même les voies de recours, ou encore, le fait que l'intéressé pourra à tout moment intervenir dans l'instance engagée par l'association ou y mettre fin, conformément aux dispositions de l'article 1263-1 du Code de procédure civile.

On peut évoquer les habilitations jurisprudentielles des syndicats de copropriété<sup>95</sup> ; ou des sociétés civiles d'auteurs<sup>96</sup> qui peuvent, à certaines conditions, exercer sans mandat exprès les actions individuelles de leurs membres.

La jurisprudence a également fait reposer cette « légitimité » sur l'intérêt des membres qui constituent l'association. Selon la Cour de cassation, le préjudice invoqué par une association est nécessairement collectif et lui est donc propre puisqu'il est celui-là même qui a été éprouvé par l'ensemble de ses associés. Une association peut conformément à son objet, réclamer en justice la réparation de toute atteinte aux intérêts collectifs de ses membres<sup>97</sup>.

Enfin, il est des cas où l'intérêt n'est personnel ni pour l'association, ni pour ses membres. Dans ce cas, seule la loi pourra conférer qualité pour agir à l'association. En l'absence d'une pareille habilitation, le juge ne pourra que rejeter l'action soit pour défaut d'intérêt, soit pour absence de préjudice.

---

<sup>91</sup> Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant modification du code de la consommation

<sup>92</sup> Articles L. 421-6 et L. 421-7 du Code de la Consommation

<sup>93</sup> Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations

<sup>94</sup> Décret n° 2008-799 du 20 août 2008 relatif à l'exercice par des associations d'actions en justice nées de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations

<sup>95</sup> *Cass. Civ. 3e, 16 mars 1988, D 1989 p. 195*

<sup>96</sup> *Cass. Civ. 1re, 1er mars 1988, Bull. Civ. 1 n°60*

<sup>97</sup> *Cass. Civ. 1re, 15 mai 1990, Société Socapdis Centre Commercial Leclerc c. Union des Commerçants Industriels et Artisans de Figeac, Bull. Civ. I n°102*

### § 3 - La défense d'un intérêt collectif

La délégation de la « défense d'intérêts collectifs » en justice, appellation générique d'intérêt général, est reconnue à certaines associations, mais selon un encadrement strict. En effet, l'action projetée dépasse le cadre du groupe qui entend défendre l'intérêt de ses membres ; elle vise à défendre un intérêt plus large au profit d'une ou plusieurs catégories de personnes en nombre indéfini. En d'autres termes, la personne morale prétend défendre un intérêt collectif catégoriel, sans pour autant que toutes les personnes concernées aient adhéré au groupement, ou ne soient nommément identifiées et désignées. Dès lors, la condition de l'intérêt personnel et direct manque inévitablement, car le groupement défend un intérêt plus large que celui de ses seuls membres. La règle selon laquelle « Nul ne plaide par procureur » semble faire obstacle à cette action. Or, là encore, des aménagements légaux ou jurisprudentiels permettent à certains groupements de se reconnaître un intérêt et une qualité les habilitant à agir en justice pour défendre un intérêt collectif plus large.

Citons tout d'abord les syndicats qui, suite à un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation en Chambre réunie<sup>98</sup>, se sont vu reconnaître leur capacité à agir pour la « défense des intérêts collectifs de la profession ». Dans cette affaire, le Syndicat national de défense de la viticulture française était intervenu en qualité de partie civile dans la poursuite intentée par le ministère public contre un viticulteur accusé de falsifier du vin. L'action civile exercée par le Syndicat avait pour objet d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession, envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat, dont la personnalité juridique est distincte de la personne de chacun de ceux qui le composent. Le préjudice étant direct, la requête a été jugée recevable. La cour rejette alors le pourvoi affirmant qu'un syndicat ne peut se porter partie civile dans un procès pénal. Cette solution est d'autant plus large que la Cour de cassation estime qu'il n'est pas nécessaire que le syndicat soit représentatif de la profession.

Rapidement repris par le législateur, et codifié dans le Code du travail, le texte de loi du 12 mars 1920 disposait que « les syndicats peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent »<sup>99</sup>.

Par la suite, cette qualité pour agir a également été reconnue aux ordres professionnels, car ils représentent eux aussi les intérêts de l'intégralité de la profession.

À l'inverse, les associations se sont vues pendant très longtemps refuser la possibilité de défendre un intérêt collectif à portée générale, ces dernières devant se cantonner à protéger un intérêt collectif à leurs membres. Une façon de limiter le champ de défense de l'intérêt général, visé en filigrane, au Ministère public. Cette interdiction a finalement été tempérée par le législateur ; la Cour de cassation s'y étant refusée, contrairement au cas des syndicats.

Première disposition marquante à la matière, un décret-loi du 29 juillet 1939 disposant que les associations reconnues d'utilité publique et dont les statuts prévoient la défense de la moralité publique pourront, si elles ont été agréées à cet effet par arrêté du Garde des Sceaux, exercer, pour les infractions prévues par les articles 119 à 125, soit pour les infractions de publications ou propos contraires aux bonnes moeurs, les droits reconnus à la partie civile.

---

<sup>98</sup> Cass., Ch. réunies, 5 avril 1913, D.P. 1914, 1, p. 65 - Note NAST

<sup>99</sup> Loi du 12 mars 1920, codifiée à l'article L. 2132-3 du Code du Travail, ancien article L. 411-11 C. trav.

On voit ici les conditions strictes posées par le gouvernement. Premièrement, et conformément à toute association agissant pour son intérêt, ou l'intérêt de ses membres : les statuts doivent prévoir la possibilité d'agir. Ensuite, cette association doit avoir été agréée, or, pour obtenir un tel agrément, il est nécessaire que l'association soit reconnue d'utilité publique.

La loi du 1er juillet 1972<sup>100</sup>, relative à la lutte contre le racisme prévoit, elle, que les associations se proposant de lutter contre le racisme peuvent, à condition d'être régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans, exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions à caractère raciste.

La loi du 23 décembre 1980<sup>101</sup> relative à la répression du viol et de certains attentats aux moeurs disposant que les associations se proposant de lutter contre les violences sexuelles peuvent, à condition d'être régulièrement déclarées depuis cinq ans à la date des faits, exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions d'une telle nature.

Un voit là tout un patchwork de dispositions légales qui, au fil du temps, légitime l'action d'un groupement que ce soit un syndicat ou une association, en lui reconnaissant tout d'abord la qualité et le pouvoir pour agir, l'intérêt découlant directement de leur raison d'être, des droits qu'ils défendent et des personnes qu'ils représentent.

Néanmoins, une telle attribution sélective limite les associations et organismes aptes à agir en justice au nom de l'intérêt général. Seules certaines parcelles d'intérêt général sont alors protégées et défendues. Certains groupements ayant tout autant d'intérêts à défendre peuvent ainsi se voir fermer la possibilité d'agir au nom d'un intérêt collectif bien que ce dernier soit tout aussi légitime qu'un autre intérêt collectif.

## **Section 2 - Les actions collectives en droit processuel français**

L'action en représentation conjointe peut être exercée « devant toute juridiction », que ce soit de l'ordre judiciaire ou administratif. Lorsque l'action est intentée devant le juge répressif, la loi contient des dispositions spécifiques en matière de constitution de partie civile et de compétence territoriale. Lorsque l'action en représentation conjointe est introduite devant les juridictions administratives, en l'absence de dispositions spéciales, elle est soumise aux règles générales du Code de justice administrative. Seul le régime de l'action devant les juridictions civiles est très détaillé<sup>102</sup>. Si, devant les juridictions répressives, les associations ont des difficultés à distinguer leur action de celle du ministère public, en matière civile, les associations doivent se démarquer des actions individuelles.

---

<sup>100</sup> Loi n° 72-546 du 1<sup>er</sup> juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme

<sup>101</sup> Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux moeurs

<sup>102</sup> Articles R422-8 à R422-10 du Code de la Consommation

## § 1 - Les actions collectives intentées devant les juridictions de l'ordre judiciaire

En septembre 1983, la Commission sur le règlement des litiges de la consommation rend un rapport contenant un projet détaillé afin d'instaurer une action de groupe dans le droit de la consommation<sup>103</sup>. Ce projet fut repris en 1985 dans les propositions élaborées par la Commission de refonte du droit de la consommation présidée par M. CALAISAULOY<sup>104</sup> ; mais n'a jamais été déposé. La seule innovation en ce domaine est issue de la Loi NEIERTZ<sup>105</sup>. L'article 8 de cette loi a lui-même réformé la loi du 5 janvier 1988 précitée<sup>61</sup>, relative aux actions en justice des associations de consommateurs agréées, en insérant trois articles qui permettent aux associations d'agir en justice pour obtenir la réparation des préjudices individuels subis par plusieurs consommateurs, via une action en représentation conjointe. Ces articles sont devenus les articles L. 4221, L. 4222 et L. 4223 de notre Code de la Consommation.

### A - L'action en représentation conjointe devant les juridictions civiles

À la différence de l'action civile, l'association peut se placer sur un terrain purement civil et invoquer, par exemple, la garantie des vices cachés, ou l'inexécution d'une obligation de renseignement, ou encore la responsabilité du fait des produits défectueux alors qu'en cas d'infraction pénale, l'association peut exercer à la fois l'action en représentation conjointe au nom de certains consommateurs lésés, l'action civile dans l'intérêt collectif et une action en réparation des dommages et intérêts subis par l'organisation en tant que personne morale, si elle aboutit à différencier ces deux dernières. L'action en représentation conjointe ne fait pas double emploi avec les actions exercées dans l'intérêt collectif des consommateurs, puisqu'elle n'est pas à même de demander la réparation d'un préjudice porté à un intérêt collectif ni de faire cesser un dommage ou de supprimer une clause contractuelle. Il s'agit d'une représentation des consommateurs lésés. L'objectif de cette action est de permettre aux associations d'agir au nom d'au moins deux consommateurs, en vue de la réparation de préjudices individuels ayant une origine commune. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'intérêt collectif, mais précisément d'intérêts individuels groupés. S'agissant d'une action en réparation, le but de l'action en représentation conjointe était de mettre en oeuvre la responsabilité délictuelle ou contractuelle du professionnel et offrir une solution judiciaire aux conflits individuels de la consommation. Toutefois, cet objectif n'a pas été atteint 1917.

#### 1 - Une protection collective des intérêts privés

Selon l'article L. 422- 1 du Code de la consommation, l'action judiciaire est confiée aux organisations « *agréées et reconnues représentatives sur le plan national* ». L'exigence de la représentativité à l'échelle nationale est discutable lorsqu'une action est intentée dans la défense d'un groupement régional. L'agrément ne devrait pas être indispensable pour avoir qualité pour agir en défense de la somme des intérêts individuels ; il est seulement une donnée relative à la représentativité de l'organisation.

---

<sup>103</sup> Commission instituée conjointement, en mars 1983, par le ministère de la consommation et celui de la justice ; Consommateurs actualités, N°392 du 21 octobre 1983.

<sup>104</sup> Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation : "Propositions pour un nouveau droit de la consommation", 1985, sous la présidence de CALAIS-AULOY

<sup>105</sup> Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs

Les organisations agréées agissent à travers l'organe désigné légalement ou statutairement à cette fin. Comme pour l'action civile dans l'intérêt collectif, il n'importe pas que l'atteinte invoquée soit antérieure à la constitution de l'association. En revanche, il est nécessaire que l'action de l'association ait pour objet la défense des intérêts individuels de la totalité ou d'une partie de ses membres et que l'objet social autorise explicitement l'exercice d'une telle action.

Selon l'article L. 422-2 du Code de la consommation, l'action n'est recevable qu'en représentation des personnes physiques identifiées ayant subi un dommage en tant que consommateurs. L'hypothèse est fort fréquente : un appareil vendu en de nombreux exemplaires comportant un vice de conception ou de fabrication, ou un voyage organisé qui ne se déroule pas dans les conditions prévues. La seule inclusion des personnes physiques peut paraître discriminatoire. En effet, les personnes morales, lorsqu'elles acquièrent un bien ou un service pour leur consommation finale, autrement dit, sans l'intégrer dans l'étape de production, comme les entreprises ou les professions libérales et les travailleurs indépendants, sont exclues de la protection actuelle. Dans le schéma actuel, l'exclusion est d'autant plus critiquable qu'il suffirait que ces dernières donnent mandat à l'association pour qu'elle puisse les représenter dans le cadre de l'action en représentation conjointe. En outre, ces entités étant également victimes des pratiques anticoncurrentielles des opérateurs de télécommunication disposent toutefois d'intérêt pour agir et leur participation peut, dans certains cas, faciliter la délimitation d'un groupement.

Dans la pratique, les associations de consommateurs regroupent adhérents et abonnés. Les premiers constituent l'association, en ce sens qu'ils l'intègrent et décident en assemblée générale à travers leur vote ; alors que les abonnés, en revanche, ont conclu un contrat avec l'association duquel émerge une prestation. Lorsque l'action en représentation conjointe concerne les préjudices des consommateurs individuels, en dehors des adhérents, des précisions s'imposent :

- Si la prétention concerne un intérêt général, l'association ne peut que dénoncer la situation face au ministère public qui a la capacité pour agir en sa défense ;
- Si la prétention de l'association n'implique pas de disposition des droits individuels des consommateurs, par exemple parce que la prétention a un but déclaratoire ou répressif, l'association n'a pas besoin d'être mandatée, la personnalité juridique, et surtout l'agrément, suffisent pour agir.

Selon l'article L. 422-1 du Code de la consommation, les préjudices doivent être individuels et avoir une origine commune, c'est-à-dire qu'ils proviennent du même fait générateur et aussi du même professionnel. À défaut de précision, les dommages peuvent être matériels ou moraux. Encore faut-il que toutes les victimes soient préalablement identifiées, exigence qui va de pair avec les conditions difficiles dans lesquelles cette action peut être exercée.

## 2 - Les échecs de l'action en représentation conjointe

À ce jour, l'action en représentation conjointe amène un sentiment d'échec et cela, pour deux principales raisons : l'exigence de mandat exprès et préalable d'au moins deux consommateurs concernés, alliée au caractère limité de l'appel public aux victimes.

L'obligation faite aux associations d'identifier les consommateurs lésés et de leur demander un mandat préalable a rendu l'action en représentation conjointe pratiquement inutilisable pour les dommages à grande échelle.

Quant aux conditions dans lequel ce mandat doit être donné et exercé, elles sont fixées par les règles du Code civil ainsi que par la partie réglementaire du Code de la consommation<sup>106</sup>. Soit : le mandat doit être donné par écrit avant l'exercice de l'action, mentionner expressément son objet et conférer à l'organisation nationale agréée de consommateurs le pouvoir d'accomplir au nom du consommateur tous les actes de procédure. En outre, le mandat peut prévoir d'autres questions telles que celles liées aux dépenses et frais de procédure, aux conditions de renonciation de l'association, à l'exercice du mandat ou à la révocation de la part du consommateur, à la représentation du consommateur par l'organisation nationale.

Pour que l'association puisse se voir confier mandat et agir en conséquence, il faut évidemment que les consommateurs aient connaissance de leurs droits, et au surplus, qu'ils soient informés du travail des associations de consommateurs dans le domaine spécifique. Pour cela, l'association doit disposer des moyens afin de rendre publique son action judiciaire ; tandis que le consommateur devra engager une démarche personnelle afin de contacter l'association pour lui transmettre son dossier, sous réserve d'acceptation de le représenter conjointement avec d'autres personnes qui se trouvent dans des circonstances similaires. Ce n'est qu'une fois ces étapes passées que le mandat sera officiellement formé. La réunion de ces éléments semble une évidence. Pis, ils se cumulent avec des obstacles d'ordre financier et logistiques conséquents, il en résulte que le coût et le travail de gestion des mandats peuvent s'avérer dissuasifs pour les associations dont les ressources sont limitées. En effet, les associations doivent assurer, pour le compte de chacun de leurs mandants, de nombreuses formalités d'information ainsi que tous les actes de procédure découlant du mandat. Enfin, les frais du procès continuent à peser sur les mandants, bien que le mandat puisse prévoir l'avance de tout ou partie par l'association. De plus, les organisations doivent supporter toutes les responsabilités afférentes à la qualité de mandataires et peinent à s'assurer pour ce type de risque.

D'autre part, la crainte d'une action en responsabilité alimente leurs réticences. Eu égard aux moyens limités dont disposent les associations, de telles contraintes rendent impossible la prise en charge de contentieux de masse. L'exigence du mandat est d'autant plus excessive que le Code de la consommation impose une autre restriction : l'interdiction du démarchage.

En effet, l'article L. 422-1 du Code de la Consommation dispose que « (...) *le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur* ». C'est à ce motif que l'UFC-Que choisir a été déboutée de sa demande contre les trois grands opérateurs de téléphonie portable. Le juge a requalifié l'intérêt protégé et, par conséquent, le type d'action : initiée comme une action dans l'intérêt collectif avec l'intervention des consommateurs, elle a été jugée comme une action dans la somme des intérêts individuels, soit une action en représentation conjointe. Aussi a-t-il été conclu que l'association avait commis un démarchage des consommateurs.

---

<sup>106</sup>Articles R. 422-1 et suivants du Code de la Consommation sur décret n°97-298 du 27 mars 1997

Les tentatives pour apporter ces innovations ne peuvent suffire à inciter les victimes et les associations à intenter de telles actions. Ces défauts persistants qui l'accompagnent ont empêché son application de manière large et diffuse. La loi sur l'action en représentation conjointe a été critiquée et qualifiée une loi fourre-tout<sup>107</sup>, choisie par le législateur pour y reléguer toute une série de mesures consuméristes. Louis BORÉ lui donne l'appellation d'action « morte née »<sup>108</sup>, alors que d'autres lui préfèrent l'expression d'action « infertile », comme si le législateur avait fait un « cadeau empoisonné », un « faux-semblant »<sup>109</sup>.

Si devant les juridictions civiles, l'action en représentation conjointe n'a pas connu le succès attendu.

## **B - « L'action civile » devant les juridictions pénales**

En matière pénale, l'article L. 4222 du Code de la Consommation a précisé que seuls les consommateurs avaient le statut de partie civile, et non l'association. Il s'agit là que d'une application logique de la théorie du mandat valant devant toutes les juridictions. Cependant, les significations et notifications qui concernent les consommateurs doivent être adressées à l'association. Le mandat emporte donc élection de domicile chez elle.

