

ÉTUDE **DROIT ÉCONOMIQUE**

PROTECTION DU CONSOMMATEUR

L'action de groupe fait désormais partie du paysage du droit de la consommation, introduite par la loi Hamon du 17 mars 2014 sur la consommation. Son champ d'application est limité et sa mise en œuvre est réservée à certaines associations de consommateurs.

1144

L'introduction de l'action de groupe en droit français



Étude rédigée par Daniel Mainguy
et Malo Depincé



S

Daniel Mainguy est professeur à la faculté de droit de Montpellier ; Malo Depincé est maître de conférences HDR à la faculté de droit de Montpellier

1 - Serpent de mer du droit de la consommation, modèle de comparaison entre les systèmes juridiques processuels, l'action de groupe est désormais un nouvel outil du droit positif français de la consommation.

Elle est introduite par la loi *Hamon* sur la consommation n° 2014-344 du 17 mars 2014¹, certainement l'une des plus importantes lois de l'histoire du droit de la consommation, à tous points de vue, depuis la loi fondatrice de 1972 sur le démarchage à domicile². Les apports et innovations proposés par la loi *Hamon* sont considérables, depuis la détermination du contrat d'achat d'or à l'effet *erga omnes* de la décision sanctionnant une clause abusive en droit privé, en passant par les pouvoirs de sanctions des fonctionnaires de la DGCCRF, jusqu'à l'introduction de l'action de groupe en droit français.

Cette innovation est le résultat d'un processus long entamé dans les années 1970 en France, notamment par le Centre de Droit de la Consommation de Montpellier, à l'initiative du Pr. Jean Calais-Auloy³ dont l'action fut relayée par

¹ JO 18 mars 2014, p. 5400. - Cons. const., déc. n° 2014-690 DC, 13 mars 2014 : JO 18 mars 2014, p. 5450.

² V. D. Mainguy et M. Depincé (dir.), *Les quarante ans du droit de la consommation*, Fac. Dr. Montpellier, 2013.

³ J. Calais-Auloy (prés.), *Vers un nouveau droit de la consommation, Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation, 1984* ; J. Calais-Auloy (Prés.), *rapport de la Commission de refonte du droit de la Consommation Proposition pour un code de la consommation*, La Documentation française 1990.

des projets ou propositions de loi, sans succès ou alors de manière dévoyée que ce soit avec la première tentative de 1973⁴ instituant l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs, comme avec l'introduction de l'action en représentation conjointe ouverte aux associations agréées de consommateurs en 1992⁵, qui devaient être le prologue de l'action de groupe et se soldèrent par un échec. Relancée en 2005, l'idée suscitait propositions de lois et rapports successifs mais sans véritable suite, jusqu'à ce qu'un consensus semble se dégager, manifesté par un projet de loi discuté au Sénat en 2011⁶ et surtout la présentation, courant 2013 d'un projet innovant, global, et surtout constant, sur le droit de la consommation, dont l'action de groupe, en tête du projet.

2 - « Une association de défense des consommateurs, représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1, peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour origine commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à ses obligations légales ou contractuelles », entame désormais l'article L. 423-1 du Code de la consommation dans un chapitre intitulé « Action de groupe ».

Deux possibilités s'offraient au législateur : l'instauration d'une action de groupe générale, dans le Code de procédure civile, sur le modèle québécois ou américain, permettant à un groupe d'engager une action quel que soit l'intérêt en jeu, de l'indemnisation de dommages à la reconnaissance de droits, par exemple civils, ou bien une action de groupe finalisée, comme c'est souvent le cas dans l'Union européenne. Sans surprise, la loi nouvelle a donc instauré une action spécifique du droit de la consommation, et non une action type ouverte à toute sorte d'enjeux.

3 - L'intérêt de l'action de groupe n'est plus à démontrer, bien au-delà du simple soupçon de l'acculturation associée à l'introduction d'une institution juridique ultra-océanique et souvent mal comprise.

Le premier avantage est de permettre le développement d'un droit économique, complet et cohérent, un droit économique réel, loin des hypothétiques actions de consommateurs isolés ou impécunieux ou de celles d'associations de consommateurs rares et globalement inefficaces. Des procès de large ampleur sont ou ont été engagés en France, dans des affaires sanitaires notamment, concernant des préjudices de masse. Des dizaines de procès devant des juridictions pénales se sont ainsi tenus, mais aucun procès civil d'ampleur n'a jamais été engagé à l'occasion d'un dommage diffus et/ou de masse affectant le patrimoine de millions de consomma-

teurs. Or ces préjudices créent des situations de surprofit insupportables dans une logique d'État de droit économique. Identifier les procédures permettant de contrer ces stratégies d'opportunité permet une régulation, voire une moralisation de l'activité économique sur la base d'un « mieux disant juridique », fondé sur la sanction des violations des règles d'ordre public, tout en retirant au procès pénal ce type de contentieux.

En outre, le principe de la réparation d'un préjudice est un droit, un droit fondamental dans un État de droit, de valeur constitutionnelle et protégé au titre de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel de la CEDH. Par conséquent, un système juridique qui assure de manière effective une telle réparation et emporte une logique de sanction-prévention, mérite d'être encouragé⁷. Ce d'autant plus qu'il permet de favoriser la tenue d'un procès civil contre le réflexe pénal, moins par crainte de ne pouvoir apporter la preuve des faits dommageables que par l'idée que seul un procès pénal pourra régler une situation juridique complexe, dans l'esprit du justiciable tout au moins.