L'article L. 4223 du même Code dispose pour sa part que l'association « *peut se constituer partie civile devant le juge d'instruction ou devant la juridiction de jugement du siège social de l'entreprise mise en cause ou, à défaut, du lieu de la première infraction* ». L'association peut donc agir en se constituant partie civile à l'audience lorsqu'elle agit sur le fondement d'une atteinte à la cause des consommateurs.

Le tribunal compétent est, en principe, celui du siège social de l'entreprise mise en cause. Le terme de *siège social* montre que le législateur a d'emblée pensé que les défendeurs seraient des personnes morales, mais il peut tout aussi bien s'agir de personnes physiques ; quant au terme d'*entreprise*, il conduit à se demander si l'action pourra être exercée contre les personnes publiques qui ne sont pas des entreprises publiques et si les usagers des services publics pourront être assimilés à des consommateurs.

- Si ce siège social n'est pas connu, le tribunal compétent sera celui du lieu de la première infraction.
- Si le texte ne précise pas s'il s'agit de la première infraction perpétrée ou de la première infraction connue par l'association, il est vraisemblable que l'on retienne le jour où l'on a connu de l'infraction.

Sur la forme, alors que la justification d'un préjudice personnel directement causé par l'infraction est exigée devant les juridictions civiles, la chambre criminelle estime, selon une jurisprudence constante rendue au visa de l'article 85 du Code de procédure pénale que, devant les juridictions d'instruction, les parties lésées ne doivent justifier que d'un intérêt éventuel à agir<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> B. GABORIAU, L'action collective en droit processuel français, thèse, Paris II, 1996

<sup>108</sup> L. BORÉ « L'action en représentation conjointe : class action française ou action morte-née ? », D. 1995. Chron. 267.

<sup>109</sup> B. GABORIAU, « L'action collective en droit processuel français », thèse, Paris II, 1996, n°402.

110 Cass. Crim., 6 janv. 2009, n° 08-81.464 : JurisData n° 2009-046819 ; Bull. crim. 2009, n°1



Dans un célèbre arrêt du 6 janvier 2009, dite « *affaire des biens mal acquis* », l'enquête de la Plateforme d'identification des avoirs-criminels (PIAC) a révélé, entre autres, que certains chèques remis en paiement des biens acquis en France avaient été tirés sur des comptes ouverts au nom du Trésor public gabonais ou sur une société d'exploitation forestière domiciliée en Guinée Équatoriale. Dès lors que la Cour d'appel, bien qu'infirmant la décision du doyen des juges d'instruction qui avait accueilli la constitution de partie civile de l'association Transparence International France à l'encontre de plusieurs chefs d'États africains pour des faits prétendus de détournements de fonds publics, elle rappelle le principe de la jurisprudence de la chambre criminelle en ce qu'une association non reconnue d'utilité publique et qui n'est pas habilitée peut être admise à se constituer partie civile si elle justifie d'un préjudice personnel et direct en rapport avec les infractions dénoncées.

Sur le plan pénal, il n'a jamais été nécessaire qu'une association soit agréée et habilitée afin d'agir et de se constituer partie civile, à tout le moins, elle doit être simplement déclarée au sens de l'article 2-1 du Code de procédure pénale ; pour autant, les réticences à l'encontre de l'action civile des associations pour la réparation du préjudice collectif devant le juge pénal, demeurent vives. Réticence que partager les juridictions civiles qui, à l'origine, n'accueillaient que les actions habilitées, et dans certains domaines agréés, pour pouvoir agir et représenter les membres d'un groupe. Ces critères étaient d'autant plus vérifiés lorsqu'il s'agissait de défendre, en arrière-plan, l'intérêt collectif.

Pourtant, on assiste aux « *prémisses d'une consécration générale du droit d'action des associations au plan civil* »<sup>111</sup>, après avoir posé le principe qu'une association non habilitée par le législateur ne peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet social, les chambres civiles interprètent aujourd'hui largement l'exigence de conformité de l'action collective à l'objet social, témoignant « *d'un véritable mouvement de fond qui tend à se généraliser* »<sup>112</sup>.

Au pénal, les réticences doctrinales sont extrêmement vives. Qualifiée par certains de « *fausse action civile* »<sup>113</sup>, l'action des associations est accusée de dévoyer, de concurrencer et in fine, de menacer l'action publique. La simple lecture des titres d'articles retranscrit toute cette méfiance : « *Ultime plainte pour sauver l'action publique* »<sup>114</sup> ou « *La participation de la victime au procès pénal : de l'équilibre procédural à la confusion des genres* »<sup>115</sup>.

---

111 L. Boré, Les prémisses d'une consécration générale du droit d'action des associations au plan civil : Rev. Lamy dr. civ. mars 2008, p. 17

112 N. Dupont, De la clémence des juges à l'égard des associations non habilitées à agir par la loi, à propos de l'arrêt Cass. Civ. 3e, 1er juillet 2009, n° 07-21.954 ; JCP G 2009, n° 47, 454

113 M.-L. RASSAT, Propositions de réforme du Code de procédure pénale - Doc. fr., Rapp., 1997

114 P. Maistre du Chambon, Ultime plainte pour sauver l'action publique aux Mélanges GASSIN : PUAM, 2007, p. 283

115 Ph. Conte, La participation de la victime au procès pénal : de l'équilibre procédural à la confusion des genres, Rev. pénit. 2009, p. 521

Quelques voix viennent cependant casser ce flot de critiques<sup>116</sup>. À leur appui, des décisions dans lesquelles la chambre criminelle a su, lorsque des valeurs essentielles étaient en cause, se départir de l'interprétation stricte de l'article 2 du Code de procédure pénale exigeant des associations, en l'absence de texte législatif les habilitant à agir, qu'elles fassent la démonstration d'un préjudice direct et personnel.

Ainsi, pour accueillir la demande en réparation du préjudice collectif, plusieurs arrêts ont fondé la recevabilité de l'action civile sur la spécificité du but et de l'objet de l'association. Dans un arrêt du 14 janvier 1971<sup>117</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation décide que la cour d'appel a fait une fausse application de l'article 2 du Code de procédure pénale, qu' « *en effet, le réseau du souvenir n'a pas pour but la défense des intérêts de ses membres* » et conclut in fine « *que la recevabilité de son intervention découle de la spécialité du but et de l'objet de sa mission* ».

Suivant un raisonnement identique, dans deux arrêts du 7 février 1984<sup>118</sup> et du 29 avril 1986<sup>119</sup>, la chambre criminelle approuve la cour d'appel d'avoir déclaré recevable l'action civile du comité national contre le tabagisme pour prendre part à l'action qui l'opposerait à Philip Morris France, responsable d'une publicité indirecte ou interdite en faveur du tabac.

Enfin, dans un arrêt du 12 septembre 2006<sup>120</sup> la chambre criminelle affirme très clairement le droit, pour une association non agréée, qui remplit les conditions prévues par l'article 2 du Code de procédure pénale, de se constituer partie civile à l'égard d'infractions en matière de permis de construire qui portent un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elle a pour objet de défendre. En l'espèce, la cour d'appel commence par analyser le préjudice allégué pour conclure que l'association ne subit pas d'autre préjudice que celui dont le ministère public a la charge par l'exercice de l'action publique. Puis, admettant que la recevabilité de la plainte devait également être analysée par rapport « *à la spécificité du but et de l'objet de la mission de cette association* », elle juge que la notion de « *spécificité du but et de l'objet de sa mission* » suppose l'existence « *d'une proximité et une adéquation créant un lien fort et spécifique entre l'association et une catégorie de comportements illégaux qui portent atteinte au but et à l'action de l'association* ».

C'est dans ce sens, selon elle, que doivent être compris les arrêts rappelés qui ont accepté la constitution de partie civile. Dans ce contexte, cette interprétation ne paraît pas pertinente. L'association s'était donné pour objet de « *combattre et prévenir la corruption au niveau international et national, dans les relations d'État à État, d'État à personnes physiques et morales publiques ou privées et entre ces personnes* » et notamment « *d'engager toutes actions ayant pour effet de prévenir, de dissuader ou de lutter contre les pratiques illégales, toutes formes de corruption* » et « *d'apporter son concours et son soutien aux victimes de pratiques illégales après examen des dossiers qui lui sont soumis* ».

---

116 L. Boré, Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste, Rev. sc. crim. 1997, p. 751.

117 Cass. Crim. 14 janvier 1971, Bull. crim. 1971, n° 14 ; D. 1971, jurispr. p. 101, rapp. F. Chapar ; JCP G 1972, II, 17022, note H. Blin

118 Cass. crim., 7 février 1984, n° 82-90.338 ; Bull. crim. 1984, n° 41.

119 Cass. crim., 29 avr. 1986, n° 84-93.719 ; Bull. crim. 1986, n° 146

120 Cass. crim., 12 sept. 2006, n° 05-86.958 ; D. 2006, p. 2549

Le préjudice subi prend directement sa source dans les délits suspectés et justifie la constitution de partie civile devant le juge d'instruction. Ainsi, l'association en question n'a pas pour but la défense des intérêts de ses membres, elle poursuit avec eux une action en faveur de la prévention et de la répression de la corruption. Il s'ensuit que le fait que l'association n'ait fourni aucun élément sur le nombre de ses adhérents, l'origine de ses ressources et l'importance de ses dépenses par rapport aux actions dont elle se prévaut, le nombre de participants au colloque ou encore les modalités de diffusion de son bulletin mensuel ne paraissent pas pertinents.

En réalité, lorsqu'une association non agréée se constitue partie civile pour la réparation d'un préjudice collectif, seule est déterminante la question de la spécificité du but et de l'objet de sa mission ainsi que le caractère essentiel des valeurs qu'elle s'est fixée de protéger ; spécificité qui complète l'action générale et large du Ministère public menée pour la protection de l'intérêt collectif.

## **§ 2 - Les recours devant les juridictions administratives : l'éventualité d'une action en représentation conjointe**

Selon l'article L. 422-1 du Code de la consommation, les associations peuvent « (...) *agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs.* » Aucune précision supplémentaire n'ayant été apportée concernant l'exercice d'une action en représentation conjointe devant les juridictions administratives, on doit donc considérer que le droit commun du contentieux administratif lui est applicable.

Si la loi ne s'y oppose pas ; dans les faits, il sera difficile d'y exposer un exemple. L'action en représentation conjointe n'ayant, jusqu'alors, jamais été utilisée devant les juridictions administratives françaises.

En Italie, par exemple, on trouve une « action de groupe » spécifique au droit administratif instaurée en 2009, et dont le but est de permettre le rétablissement du bon fonctionnement d'un service public<sup>121</sup>. Cette action, destinée à renforcer l'efficacité des services publics, est instruite par le juge administratif. Elle n'a pas pour objet de réparer un préjudice, mais d'ordonner à l'administration de faire cesser la situation qui motive la demande.

## **§ 3 - Les actions syndicales en Droit social**

Tout syndicat de travailleurs a la personnalité morale. Si cette qualité leur permet d'ester en justice pour défendre leurs propres intérêts, ces syndicats se sont vus dotés de prérogatives afin de leur permettre d'agir en justice à la fois au nom de l'intérêt collectif, mais également, afin de se substituer à certains salariés.

---

121 Article 1er du décret législatif n° 198 du 20 décembre 2009

## A - L'action au nom de l'intérêt collectif

Comme le souligne Louis MESTRE, il s'agit là de la première prérogative spéciale importante reconnue aux syndicats. L'action syndicale au nom de l'intérêt collectif, désormais plus connue sous le diminutif d'*action syndicale*, permet à tout syndicat, même non représentatif, d'agir dans l'intérêt collectif d'une profession. Plus précisément, elle offre aux syndicats la possibilité de se porter partie civile contre tout fait pénalement répréhensible ayant porté atteinte, directement ou indirectement, à l'intérêt collectif de la profession. Cette action a été reconnue dès 1913 par la Cour de cassation en Chambre réunie<sup>122</sup>. Or, cela s'avère d'autant plus remarquable, car, à cette époque, aucune faculté d'agir dans un intérêt collectif n'avait encore été accordée à une personne de droit privé. Suite à cette position jurisprudentielle, la loi du 12 mars 1920 est venue entériner cette possibilité ; loi toujours en vigueur et reprise à l'article L. 2132-3 du Code du travail. Le texte est on ne peut plus clair, et s'inscrit dans la parfaite lignée de notre présentation : « *Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice.*

*Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. »*

La défense de l'intérêt collectif de la profession permet ainsi aux syndicats d'attaquer un employeur pour des motifs tels que :

- Le non-respect des règles en matière de durée et de répartition du temps de travail ;
- Le non-respect des règles de sécurité.

Ainsi, la Cour de cassation a admis que les syndicats puissent se constituer partie civile dans le cadre d'un procès pénal impliquant des personnes poursuivies pour travail dissimulé, car selon elle, l'exercice d'un travail dissimulé cause à la profession représentée par les syndicats demandeurs un préjudice distinct de celui subi personnellement par les salariés concernés. De ce fait, la constitution de partie civile de ces syndicats est admise<sup>123</sup>.

Pour autant, et même si la frontière est difficilement perceptible dans le cas ci-dessus, la Cour de cassation doit toujours se garder de ne pas voir le syndicat comme un défenseur de l'intérêt général, mais plutôt comme le défenseur de l'intérêt collectif à une profession ; bien que cet intérêt collectif ne soit jamais très éloigné de l'intérêt général au nom duquel l'action publique est déclenchée. Selon Maître Jérôme FRANCK, avocat spécialisé en Droit économique au Barreau de Paris, et directeur de l'association UFC-QUE CHOISIR, la question de l'intérêt prend place dans une représentation schématique pyramidale dans laquelle on trouve pour base l'intérêt individuel ; puis, au second niveau, l'intérêt collectif du groupe auquel appartient cet individu. L'intérêt collectif transcende l'intérêt individuel, la collectivité ayant des attentes supérieures à celle de l'individu. Enfin, au sommet, l'intérêt général transcende lui-même intérêts individuels et collectifs.

---

122 Chambres Réunies, 5 avril 1913

123 Cass. Crim. 6 décembre 2011, N°10-86829

À l'inverse, les syndicats ne sont pas recevables à agir contre les délits d'abus de biens sociaux commis par les dirigeants de l'entreprise,<sup>124</sup> car, bien qu'ils aient la faculté de représenter les intérêts des salariés de l'entreprise, ou encore, bien qu'ils soient intégrés au sein de certaines institutions de l'entreprise, les syndicats n'en restent pas moins perçus comme des tiers qui n'ayant pas d'intérêt direct dans la défense du patrimoine de l'entreprise. Parallèlement, les comités d'entreprise et les salariés, sont tout autant refusés à se constituer partie civile dans de tels cas.

Mais l'action des syndicats au nom de l'intérêt collectif ne se limite pas au champ pénal, elle peut par exemple parfaitement fonder une action en vue d'obliger un employeur à exécuter une convention collective<sup>125</sup>, ou encore, pour tendre au maintien des emplois menacés alors que l'entreprise aurait fait l'objet d'une opération de transmission, acquisition, fusion<sup>126</sup>. Plus généralement, l'action syndicale est admise lorsque la demande du syndicat tend à la défense de l'emploi des salariés dans l'entreprise<sup>127</sup>.

Parallèlement, cette action s'ouvre aussi aux syndicats d'employeurs. Le domaine d'intervention de l'action en justice du syndicat professionnel pour la défense de l'intérêt collectif qu'il représente n'est pas figé. Il varie en fonction du temps et de l'espace, mais surtout, au regard des données socio-économiques et politiques existantes. La complexité de la matière est d'autant plus grande en ce sens que, faute d'une délimitation légale impossible du domaine d'application de l'intérêt collectif, il revient à la jurisprudence de déclarer ou non recevable et bien fondée une action syndicale.

Dès lors, l'action au nom de l'intérêt collectif présente deux différences fondamentales avec l'action de groupe : tout d'abord, le fait que son champ d'application ne soit pas encadré par une loi la rend incertaine, un tel manque de cadre serait insupportable pour une *class action* qui, sans cadre, serait à la fois imprévisible et peu protectrice, en fonction de divers facteurs (économiques, politiques...). L'autre différence tient au fait que l'action est introduite par un syndicat, personne morale, qui représente des salariés qui ne sont pas parties personnellement à l'instance. Cela est normal, car au final, le but est défendre l'intérêt général avant de défendre les intérêts plus ciblés d'un groupe de personnes.

L'action en défense d'intérêts collectifs a d'ailleurs servi de modèle aux droits d'action en justice au nom d'intérêts collectifs qui sont aujourd'hui reconnus à certaines associations (lutte contre l'homophobie, la xénophobie ; préservation de l'environnement...). Là aussi, ces actions tendent à défendre au premier plan l'intérêt général, avec au second plan, un groupe d'individus innomés, mais désignés.

## **B - L'action de substitution**

L'action de substitution circonscrit davantage le champ de représentation puisqu'on passe de l'intérêt général, aux intérêts individuels des salariés représentés par les syndicats. À la différence de l'action syndicale susvisée, cette action est subordonnée à la représentativité du syndicat, qui doit avoir le pouvoir d'assurer cette représentation.

---

124 Cass. Crim., 23 février 2005, 04-82.821

125 Cass. Soc. 3 mai 2007, 06-40.499, INÉDIT

126 Cass. Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n°07-44200, BICC n°717 1er mars 2010

127 Cass. Soc. 10 janvier 2012, n° 09-16691

L'action de substitution est une importante entorse au principe de procédure civile selon lequel « *nul ne plaide par procureur* » (Cf. : § 2 - *La défense des intérêts personnels d'un ou plusieurs membres du groupe* ; A - *Le respect du principe « nul ne plaide par procureur*). Néanmoins, cette action n'est pas générale, elle se cantonne à certains cas particuliers bien qu'au fil de la jurisprudence, elle ait tendance à s'accroître significativement. Ainsi, l'action de substitution du syndicat est notamment admise pour défendre les travailleurs considérés comme particulièrement faibles (travailleurs à domicile, étrangers, salariés sous contrat de travail à durée déterminée, intérimaires) ; ou les salariés victimes de certains agissements graves de l'employeur tels que la discrimination<sup>128</sup>, le harcèlement<sup>129</sup>, le prêt de main-d'oeuvre illicite.

Ces actions de substitution présentent la caractéristique majeure de bénéficier aux salariés qui ne sont pas membres de l'organisation, tel le système de l'opt-out où la simple qualité de « victime » emporte intégration tacite au groupe représenté. Cela implique que l'action de substitution peut être intentée en lieu et place de la victime sans avoir à justifier d'un mandat exprès de sa part. Néanmoins, celle-ci sera dûment avertie et pourra, au choix, s'opposer à l'action en justice ou au contraire, intervenir personnellement à l'instance engagée.