Enfin, dans une économie de marché, cette possibilité permet de rendre effectif le droit de la consommation et le droit économique de manière plus générale. En effet, un droit subjectif n'existe pas réellement sans que lui soit associé une action en justice à même de garantir ce droit. Le « droit de la consommation », ensemble supposé cohérent, crée un grand nombre de droits subjectifs au profit des consommateurs, dont des droits à réparation, lesquels sont souvent subis par un grand nombre. Or, les droits des consommateurs sont légalement posés, ils sont confirmés pour l'essentiel par la législation européenne et sont des droits valides en ce qu'ils résultent de normes juridiques valides. Il est donc essentiel pour que ces droits, existants, soient véritablement efficaces, que leur sanction soit possible, en toute circonstance. Si on admet, en effet, qu'une norme valide est une norme existante et une norme obligatoire, il s'ensuit que si ces droits se révèlent non obligatoires, quelle qu'en soit la raison mais surtout si cette raison repose sur une question d'inexistence ou d'inefficacité des actions, alors ils sont non existants et ne constituent pas une norme juridique valide. L'action de groupe contribue donc à faire des droits des consommateurs des droits réels et opposables. Économiquement, elle contribue à restituer au consommateur une part du profit illégitime réalisé par le professionnel contrevenant.

Or, l'effectivité judiciaire des demandes de réparation du fait d'un préjudice d'un consommateur est aujourd'hui globalement nulle, soit en raison de la faiblesse du préjudice ressenti individuellement, en cas de dommage diffus, soit en raison du « paradoxe d'Olson »⁸ qui veut que dans un groupe constitué de membres ayant tous subi un préjudice par exemple, l'un de ses membres

4 Loi Royer, 27 déc. 1973, art. 46.

5 Loi Neiertz, 18 janv. 1992 : JO 21 janv. 1992.

6 Projet de loi n° 41 (2011-2012) renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, modifié par le Sénat le 22 décembre 2011.

7 S. Amrani-Mekki, *Inciter les actions en dommages-intérêts en droit de la concurrence: Le point de vue d'un processualiste* : *Revue Concurrences*, n° 2290 n° 4/2008 : « l'objectif de l'action n'est pas la réparation mais la

poursuite d'une sanction privée pour la moralisation des comportements ».

8 Mancur Olson, *Logique de l'action collective* : PUF, 1978.

L'exercice de l'action de groupe est réservé aux associations de consommateurs

hésitera à engager une action tant qu'un autre ne l'aura pas entamée le premier. Plus un groupe d'individus est large, plus paradoxalement, il est individuellement faible quant à la défense de ses intérêts et aucun n'a d'intérêt particulier à s'impliquer dans l'action ou la résolution d'une difficulté dont les autres pourront tirer un bénéfice indu. L'action de groupe permet de réduire, non de supprimer, le paradoxe d'Olson et ce en mutualisant le coût du procès, qui devient marginal. Enfin, si l'action de groupe permet d'obtenir paiement du surprofit réalisé⁹, il en résulte, du point de vue économique au moins, une meilleure corrélation entre les obligations des parties, entre le prix payé et la prestation réalisée : il est anticontractuel, anti-économique, et sans doute immoral qu'une partie puisse, en toute immunité, obtenir un prix ne correspondant pas à la quantité ou qualité de prestation offerte en échange.

4 - L'introduction de l'action de groupe repose sur une trentaine d'articles, insérés dans le Code de la consommation (C. *consom.*, art. L. 423-1 à L. 423-26 et art. L. 211-15), déterminant un champ d'application finalisé, en ce sens que l'action de groupe est, d'une part, limitée dans son champ d'application au préjudice subi par des consommateurs mais également, d'autre part, par une procédure, assez simple, réservée aux associations agréées de consommateurs.

1. Le champ d'application de l'action de groupe (domaine et préjudice indemnifiable)

A. - Une action de groupe de droit de la consommation

5 - L'article L. 423-1 du Code de la consommation dispose explicitement que : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à ses obligations légales ou contractuelles ».

La délimitation du champ d'application de la loi démontre que ses inspireurs ont souhaité s'en tenir à une innovation modeste. Au-delà du fait que l'exercice de l'action de groupe est réservé aux associations de consommateurs, la délimitation claire du champ d'application de cette action tient surtout au fait que l'action a exclusivement pour objet d'obtenir réparation des pré-

judices individuels subis par des consommateurs, placés dans une situation voisine contre un ou des

professionnels du fait des manquements à des obligations légales ou contractuelles (V. C. *consom.*, art. L. 423-1, al. 2 et 3 : « 1° À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ; 2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »).

6 - Il s'ensuit que si le périmètre de l'action de groupe est réservé aux relations entre consommateurs et professionnels, il n'est pas ouvert à d'autres types de relations, le domaine de l'environnement et celui de la santé, notamment, du moins dans le cadre de ce dispositif¹⁰.

Même ainsi, il n'est pas certain que le champ d'application soit si sûrement limité au « contentieux de la consommation ». Chacun a compris que l'objectif du législateur était d'éviter des actions de groupe dans le domaine environnemental et sanitaire, dans des répliques de l'affaire *Erika* ou du *Mediator*, quand bien même la frontière entre droit de la consommation et droit de la santé, par exemple, est particulièrement trouble : un « patient » est aussi un « consommateur » voire un usager. Il n'est pas impossible que des consommateurs-patients, des consommateurs-usagers, ou des consommateurs-épargnants engagent des actions de groupe dans les conditions posées par l'article L. 423-1 du Code de la consommation, à savoir, le manquement d'un ou des mêmes professionnels à ses obligations légales ou contractuelles, « 1° À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ». Or, sont une « vente de biens » ou une « fourniture de services » par exemple : la cession de titre, la souscription d'une assurance, d'un crédit, le transport de personnes ou de biens, la fourniture de services « publics » comme l'eau, l'électricité, les services mortuaires, etc., la fourniture d'un service de nature « sanitaire », la vente d'appareils nuisibles ou dangereux, de dispositifs médicaux, etc.

B. - La réparation de préjudices matériels subis par les consommateurs

7 - L'article L. 423-1 du Code de la consommation limite encore le jeu de l'action de groupe : « L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ». Il en résulte que sont écartés les autres préjudices, moraux ou corporels. La loi s'inscrit sans doute dans une volonté manifeste de simplification de l'action pour tenter de garantir son succès : le préjudice matériel est le seul qui puisse être évalué de manière globale avec une considération limitée de la situation particulière de chacun. Si un contrat

9 Sur ce surprofit, V. D. Mainguy et M. Depincé, *Pour l'action de groupe en droit français, op. cit.*

10 En ce sens, N. Bonnefoy, *Avis de la Commission des lois du Sénat (792)*. D'autres secteurs, à plus ou moins long terme pourraient aussi connaître l'introduction d'un mécanisme

d'action de groupe *ad hoc* : la santé puis l'environnement si les ministres en charge de ces secteurs devaient confirmer des intentions annoncées.

est déséquilibré, il est plus aisé de déterminer le surcoût pour le consommateur institué par cette inégalité, mais il est beaucoup plus complexe d'évaluer les préjudices indirects qui en découlent pour chaque consommateur et qui doivent être individualisés.

8 - La question s'est posée de savoir si cette limitation était juridiquement valable. On a pu ainsi laisser entendre que des éléments d'inconstitutionnalité affectait le projet de loi, notamment le monopole assuré aux associations de consommateurs, ou bien la limitation du préjudice réparable¹¹.

Le fait que le Conseil constitutionnel ait tranché ne prive pas de l'hypothèse d'une question prioritaire de constitutionnalité¹².

En revanche, la limitation des préjudices réparables pourrait se heurter aux règles européennes. Le droit à réparation d'un préjudice est entendu de manière large au sens de la CEDH en ce sens que sont appréciées également les restrictions apportées au droit à la protection des biens, lesquels comprennent, en principe, les préjudices comme créances (article 1 du Premier protocole additionnel de la CEDH).

Dans le même temps et pour limiter un peu le propos, l'action de groupe ne limite pas réellement la possibilité d'obtenir réparation des autres types de préjudice ; elle ne permet simplement pas de bénéficier d'une facilité processuelle identique à celle qui profite à la réparation des préjudices matériels, sans violer donc aucune règle d'égalité ou créer des discriminations : tous les consommateurs bénéficient ainsi d'une faveur processuelle, aux contours cependant limités.

9 - Outre la question de la validité constitutionnelle ou européenne, c'est l'efficacité du mécanisme qui interroge, tant la réparation d'un dommage moral est parfois très importante, voire déterminante, de certains procès (on songe au préjudice d'agrément, au préjudice d'affection, de frustration, etc.), tout comme le dommage corporel y compris dans des pures situations de droit de la consommation, comme dans des hypothèses de ventes de produits avariés, périmés ou affectés par des bactéries quelconques, ou encore à travers la vente de produits dangereux ou de produits défectueux (*C. consom.*, art. L. 221-1 ; *C. civ.*, art. 1386-1 et s.). En outre, la distinction pourrait se heurter à de nombreuses difficultés techniques, en cas par exemple de concours d'actions mais

également face à des réglementations concurrentes. C'est le cas par exemple, discuté avant l'adoption de la loi, des préjudices matériels et moraux déjà identifiés dans la nomenclature *Dintilhac* (pertes de gains professionnels, acquisition d'un véhicule adapté, dépenses de santé, etc.) qui a pour objet de rattacher à l'indemnisation d'un préjudice corporel, certains préjudices matériels ou moraux¹³.

Les types de préjudices matériels, y compris ceux issus d'une infraction concurrentielle (*V. infra*), peuvent être de nature très différente et certains présentent des caractéristiques qui rendent tout particulièrement opportunes les actions de groupe. Par exemple, le fait pour un professionnel de vendre une bouteille de un litre contenant en réalité 95 centilitres¹⁴ permet d'identifier un tel préjudice économique : le consommateur n'a pas obtenu la contrepartie de son paiement. Il peut également s'agir d'une perte de chance et une récente décision de la Cour de cassation dans une affaire aux faits qui avaient été médiatisés a pu en fournir l'illustration, en creux, à l'occasion du retard d'un train ayant empêché un avocat d'assister son client¹⁵, ce qui aurait pu être l'occasion d'une action de groupe.

Il peut s'agir d'un dommage de masse ou affectant un groupe déterminé de personnes, ou encore d'un dommage diffus, c'est-à-dire d'un dommage très faible, voire dérisoire pris individuellement, comme dans l'exemple précédent, mais considérable au niveau du groupe qui souligne, en retour, l'importance du profit illicite réalisé. Il se distingue en revanche du préjudice collectif subi par le groupe en tant que tel et distinct de la somme des préjudices individuels : le préjudice indemnisé est la simple somme de ces préjudices individuels (et encore dans la limite du succès de l'action de groupe, *V. infra*)¹⁶.