Seules les actions de substitution en faveur des travailleurs à domicile et pour l'application de la convention collective sont limitées à la défense des membres du syndicat.

Il est un autre domaine qui a fait, et fait encore beaucoup pour le droit processuel. Les décisions jurisprudentielles, et les quelques interventions du législateur en matière de droit environnemental ont permis de créer une action collective autonome, mais plus encore, ont tendu à créer un nouveau type de préjudice objectif. Ce préjudice résulterait de la simple violation d'un droit, ferait fi de toute considération personnelle, et constituerait un exemple type susceptible d'éclairer la qualification du préjudice subi par les victimes d'une éventuelle et future action de groupe.

#### **§ 4 - La réparation des atteintes à l'environnement : nouveaux préjudices en quête de nouvelles actions**

La jurisprudence judiciaire relative à la réparation des atteintes à l'environnement est assez peu fournie. Les rares articles des commentateurs consacrés à la réparation des atteintes à l'environnement renvoient à des jurisprudences souvent anciennes et peu nombreuses.

La doctrine s'est beaucoup intéressée à l'arrêt de la première Chambre civile rendu en 1982<sup>130</sup> qui a condamné une association de chasse à réparer le préjudice subi par une association de protection des oiseaux du fait de la mort d'un balbuzard-pêcheur tiré lors d'une partie de chasse. Les statistiques confirment le nombre limité d'actions dans le domaine judiciaire, champs civil et pénal confondus, pour ce qui est de la réparation des atteintes à l'environnement. En matière pénale, pour l'année 2003, celles-ci ne représentaient que 2 % des procédures traitées par les parquets<sup>131</sup>. Les actions « environnementales » demeurent l'apanage des parquets en raison du faible coût de l'action civile exercée devant le juge pénal.

---

128 Articles L.1134-2 et L. 1134-3 du Code du Travail

129 Article L. 1154-2 du Code du Travail

130 Cass. Civ. 1re, 16 novembre 1982, Bull. civ. I, n°331, RJE 1984, p. 225, note J.-C. Hallouin

131 Circulaire du Garde des Sceaux D. PERBEN sur les « Orientations de politique pénale en matière d'environnement » du 23 mai 2005

En effet, le ministère d'avocat y est facultatif, ce qui n'est pas toujours le cas dans le cadre d'une procédure civile. Quant aux frais d'expertise pouvant être particulièrement lourds aux vues des de la technicité des études possible sur l'environnement, leur avance est faite par le Trésor public en cas de plainte avec constitution de partie civile, alors qu'il appartient au demandeur d'avancer ces frais s'il saisit le juge civil.

Apparemment limitée, la jurisprudence judiciaire relative à la réparation des atteintes à l'environnement se révèle dans le même peu précise, marquée par des décisions relativement peu motivées, comme si les juges se désintéressaient, pour l'heure, d'un tel sujet.

Pourtant, au regard de l'accroissement de l'emprise de l'homme, de ses activités et de sa capacité de nuire à l'environnement, le législateur et la jurisprudence devraient étendre les champs de responsabilité vis-à-vis de l'environnement. Certains évoquent l'idée d'une « *responsabilité écologique* » tel le philosophe allemand Hans JONAS<sup>132</sup>, voire d'une « *responsabilité de la vie* » pour le sociologue français<sup>133</sup>. Dès lors, d'un point de vue juridique, toute extension des pouvoirs de l'homme sur l'environnement devrait se traduire par une extension de sa responsabilité juridique. Cela se confirme en matière de responsabilité pénale, mais uniquement quant à la sanction des comportements dangereux pour l'environnement, mais non pas pour ce qui est de la réparation des atteintes à l'environnement.

Les espoirs de voir ces atteintes encadrées sur le plan civil ont été ravivés par le dépôt d'une proposition de Loi du sénateur Bruno RETAILLEAU, le 23 mai 2012, proposition visant à inscrire la notion de « *préjudice écologique* » dans le Code civil. Avant même que le Sénat ne se soit prononcé sur l'avenir de cette proposition, la Cour de cassation a reconnu le « *préjudice écologique* » comme « *résultant d'une atteinte aux actifs environnementaux non marchands, réparables par équivalent monétaire* »<sup>134</sup>. Ce n'est que le jeudi 16 mai 2013 que le Sénat adoptera à l'unanimité cette proposition.

Dès lors, si l'on peut légitimé penser, du moins espérer, que le juge judiciaire va répare de plus en plus d'atteintes à l'environnement, reste à déterminer comment et sur quels fondements il sera amené à statuer dans une matière en construction qui demeure, pour l'heure, sans aucune indication de la part du législateur. Car, on le sait bien, tout dommage ne donne pas lieu à réparation. Encore faut-il qu'il présente plusieurs caractères, à savoir : être certain, personnel et direct. Pour ce qui est de la réparation des atteintes à l'environnement, c'est avant tout le caractère personnel qui pose problème. Cette exigence représenterait, de prime à bord, un obstacle à la prise en compte du « *dommage écologique* ». Pour autant, le juge n'en a pas moins trouvé des solutions de contournement de l'obstacle du préjudice personnel afin d'accroître le domaine de la réparation des atteintes à l'environnement et accueillir des actions d'association invoquant un préjudice collectif.

---

132 H. JONAS, Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique, Le Cerf, 1995

133 E. MORIN, La vie de la vie, Seuil, 1980

134 Cass. Crim. 25 septembre 2012, 10-82.938

## A - Le dépassement de la notion de préjudice personnel

Pour faciliter l'action des associations de défense de l'environnement, le législateur a donné une habilitation générale aux associations agréées de protection de l'environnement afin qu'elles exercent « *les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre (...)* »<sup>135</sup>. Ainsi, une association de défense du milieu aquatique a été déclarée recevable à agir dans un cas de pollution marine par hydrocarbures. Les juges ont considéré que cette pollution lésait « *les intérêts défendus par l'association qui a pour obligation statutaire de protéger la qualité de l'eau et notamment les estuaires et rivages marins et les eaux de mer, lieux de séjour ou de passage des espèces migratrices* »<sup>136</sup>. Il est remarquable de constater ici que les juges se réfèrent à l'objet statutaire de l'association ce qui montre à quel point la précision des statuts est importante.

Un autre arrêt, rendu la même année, tend à confirmer cette volonté d'accéder aux actions des associations de protection de l'environnement. En effet, depuis ce dernier arrêt, les associations peuvent agir en réparation de l'atteinte à l'intérêt collectif qu'elles ont pour objet de défendre, non seulement devant les juridictions répressives, mais encore devant les juridictions civiles. La Cour de cassation ayant retenu que « *les associations de chasse sont habilitées à exercer devant les juridictions tant civiles que répressives les actions en responsabilité civile tenant à la réparation de faits de destruction irrégulière de gibier, qui constituent pour elles la source d'un préjudice direct et personnel ainsi qu'une atteinte aux intérêts collectifs de leurs membres* »<sup>137</sup>. Il s'agit là d'une évolution notable dans la mesure où certains affirmaient auparavant que les associations agréées citées par l'article L. 142-2 du Code de l'environnement ne pouvaient agir « que devant les juridictions pénales en se constituant parties civiles » ; pareil point de vue était partagé pour ce qui est des associations de consommateurs.

Cette démarche jurisprudentielle facilitant la recevabilité de l'action des associations de protection de l'environnement va de pair avec l'admission toujours plus grande des préjudices réparables en cas d'atteintes à l'environnement. À l'origine, seules les conséquences économiques des atteintes à l'environnement étaient prises en compte telles que les frais de nettoyage d'une côte souillée, le traitement d'une rivière polluée. Mais progressivement, le juge judiciaire a admis la réparation des atteintes à l'environnement sans répercussions patrimoniales. À cet égard, certaines décisions comportent des formules peu détaillées retenant simplement qu'un « *tel agissement a causé un préjudice à l'association qu'il convient d'évaluer à la somme de (...)* »<sup>138</sup> ou encore, toujours aussi lapidaire, « *déclare l'intéressé responsable du préjudice subi par l'association et le condamne à verser la somme de (...)* »<sup>139</sup>.

---

135 Loi n° 95-101 du 2 février 1995 introduisant les articles L. 142-1 et suivants dans le Code de l'environnement

136 CA Rennes, 23 mars 2006, n° 05-01.913

137 Cass. Civ. 2e, 7 décembre 2006, n° 05-20.297

138 CA Bordeaux, 13 janvier 2006, n° 04-00.047 : en l'espèce, les parties civiles se sont vues allouer la somme de 100€

139 Tribunal correctionnel de Dax, 11 mai 2006, n° 06-00.1157



Toutefois, le plus souvent, le juge judiciaire tente de qualifier le préjudice des associations en cas d'atteintes à l'environnement. Selon les qualifications qu'il choisit, le juge judiciaire contribue soit à une reconnaissance indirecte d'un principe de réparation des atteintes à l'environnement, soit à une reconnaissance directe d'un tel principe. Cette seconde hypothèse tend à devenir la règle depuis la décision du 25 septembre 2012<sup>120 supra</sup>.

Avant cette décision, reconnaissant explicitement la notion de préjudice environnemental, les juridictions judiciaires usaient de préjudices alternatifs pour réparer les atteintes à l'environnement, tout particulièrement le préjudice moral. Ce fondement est souvent appuyé par le fait que les atteintes à l'environnement suscitent souvent un émoi public fort. Ainsi dans l'arrêt de 1982, la Cour de cassation avait considéré que la destruction du balbuzard pêcheur avait causé à l'association de protection des oiseaux un « préjudice moral direct personnel en liaison avec le but et l'objet de ses activités »<sup>116 supra</sup>.

Cette première pierre posée, l'édifice jurisprudentiel des dommages causés à l'environnement n'a cessé de se construire autour du préjudice moral avant de trouver son préjudice propre en 2012<sup>120 supra</sup>, préjudice toujours en attente de Loi.

En cela, les atteintes à l'environnement ont bousculé et bousculent le droit processuel. D'un point de vue de la recevabilité de l'action en réparation et du pouvoir des associations aptes à agir sur le plan pénal et surtout, civil. Mais aussi d'un point de vue substantiel, quant au bien-fondé de cette action et sur le préjudice qui la porte. La protection optimale de l'environnement par la responsabilité civile suppose d'encourager la reconnaissance, d'ores et déjà amorcée, de la notion de préjudice collectif et d'autre part de proposer la consécration de la notion de « préjudice objectif » défini comme la lésion d'un intérêt conforme au droit, indépendant de toutes répercussions personnelles.

## **B - La reconnaissance du préjudice collectif amorcée**

D'un point de vue législatif, et processuel, le législateur a facilité l'accès des associations de protection de l'environnement aux juridictions afin qu'elles obtiennent réparation des atteintes aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre<sup>121 supra</sup>. Pour une grande partie de la doctrine, cette évolution a conduit à étendre la notion de préjudice au point qu'elle englobe désormais tant le préjudice individuel que le préjudice collectif<sup>140</sup>. En ce sens, *l'avant-projet Catala*<sup>141</sup> propose de définir le préjudice comme « *la lésion (...) d'un intérêt individuel et collectif* »<sup>142</sup> et ce afin « *de permettre aux tribunaux d'admettre notamment l'indemnisation du préjudice écologique* ».

Cette idée de qualifier les atteintes à l'environnement de préjudice collectif, dérogeant par la même au principe de préjudice personnel, s'inspire de l'idée selon laquelle le patrimoine naturel fait partie intégrante de la notion de « *patrimoine commun de l'humanité* »<sup>143</sup>.

---

140 P. JOURDAIN, *Le dommage écologique et sa réparation*, p. 161.

141 Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription communiqué le 22 septembre 2005 au Garde des Sceaux

142 Projet d'article 1343 du Code civil de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription

143 A. KISS, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, RCADI, 1982, p. 109

À ce titre, la Charte de l'environnement, ayant acquis valeur constitutionnelle énonce que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains »<sup>144</sup>.

La reconnaissance amorcée du préjudice collectif pour altération de l'environnement a conduit certains auteurs tels que Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN à parler de « *libéralisation de la recevabilité de l'action associative* ». Cette libéralisation pourrait conduire, à terme, à ne plus réserver le droit d'action aux seules associations agréées et à ne plus faire dépendre ce droit d'action de l'existence d'une infraction pénale. En cela, le droit français rejoindrait les droits d'autres pays tels que le Portugal ou les États-Unis. Partant de là, on pourrait dépasser le cadre association pour ouvrir le droit d'action à toute personne physique ou morale intéressée. Certes, celle-ci doit au moins être intéressée, car l'action serait déclarée irrecevable pour défaut d'intérêt à agir au regard de l'article 32-1 du Code de procédure civile.

Le mouvement de transformation de la notion classique de préjudice ne s'arrête pas à la seule reconnaissance de la notion de préjudice collectif. En effet, c'est une chose de faciliter la recevabilité de l'action en réparation des atteintes à l'environnement, cela en est une autre de qualifier les atteintes à l'environnement de préjudice réparable alors qu'elles ont pour caractéristique d'être dépourvues de répercussions sur les personnes. On pourrait alors envisager une conception renouvelée du préjudice et admettre la prise en compte du préjudice objectif, à savoir un préjudice répondant toujours à l'exigence dans la violation ou l'entorse à un intérêt conforme au droit, mais indépendant de l'exigence de répercussions sur les personnes.

\*\*\*\*\*

La responsabilité civile est aujourd'hui, plus que jamais, invitée à s'adapter à l'évolution des différentes atteintes tant à l'égard des personnes prises en leurs qualités de consommateurs, de travailleurs, ou de victimes dans un sens large ; qu'à l'égard des éléments qui nous entourent et qu'il convient de protéger ; ce cet effet, voyons large : le monde. Cela passe essentiellement par l'évolution de la notion de préjudice personnel et par l'admission du préjudice objectif parce que collectif ; et collectif parce qu'objectif.

Une fois la notion de préjudice fixée, il reste à envisager en second lieu quelles seraient les modalités de la réparation des différentes atteintes. L'action de groupe permettrait de sanctionner facilement ces atteintes, ainsi que la détermination des victimes ou de l'entité à indemniser. Reste à fixer le cadre et les règles entourant cette action de groupe.

---

144 Charte de l'environnement de 2004, inséré dans le bloc de constitutionnalité par la Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005

## **Partie 3 - L'action de groupe à la française : conciliation des principes procéduraux dans un schéma spéciale, et opportunité d'un tel recours**

Notre droit et notre système judiciaire n'offrent actuellement aucun mécanisme jugé satisfaisant pour assurer, via une mutualisation des coûts de la procédure, la juste réparation des dommages à laquelle pourraient prétendre les victimes d'une même personne physique ou morale. L'illustration la plus diffuse est celle du consommateur qui, lésé de quelques euros, n'engage aucune procédure : la lourdeur et le coût d'un procès les en découragent. Et pourtant, il arrive que ces petits préjudices matériels se répètent ou lèsent des milliers, voire des millions, de victimes.

### **Chapitre 1 - Des multiples rapports et tentatives d'introduction d'une action groupe générale ou spéciale en droit processuel français**

En droit français, le pouvoir politique a pris à coeur la question de l'introduction d'une action de groupe. Depuis une dizaine d'années maintenant, on enregistre une succession de propositions, projets, rapports qui tendent à construire le modèle d'action de groupe idéal, du moins, le plus en corrélation avec le principe français de procédure civile. Le but étant d'aboutir à l'introduction d'une voie d'action qui dépasserait le cadre souvent restriction et conditionné des associations, jusqu'alors seules habilitées pour agir dans l'intérêt d'un groupe défini.

Premier engagement fort, le projet CHIRAC, souhaité par l'ancien Président de la République lors du discours annuel des voeux en 2005, il qui aboutira à la publication du rapport CERUTTI, lui-même succédé par deux projets de Loi restés lettre morte. Sous le mandat de son successeur, une nouvelle proposition de loi a été émise. À nouveau, cette proposition restera sans suite. Nicolas SARKOZY charge alors Jacques ATTALI de dresser un rapport d'ensemble pour la « libération de la croissance française », dont la décision 191 propose l'introduction de donner plus de pouvoir aux consommateurs par le biais des actions de groupe.

À ce jour, le projet d'introduction des actions de groupe a été repris par le Ministre délégué à l'économie sociale et solidaire, Benoit HAMON, soutenu par la Ministre de la Justice et Garde des Sceaux, Christiane TAUBIRA.

#### **Section 1 - Le projet CHIRAC et le rapport CERUTTI**

Le Président de la République Jacques CHIRAC a demandé à son gouvernement, en 2005, de « proposer une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés ». Pour mener à bien ce processus de réforme souhaité par le Président, le ministre de la Justice, le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Dominique PERBEN ainsi que le ministre des PME, du Commerce, de l'Artisanat, des professions libérales et de la Consommation ont mandaté un groupe de travail avec, à sa tête Guillaume CERUTTI, directeur général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et Marc GUILLAUME, directeur des Affaires civiles et du Sceau.

Sans éluder les mécanismes et dispositions spéciales connus en droit français destinés à assurer la protection des consommateurs, parmi lesquels nous trouvons l'action en représentation conjointe, au contraire, ce groupe de travail était invité à dresser un bilan de leur mise en œuvre et de leurs limites. Une fois ce bilan établi, le champ d'application de la réforme était clarifié ; restait encore à préciser les conditions de recevabilité de cette action nouvelle (qualité et intérêt à agir en justice), avec comme but principal de supprimer les limites posées par l'action en représentation conjointe. Ce groupe de travail, constitué de personnalités et représentants d'entités aux intérêts propres, opposait d'un côté les membres des associations de consommateurs et, de l'autre, les représentants des entreprises, le MEDEF en première ligne, qui voyaient là (et voient toujours) l'action de groupe comme un *rouleau compresseur* destructeur. Étaient également parties à ce comité des professionnels du droit, dont Louis BORÉ, spécialiste des questions de procédure civile autour des actions de groupe.

Christian JACOB, à l'époque ministre du Commerce et de la Consommation, voyait cette réforme s'inscrire « *dans le droit fil de la politique du Gouvernement en faveur des consommateurs* ». Il a rappelé, à ce titre, les mesures prises par le gouvernement au profit des consommateurs<sup>145</sup>, ainsi que les projets en cours<sup>146</sup> ; tout en soulignant le caractère jusqu'alors peu satisfaisant des dispositifs existants dans le Code de la consommation, en particulier les dispositions du Livre IV - Titre II qui traite des actions en justice des associations. L'ancien Ministre de la Justice Dominique PERBEN mettait également en avant l'apport de cette réforme comme constituant un frein aux préjudices subis par les consommateurs. Ainsi, elle permettrait, à défaut de prévention, de réparer plus facilement les préjudices nés. Dominique PERBEN et Thierry BRETON, alors Ministre de l'Économie, se faisaient une priorité d'écarter tout mécanisme complexe qui introduirait, par ailleurs, les dérives constatées dans les autres pays. À cette fin, lors des premières réunions du groupe de travail, des auditions ont été menées auprès d'experts juridiques étrangers, spécialistes des systèmes américain, anglais, québécois, suédois et portugais (Cf. : *Partie Première - Étude des systèmes juridiques internationaux et communautaires connaissant des actions de groupe ou « class action »*). En outre, la voie judiciaire ne devant pas devenir un mode normal de règlement des litiges, les membres du groupe souhaitaient développer d'autres modes alternatifs de résolution des litiges de groupe, tels que la médiation.

## **§ 1 - La création d'une action de groupe à la française tirant partie des enseignements des modèles étrangers**

Beaucoup de systèmes étrangers connaissant l'action de groupe ont mis en place un dispositif judiciaire ou extrajudiciaire d'évaluation des préjudices. En droit interne, l'idée serait de suivre ce schéma bitemporel avec une première phase consacrée à l'examen de la recevabilité de l'action ou de son bien-fondé. Pareille phase permettrait de circonscrire le litige et, le cas échéant, de rejeter la demande avant tout débat sur l'appréciation des préjudices allégués par les demandeurs. Puis, en cas de recevabilité du groupe à agir tant par sa qualité, que par l'effectivité de son préjudice, il serait orienté vers la juridiction compétente.

---

145 Loi « Chatel » n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur

146 Projet de loi du 14 avril 2005, ayant donné lieu à la Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises

## **A - Une phase d'étude judiciaire et précontentieuse inspirée de la *class action* de common law**

Dans le schéma procédural de common law, l'action se découpe en deux étapes majeures : l'une se voulant pré contentieux (car elle n'induit pas d'analyse sur le fond), et destinée à aiguiller le litige vers une résolution en masse. Cette phase se déroulant devant la juridiction compétente pour trancher le fond et relevant de la compétence exclusive du juge.

Si nous calquions le régime de notre action de groupe sur ce modèle, l'ensemble de la procédure serait judiciaire. La première étape consisterait à obtenir un aval du juge après que ce dernier ait effectué un contrôle préalable de la validité de l'action, de la qualité du représentant par rapport au groupe, et des questions de droit et de fait soulevées. Pareil jugement serait qualifié, en droit français, d'« avant dire droit ».

L'article 545 du Code de procédure civile énonce que « *Les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi.* » Aussi, la décision de certification ou d'homologation du groupe pour agir en justice ne serait pas susceptible d'appel que ce soit par le représentant du groupe qui se serait vu opposé un refus, ou par le défendeur qui chercherait à éviter le discrédit porté à l'entreprise attaquée.

Cette décision pourrait être assimilée à une mesure d'administration judiciaire, obtenue rapidement, évitant ainsi les débats de forme qui s'étendent parfois sur une, voire deux années outre-Atlantique. Néanmoins, certains membres, rapporteurs au projet, estimèrent qu'il serait opportun d'instaurer un appel selon une procédure rapide.

## **B - La mise à jour des règles de procédure civile françaises**

Il est impératif de prévenir : l'action de groupe rassemble parfois plusieurs millions de préjudiciables. L'introduction d'un tel mécanisme nécessitera que les juridictions civiles connaissent des aménagements et adaptations afin d'accueillir ces litiges de masse tant au niveau de la détermination des compétences, que du traitement du litige.

### 1 - La compétence d'attribution des juridictions

La principale problématique à résoudre est de déterminer si l'action de groupe aura pour conséquence de mutualiser le préjudice ou, au contraire, de fédérer de multiples demandes en dommages et intérêts.

Dans le premier cas, l'application des règles actuelles de compétence d'attribution des juridictions conduirait à retenir la compétence du Tribunal de Grande Instance pour traiter le préjudice collectif porté par une action de groupe en raison à la fois du montant de ce préjudice, aisément supérieur à 10 000 €, mais surtout en raison du caractère souvent indéterminé de cette demande. Dès lors, la représentation du groupe par avocat serait obligatoire, sans qu'il ne soit nécessaire de passer par l'intermédiaire d'une association tierce.

En revanche, dans l'hypothèse où l'action de groupe s'attache à produire les multiples demandes en dommages et intérêts des victimes, les règles actuelles risques disposent que la compétence de la juridiction est déterminée par la plus élevée des prétentions.

Ainsi, selon le cas, et sous réserve des compétences spéciales d'attribution de ces juridictions, les demandes en réparation pourraient être portées devant la juridiction de proximité, le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance en fonction de leur montant ; sans exclure la possibilité d'introduire une action devant le Tribunal de Commerce, compétent quelque soit le montant du préjudice, dès qu'une des parties demanderesse ou défenderesse est commerçante.

Dans le cadre de leurs études, les rapporteurs ont estimé que les règles de compétence actuelle pouvaient être source de difficultés, notamment dans la seconde hypothèse, puisque la taille des juridictions de proximité ou des tribunaux d'instance rend difficile, voire illusoire, le traitement d'un contentieux civil de masse qui requerra des moyens logistiques et humains importants. Par ailleurs, les rapporteurs ont en mémoire les écueils de la *class action* américaine où, à l'origine, les conflits étaient confiés aux juridictions de district. La résolution de ces conflits a rapidement mis en exergue des disparités importantes dans les positions des juges : certaines cours étant plus pro-victimes, et d'autres plus pro-entreprises, cela a abouti à la mise en concurrence des juridictions locales et à des solutions jurisprudentielles parfois en parfaite contradiction quant à l'appréciation de la responsabilité du professionnel. En outre, l'allocation des dommages et intérêts pourrait varier dans des proportions plus ou moins importantes au regard de situations pourtant sensiblement identiques.

Par la suite, le groupe d'étude s'est penché sur le cas où plusieurs juridictions compétentes seraient saisies d'un même litige à raison d'une identité de cause et d'objet, avant même que la publicité de l'action de groupe n'ait été réalisée. Serait-il possible de se rabattre sur les exceptions de litispendance et de connexité ?

La litispendance, prévue par l'article 100 du Code de procédure civile, consiste « *Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître* » à ce que la juridiction saisie en second lieu se dessaisisse au profit de la première si l'une des parties le demande. À défaut, elle peut le faire d'office. Toutefois, l'une des conditions de la litispendance est l'identité des parties. Or, cette condition ne sera pas satisfaite si plusieurs actions de groupe sont menées devant plusieurs juridictions contre un même professionnel, car les parties seront foncièrement différentes.

Quant à la connexité, elle ne repose pas sur des critères suffisamment précis pour que sa mise en oeuvre soit aisée : il revient au demandeur de démontrer « *un lien tel qu'il est de bonne justice de les faire instruire et juger ensemble* »<sup>147</sup>.

Le groupe de travail propose d'introduire un mécanisme qui permettrait de transférer l'intégralité du traitement du litige à une seule des juridictions saisies. Dès lors, une disposition légale pourrait prévoir que la première juridiction saisie reste de plein droit celle compétente afin de traiter le litige, les autres juridictions étant tenues de se dessaisir à son profit. Ce critère objectif serait préférable à celui tiré de la localisation du plus grand nombre de victimes dans la mesure où ce nombre est généralement inconnu au moment de l'introduction de la demande. Cette disposition ne ferait bien entendu pas obstacle à ce qu'un consommateur seul saisisse une autre juridiction d'une demande identique, ou qu'une association de consommateurs non partie à l'instance intente une action en représentation conjointe devant une autre juridiction si elle ne souhaite pas mélanger ses membres au groupe.

---

147 Article 101 du Code de procédure civile

Il pourrait néanmoins s'avérer opportun de réserver le contentieux de certaines actions de groupe à des juridictions spécialisées, notamment en matière de santé publique, à l'instar des certaines juridictions suédoises spécialisées pour les dommages collectifs environnementaux ; afin que les litiges les plus graves ou rassemblant le plus de victimes soient traités de manière égalitaire, et à une échelle nationale. À ce titre, la question de la réparation des préjudices des membres du groupe a été soulevée.

## 2 - De la réparation d'un préjudice collectif en droit français

Serge GUINCHARD s'est déjà interrogé sur les modalités de fixation des dommages et intérêts dus aux victimes de préjudice de masse en se demandant « *s'ils doivent avoir un caractère automatique, forfaitaire et égalitaire, mais sans individualisation individuelle du préjudice subi par chacun ?* »<sup>148</sup>. De cette manière on porterait atteinte au principe selon lequel le préjudice doit être évalué individuellement, par casuistique.

Le groupe étudia deux éventualités. Première hypothèse, la réparation se ferait au regard de barèmes forfaitaires fixés par le tribunal. Dans ce schéma, il appartiendrait au tribunal de prévoir divers sous-groupes de victimes ; aux demandeurs de justifier de leur appartenance à une des classes déterminées par le tribunal. La répartition de l'indemnité totale allouée aux victimes pourrait être effectuée par un tiers tel qu'un assureur, une association de consommateurs ou un mandataire liquidateur. Toutefois, les modalités de répartition pourraient devenir une source de difficultés. Ainsi, le jugement fixant des classes de victimes pourrait faire l'objet de requêtes en interprétation pour déterminer à quelle classe se rattache un demandeur. En outre, il conviendrait de prévoir une procédure permettant à un consommateur de contester la décision non juridictionnelle par laquelle le tiers aurait réparti l'indemnisation totale.

Ce contentieux supplémentaire pourrait allonger la procédure et faire perdre au système judiciaire l'efficacité gagnée par le regroupement du contentieux en une seule action.

Une seconde hypothèse consisterait à rassembler la somme totale allouée au titre de la réparation des victimes du groupe dans un *pot commun*. Cette option est avantageuse lorsque les préjudices des victimes sont trop disparates. Le juge tranchera le litige sur le fond du droit sans opérer une distribution sélective précise des sommes allouées au regard du préjudice de chacun. En ressort un gain de temps important dans la résolution du litige. Toutefois, dans son jugement, le juge prendra le soin de désigner un tiers qui, en amont de la procédure, disposera de temps nécessaire pour évaluer précisément le préjudice individuel de chaque victime afin de lui verser le montant dû, au regard des justificatifs produits, en piochant dans la caisse commune d'indemnisation.

Le rapport CERUTTI a été livré au gouvernement de VILLEPIN le 16 décembre 2005. Une période post-CERUTTI a vu naître différents projets et propositions de Lois présentés devant l'Assemblée nationale.

---

148 S. GUINCHARD, Une class action à la française ? D. 2005, n° 32, p. 2180

## § 2 - Les projets majeurs post-CERUTTI

	<b>Proposition de loi du 26 avril 2006 sur les recours collectifs de consommateurs</b>	<b>Projet de loi du 8 novembre 2006 en faveur des consommateurs</b>	<b>Proposition de loi du 21 novembre 2007 tendant à créer une action de groupe</b>
Présentation	Proposition de loi présentée par Luc CHATEL, alors député de la Haute-Marne.	Projet de loi porté par Thierry BRETON, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie	Proposition de loi du 21 novembre 2007 présentée par Jacques DESSALANGRE, député de l'Aisne
Bénéficiaires du droit d'agir	Uniquement les 18 associations de consommateurs agréées (art. 1 référence à l'art. L421-1 du Code de la Consommation). Traite uniquement des litiges entre consommateurs et professionnels.	Uniquement les associations de consommateurs agréés au sens de l'article L. 411-1 du code de la consommation (art. 13 du projet).	Toute personne physique ou morale qui a la capacité et le pouvoir d'agir en justice (art. 1 de la proposition de loi).
Schéma procédural envisagé	1°) Une phase de recevabilité de l'action 2°) Une phase d'indemnisation des victimes selon la règle suivante, introduite à l'art. L422-8 du Code de la consommation : <ul style="list-style-type: none"><li>• Allocation individuelle de dommages et intérêts aux victimes personnellement identifiées ou identifiables</li></ul>	Les phases suivantes aurait fait l'objet d'un décret afin de précisions.  1°) Une phase où le juge se serait prononcé sur la responsabilité du professionnel au vu des éléments fournis par les parties établissant que les conditions de l'action sont remplies.	1°) Une phase de recevabilité sous le contrôle du juge, avec un recours possible pour le demandeur ou le défendeur  2°) Une phase de publicité, dont les modalités auraient été fixées par le juge lors de l'audience de recevabilité



	<b>Proposition de loi du 26 avril 2006 sur les recours collectifs de consommateurs</b>	<b>Projet de loi du 8 novembre 2006 en faveur des consommateurs</b>	<b>Proposition de loi du 21 novembre 2007 tendant à créer une action de groupe</b>
<p style="text-align: center;">Schéma procédural envisagé</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Allocation collective aux victimes non identifiée ou non identifiables, sur le modèle de la réparation fluide</li> </ul> <p>REMARQUE :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Création d'un fonds d'aide d'accès à la justice qui a la charge d'avancer tout ou partie des frais engagés.</li> </ul>	<p>2°) Une phase de liquidation du litige : le professionnel qui s'est vu présenter une demande d'indemnité est tenu de faire une offre au consommateur, accompagnée d'un chèque. Si le consommateur accepte l'offre, il obtiendra ainsi immédiatement la réparation de son préjudice.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si le professionnel estime la demande infondée, il en informe le consommateur par lettre motivée.</li> <li>• Si aucune offre régulière d'indemnité n'a été faite dans le délai imparti ou si l'offre proposée par le professionnel est manifestement insuffisante, le juge fixe l'indemnité et pourra condamner d'office le professionnel à verser à titre de pénalité au consommateur une somme au plus égale à 50 % de l'indemnité allouée.</li> </ul>	<p>3°) Une phase de réparation, avec la réparation des dommages et intérêts ; et les éventuelles mesures de publicités assorties au jugement.</p> <p>REMARQUE :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Création d'un fonds de gestion des actions de groupe géré par la Caisse des dépôts et consignations afin d'assurer le financement des actions de groupe.</li> </ul>

	<b>Proposition de loi du 26 avril 2006 sur les recours collectifs de consommateurs</b>	<b>Projet de loi du 8 novembre 2006 en faveur des consommateurs</b>	<b>Proposition de loi du 21 novembre 2007 tendant à créer une action de groupe</b>
Schéma procédural envisagé		REMARQUES : - L'action n'a pour objectif de couvrir que les préjudices matériels et troubles à la jouissance dans la limite de 2 000 €. - Le nombre de juridictions compétentes sera limitée par décret.	
Systeme	Opt-Out	Opt-In	Opt-Out

## Section 2 - Le rapport ATTALI

Désigné sous le terme de rapport, son auteur, Jacques ATTALI, le décrit comme « *un mode d'emploi pour des réformes urgentes et fondatrices* »<sup>149</sup>. Celui-ci contient au total 316 propositions qui constituent, pour l'ensemble, « *autant de réformes majeures qui devront être mises en œuvre* ». La particularité de ce rapport, et qui constitue dans le même temps son intérêt, est qu'il a été rédigé sous la présidence d'un économiste. Dès lors, l'ensemble des propositions et recommandations formulées s'inscrit dans une optique d'optimisation sur le plan économique et financier. Sous cet angle, le rapport aborde, en sa disposition 191, l'action de groupe en ce qu'elle tendrait à de donner plus de pouvoir aux consommateurs.

L'introduction d'une telle disposition au coeur d'un rapport qui se veut un « *mode d'emploi* » d'optimisation économique est intéressante, car c'est un moyen de dire que l'action de groupe, encadré par de bonnes règles, n'est pas un frein pour les entreprises et les professionnels ; au contraire, c'est donner un outil efficace à ceux qui font vivre et participe aux développements de la demande et donc, des entreprises : les consommateurs. En leur ouvrant la faculté de faire valoir leurs droits, ces derniers se sauront mieux protégés. Cela contribuera directement à accroître la confiance des consommateurs dans l'économie de marché et leur propension à consommer n'en sera que meilleure.

Quant aux entreprises, les actions de groupe les obligeront à prendre en compte certains effets négatifs de leurs décisions, et plus particulièrement, au regard de l'actualité, des conséquences de leurs pratiques sur l'environnement<sup>150</sup>.

149 Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française

150 Des centaines de victimes de Fukushima attaquent TEPCO en justice, 11 mars 2013, Libération.fr

Dans l'exposé de sa vision de l'action de groupe, le rapport ATTALI y suggère les conditions de formation et de tenue d'une telle action : tout comme la proposition de loi de Luc CHATEL ou le projet de loi de Thierry BRETON (Cf. § 2 - *Les projets majeurs post-rapport CERUTTI*), il préconise que l'action de groupe soit, dans un premier temps, cantonnée aux actions des associations de consommateurs agréées. L'idée étant, au-delà d'un accès facilité à la justice, une prise en charge des frais de justice par le mandataire désigné pour représenter les membres dudit groupe.

Par ailleurs, le rapport ATTALI fixe le champ de compétence des juridictions en en restreignant le nombre et en réservant la compétence matérielle à quelques Tribunaux de Grande Instance ciblés.

Qui dit Tribunal de Grande Instance, sous-entend représentant. L'action de groupe devra pouvoir être initiée par une personne seule, qui diligente une action judiciaire en réparation d'un dommage causé par un prestataire à une catégorie entière de personnes, en l'occurrence : une association de consommateur.

Il n'est pas nécessaire que les membres de ce groupe soient individuellement connus au moment de l'introduction de l'action, sous réserve pour le plaignant principal, et son conseil, de démontrer d'une part que ses intérêts coïncident avec ceux de la catégorie qu'il entend représenter, et d'autre part que cette catégorie peut être définie de manière homogène. Néanmoins, au moment du verdict, seuls les consommateurs ayant choisi d'adhérer à l'action de groupe pourront y participer. On en déduit donc que l'action de groupe souhaité ici fonctionnera sur le système de *l'Opt-in*.

À l'instar des projets et propositions qui l'ont précédé, les préconisations de ce rapport sont restées lettre morte. Et tout comme le rapport SERRAIT, le rapport ATTALI s'est accompagné d'une suite de florilège de propositions de loi et autres notes, tous ayant connus la même issue. Nous pouvons citer le rapport COULON<sup>151</sup> sur la dépenalisation de la vie des affaires, qui prévoyait l'introduction d'une action de groupe en corollaire à la dépenalisation de certaines infractions et s'inscrivant, alors, dans un cadre de prévention. Le dernier rapport connu en la matière a été présenté le 26 mai 2010 par messieurs BÉTEILLE et YUNG, au nom de la Commission des Lois du Sénat.