C. - Limitation de l'action de groupe aux personnes physiques

10 - La limitation de l'action de groupe aux personnes physiques n'apparaît pas de manière expresse mais peut se déduire de la notion de consommateur, notamment telle qu'elle est désormais définie par la loi *Hamon*¹⁷. Sont ainsi exclus les syndicats de copropriétés, les associations ou les sociétés, quelle que soit leur taille. Ce n'est pas une difficulté insurmontable, le fait que seules des personnes physiques puissent agir n'est pas d'une cohérence parfaite, mais sans réelle incidence. Il suffirait, pour contourner la

11 L. Neuer, D. Rousseau, *Action de groupe, le texte porte atteinte au principe d'égalité*, Blog « Mon petit doigt m'a dit », in *www.Lepoint.fr*, juill. 2013.

12 *Cons. const.*, déc. n° 2014-690, préc. ; le recours devant le Conseil constitutionnel était cependant principalement fondé sur le fait que des consommateurs auraient pu être attirés dans une action à leurs dépens ; aucun grief ne portait sur la nature du dommage.

13 V. J.-P. Dintilhac (Prés.), *Rapp. du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, 2005.

14 V. D. Mainguy et M. Depincé, *Pour l'action de groupe en droit français* : JCP E 2013, act. 355.

15 V. Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-13.177 : « En se déterminant [en condamnant la SNCF] par ces motifs impropres à établir que le dommage invoqué était prévisible lors de la conclusion du contrat de transport, si ce n'est quant au coût de celui-ci rendu inutile par l'effet du retard subi, et constituait une suite immédiate et directe de l'inexécution de ce contrat, la juridiction de proximité a privé sa décision de base légale ».

16 V. J. Calais-Auloy, *Les actions en cessation exercées dans l'intérêt des consommateurs*, *Liber amicorum N. Reich, Nomos, Baden Baden 1997* ; J. Franck, *pour une véritable réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs*, *Mél. Calais-Auloy* : Dalloz, 2004, p. 537.

17 Est introduit un article préliminaire dans le Code de la consommation ainsi rédigé : « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (*L. n° 2014-344, 17 mars 2014, art. 3*).

L'action de groupe est limitée aux personnes physiques

difficulté, que les copropriétaires ou les associés d'une société ou encore les membres d'une association agissent en leur nom ce qui suppose cependant qu'elles aient subi un préjudice personnel.

D. - Une action de groupe contre un ou des professionnels

11 - Enfin, dernier point qui a fait l'objet de longues discussions parlementaires, une action de groupe peut être engagée pour obtenir réparation des dommages subis par un groupe de consommateurs, sur la base de la violation d'une obligation légale ou contractuelle contre un professionnel ou des professionnels, illustrant l'hypothèse d'une action de groupe « groupée » plutôt que celle d'un « groupe » d'action de groupe. L'hypothèse est celle d'une violation de secteur : constatant qu'un ensemble de professionnels violent les règles légales ou contractuelles, l'action n'est pas limitée à une seule cible mais peut englober plusieurs défenseurs. On peut d'ailleurs penser que si le texte n'avait finalement pas retenu cette rédaction les logiques processuelles auraient permis d'y parvenir, mais elle permet d'assouvir l'objectif annoncé de ses promoteurs : assurer l'efficacité et la simplification du jeu des actions de groupe.

2. La procédure de l'action de groupe

A. - L'exclusivité de l'action des associations de consommateurs

12 - L'exclusivité de l'action aux associations de consommateurs résulte clairement de l'article L. 423-1 du Code de la consommation : « une association de défense des consommateurs, représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 du Code de la consommation, peut agir (...) ». Il existe aujourd'hui 16 de ces associations, facilement identifiables sur le site du ministère de l'Économie et des Finances.

Les arguments favorables à ce monopole sont essentiellement d'ordre processuel ; il s'agit d'éviter les difficultés constitutionnelles ou conventionnelles liées au « principe » selon lequel « *nul ne plaide par procureur* » et donc, d'une part, de proposer une solution constitutionnellement sécurisante permettant d'identifier de manière systématique un intérêt et/ou une qualité à agir et, d'autre part, de présenter l'action avec les deux réserves de l'*opt in* et de l'*opt out* : *opt in* en premier pour qu'un consommateur déclare s'associer à l'action, *opt out* ensuite pour les mêmes raisons constitutionnelles.

Il s'agit en outre de faire en sorte d'éviter des demandes fantaisistes ou abusives : le choix des associations dont l'objet social et la phi-

losophie est précisément d'assurer la défense des consommateurs assurerait cet objectif.

Un certain nombre de critiques ou de réserves ont cependant été apportées : la question de l'absence de légitimité particulière de ces associations, aussi sérieuses soient-elles, à la différence des syndicats de salariés par exemple, mais également celle de l'absence de moyens juridiques et financiers, face à ceux qui seront ceux de leurs adversaires, des avocats réputés et aguerris.

La critique la plus sévère repose cependant sur le rôle de l'association. Elle intervient comme point de départ, comme porteur de l'action mais disparaît ensuite y compris au stade de la liquidation de l'indemnité, en sorte que son rôle se borne, du fait de l'exclusivité qui leur est reconnue, à la sélection des actions de groupe qui seront finalement engagées.

D'autres propositions avaient été formulées, par exemple pour donner place à l'initiative d'actions de groupe engagées par les avocats¹⁸ soit *pro bono* soit en avançant les moyens de l'action, à la manière américaine. Dans les faits, rien n'interdira à un avocat qui connaît un ensemble de préjudices et de victimes de proposer à une association de consommateurs d'engager de telles actions, ou de continuer d'engager une action au nom d'un ensemble de consommateurs, mais qui ne sera pas une action de groupe. En outre, « l'exclusion » des avocats n'est pas exacte : un avocat représentera l'association devant le juge, un tribunal de grande instance, mais l'avocat ne sera pas, effectivement, le maître de l'action et un ou des avocats représenteront les professionnels.