---

151 J. M. COULON, La dépenalisation de la vie des affaires, Rapport, février 2008, documentation française

## **Section 3 - Le rapport d'information BÉTEILLE**

Le groupe de travail constitué à l'élaboration de ce rapport a suivi les grandes lignes directrices tracées par le rapport CERUTTI, notamment sur les questions de formation du groupe et de conciliation avec les principes fondamentaux que devra respecter la *class action*. Les principales préconisations et recommandations de ses rédacteurs marquent une actualisation de l'évolution politico-juridique connue depuis 2005, et prennent en compte les tentatives gouvernementales et législatives pour introduire une action de groupe.

### **§ 1 - Le champ d'application et de compétence de la procédure d'action de groupe**

À l'instar du rapport ATTALI, et des différents projets et propositions de lois évoqués, le rapport BÉTEILLE préconise d'ouvrir le recours à la procédure d'action de groupe en le limitant, dans un premier temps, aux litiges contractuels de consommation. Néanmoins, il précise que ces litiges doivent être pris dans un sens large, c'est-à-dire, en y incluant ceux qui trouvent leur origine dans une infraction aux règles de la concurrence, ainsi qu'à certains manquements aux règles du droit financier et boursier. Cela implique, notamment, que des actions de groupe puissent être diligentées entre professionnels : une coalition de petits commerçants pouvant agir contre une entité d'envergure nationale ou internationale pour concurrence déloyale par exemple.

Le rapport propose de fonder ces actions sur les principes généraux connus en droit de la responsabilité civile. Dès lors, toute victime d'un groupe pourra être indemnisée si le représentant de ce groupe rassemble les éléments du triptyque de la responsabilité : un fait générateur, un lien de causalité et un fait dommageable. À ce titre, l'action en concurrence déloyale est tout à fait recevable puisqu'elle découle de la responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil. Mais si l'action diligentée au moyen de l'article 1382 permet de prendre en compte divers postes de préjudices, le rapport suggère de limiter les demandes de l'action de groupe aux seuls dommages matériels, sans plafonner leur montant. En effet, chercher à dédommager d'autres postes que les préjudices matériels seraient courir le risque de la dénaturer le but même de l'action de groupe en rallongeant considérablement la durée de la procédure engagée, en raison de la nécessaire évaluation individuelle par le juge de chacun des préjudices subis par les individus victimes.

En outre, le rapport souligne que l'action de groupe n'a de sens que pour des préjudices de faible montant. En effet, celle-ci n'a pour objet que de fournir un recours collectif aux victimes qui s'abstiendraient d'agir individuellement, en raison du rapport défavorable entre le coût ou la durée de la procédure et le gain escompté. Partant de ce postula, l'action individuelle redeviendrait la norme pour toute réparation d'un préjudice important dans lequel le ratio dommage est supérieur au coût de la justice.

À titre d'exemple, et sans pour autant suggérer un montant plafond, le Mouvement des entreprises de France a évalué le montant moyen des litiges de consommation à 1 500 euros. Le projet de loi en faveur des consommateurs, déposé par Thierry BRETON retenait quant à lui le seuil de 2.000 euros (Cf. *Section 1 - § 2*).

## **§ 2 - Une action réservée aux associations de consommateur : la remise en question de ce monopole**

Tout comme la majorité des rapports rendus pour l'heure en la matière, et à l'exception de la proposition de loi du député Jacques DESSALANGRE, l'action de groupe envisagée ne serait ouverte, à tout le moins temporairement, qu'aux seules associations de défense des consommateurs ou des investisseurs auxquelles il aura été délivré un agrément renforcé, cette compétence exclusive et déléguée s'entend de l'introduction de l'action et de sa conduite jusqu'à son terme.

Pour justifier un tel confinement, le rapport rappelle l'écueil principal des *class actions* américaines : leur prolifération. N'importe quel justiciable victime d'un dommage peut décider d'introduire une telle action, à charge pour lui de démontrer au juge que le préjudice qu'il allègue est suffisamment proche de celui subi par un nombre significatif de personnes pour justifier une procédure de groupe. Dès lors, certains grands cabinets d'avocats américains se partagent un marché qu'ils ont depuis verrouillé, la crainte de voir un tel monopole en France et le démarchage qui l'accompagne est l'une des raisons à cette restriction, restriction allouant un monopole aux associations de consommateur qui est vivement remis en cause.

### **A - La limitation des actions de groupe aux seules associations de consommateur : rempart aux recours abusifs et au démarchage**

Avant de franchir l'étape du contrôle judiciaire de la recevabilité de la demande, les entreprises menacées de faire l'objet d'une procédure de groupe sont bien souvent écorchées dans leur réputation, ce qui a généralement un impact direct sur leurs ventes, leurs cours sur les marchés financiers, etc. Or, ces répercussions sont injustes lorsqu'il apparaît, lors de la phase de vérification judiciaire, que la procédure rassemble trop peu d'éléments pour être dirigée sur le pan d'une action de groupe. Face à ces effets lourds de conséquences sur les sociétés ou les professionnels, il est souvent envisagé d'établir un filtre préalable à l'introduction de l'action de groupe. Afin d'éviter toute procédure abusive ou menée à des fins de déstabilisation, on réserverait aux associations de défense des consommateurs la possibilité d'initier et de conduire une telle procédure (Cf. *Partie 3 - Section 2 : Projet de Loi de M. Thierry Breton du 8 novembre 2006 à l'Assemblée nationale, n° 3430*).

Tant par leurs travaux de recherches sur la qualité des biens et services, étayés dans des éditions hebdomadaires ou mensuelles de revues diffusées auprès du grand public, que par leur légitimité acquise depuis de nombreuses années (l'UFC—Que choisir créée en 1951 par André ROMIEU), les associations de consommateur ont acquis une notoriété de poids. Ainsi, elles recevraient plus qu'un agrément : la confiance des autorités publiques qui leur confieraient la mission de filtrage des actions. Il est vrai que par les multiples études et analyses portées sur des milliers de produits et services, toutes catégories confondues, mais aussi de par les relations qu'elles entretiennent dans la résolution amiable des litiges entre consommateurs et professionnels, les associations de consommateurs sont au premier plan pour apprécier des chances de succès d'une action. De plus, l'expertise des associations de consommateurs sera aussi une garantie à l'efficacité des procédures menées, que ce soit dans la production de la preuve des faits allégués, ou dans la constitution du groupe des victimes, dont elles seront en principe les interlocutrices privilégiées.

La concentration des actions de groupe de consommateur autour de ces associations permettrait également d'éviter l'accaparement du « marché » de l'action de groupe par quelques cabinets d'avocats, comme aux États-Unis. La principale crainte étant de voir ces derniers faire main basse sur les victimes par le biais de campagnes de diffusion et de démarchage à large échelle, tout en s'appuyant sur des moyens financiers conséquents face à des associations sans but lucratif qui fonctionnent, pour l'essentiel, des cotisations de leurs membres et des subventions de l'État. Cette crainte pourrait s'en trouver aujourd'hui renforcée suite au rapport de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>152</sup> qui considère qu'une réglementation nationale ne peut interdire totalement à une profession réglementée (en l'espèce, des experts comptables) d'effectuer des actes de démarchage. Une telle interdiction constituant une restriction à la libre prestation des services transfrontaliers.

L'article l'article 10.2 § 1 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat dispose que « *Tout acte de démarchage, tel qu'il est défini à l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 72-785 du 25 août 1972, est interdit à l'avocat en quelque domaine que ce soit.* », soit généralement tout acte de démarchage, c'est-à-dire toute prise de contact avec un tiers qui ne l'a pas sollicitée, en vue de proposer ses services à ce dernier. Mais si les préconisations du Rapport européen trouvent application, alors l'avocat deviendra un véritable prestataire de services qui pourrait alors se voir autoriser la possibilité de démarcher librement de nouveaux clients et prospects.

Mais parallèlement, le monopole souhaité et conféré aux associations de consommateur à tout autant d'effets critiquables, en ce qu'il est notamment le premier frein à l'introduction d'une procédure de groupe pleine et entière en droit français. Quitte à cantonner l'exercice de cette action aux seules associations de consommateurs, pourquoi ne pas alors se contenter d'une mise à jour de la loi du 18 janvier 1992 qui instaura l'action en représentation conjointe ? Il conviendrait simplement d'autoriser les organismes agréés à représenter les consommateurs à faire leur publicité. Sur ce point, les avocats, à qui l'on reproche d'avance une appréhension monopolistique de l'action de groupe, ne cachent pas leurs interrogations quand, dans le même temps, on octroie la possibilité d'agir au nom d'un groupe aux seules associations de défense des consommateurs qui se retrouvent alors, en situation de monopole.

## **B - La remise en question du monopole des associations**

Les représentants des avocats, membre du groupe de travail BÉTEILLE, ont insisté sur le fait que les règles de déontologie auxquelles étaient soumis les avocats français leur interdisaient, en outre, le démarchage juridique.

Certes, cet argument perdra sa substance si le droit français est réformé dans le sens de la décision de la CJUE du 5 avril 2011. Mais sous l'angle de l'article 6-1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ces représentants ont également fait valoir qu'un tel monopole d'action conféré aux associations de consommateurs opère une entrave à l'accès à la justice, notamment parce que la question de l'obligation d'adhésion du demandeur à l'association afin de pouvoir bénéficier de la possibilité d'être représenté n'est pas expressément tranchée. Si l'action en représentation conjointe existante, pour l'heure, en droit français a pour but de permettre à une association de consommateurs dûment mandatée de représenter les consommateurs en justice du fait d'un même professionnel, elle ne peut le faire qu'en vertu d'un mandat reposant sur une adhésion<sup>153</sup>.

---

152 Rapport de la CJUE du 5 avril 2011 (affaire C-119/09)

153 Article L. 422-1 alinéa du 2 du Code de la consommation

Par ailleurs, les frais de cotisations demandés aux adhérents connaissent une tarification variable en fonction du secteur géographique ou de l'association. Une cotisation UFC - Que Choisir coûte 28 € dans le département de la Seine-Saint-Denis (93), 34 € dans le Bas-Rhin (67) ou 45 € dans le Calvados (14). Comment justifier de telle disparité dans le cadre d'une action nationale, d'autant plus si l'adhésion est une condition préalable à l'action ? Car de telles variations constitueraient inévitablement une rupture d'égalité des justiciables.

Les représentants des avocats se sont par ailleurs inquiétés de ce que les associations de consommateurs, érigées en procureurs privés, pourraient poursuivre leurs propres politiques d'action de groupe, en sélectionnant les affaires qu'elles lanceront, au détriment des intérêts de certains justiciables, privés de tout recours.

En réponse, les associations des consommateurs mettent en première ligne leur expertise quant aux traitements des dommages de consommation. La Cour européenne des droits de l'homme leur reconnaît d'ailleurs leur utilité dans ce cadre lorsqu'elle rappelle que « *dans les sociétés actuelles lorsque le citoyen se voit confronté à des actes administratifs spécialement complexes, le recours à des entités collectives, telles que les associations, constitue un des moyens accessibles, parfois le seul, dont il dispose pour assurer une défense efficace de ses intérêts particuliers. Cette qualité à agir des associations dans la défense des intérêts de leurs membres leur est d'ailleurs reconnue par la plupart des législations européennes [...] Une autre approche, par trop formaliste de la notion de victime, rendrait inefficace et illusoire la protection des droits garantis par la Convention* »<sup>154</sup>.

En outre, le rapport dirigé par M. CERUTTI souligne que « *leur objet statutaire leur permettrait [...] de répondre aux exigences de légitimité de l'intérêt à agir, et, par exception au principe selon lequel nul ne plaide par procureur, de leur voir reconnaître la qualité de représenter le groupe des consommateurs, en tant que tel sans qu'il soit besoin d'identifier au préalable les victimes* »<sup>155</sup>.

Pourtant, la légitimité de certaines associations de consommateurs est aujourd'hui remise en question par certains. Bruno BERTEZ fait partie de ces sceptiques. Spécialiste économique et financier, fondateur du journal La Tribune, il livre une critique acerbe sur l'une d'entre elles dans un titre éloquent, synthétisé sous forme de problématique : « L'UFC Que choisir pollue-t-elle la défense des consommateurs »<sup>156</sup>. Il y dénonce cette qualité « d'expert » reconnue aux associations de consommateur en déclarant que l'UFC - Que Choisir « *est une institution top-down*<sup>157</sup> *qui pratique la parole du maître, qui sait tout sur tous les sujets (...).* »

L'UFC-Que-Choisir occuperait, selon l'auteur, de plus en plus de fronts, sans pour autant donner davantage de place aux expériences des consommateurs. Elle ne ferait qu'imposer sa vision du produit, sans contre-expertise. Or, ces évaluations, par la notoriété acquise et qu'acquièrent encore aujourd'hui les associations de consommateurs, ont une répercussion forte sur les produits des entreprises, et leur trésorerie, en définitive.

---

154 CEDH, 27 avril 2004, Gorraiz, Lizarraga et autres c. Espagne - n° 62543/00

155 Rapport CERUTTI du 16 décembre 2005, page 34

156 B. BERTEZ, L'UFC Que choisir pollue-t-elle la défense des consommateurs par une idéologie crypto-communiste ? - Atlantico, 1 décembre 2012

157 Le top-down : pratique qui consiste à recenser les points négatifs d'un produit, sans analyse approfondie.

Aussi, leur confier l'exclusivité de l'appréciation et du filtrage des actions de groupe peut s'avérer tout aussi dangereux que le conférer aux avocats. Tant par leur influence économique que médiatique, les associations de consommateurs peuvent être la source de spéculations et de doutes sur les pratiques et produits du fabricant visé, altérant en définitive, sa légitimité commençante.

### **§ 3 - Le schéma procédural tri-phases proposé par le Rapport BETEILLE**

Dans ce rapport, l'action de groupe se découpe en deux grandes phases judiciaires : l'examen de la requête en responsabilité et la phase de jugement - indemnisation ; entre les deux, une phase de constitution du groupe prend place, dans un système *d'Opt-in*.

#### **A - L'action déclaration : phase d'examen de la responsabilité du professionnel destinée à garantir la légitimité de l'action de groupe**

Cette première marche, à l'initiative de l'association de consommateur, serait destinée à introduire l'action et à présenter au juge l'objet du litige avant toute constitution du groupe. C'est à ce moment que le juge procède à un contrôle pour s'assurer que la prétention est sérieuse et adaptée à une action de groupe. Pour cela, elle doit viser des faits similaires ainsi que de préjudices homogènes à toutes les victimes concernées, amenant à des questions de droit similaires.

Les représentants des entreprises, et particulièrement le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), ont considéré que l'examen de la recevabilité de l'action présente, qualifié par eux de *pré-jugement*, emporte de toujours lourdes conséquences vis-à-vis des professionnels, car, même s'il ne porte que sur la recevabilité de l'action, cette première saisine du juge confère dans les esprits un certain crédit aux plaignants. On peut ainsi voir que tout jugement sur la recevabilité emporte un effet ricochet indéniable sur la réputation de l'entreprise, d'autant plus qu'une publicité sera mise en place afin de fédérer le groupe de plaignants ; même si rien ne garantit d'avance que le juge saisi du fond accédera à toutes les prétentions portées par le groupe.

En outre, si l'action déclaratoire est recevable, l'entreprise défenderesse devra provisionner le risque juridique auquel celle-ci l'expose, ce qui peut affecter durablement son bilan alors même que la mise en cause de sa responsabilité n'est pas définitivement acquise. Cette immobilisation financière est d'autant plus lourde à supporter que la durée des procédures de groupe est généralement relativement longue. Par conséquent, les représentants des entreprises s'inquiètent de voir cette phase se transformer en mode de chantage transactionnel.

L'action déclaratoire de responsabilité se veut relativement simple, l'association qui en est l'instigatrice pourra s'appuyer que sur quelques exemples de situations individuelles, souvent les seuls consommateurs qui lui ont rapporté l'existence de leur préjudice, sans avoir à démontrer, à ce stade, un préjudice d'envergure nationale. Ce n'est que lors de l'évaluation du préjudice au fond que l'ensemble des victimes devra être considéré.

Du fait de cette simplicité et des garanties qu'il présente, le modèle de l'action déclaratoire de responsabilité est celui que la plupart des personnes auditionnées dans le cadre de la préparation de ce rapport ont retenu ; malgré quelques positions défavorables.



## **B - La formation du groupe jugé recevable à agir : l'adhésion volontaire ou *Opt-in***

Là encore, le groupe du travail s'est prononcé en faveur d'un système d'adhésion volontaire en ce qu'il garantit d'une part la liberté d'agir en justice : aucun justiciable ne sera engagé dans une action en justice sans qu'il n'ait donné son consentement et, d'autre part, les droits de la défense : tout professionnel attaqué pourra connaître l'ensemble des plaignants, de construire sa défense et d'anticiper l'indemnisation en conséquence.

Ce sera au juge saisi dans le cadre de la phase d'examen de la responsabilité de définir les critères de rattachement au groupe, ou le cas échéant, à des sous-groupes, des personnes lésées. Afin que les victimes se manifestent, ce même juge fixera les modalités de publicité afin de constituer ce groupe, tout en imputant la charge au professionnel attaqué.

## **C - La phase d'indemnisation : point sur les avis doctrinaux et parlementaires**

Cette seconde phase judiciaire à proprement parler permettrait au juge, après validation du groupe des victimes, de statuer sur l'indemnisation versée à ses membres. Dans le cadre de ce rapport, trois schémas procéduraux ont été passés au crible, schémas traditionnellement mis en avant et envisagés en matière d'action de groupe.

### 1 - L'évaluation des préjudices individuels

L'évaluation des préjudices se fait demandeur par demandeur, elle repose sur une technique d'indemnisation développée par une étude du professeur Jean CALAIS-AULOIS<sup>158</sup>. Cela consiste à évaluer judiciairement les préjudices individuels après avoir retenu la responsabilité du professionnel lors de la première phase, et qu'un groupe s'est, par suite, constitué. Le juge rend alors une ordonnance dressant la liste complète des consommateurs victimes ainsi que le montant de la réparation qui doit être versée à chacun.

Cette ordonnance pourrait être contestée par chacune des parties intéressées dans un délai d'un mois. À l'expiration de ce délai, l'ordonnance deviendrait exécutoire pour toutes les créances qui n'auraient pas fait l'objet d'opposition ; le recouvrement des autres étant subordonnée à l'issue du recours, elles ne seraient poursuivies qu'une fois le montant « *passé en force de chose jugée* ».

Une telle solution permet un versement rapide de la réparation, mais implique un très lourd travail à la charge du Tribunal, car il appartient au juge d'évaluer chaque préjudice et de répondre, s'il y a lieu, à chacune des oppositions formées contre l'ordonnance qu'il a rendue.

### 2 - L'indemnisation spontanée du défendeur sur reconnaissance de responsabilité

L'indemnisation spontanée s'inscrit dans le schéma retenu par les propositions de loi formulées par Nicole BRICQ<sup>159</sup> et de Richard YUNG<sup>160</sup> en faveur des consommateurs, et qui consiste à articuler la phase judiciaire avec une phase gracieuse.

---

158 Proposition pour un code de la consommation, rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation au Premier ministre, présidée par M. Jean CALAIS-AULOY - La documentation française, 1990, p. 111

159 Proposition de loi n° 322 (2005-2006)

160 Proposition de loi n° 277 (2009-2010)

Une fois le jugement retenant la responsabilité de l'entreprise rendu et publié, tout consommateur qui s'estime lésé et qui était partie au litige peut, sous un certain délai, s'adresser au professionnel condamné pour lui demander une indemnité correspondant à son préjudice. Or, tout le succès de ce schéma d'indemnisation repose sur la coopération l'entreprise et fait supporter, en cas de refus d'indemnisation, le coût du recours par le consommateur. Or, il est des affaires où le montant de l'indemnisation est si faible que la victime n'y verra pas d'intérêt à engager pareille action, surtout si elle doit en supporter le coût in fine. Nous retombons alors dans le cadre de l'action de droit commun où le demandeur, seul, préfère ne pas agir et renonce à un dédommagement auquel il peut pourtant légitimement prétendre, d'autant plus que ce dédommagement repose sur un titre exécutoire.

En cas de refus de la part du professionnel, ou si la somme proposée ne le satisfait pas, il est néanmoins possible de saisir le juge. Ce dernier devra alors examiner la totalité du préjudice à titre individuel dans le cadre de ce recours.

### 3 - L'évaluation forfaitaire des préjudices : lissage des droits

L'évaluation forfaitaire consiste à fixer, au regard de l'évaluation des préjudices des victimes, un montant global qui sera distribué forfaitairement aux demandeurs. Une telle indemnisation suppose d'être face à des préjudices sont parfaitement identiques, ou à tout le moins, qui présentent un lien de connexité tant dans les faits que dans le droit. Ce caractère est essentiel dans la mesure où pareille évaluation risquerait de mettre en cause les principes d'égalité de traitement et de réparation intégrale du préjudice subi, ainsi que du principe de personnalité.

Pascale FOMBEUR propose une alternative mixte reprenant à la fois une indemnisation individuelle, couplée à une indemnisation forfaitaire. Selon ses observations, un schéma procédural qui se solderait par une indemnisation mi-forfaitaire, mi-personnalisée pour un type de préjudice défini n'est pas impossible. Le juge se servirait de la base forfaitaire pour allouer une indemnité identique à toutes les victimes, on dira qu'il « *lisse le préjudice* ». Toutefois, ce dernier aurait ensuite la faculté d'accorder un résidu plus ou moins important à une victime ciblée au regard de la gravité du préjudice personnel subi, quel que soit son poste de préjudice (moral, d'agrément...). Pour autant, ces cas isolés doivent rester exceptionnels, le juge ne devant pas trancher sur un nombre significatif de cas. Un tel schéma d'indemnisation serait parfaitement adapté au contentieux de la consommation, car les préjudices qu'il génère sont très souvent homogènes ou s'établissent en fonction d'éléments aisément quantifiables (défaut en série, nombre de produits achetés, surcoût d'achat...). Par ailleurs, la réserve excédentaire dégagée permettrait de prévenir les aggravations de préjudices (blessures, dommages à d'autres biens).

L'intérêt de ce dispositif est qu'il permet au juge de fixer l'indemnisation à verser à partir de chaque type de préjudice et de leur gravité sans avoir à procéder à une évaluation individuelle s'il n'est pas requis à ce titre. Le jugement rendu peut alors valoir titre exécutoire pour les plaignants qui peuvent s'en prévaloir, sauf contestation de sa part, auprès du professionnel, afin qu'il leur verse l'indemnisation correspondant à leur préjudice.

Au regard de ces trois types d'indemnisation envisagés et envisageables, le groupe de travail rassemblé autour de ce rapport recommande de laisser au juge un large pouvoir d'appréciation pour décider la méthode d'indemnisation qu'il utilisera. Trois options s'offriraient à lui :

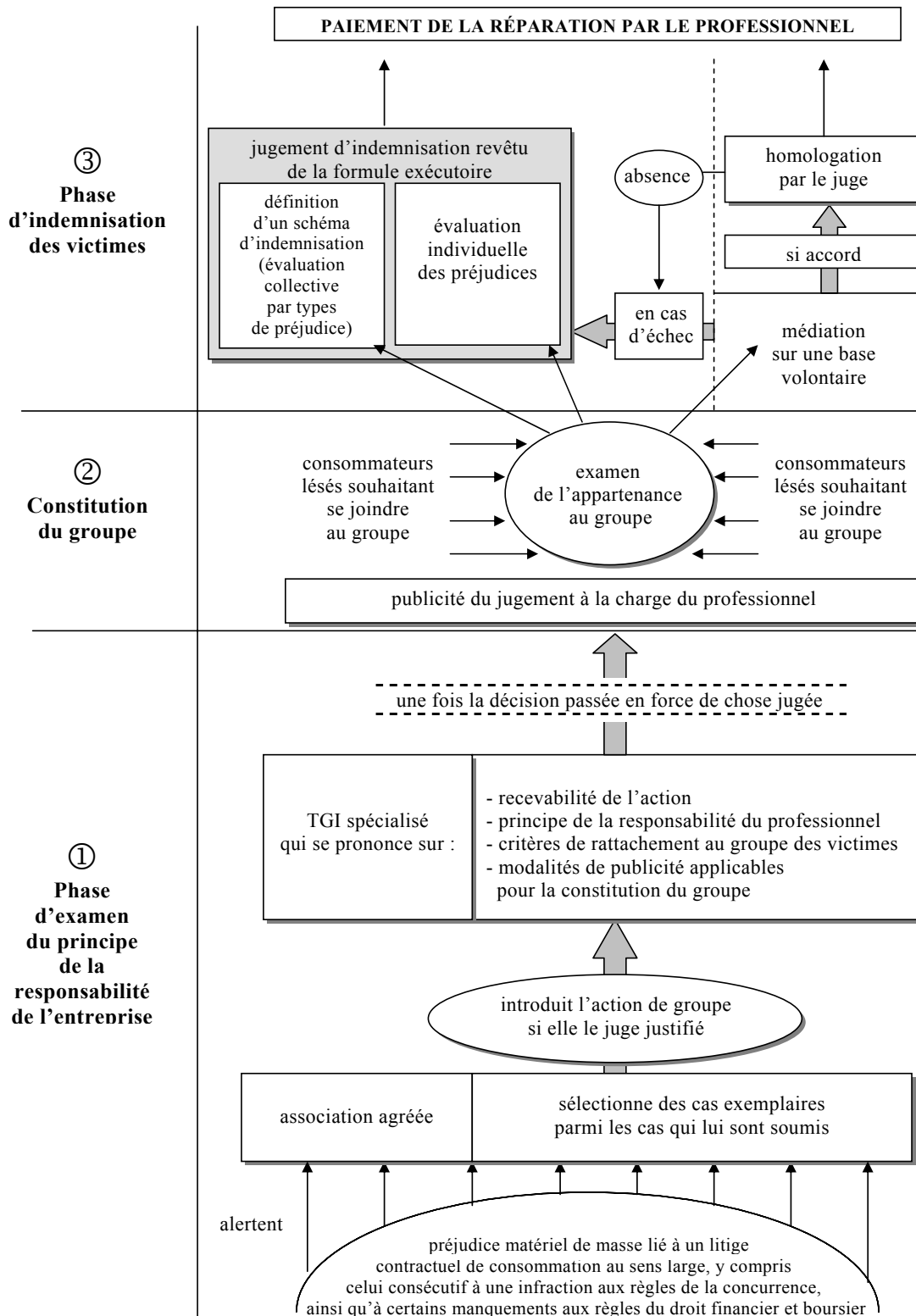
- Orienter les parties vers la voie gracieuse en proposant, éventuellement, une médiation dont il homologuera l'accord qui en découlerait ;
- Présenter dans sa décision un schéma d'indemnisation précis pour que les parties puissent connaître à partir d'éléments concrets la valeur de l'indemnisation à laquelle ils ont droit en fonction de leur préjudice. Ce préjudice forfaitaire serait accompagné ou non d'un complément pour les préjudices particulièrement graves ;
- Se tenir à l'insémination individuelle des préjudices, le groupe n'étant que la façade engageant l'action.

À défaut d'exercice des voies de recours, le jugement fixant l'indemnisation due par le professionnel au groupe des plaignants acquerrait force exécutoire.

Dans sa contestation du jugement, on pourrait imaginer des fins de non-recevoir invoquées par le professionnel telles que la non-appartenance d'un des demandeurs au groupe des victimes, ou des causes exonératoires de responsabilité qui lui seraient propres, ou encore, la mauvaise évaluation du préjudice qu'il a subi.

\*\*\*\*\*

Ci-après en annexe un schéma extrait du rapport BÉTEILLE illustrant la procédure d'action de groupe suggérée. Celui-ci synthétise l'ensemble des préconisations et des opinions majoritairement relevées jusqu'alors dans les différents rapports, propositions et projets lois. Il constitue une sorte de colonne vertébrale à toute éventuelle action de groupe qui pourrait voir le jour en Droit processuel français, sous réserve de quelques aménagements ciblés (la compétence d'attribution du Tribunal, les modes de publicité...).



## Section 4 - Le projet relatif à la consommation ou projet de Loi HAMON

Au mois de septembre 2012, Benoît HAMON, Ministre délégué à l'économie sociale et solidaire et à la consommation lance une consultation publique sur « l'action de groupe ». Il invite les citoyens à répondre à un questionnaire accessible directement sur le site de la DGCCRF, consultation qui s'inscrit dans le cadre du projet de loi sur la consommation qui doit être présenté au Parlement début 2013. Certains associent cette initiative à l'engagement présidentiel de François HOLLANDE de protéger les « consommateurs pour rétablir la confiance des Français dans l'économie ». Nous retrouvons là le parallèle établi entre action de groupe et confiance dans l'économie de marché dans le rapport de Jacques ATTALI produit en 2009.

Le projet de Loi HAMON s'inscrit dans la suite d'un rapport de la Commission européenne, présenté le 10 septembre 2012 aux membres du gouvernement français. Devant les constats dressés par ce rapport, Benoît HAMON a saisi le Conseil national de la Consommation (CNC) le 11 octobre 2012. Ce dernier a lancé une consultation publique sur « l'action de groupe ». Associations, fédérations, avocats, universitaires ou simples citoyens, chacun est invité à répondre à un questionnaire accessible directement sur le site de la DGCCRF. Le résultat de cette grande enquête publique devait servir d'appui au projet de loi « L'action de groupe à la française » présenté en conseil des ministres le 2 mai 2013.

### § 1 - Le rapport de la Commission européenne ou protection du consommateur : rationalité limitée

En 2011, Xavier GABAIX, professeur à l'Université de New York, en collaboration avec Augustin LANDIER, professeur à l'Université TOULOUSE I et Davis THESMAR, professeur associé à HEC Paris ; rédigent un rapport sur la protection offerte par les actions de groupe aux consommateurs. Ce rapport se base notamment sur divers analyses et sondages conduits par la Commission européenne dans un rapport publié la même année<sup>161</sup>.

Ce rapport n'a pas pour objet de livrer une nouvelle présentation de l'action de groupe, tant par une étude vis-à-vis des législations étrangères, qu'à échelle européenne ; mais s'intéresse à la psychologie du consommateur, à sa protection tant par les modes de publicité, que par les multiples actions envisageables afin de « *transparence de l'action publique* », sans aboutir à un « *paternalisme* ». À ce titre, il reprend l'étude menée par la Commission européenne en 2011 qui analyse, entre autres, les fondements économiques de la protection du consommateur. À la question « *Pensez-vous que l'État protège vos droits* », environ 40 % des consommateurs français ont répondu qu'ils n'étaient pas d'accord<sup>147 supra</sup>.

La première déduction faite de ce rapport est que pour ne pas tromper un consommateur, il ne suffit pas de lui fournir l'information : encore faut-il le faire sous une forme qu'il peut à la fois comprendre et assimiler. Pour ne pas piéger un consommateur, il ne suffit pas de dire que « *tout était écrit dans le contrat* » : encore faut-il que la forme du contrat ne soit pas conçue pour utiliser les incompréhensions du client ou son incapacité à anticiper son propre comportement futur. Cette vision comportementale de l'agent économique qui considère que le consommateur n'est pas parfaitement rationnel est susceptible de créer un arbitrage entre deux objectifs : protéger le consommateur d'un côté, et préserver le droit de choisir en toute responsabilité de l'autre.

---

161 Commission européenne « Consumer Attitudes Towards CrossBorder Trade and Consumer Protection: Analytical Report », Flash Eurobarometer, n° 299-A, mars 2011.

Par ailleurs, et sous les outils mis à la disposition du consommateur n'ont pas fonctionné, tout système n'étant pas infaillible, il serait opportun de mettre des actions au service des consommateurs.

S'en suit la seconde question, qui s'inscrit dans la lignée de la première : « *Seriez-vous plus enclin à défendre vos droits devant les tribunaux si vous pouviez vous associer avec d'autres plaignants dans une procédure collective* ». La France se place en 5<sup>e</sup> position des pays européens, et accueille un nombre de « Oui » proche de 85 %. Nous noterons que la question posée en l'espèce est relativement large, et ne limite pas le champ d'une procédure collective aux actions relative aux litiges de consommation, mais s'ouvre à la résolution de la défense des droits en groupe.

Sur cette base, le ministre de l'économie Benoît HAMON, épaulé par la Garde des Sceaux et Ministre de la Justice Christian TAUBIRA, a déposé un nouveau projet de Loi visant à introduire « l'action de groupe à la française » ; portant à près d'une dizaine le nombre de tentatives en la matière depuis 8 ans.

## **§ 2 - La volonté d'aboutir à une Loi portée par un nouvel engagement présidentiel**

Huit années après les vœux de Jacques CHIRAC, un nouveau Président prend l'engagement d'offrir à une catégorie d'individu les moyens d'assurer la défense de leurs droits. Un énième projet se dessine, faisant suite à des rapports d'envergure européenne et nationale ayant permis, entre autres, de sonder les Français quant à leurs sentiments de protection de leurs droits. Comme à son accoutumée, le projet élaboré a engendré une vague de réaction des professionnels du droit, de la doctrine, des institutions représentatives des entrepreneurs.

### **A - La consultation publique sur l'introduction d'une action de groupe à la française**

La consultation sur l'action de groupe organisée par le Ministre en charge de la Consommation, encadrée par le Conseil Nationale de la Consommation et conduite par la DGCCRF a permis de recueillir plus de 7 200 avis de contributeurs. Cette consultation ouverte au public a permis de confirmer une forte attente pour l'introduction de l'action de groupe en France, ainsi que certaines modalités envisageables pour le fonctionnement de l'action de groupe.

Pour l'heure, lorsqu'un litige apparaît dans un acte de consommation, 74 % des avis exprimés se déclarent prêts à intenter un recours en justice de manière individuelle, loin devant le recours à la médiation ou la plainte qui ne récoltent respectivement que 26 % et 20 %.

Lorsqu'il leur est soumis la possibilité de participer à une action de groupe, les avis exprimés montrent une réelle motivation à prendre part à une telle action puisqu'ils sont 93 % à vouloir s'y joindre ; dont 63 % selon un système d'opt-in reposant sur la manifestation expresse de volonté<sup>162</sup>.

Néanmoins, ils ne sont qu'une petite majorité à souhaiter qu'une telle action repose sur une exclusivité d'introduction par une association de consommateur, 40 % des sondées préférant que cette possibilité de se fédérer pour agir en justice leur soit reconnue directement, sans intermédiaire.

---

162 Résultats de la consultation publique sur l'action de groupe du 18 décembre 2012 du CNC

## **B - Le projet de loi HAMON**

Le projet de loi sur la consommation présenté par Benoit HAMON en Conseil des ministres le 2 mai 2013 marque le point de départ de ce qui sera la grande réforme consumériste du quinquennat du Président Hollande. D'une manière symbolique, le premier chapitre du projet de loi instaure une procédure d'action de groupe en droit français. Elle s'appliquera pour les litiges nés des conditions de formation et d'exécution des contrats de consommation, ainsi que pour certains litiges de concurrence.

Afin de parvenir à contenter les associations de consommateur et les représentants du patronat, ou plus largement, les entrepreneurs, la mesure proposée instaure une procédure équilibrée conciliant renforcement de la protection des consommateurs et compétitivité des entreprises. Tout d'abord, et comme dans la quasi-totalité des projets et propositions de Lois présentés à ce jour devant le Parlement, l'action de groupe vu par Benoit HAMON reposera sur le principe de *l'opt-in* selon lequel seuls les consommateurs qui en auront clairement exprimé le souhait seront représentés dans le cadre d'une procédure engagée d'action de groupe.

### 1 - Une réparation limitée aux seuls préjudices matériels

Nous retrouvons toujours la restriction majeure : l'action de groupe ne pourra être introduite devant un juge que par une association de consommateurs agréée et représentative au niveau national « *afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation identique ou similaire et ayant pour origine commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles* »<sup>163</sup>.

L'action de groupe visera exclusivement la réparation des préjudices matériels résultant d'une atteinte au patrimoine des consommateurs, excluant ainsi les préjudices écologiques et moraux ainsi que les dommages corporels. Sur ce point, on aurait espéré, une nouvelle fois, voir un projet affranchi de ces limitations. D'autant que le Sénat a récemment ouvert la voie à la réparation des préjudices écologiques et environnementaux puisqu'il a adopté en première lecture, le 16 mai 2013, la proposition de loi déposée par le sénateur Bruno RETAILLEAU, député en Vendée, visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le Code civil. Il s'agit en effet de réparer l'atteinte à l'environnement en tant que telle, indépendamment des dommages matériels et moraux qui peuvent avoir été causés (Cf. *Partie 2 - § 4 - La réparation des atteintes à l'environnement : nouveaux préjudices en quête de nouvelles actions*).