Par ailleurs, le choix des associations de consommateurs a été présenté pour éviter des actions fantaisistes ou abusives, alors même que c'est une fonction parfaitement contrôlée par les autorités judiciaires, par exemple sur le fondement de la sanction de l'abus d'action en justice ou bien, plus indirectement, du remboursement des frais irrépétibles. Ce serait d'ailleurs une bonne chose que l'action de groupe engagée soit, en cas d'insuccès, strictement examinée du point de vue de son caractère éventuellement abusif ou fantaisiste, de manière à conserver à cette action son sérieux, éviter les effets d'aubaine, etc. Si en effet, le risque d'effet d'« *ambulance chasing* » réel ou fantasmé s'éloigne, l'action de groupe aboutit en pratique à créer un effet de mauvaise publicité pour le professionnel, parfaitement légitime si ce dernier est en situation de violation des droits des consommateurs, bien plus discutable à défaut : l'un des effets pervers dénoncés aux États-Unis par exemple est précisément d'observer des actions engagées dans le seul but d'obtenir une transaction en raison de la mauvaise image qu'une telle action véhicule : la sanction d'une action mal engagée serait alors un moyen, imparfait sans doute, de contenir ce type d'action de pure opportunité.

18 Projet de proposition de loi du Conseil national des barreaux, 24 mai 2013.

B. - Une action, deux jugements

13 - Le principe posé par la loi *Hamon* propose une division de la procédure en deux temps. Dans le premier temps, l'association de consommateurs introduit une action de groupe, par voie d'assignation, visant, d'une part, à assurer la constitution du groupe et, d'autre part, à présenter le principe de la responsabilité du professionnel.

Le mécanisme divise alors l'action en deux instances distinctes. La première vise à obtenir une décision (*C. consom.*, art. L. 423-3) qui a pour objet de vérifier les conditions de recevabilité, constituer le groupe et surtout statuer sur la responsabilité du professionnel. Là se trouve la principale difficulté dans la mesure où cette première décision déclenche les mesures de publicité visant à informer les consommateurs membres du groupe, et donc le mécanisme d'indemnisation proprement dit et l'individualisation de celle-ci où le professionnel peut faire valoir les « difficultés » qu'il soulèverait et qui déclenche, éventuellement, une deuxième instance relative à la mise en œuvre du premier jugement (*C. consom.*, art. L. 423-12). Si la première instance est systématique, la seconde n'est qu'éventuelle, mais très probable, l'ensemble étant traité par le même juge, un tribunal de grande instance. Les débats ont été très vifs sur ce point : le projet prévoyait d'instituer sept ou huit TGI spécialisés pour tout le territoire, comme en matière concurrentielle, tandis que les sénateurs choisissaient d'éviter toute spécificité, au risque que, dans bien des situations, les tribunaux d'instance auraient été compétents. Finalement, la compétence est réservée aux TGI.

1° Détermination du groupe

14 - Le « groupe » n'est pas défini dans la loi nouvelle sinon par une litote. En effet, l'article L. 423-1 du Code de la consommation détermine l'intérêt à agir d'une pluralité de consommateurs victimes d'un préjudice « placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles ».

Le « groupe », représenté par l'association agréée de consommateurs, est donc un ensemble de plusieurs consommateurs. « Plusieurs », c'est-à-dire au moins deux et soit un nombre déterminé de consommateurs parfaitement identifiés, soit un groupe indéterminé de consommateurs dont tous ne sont pas connus. C'est là la figure de l'action de groupe, l'action menée au nom d'un groupe qui peut être composé de quelque ou de plusieurs millions de consommateurs victimes d'un dommage de masse. Cela n'apparaît pas clairement dans la loi, sinon dans la formule de l'article L. 423-3 du Code de la consommation qui dispose que le juge

« définit le groupe des consommateurs », qu'il ordonne « les mesures nécessaires pour informer par tous moyens appropriés les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe » et qu'il détermine les éventuelles « mesures de publicité du jugement ».

2° « Opt in »

15 - Lorsque le groupe est constitué d'un nombre déterminé et relativement faible de consommateurs, il se constitue très aisément, mais la procédure est autrement plus complexe lorsque le groupe est composé d'un nombre indéterminé ou inconnu de consommateurs.

Deux possibilités s'offraient, celle d'un groupe préconstitué, le « groupe des victimes de telle pratique », dont les membres auraient pu s'extraire, par la formule de l'« *opt out* », ou bien l'hypothèse contraire, celle d'un groupe défini, de manière éventuellement abstraite, dont les membres pourraient se faire connaître, sous la forme d'une inclusion volontaire dans le groupe, selon la technique dite de l'« *opt in* ».

C'est cette dernière formule qui a été retenue par la loi nouvelle, qui semble pourtant affronter une contradiction : comment le groupe peut-il tout à la fois déterminer l'ensemble des consommateurs constituant le groupe et en même temps impliquer le consommateur individuel pour qu'il s'inclut dans ce groupe dont il est déjà partie¹⁹ ? Par conséquent, l'action de groupe serait alors nécessairement fondée sur un système d'« *opt out* ».

On peut objecter que la contradiction est purement formelle : le groupe est en premier défini abstraitement en précisant les conditions pour que les consommateurs concernés l'intègrent et en second, une fois celui-ci validé par le juge, il est déterminé concrètement, plus exactement subjectivement, par l'ensemble des consommateurs qui adhéreront au groupe.

Cette formule présente l'avantage en outre de ne pas heurter frontalement le principe selon lequel il faudrait, sauf exception, effectuer un acte positif pour être demandeur à une action, en vertu de l'idée, à défaut du principe, selon lequel « nul ne plaide par procureur », qui n'est d'ailleurs pas absolu²⁰.