Il est d'ailleurs surprenant de songer à la création d'un pareil préjudice, dont l'étendue est éminemment large et diffuse, sans qu'il ne soit accompagné d'une procédure spécifique. À l'heure où l'action de groupe est au centre des débats depuis près de 8 ans, pourquoi chercher à restreindre le champ de cette procédure aux seuls consommateurs qui, aujourd'hui, ne sont pas les seules victimes qui pourraient bénéficier de cette force de coalition. Cela est d'autant plus vrai que la défense et la protection de l'environnement fédère autour de nombreux groupes associatifs : Greenpeace ou WWF pour les plus emblématiques ; tant par leurs actions, que leur présence mondiale. Aussi, un agrément pourrait être donné à ces associations afin d'agir en justice au nom d'un collectif de victimes.

---

163 Article 1er du Projet de Loi du 2 mai 2013 portant modification de l'article L. 423-1 du Code de la Consommation

## 2 - Le schéma procédural de mise en oeuvre de l'action de groupe

L'action de groupe prévue au projet de Loi du 2 mai 2013 se décompose en trois étapes. Tout d'abord, l'association de consommateurs agréée au niveau national va agir en justice pour un groupe de consommateurs victimes d'un manquement d'un même professionnel. Puis, nous entrons dans la phase judiciaire a proprement parlée. Peu de changement par rapport aux projets et propositions antérieurs en ce sens que le juge doit, avant de songer à l'action au fond, établir la réalité des faits et admettre la constitution de groupe de victime. Une fois la responsabilité du professionnel mise en cause, les modalités d'indemnisation et les mesures d'information des consommateurs potentiellement concernés seront posées. Afin de limiter tout effet néfaste d'une publication prématurée, le projet de réforme prévoit « *Les mesures de publicité du jugement ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible des recours ordinaires ou de pourvoi en cassation.* »<sup>164</sup>. Cette publicité se ferait par « *par tous moyens appropriés* » aux frais du professionnel assigné.

Les consommateurs lésés, destinataires de la publicité, se signalent auprès du professionnel condamné ou auprès de l'association de consommateurs afin de prétendre à la réparation qui sera allouée, ils opt-in à la procédure. Pour être indemnisés, les consommateurs devront manifester leur volonté d'obtenir réparation du préjudice au moment de la liquidation de la décision par le juge. L'entreprise condamnée aura la charge d'informer ceux de ses clients qui seront éligibles à l'indemnisation.

À l'instar des projets antérieurs, la réforme conduite par Benoit HAMON a reçu un accueil relativement favorable par la presse française qui salue, une fois encore, les bénéfices indéniables d'une action de groupe dans notre système juridique.

Les professionnels du droit, et notamment les avocats membre du Conseil National des Barreaux sont réservés sur ce projet, comme sur les projets antérieurs, et insistent pour que l'action de groupe ne soit pas enfermée dans le carcan des associations, mais entendent à ce qu'elle devine une voie d'action parmi les autres dans le droit processuel français.

### **Section 6 - La position des praticiens, économistes et professionnels sur l'introduction d'une action de groupe**

Nombreuses sont les réactions qui suivent un rapport ou un projet de Loi. Généralement favorable à l'introduction d'une action de groupe, la doctrine juridique étudie les différents régimes légaux étrangers et y applique ses filtres pour préserver les principes fondamentaux de la procédure civile française.

D'un autre côté, les praticiens militent pour une ouverture de l'action à tous les groupes, sans en cantonner le bénéfice à des organes associatifs ; ce que les représentants du patronat et des entreprises entendent au contraire limiter.

---

164 Article L. 423-3 du Code de la Consommation à la lumière du projet de Loi du 2 mai 2013



## § 1 - Les avis et recommandations émises par le Conseil National des Barreaux

Le Conseil national des barreaux (CNB) a été saisi à plusieurs reprises afin de livrer un regard sur le développement d'une éventuelle action de groupe en Droit français. Déjà en 2005, un groupe de travail s'était prononcé. Il rassemblait trois commissions du CNB : la commission des règles et usages, la commission prospective et la commission des textes. Pendant près d'une année, ces commissions ont organisé une série d'auditions, ayant donné lieu à un rapport. Ce rapport se décompose en deux parties : l'état du droit français au moment de l'étude, qui offre d'ores et déjà toute une série de possibilités (Cf. *Partie 2*), certes enserrées pour la plupart dans des règles coercitives, mais qui sont bel et bien présentes et ne demandent qu'à être « libérées » de ces conditions restrictives pour s'appliquer de manière générale. C'est le souhait de l'ensemble des avocats constituant le comité d'étude qui ont approuvé à l'unanimité cette position.

Lors de son assemblée générale des 6 et 7 juillet 2012, le CNB adopté une nouvelle résolution concernant l'introduction de l'action de groupe en droit français, et dont les préconisations ont été adressées à la garde des Sceaux. Après avoir affirmé son soutien à un tel projet, le CNB en vient à définir le champ de l'action de groupe tel qu'il l'envisage.

### 1 - Une champ d'application sans limites de domaines

Pour le Conseil, le champ d'application de l'action de groupe ne doit pas être limité à un domaine particulier du droit. Il doit au contraire être général et ouvert, des règles procédurales communes étant fixées dans le Code civil et le Code de procédure civile.

Ainsi, et sans limiter le champ d'une action de groupe aux seuls consommateurs comme l'ont fait la majorité des rapports, projets et propositions de Lois qui se sont succédés, le CNB insiste pour que le nombre de domaines dans lesquels la création ou l'extension de l'action collective soit sans cesse élargi. En s'appuyant sur l'exemple du droit de la responsabilité et des catastrophes à grande échelle, le comité parle d'une « urgence » à ce que des actions collectives soient prévues : il en va du droit des victimes, tant au niveau de la prise en charge de ces dernières que de la réparation de leur préjudice par l'action collective. Préjudice environnemental, préjudice pharmaceutique, action en responsabilité au profit, non de la société comme c'est le cas actuellement, mais des actionnaires plaignants contre un dirigeant peu diligent...

Tous ces litiges impliquent un groupe, et les consommateurs ne sont pas les seuls à pouvoir se coaliser. Dès lors, il paraîtrait illogique de maintenir un schéma d'inégalité entre les groupes consommateurs et les autres groupes de parties faibles ou de parties victimes. Et cela, tant au regard du principe d'égalité, que pour garantir la meilleure sécurité juridique possible. Pour Roger PERROT, le principe de l'égalité de devant la justice implique que « *toute personne a une égale vocation à être jugée par les mêmes juridictions et selon les mêmes règles de procédure, sans la moindre discrimination* ».

Quant au type de procédure, il soutient que la délimitation du groupe doit procéder du mécanisme de l'option volontaire de participation (opt-in), consistant à n'intégrer à l'action que les personnes qui se sont manifestées.

## 2 - Sur la représentation du groupe devant les juridictions

Premier point positif, si jusqu'à aujourd'hui, dans le cadre de l'action en représentation conjointe le consommateur qui entend faire valoir ses droits par l'intermédiaire d'une association doit nécessairement être adhérent de celle-ci, le projet de Loi HAMON prévoit que l'adhésion au groupe, le temps de l'action, « *ne vaut ni n'implique adhésion à l'association requérante.* »<sup>165</sup>

Pour le CNB, il est évident que la représentation du groupe ne doit pas être dévolue exclusivement aux associations de consommateurs. D'autant plus que l'intervention des avocats ne se fait que dans un deuxième temps, et sur demande expresse et autorisation du juge. En effet, le projet d'article L. 423-4 du Code de la Consommation proposé prévoit que « *L'association peut s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, toute personne pour l'assister, notamment aux fins qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement aux fins de représentation des consommateurs lésés, auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation.* ». Au contraire, le groupe doit pouvoir être librement constitué, en dehors d'une association, par des personnes physiques ou morales victimes du fait justifiant l'action et décidant ensemble de recourir à un avocat.

Par ailleurs, le CNB préconise que l'action de groupe relève de la compétence du tribunal de grande instance, juridiction de droit commun, en raison d'une part de l'importance des enjeux, et d'autre part des garanties procédurales qu'apporte cette juridiction. Or, cette compétence implique une représentation par avocat.

En limitant la place des avocats au côté des demandeurs au profit d'un monopole d'action octroyé aux seules associations de consommateurs, le gouvernement a en quelque sorte marqué sa méfiance à l'égard des professionnels du droit. Christian CHARRIÈRE-BOURNAZEL, le président du CNB dénonce « *la suspicion que cette loi manifeste (...), à l'égard de la profession d'avocat.* ». Il juge inacceptable « *cette démarche, qui revient à faire juge de l'opportunité d'une action une association et non pas le professionnel qu'est l'avocat, heurte de front l'honneur même de la profession.* ».

Le bâtonnier de Paris, Christianne FÉRAL-SCHUHL regrette qu'à travers « *la négation de notre déontologie, c'est notre profession et notre serment qui sont dénigrés.* ».

Enfin, Pierre-Yves GAUTIER, professeur de droit à l'Université PANTHÉON-ASSAS a estimé ce système « *contradictoire* » avec le désir du gouvernement de supprimer l'interdiction aux avocats de pratiquer du démarchage.

Une telle limitation s'expliquerait en grande partie par les craintes de voir les dérives du système américain survenir en France, où l'avocat ne serait qu'un charlatan vénal, lançant des *class action* abusives dans le seul but de s'enrichir. En outre, ce projet s'inscrit en contradiction avec la position tenue par François HOLLANDE qui, lors de sa candidature à l'élection présidentielle, a déclaré que réserver l'action de groupe « *des associations de consommateurs (...)* reviendrait à ôter tout intérêt à cette action de groupe »<sup>166</sup>.

---

165 Article L. 423-14 du Code de la Consommation à la lumière du projet de Loi du 2 mai 2013

166 Article du Conseil National des Barreaux - Elections présidentielles 2012 : la vision de la justice et du droit des candidats à la présidence - 12 avril 2012

Mais alors, un tel monopole des associations de consommateurs agréées peut-il être illégal ? Très certainement : d'abord, l'interdiction du démarchage par les avocats est sur le point d'être supprimée depuis l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>167</sup>, le CNB a d'ores et déjà sollicité une modification des textes en ce sens. Par ailleurs, le système monopolistique prévu dans le projet de loi serait unique par rapport aux autres pays européens qui ont introduit l'action de groupe, alors même que le Conseil d'analyse économique préconisait l'ouverture à des associations de victimes ad hoc. Enfin, la question de sa constitutionnalité se pose : peut-on créer un carcan qui va interdire à tout consommateur victime de lancer librement une action de groupe puisque ce seront les associations qui devront en décider pour lui ?

Loïc DUSSEAU, avocat membre du Conseil national des barreaux est radical quant aux effets de cette Loi, si elle venait à être adoptée. Pour lui, cela enterrerait toute véritable possibilité d'action de groupe en France.

La Fédération nationale des unions de jeunes avocats (FNUJA) a adopté une motion sur l'action de groupe lors d'un comité le 12 janvier. Dans la perspective de sa création par le gouvernement, la FNUJA « exige que cette procédure ne soit pas limitée au seul droit de la consommation, mais au contraire soit ouverte à tout litige répondant aux conditions de recevabilité ». Le syndicat « s'oppose » à ce que les associations de consommateurs aient le monopole d'assistance et de représentation des victimes et à l'inverse, « exige » que l'action de groupe soit « une procédure avec représentation obligatoire par avocat ».

## § 2 - La position de l'Union des Jeunes avocats

L'Union des Jeunes Avocats (UJA) a engagé une réflexion dans un sens favorable, à l'instar du CNB, quant à l'introduction d'un mécanisme de *class action* en France. Pour Stéphane BONIFASSI, membre de cette Union, le droit de la procédure civile est prêt à accueillir la *class action*, du moins elle y a tout intérêt pour faciliter la résolution des préjudices collectifs.

Bien souvent, les avocats mandatés par les victimes sont confrontés, au fur et à mesure de l'avancement du dossier, à leur extrême division par le jeu de compétences territoriales diverses, obligeant alors à recourir à la postulation ; sans compter les différentes associations qui peuvent elles-mêmes connaître des subdivisions régionales, départementales, voire locales. Par ailleurs, au-delà des barrières spatiales et juridiques, les avocats des victimes se retrouvent placés dans une situation de faiblesse face aux entreprises qui ont des moyens financiers bien supérieurs à celui de la victime seule et isolée. Dès lors, les avocats, pour faire efficacement leur travail, ont besoin de l'introduction de mécanismes de *class action* en France.

Déjà lors des débats faisant suite au projet de Loi CHATEL, la méfiance à l'égard des avocats, mais aussi à l'égard des juges était grande en ce que l'action de groupe était confiée exclusivement aux associations de consommateur.

Les représentants de l'UJA estiment encore aujourd'hui que les associations risquent d'être réticentes à aller sur le terrain judiciaire, car elles risquent d'y engager leur responsabilité, non seulement à l'égard du défendeur à l'action de groupe, mais aussi à l'égard de ceux qu'elle aura choisis de représenter. Dès lors, ces derniers estiment qu'il serait plus simple de faire appel aux avocats dont la responsabilité professionnelle est assurée et dont le métier est, notamment, d'introduire des procédures devant les tribunaux.

---

167 CJUE, 5 avril 2011, affaire C-119/09

Un point de doute a été soulevé par ce collectif : au-delà de voir les avocats « marchander » les actions de groupe, pourquoi de tels filtres doivent-ils être instaurés ? Serait-ce pour éviter certaines actions de groupe, notamment celles qui, pour une raison ou une autre, gêneraient ?

Parallèlement, rien n'empêcherait une association de consommateurs de considérer légitimement que, d'un point de vue politique, une procédure ne l'intéresse pas, préférant réserver ses efforts à une autre action. L'association qui ferait un tel choix ne saurait être critiquée.

Mais alors, en quoi un tel filtre, dès lors qu'il y aurait un préjudice collectif qui pourrait trouver une réponse judiciaire, est-il légitime ? Le modèle québécois, dans lequel un avocat introduit une demande de recours collectif autour d'un préjudice collectif, préjudice tranché par un juge qui vérifie si toutes les conditions quant à la demande sont réunies, a prouvé son efficacité, à tel point qu'il est à ce jour un exemple pour beaucoup de législation.

Enfin, l'Union des Jeunes Avocats a, à plusieurs reprises, critiqué la position du MEDEF sur la question de l'action de groupe. Le MEDEF reproche souvent la voie de la pénalisation du droit des affaires, tout comme il s'oppose à l'introduction de mécanismes d'action de groupe en France. Or, pour l'UJA, la pénalisation du droit des affaires serait la résultante directe de l'absence de voie civile efficace en cas de préjudice collectif. En effet, les victimes de préjudices collectifs saisissent la justice pénale pour réclamer ce qu'elles n'arrivent pas à obtenir de la justice civile ; avec, l'avantage supplémentaire de ne pas avoir à avancer de lourds frais de justice puisque l'action est diligentée par le Ministère public.

Les entreprises ne peuvent pas éviter la pénalisation du droit des affaires si elles militent contre l'action de groupe, car à un certain moment, lorsqu'elles fautent, elles doivent assumer judiciairement les conséquences de leurs actes. À défaut, si aucun mécanisme judiciaire n'est offert aux victimes, rien ne permettra de pacifier les échanges consommateurs - professionnels, la confiance sera en berne, avec des conséquences violentes sur les marchés.

### **§ 3 - La position du Mouvement des entreprises de France**

Daniel MAINGUY, professeur à la faculté de droit de Montpellier, considère que l'action de groupe est un mécanisme qui « *provoque un engorgement des prétoires, une publicité néfaste pour les cibles des class actions, un effet de deep pocket pour les sociétés les plus riches que l'on poursuit systématiquement, un effet de pression, voire de chantage et de peur, qui conduit invariablement la cible à transiger même si elle avait quelques chances de triompher, etc.* ».

Ces arguments sont largement repris par le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) qui, aux vues des premières intentions de Benoit HAMON en septembre 2012, a immédiatement maintenu son opposition à l'idée de voir introduite une action de l'action de groupe, car il sera impossible d'en contenir les dérives<sup>168</sup>.

---

168 Position du MEDEF sur le projet de loi d'action de groupe - Commission Droit de l'entreprise - novembre 2012 : [www.conso-confiance.fr](http://www.conso-confiance.fr)

## **A - La reconnaissance du seul préjudice matériel**

À ce titre, le projet de Loi du 2 mai 2013 semble avoir répondu à l'un de leurs premiers souhaits qui étaient de voir une éventuelle action de groupe se limiter à la réparation des seuls préjudices matériels ayant une origine commune résultant de l'inexécution ou de la violation d'obligations contractuelles afférentes à une vente de biens ou à une prestation de services<sup>169</sup>.

Selon le MEDEF, l'indemnisation d'un préjudice corporel et moral relève nécessairement d'une démarche individuelle qui prend en compte la situation intrinsèque à la victime et n'est pas transposable à une autre victime, quand bien même une même cause serait à l'origine du dommage. L'évaluation du préjudice corporel nécessite généralement une expertise individuelle qui supprime de facto tout intérêt d'une action de groupe en ce domaine. Déjà en 2005, le groupe de travail CERUTTI en était arrivé à cette conclusion en insistant en outre sur la nécessité de ne pas interférer avec des régimes spéciaux de réparation qui procèdent d'une logique d'indemnisation différente et qui fonctionnent de manière autonome.

Au-delà de la limite quant aux postes de préjudices indemnifiable, le MEDEF souhaite voir limiter les cas de recours en indemnisation à des préjudices identiques et de faibles montants.

## **B - Des cas de recours limités**

Sur le plan du recours, le MEDEF se montre extrêmement méfiant et pose des conditions strictes qui limitent au maximum les cas d'ouverture d'actions collectives.

- L'action de groupe ne serait recevable que pour un montant de demande en justice plafonné à 1 000 € par requérant.
- La nature même du préjudice fondant l'objet des poursuites devrait être limitée à l'inexécution ou de la violation d'obligations contractuelles liées à une vente de biens ou à une prestation de services.

Par ailleurs, se le terrain de l'exercice de l'action, le MEDEF redoute de voir les avocats français, à l'image des avocats américains, démarcher à démarcher les particuliers pour les convaincre d'intenter une telle action. Un des moyens de parer à une telle dérive est de réserver aux associations de consommateurs, représentatives au niveau national et dotées d'un agrément spécifique, la possibilité d'engager et de conduire une telle procédure, à condition toutefois que le fait de réserver l'action à des associations bénéficiant d'un agrément spécifique ne dispense pas d'identifier au préalable les victimes ou du moins un nombre de victimes suffisant pour justifier une action de groupe. Pour le MEDEF, cela ne signifie nullement que les avocats n'auront aucun rôle à jouer dans ces procédures, mais ils le joueront tels qu'ils le font déjà dans toute procédure judiciaire : c'est-à-dire, en vertu d'un mandat ad litem. Une fois encore, le projet de loi HAMON suit cette position en ce que l'article L. 423-4 prévoit que L'association pourra s'adjoindre « avec l'autorisation du juge, toute personne pour l'assister ».

\*\*\*\*\*

---

169 Projet de réforme de l'article L. 423-1 du Code de la Consommation

Aux côtés de ces suggestions pratiques, la doctrine s'interroge sur le devenir des principes de procédure civile qui vont inévitablement être bousculés sous certains points.

## **Chapitre 2 - La conciliation des principes fondamentaux du droit processuel avec l'introduction d'une action de groupe**

### **§ 1 - Le principe de personnalité de l'action et du préjudice**

Le droit d'ester en justice appartient, en droit français, à toute personne qui peut faire valoir des prétentions et trouve un intérêt au succès ou au rejet de la demande. L'article 31 du Code de procédure civile pose le principe selon lequel « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.* »

Par voie de conséquence, l'action n'appartient qu'à l'intéressé ; mais, dans certains cas, elle est attribuée à des tiers qui défendent, dans le cadre d'un mandat, non pas leur intérêt propre, mais celui du ou de leurs mandants, qu'il s'agisse d'un intérêt collectif ou de l'intérêt individuel du tiers. C'est ainsi que la jurisprudence a reconnu aux associations de consommateurs agréées qualité pour agir au nom de l'intérêt collectif des consommateurs, soutenue par plusieurs textes qui ont fleuri notamment dans le Code de la consommation (Livre IV).

D'un point de vue procédural, l'objet statutaire des associations leur permet de répondre aux exigences de légitimité de l'intérêt à agir, et, par exception au principe selon lequel nul ne plaide par procureur. Ainsi, les associations peuvent représenter le groupe des consommateurs en tant que tel sans qu'il n'y ait de nécessité d'identifier au préalable les victimes. Dans la même optique, un syndicat peut agir en justice pour le compte d'un salarié et promouvoir, à travers un cas individuel, une action de groupe. Toutefois, le Conseil Constitutionnel a estimé que ce mécanisme était conforme à la Constitution « *à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à son action* »<sup>170</sup>. Pour se prévaloir de l'acceptation tacite du salarié, le Conseil constitutionnel exige que le syndicat puisse justifier que la personne représentée ait eu personnellement connaissance d'une lettre comportant toutes précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment, en d'autres termes qu'elle opt-in ou qu'elle soit en mesure de le faire.

A contrario, pour la quasi-unanimité de la doctrine, cette jurisprudence du Conseil constitutionnel, fondée sur la liberté personnelle d'agir en justice, interdit le mécanisme de l'opt-out en droit français.

Pour autant, le professeur Michel VERPEAUX adopte un point de vue opposé. Il a rappelé que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est fondée sur la protection de la liberté personnelle de celui qui est représenté à l'action.

---

170 Décision N°89-257 DC du 25 juillet 1989

Par conséquent, un mécanisme ne reposant ni sur le mandat, ni sur une notification individuelle de l'action serait conforme à la Constitution pourvu que le membre du groupe ait la possibilité de s'extraire de celui-ci à tout moment pour recouvrer sa liberté d'action individuelle. Par ailleurs, cette technique favoriserait l'effectivité de la garantie des droits, l'accès effectif à un juge et le droit des victimes à voir sanctionner les fautes du responsable, principes auxquels le juge constitutionnel est très attaché<sup>171</sup>.

## § 2 - La charge des frais et dépens de l'instance

Pour reprendre sur la question des frais et dépens, il n'y aurait pas lieu, en matière d'action de groupe, de déroger au droit commun.

La partie perdante doit donc en principe supporter les frais et dépens de l'instance, conformément à la règle prévue à l'article 696 CPC qui prévoit que « *La partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie.* »

Le défendeur ainsi condamné à la charge des dépens verserait la somme au représentant ou à l'association de consommateurs, à charge pour lui de la répartir entre les différents demandeurs. Inversement, si c'est le demandeur qui doit supporter la charge des dépens, son représentant ou l'association pourrait avancer ces frais pour ensuite les répercuter sur les requérants.

## § 3 - Le droit de la preuve

L'efficacité d'une procédure dépend de multiples facteurs, l'un des principaux repose sur les pièces et les preuves qu'elles véhiculent au soutien des prétentions des demandeurs et des moyens de droit soulevés. Les États-Unis ont mis en place une procédure dite *discovery* permettant de contraindre une partie à communiquer les éléments de preuve dont elle dispose, ouvrant ainsi l'accès à l'avocat adverse, pendant une phase d'instruction à durée déterminée, à tous les faits, tous les documents détenus ou connus de la partie adverse. Le Québec a abrogé ce dispositif le 1<sup>er</sup> janvier 2003.

Notre droit comprend lui une série de mécanismes juridiques efficaces permettant à une partie d'obtenir qu'il lui soit communiqué toute pièce ou tout document utile à la procédure. L'article 10 du Code civil pose un principe général selon lequel « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts.* »

L'article 11 du Code de procédure civile énonce que « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.* »

*Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.* »

---

171 Michel VERPEAUX, « L' action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », D. 2007. 258

Une réforme de notre droit sur le modèle de la procédure de *discovery* consisterait à permettre à une partie d'obtenir de son adversaire de lui communiquer tous les documents non versés aux débats, mais en relation avec le litige et dont celui-ci aurait connaissance, sans possibilité d'y opposer un motif légitime. Cette hypothèse présente plusieurs inconvénients majeurs.

Si la procédure de *discovery* est un instrument fondamental de la justice anglo-saxonne, elle ne pourrait être transposée dans notre système de droit, car elle tend à remettre en cause l'un des principes directeurs du procès civil selon lesquels il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

En outre, pour être efficace, une telle procédure suppose l'existence de sanctions civiles et pénales punissant la partie qui n'a pas spontanément communiqué la liste des éléments de preuve en sa possession. Or, il n'est pas souhaitable de faire évoluer notre système juridique en ce sens, car, dès lors, la procédure civile deviendrait une véritable procédure inquisitoire, et non plus accusatoire.

#### **§ 4 - La réparation du préjudice : quid de l'adaptabilité des concepts anglo-saxon**

##### 1 - La prohibition des dommages et intérêts punitifs

Les dommages et intérêts punitifs concourent à la réprobation et l'indignation sociale. Ils canalisent le désir naturel et légitime de vengeance de la personne lésée et sont, à ce titre, parfois qualifiés de *vindictive damages* en ce qu'ils donnent à la victime une satisfaction morale en la restaurant dans ses droits bafoués.

Ainsi, l'instauration de dommages et intérêts punitifs permettrait au juge civil de prononcer un montant de dommages et intérêts supérieur à celui nécessaire à l'indemnisation des préjudices effectivement subis par les victimes, sur le modèle des dommages et intérêts civils. Le responsable avéré du dommage serait alors condamné à une somme forfaitaire supplémentaire s'il a retiré de ce fait dommageable un avantage supérieur au préjudice subi par les victimes ; ou encore, lorsque le préjudice subi par un grand nombre de victimes est si faible que celles-ci n'entendent pas en demander l'indemnisation.

Cette incursion du modèle pénal dans le procès civil, avec cette idée de condamnation à l'amende, serait autant inopportune qu'inutile compte tenu de l'efficacité des dispositions pénales en la matière.

##### 2 - La possibilité d'une « réparation fluide »

Nous avons relevé, dans notre étude du modèle de *class action* américaine, le mécanisme de réparation fluide. Le groupe de travail s'est intéressé à cette technique de réparation qui s'est développée dans les litiges de masse où il est souvent très difficile, voire impossible, d'évaluer précisément le préjudice de toutes les victimes.

Au lieu d'allouer une somme d'argent à un préjudice flou, elle est réservée à un meilleur usage.

Si la réparation fluide trouve tout son intérêt dans la *class action* américaine où l'intégralité des membres ne sera jamais identifiée, ni identifiable ou lorsque coûts liés à la procédure excéderaient la réparation individuelle ; elle n'est cependant pas écartée des projets en droit français.



Ainsi, dans le rapport CERUTTI, les associations de consommateurs n'ont pas rejeté la possibilité d'obtenir une réparation uniquement par l'allocation de dommages et intérêts aux victimes, elles ont approuvé que celle-ci puisse s'accompagner notamment d'une retenue entre les mains du professionnel, retenue d'une somme correspondant au montant global des préjudices qu'il a causé ; ou par d'une obligation de réparer en nature le préjudice subi par les victimes.

## § 5 - Les voies d'exécution de la décision

En droit commun, lorsqu'une décision de justice est rendue, et à défaut d'exécution spontanée de la partie succombante, il appartient aux parties créancières de dommages et intérêts d'obtenir le recouvrement des sommes qui leur reviennent, en sollicitant, au besoin, les services d'un Huissier de Justice afin qu'il mette en oeuvre les mesures d'exécution forcée légalement admissibles.

Néanmoins, le groupe de travail émet quelques doutes sur l'applicabilité des grands principes de l'exécution aux litiges de masse.

Tout d'abord, et comme nous l'avons évoqué à plusieurs reprises, la signification de la décision par chacune des victimes, préalablement aux voies d'exécution, serait génératrice de frais tant pour les victimes, qui devraient les avancer, que pour le professionnel, qui devrait les supporter in fine. Cette signification serait d'autant plus difficile à mettre en oeuvre si les demandeurs se trouvaient condamnés à payer des dommages et intérêts, notamment au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

En effet, l'article 654 pose le principe selon lequel « *La signification doit être faite à personne.* ». Lu en corrélation avec l'article 503 du Code de procédure civile qui prévoit que « *Les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire* », on comprend la difficulté pour mettre en place les voies d'exécution.

En outre, l'acte d'Huissier destiné à mettre en oeuvre les voies d'exécution doit indiquer, parmi les mentions obligatoires à peine de nullité : « *Si le requérant est une personne physique : ses noms, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance.* »<sup>172</sup>. Aussi, le groupe d'étude a envisagé de contourner ces obligations qui, dans le cadre de l'action de groupe, posent quelques freins.

- Pour ce qui est de la signification de la décision de justice condamnant le défendeur, l'Huissier pourrait agir « *au nom et pour le compte de l'ensemble des demandeurs* ». Cela reviendrait à dire qu'il reçoit son mandat du groupe.
- Pour ce qui est de l'exécution du jugement, selon le même schéma, le groupe pourrait directement mandater l'huissier de justice qui diligenterait les voies d'exécution pour le compte des bénéficiaires de la décision, et répartirait in fine les sommes recouvrées au prorata des créances judiciaires.

A été émise l'idée de la création d'un organisme responsable d'un fonds destiné à recouvrer pour le compte des victimes l'intégralité des condamnations prononcées. Il lui appartiendrait, ensuite, de reverser ces sommes selon les montants et les modalités fixés dans le dispositif de la décision judiciaire.

---

172 Article 648 du Code de Procédure civile

Mais pareil organisme serait quasiment impossible à instaurer en droit français, dans lequel le recouvrement des sommes dues au titre d'une condamnation en justice relève d'une poignée d'institutions, dont le Trésor Public ou les Huissiers de justice. En outre, les frais générés par cet organisme ne pourraient être considérés comme des frais d'exécution et devraient être supportés par les consommateurs bénéficiaires de la décision, contrairement aux frais tarifés des huissiers de justice à la charge du professionnel condamné.

## **§ 6 - L'accès à la justice, vers une aide juridictionnelle de groupe**

Le groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité de créer un fonds d'aide à l'action de groupe sur le modèle québécois afin qu'il prenne en charge l'avance des frais de publicité du jugement en déclaration de responsabilité, en cas de défaillance du professionnel. Les représentants des consommateurs se sont souvent montrés favorables à la création d'un tel fonds, notamment dans le rapport CERUTTI. Il apparaît cependant qu'un tel fonds se justifie davantage dans les pays où le coût global d'une procédure judiciaire est élevé, ce qui n'est pas le cas en France.

En effet, les frais liés à l'instance se composent des frais d'assignation (une soixantaine d'euros, sans urgence, ni difficulté de signification) ; de la contribution à l'aide juridictionnelle ; des frais d'enrôlement. À cela s'ajoutent les honoraires d'avocat, qui eux, sont plus coûteux.

Dans ces conditions, la création d'un fonds pourrait générer un déséquilibre entre les consommateurs qui seraient assurés de voir leurs frais pris en charge quelle que soit l'issue de l'action ; et les professionnels, qui supporteraient personnellement les frais de l'action de groupe. Un tel fond serait également contraire aux principes qui gouvernent les voies d'exécution, au risque d'engendrer une rupture d'égalité dans la mesure où, en matière civile, l'exécution des décisions est à la charge des parties.

Enfin, et non des moindres en cette période de rigueur budgétaire, le financement d'un tel fonds constituerait pour l'État une charge financière supplémentaire, sauf à prévoir son financement par des sources extérieures, par exemple, via l'affectation d'une quote-part des amendes prononcées par le Conseil de la Concurrence aux entreprises.

## *Conclusion*

Après plus de trente ans de débats, ces derniers vont encore se poursuivre avant que ne soit introduite l'action de groupe en droit français, ne serait-ce qu'une action dont le champ serait limité aux seuls consommateurs.

Or, il est important que la future action de groupe ne se contente pas de prévenir les préjudices des consommateurs, mais qu'elle anticipe les préjudices de demain (scandales sanitaires, accidents nucléaires, sinistres écologiques...). Avec plus de « 60 millions de consommateurs », 60 millions de citoyens et 60 millions de justiciables, l'équation 1 dommage = 1 partie est révolue depuis longtemps dans de nombreux domaines.

Pour l'heure, ces débats vont prendre place devant l'Assemblée nationale et le Sénat, en vue de l'adoption du Projet de Loi HAMON visant à réformer le Droit de la consommation de manière générale.

Il incombera au législateur et, en second lieu, au juge, de rendre le mécanisme de l'action de groupe attractif afin qu'il soit spontanément adopté par les justiciables, et ainsi, éviter d'introduire une action « morte-née » telle l'action en représentation conjointe.

La tâche s'annonce difficile au regard des termes souvent employés pour qualifier l'action de groupe ; passant tantôt du « rêve » aux « cauchemars », sans oublier le désormais célèbre « monstre de Frankenstein ».

Gageons que la France consacrera ce mode de représentation à sa convenance et dans le respect de ses principes processuels avant que celui-ci ne lui soit imposé par l'Union européenne.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages

**BANKIER J. K.**, « *The Future of Class Actions in Canada : Cases, Courts and Confusion* » (1984)

**BOUCHARD M.** « *L'autorisation d'exercer le recours collectif* » (1980)

**CONTE P.**, La participation de la victime au procès pénal : de l'équilibre procédural à la confusion des genres, *Rev. pénit.* (2009)

**DEUTLMOSER and WESTON**, Status of Collective Redress in Germany

**GABORIAU B.**, L'action collective en droit processuel français, thèse, Paris II (1996)

**JOLOWICZ J. A.**, « *On the nature and Purposes of Civil Procedural Law* » (1990)

**JONAS H.**, Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique, Le Cerf, (1995)

**JOURDAIN P.**, Le dommage écologique et sa réparation

**MORIN E.**, La vie de la vie (1980)

\*\*\*\*\*

### Revues

**BILTON N.**, *Sony Changes Gaming Policy to Thwart Future Lawsuits*, *New York Times Blogs - Bits*

**BORÉ L.**

*L'action en représentation conjointe : class action française ou action morte-née ?*, *D.* 1995. Chron. 267.

Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 751.

Les prémisses d'une consécration générale du droit d'action des associations au plan civil : *Rev. Lamy dr. civ.* mars 2008, p. 17

**DUPONT N.**, De la clémence des juges à l'égard des associations non habilitées à agir par la loi, à propos de l'arrêt Cass. Civ. 3e, 1er juillet 2009, n° 07-21.954 ; *JCP G* 2009, n° 47, 454

**GALANTER M.**, *La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux*, *Accès à la Justice et État-Providence*, Paris, Economica, 1984, 151, p. 157 - 158

## **GUINCHARD S.**

*L'action de groupe à la française*, RIDC 2, 1990, p. 599 et s.  
Une class action à la française ? D. 2005, n° 32, p. 2180

**KISS A.**, La notion de patrimoine commun de l'humanité, RCADI, 1982

**LIPTAK A.**, *Supreme Court Allows Contracts That Prohibit Class-Action Arbitration*, *New York Times* - 28 avril 2011

**MAISTRE DU CHAMBON P.**, Ultime complainte pour sauver l'action publique aux Mélanges GASSIN : PUAM, 2007, p. 283

**MORIN A.**, *L'action civile des associations de consommateurs*, INC 1983, p. 95

**MOTULSKY H.**, *Le droit subjectif et l'action en justice*, Archives de Philosophie du Droit, Sirey, 1964, p.215 - 230

**MULHERON R.**, La réforme de la réparation collective en Angleterre et au pays de Galles, Civil Justice Council, 2 mai 2000

**SIMON W.** - *Class Action : useful tool or engine of destruction (1973)*

**VERPEAUX M.**, « L' action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », D. 2007. 258

\*\*\*\*\*

## **Documentation**

**J. M. COULON**, La dépenalisation de la vie des affaires, Rapport, février 2008, documentation française

**LONGTIN M. J.**, *L'État et le recours collectif*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, cours n°38, Le recours collectif, 1978-1979, p. 55

**LUMBARD J. E. Jr.** - *Affaire Eisen contre Carlisle et Jacquelin (Second circuit - Court of Appela - 1968)*

**RASSAT M.-L.**, Propositions de réforme du Code de procédure pénale - Doc. fr., Rapp., 1997

**SIMMONS - RYAN**, Securities Class Action Settlements: 2006 Review and Analysis, 2007

**SIROPS A.** « *Un fonds d'aide de 100 000 dollars* »