L'inconvénient est de présenter le groupe de manière fermée. La technique de l'« *opt out* » au contraire, présente l'action engagée par un ou plusieurs représentants comme déterminant le groupe de manière globale et c'est dans ces conditions que le groupe, une fois qu'il est judiciairement défini par le juge, est « créancier » d'une indemnité dont chacun des membres peut l'être à son tour s'il se manifeste et que, à défaut, se développe l'hypothèse du reliquat²¹. On voit bien la différence avec l'hypothèse d'une action fondée sur la technique de l'« *opt in* ». Seuls les consommateurs qui se sont

19 En ce sens, L. Boré, *L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?* : D. 1995, chron., p. 267.

20 Pour une étude détaillée des obstacles procéduraux à l'introduction des *class actions* en droit français, V. M.-A. Frison-Roche, *Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités* : LPA 10 juin 2005, p. 22.

21 Sur la question du « reliquat » qui n'est pas envisagée par la loi, V. D. Mainguy et M. Depincé, *Pour l'action de groupe en droit français*, préc.

L'action de groupe suppose une procédure divisée en deux temps

manifestés délimitent le groupe, l'indemnité due et les hypothèses dans lesquelles le nombre de consommateurs agissant sera égal

au nombre de consommateurs réels sont sans doute très retreintes. La loi a donc pris le parti de l'efficacité normative, contre celui de l'efficacité substantielle, au risque de perdre son caractère préventif en rendant très onéreuse la violation de la loi.

16 - La formule de l'« *opt in* » retenue permet en outre de résoudre une situation qui en pratique risque de se présenter souvent. En effet on peut penser que l'association de consommateurs engagera une action de groupe alors qu'un nombre déterminé de consommateurs se sera manifesté et qu'elle aura plus ou moins circonscrit le groupe et préconstitué son dossier de preuves. Dans cette situation, l'article L. 423-3 du Code de la consommation dispose que le juge 1) constate que les conditions de l'action sont réunies, 2) définit le groupe des consommateurs « à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée », 3) statue sur la responsabilité du professionnel, 4) détermine le montant des préjudices, 5) ordonne l'information des consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe.

Le juge doit donc définir les conditions de la responsabilité du professionnel à l'endroit du groupe avant que les membres du groupe soient connus. Le juge français se trouve ainsi dans la situation exactement opposée de celle du juge américain qui connaît le nombre précis de demandeurs au moment où il se prononce sur la responsabilité du professionnel. Le professionnel se trouve dans une situation d'asymétrie des prétentions : il est confronté à des demandes sans savoir si, par exemple, il pourra opposer à son défendeur réel des arguments, des fins de non-recevoir, des moyens de défense au fond, etc. Il conviendra donc que le professionnel demande au juge que soit réservé ce type de moyens de défense, et qu'il les ait identifiés et présentés dans le cadre de l'instance traitant de la mise en œuvre du premier jugement, au titre des « *difficultés* » envisagées par l'article L. 423-12. Imaginons par exemple une action de groupe fondée sur des vices cachés dont les consommateurs auraient été victimes, le professionnel souhaiterait évidemment pouvoir vérifier les conditions d'utilisation de la chose vendue, des réparations ou des échanges déjà réalisés, les délais individuels de prescription, etc. Il suffirait donc

que le professionnel invoque ce type de moyens de défense pour pouvoir les invoquer concrètement ensuite à tel consommateur

en particulier.

Une deuxième difficulté repose sur l'idée que la décision du juge, face à un groupe « abstrait » serait un « *arrêt de règlement* » prohibé par l'article 5 du Code civil. En réalité, d'une part, l'article L. 423-3 prévoit que le juge définit le périmètre du groupe puis (mais ce pourrait être dans la même décision), le principe de la responsabilité et, d'autre part, la procédure nouvelle est issue de la loi et viendrait, si le jugement était assimilable à un tel « *arrêt de règlement* », simplement offrir une exception au principe, de simple valeur législative, de l'article 5 du Code civil²². Surtout, n'est un arrêt de règlement que la décision qui se prononce par voie de *disposition générale et réglementaire* et non sur des cas particuliers²³. Les cas sont bien connus : la décision qui se fonde sur une *jurisprudence bien établie* ou une décision *rendue dans un autre litige*²⁴, qui se fonde sur des barèmes par exemple en matière de responsabilité²⁵ ou bien encore qui décide pour une catégorie²⁶. Ce dont il résulte qu'à un premier examen, la décision posant le principe d'une responsabilité à une catégorie indéterminée devrait être considérée comme un arrêt de règlement. À première vue seulement dans la mesure où le groupe des consommateurs bénéficiant de la décision est préalablement défini en sorte que les consommateurs qui peuvent, ensuite, choisir d'intégrer le groupe ne sont pas extérieurs au groupe mais déjà inclus, abstraitement. En outre, la décision n'a pas vocation à durer, à se répéter ou à s'appliquer à d'autres situations mais ne fait que régler la situation antérieure²⁷.

3° « *Opt out* »

17 - Une dernière question n'est pas expressément tranchée, celle de savoir si un consommateur ayant adhéré au groupe peut ensuite décider d'en sortir et donc choisir une logique d'« *opt out* » subséquente, la formule n'ayant d'intérêt que dans l'hypothèse où le consommateur a déjà exercé son option pour entrer dans le groupe. Cette possibilité ne semble pas poser de difficulté : l'article L. 423-5, alinéa 4 du Code de la consommation dispose que « *l'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au*

22 B. Beigner, « Arrêts de règlement » : *Revue Droits*, 9-1989, p. 45. P. Payen, *Les Arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle* : PUF, 1997 ; H. Sinay, *La résurgence des arrêts de règlement* : D. 1958, *chron.*, p. 85 ; A. Audinet, *Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?* : *Mél. Brethe de La Gressaye*, p. 104 ; J.-P. Doucet, *La loi pénale* : *Litec*, 1986. n° 20 ; J. Foyer, *Allocution du Garde des Sceaux, in Conférence générale des présidents et membres des tribunaux de commerce* : *Gaz. Pal.*, 15-18 août 1964 ; P. Decheix, *Suggestions hérétiques pour une justice moins lente* : D. 1991, *chron.* p. 49.

23 *Cass. 2^e civ.*, 13 juill. 1960 : *Bull. civ.* 1960, II, n° 475.

24 *Cass. soc.*, 25 févr. 1993, n° 90-21.552.

25 *Cass. 2^e civ.*, 22 oct. 2009, n° 08-18.694 : *Juris-Data* n° 2009-050197.

26 *Cass. soc.*, 2 févr. 1966 : *Bull. civ.* 1966, V, n° 138.

27 M.-A. Frison-Roche, *Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités, préc.* - Adde M. Verpeaux, *L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution* : D. 2007, p. 258 : « non seulement un arrêt de règlement lie

d'autres personnes que les parties identifiées à l'instance particulière, mais en outre, et cette condition est cumulative, le jugement vaut pour l'avenir puisque celui-ci sera obligatoirement repris pour des cas ultérieurs. Or, dans le cadre d'une action de groupe, la décision relative à cette action collective, aussi générale soit-elle, ne vise que des situations passées et ne saurait en conséquence avoir d'effets pour l'avenir. Le jugement relatif à une class action à la française ne peut donc être assimilé à un arrêt de règlement ».

profit de l'association », mandat qui doit pouvoir être rompu, à tout moment. En outre, cet « *opt out* » subséquent serait en cohérence avec le principe, déjà dégagé par le Conseil constitutionnel, selon lequel toute personne membre d'un groupe doit pouvoir sortir librement de ce groupe, validant la liberté d'agir, de ne pas agir ou de renoncer à agir²⁸.

4° Tiers et avocat

18 - Au-delà de la question du rôle refusé des avocats (*V. supra*), si le rôle de l'association semble relativement discret, elle disposera en toute hypothèse d'un avocat pour la représenter : la question se déduit du juge compétent, un tribunal de grande instance, et sans doute de la technicité des débats.

Mieux, la loi (*C. consom., art. L. 423-9*) prévoit expressément que l'association peut demander au juge qu'il lui adjoigne un tiers, d'une profession judiciaire réglementée, un expert qui maîtrise les éléments techniques du débat par exemple, afin qu'il l'assiste au moment de la réception des demandes d'indemnisation et représente les consommateurs auprès des professionnels pour leur indemnisation.

5° Procédure d'exécution de l'action

19 - Le mécanisme prévoit en premier que l'exécution en nature est possible et peut être prononcée si elle semble plus adaptée au juge, par exemple pour des questions de réparation mécanique. À défaut, la réparation par équivalent s'imposera dans la plupart des cas. La loi a pris le parti d'une juridiction unique, un tribunal de grande instance, pour le suivi de l'intégralité de la procédure, y compris son exécution, sur la base, d'un doublement des décisions : à la première décision déterminant le groupe et le principe de la responsabilité du professionnel, s'ajoute une seconde décision éventuelle sur les difficultés posées au moment de l'individualisation et la liquidation des préjudices réparables, pour laquelle comme à tout autre moment de la procédure, le juge dispose de pouvoirs d'instruction pour conserver ou produire des pièces (*C. consom., art. L. 423-3, al. 3*), et on peut imaginer que les expertises *in futurum* trouveront préalablement une certaine vigueur. Entre les deux et une fois les voies et délais de recours épuisés, se déroulent les mesures, imposées dans la première décision, visant à informer les consommateurs du groupe afin qu'ils optent pour l'indemnisation, aux frais du professionnel, et dans un délai déterminé (de deux à six mois après la fin des mesures de publicité). Le consommateur doit donc acter son adhésion au groupe, dans les conditions posées par le juge, pour être effectivement indemnisé. Le projet prévoit par ailleurs la possibilité pour le juge d'ordonner le versement d'une provision, à valoir sur la condamnation, et portant à la fois sur les frais irrépétibles, sur le coût du recours au tiers de l'article L. 423-9 et sur le principe même de la condamnation (*C. consom., art. L. 423-8*).

6° Procédure simplifiée

20 - Une procédure simplifiée a été ajoutée au cours des discussions, au sein de l'article L. 423-10, pour économiser le temps existant entre le jugement établissant la responsabilité du professionnel et les techniques d'information des membres du groupe. En ce cas, lorsque ces membres sont clairement identifiés, que « *l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus* », donc qu'il s'agit d'un groupe déterminé, et que le préjudice est identique, le juge peut condamner le professionnel à les indemniser directement et individuellement. Deux difficultés apparaissent. En premier, le critère d'identité est particulièrement strict : identité de montant, par prestation ou par référence à une période déterminée, ce qui limite singulièrement le type d'actions visées. En second, le pluriel visant les professionnels dans l'article L. 423-1 disparaît ici au profit du singulier. Ne sont très clairement visées que des actions de groupe spécifiques, pour lesquelles la discussion ne porte pas sur la définition du groupe mais sur la violation des règles du droit de la consommation par le professionnel visé. On songe par exemple au groupe des victimes d'un retard d'un transport déterminé, ou encore d'un vice caché spécifique. Là encore, et afin d'éviter toute difficulté portant sur le fait que le jugement pourrait, à nouveau, être assimilé à un arrêt de règlement ou emprisonnerait le consommateur, le mécanisme prévoit que la décision, une fois les voies de recours épuisées, fait l'objet de mesures d'informations individuelles des consommateurs afin qu'ils puissent accepter d'être indemnisés.

7° Médiation et modes alternatifs de résolution du conflit

21 - Les dispositions des articles L. 423-15 et L. 423-16 prévoient qu'une médiation peut être organisée, curieusement cependant, « *afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels* », alors même qu'une médiation a, par hypothèse, pour objectif plus vaste de tenter de parvenir à un accord en vue d'obtenir la résolution amiable de leur litige. Quoi qu'il en soit, la loi *Hamon* invite à la possibilité d'une telle médiation, dont l'initiative et la conduite sont réservées à l'association, et donc est interdite pour les consommateurs eux-mêmes, notamment de manière isolée (à tout le moins jusqu'à la transposition de la directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation). L'accord qui en résulterait est soumis à l'homologation du juge, afin de vérifier qu'il est bien conforme aux intérêts des consommateurs, lui assurer force exécutoire et les mesures de publicité nécessaire, comme pour le jugement de responsabilité. En revanche, rien n'interdit aux parties de recourir à d'autres mesures alternatives, la transaction ou l'arbitrage, organisés par l'association de consommateurs, sauf à considérer que les articles L. 423-15 et L. 423-16 réservent la médiation contrôlée comme seule technique de résolution alternative du litige. On peut en douter et donc envi-

²⁸ *Cons. const., déc. n° 89-257 DC, 25 juill. 1989.*

L'action de groupe n'est pas exclusive d'autres actions

sager que la voie de la transaction puisse être préférée pour tenter d'accélérer le processus d'indemnisation, à moins qu'un compromis soit conclu pour soumettre la résolution du procès à un tribunal arbitral. Ce pourrait par exemple être utile dans la situation, prévisible, d'une action de groupe géante dépassant les possibilités matérielles raisonnables d'une juridiction, à telle enseigne qu'un arbitrage, composé éventuellement d'un nombre important, quoiqu'impair d'arbitres.

8° Difficultés et concours d'actions

22 - L'articulation entre l'action de groupe et d'autres, alternatives ou voisines, notamment alors que l'instauration d'une action de groupe dans le domaine de la santé ou de l'environnement a été envisagée au cours de la discussion de la loi *Hamon*, est une difficulté majeure. La seule disposition pertinente est celle de l'article L. 423-22 qui assure que l'introduction d'une action de groupe ne fait pas obstacle au droit d'agir pour obtenir réparation de préjudice exclus du champ d'application de l'article L. 423-1 de sorte que, à rebours, une action individuelle entrant dans ce champ d'application est exclue, en cas d'adhésion au groupe. Il suffit donc de ne pas adhérer au groupe ou de renoncer à cette adhésion, pour conserver ou retrouver cette possibilité d'action.

Des concours d'actions demeurent donc une perspective possible. Rien n'interdira par exemple à un consommateur d'introduire une action individuelle devant un juge civil, devant un juge pénal, parallèlement à une action de groupe, ou encore une action spécifique. Rien ne permet d'imaginer que deux ou plusieurs associations de consommateurs engagent des actions parallèles. Le développement malheureux et finalement assez ridicule des actions de groupe dans l'affaire de la téléphonie mobile après la décision du Conseil de la concurrence en 2004 montre que ce risque n'est pas neutre. Il s'est soldé en outre par la condamnation de la demanderesse (de l'association Que Choisir, pourtant réputée pour son sérieux²⁹). L'intervention d'avocats ayant constitué un site Internet proposant une action de groupe a également été sanctionnée au titre d'un démarchage juridique illicite et d'une publicité de nature à induire en erreur, justifiant la cessation de l'offre incriminée³⁰.

On pourrait au contraire inférer du singulier de l'article L. 423-1 selon lequel l'action est conduite par « une » association de défense des consommateurs, qu'une seule association peut agir. Mais, à défaut d'accord entre elles, selon quel critère ? Est-ce la première à agir, celle qui rassemble le plus de consommateurs, celles qui est désignée par le juge en raison de la qualité de ses arguments ? Rien

n'est envisagé dans la loi, à moins que cela soit l'une des questions traitées par décret en Conseil d'état prévu à l'article L. 423-10

in fine.

Les seuls concours rejetés sont les actions individuelles qui feraient suite à un jugement, fondées sur les mêmes faits (*C. consom., art. L. 423-23*).

D'autres difficultés surgiront, par exemple face aux recours dans le cadre de l'action de groupe, sur un appel formé contre le premier jugement alors que la mise en œuvre de l'indemnisation n'a pas été encore réalisée, mais encore en cas de litige international de consommation.

9° Action de groupe en matière anticoncurrentielle

23 - L'article L. 423-1, alinéa 2, 2° du Code de la consommation précise que l'action de groupe, dans la limite du champ d'application qu'il définit, permet l'indemnisation de préjudices subis par des consommateurs « lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » et les articles L. 423-17 et L. 423-18 en fixe les limites.

Ces « préjudices concurrentiels » des consommateurs sont limités aux préjudices liés aux conséquences pour des consommateurs de pratiques anticoncurrentielles, au sens du titre II du livre IV du Code de commerce c'est-à-dire des articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce. Sont donc exclus *a priori* tous les préjudices subis de faits de concurrence autres, par exemple du fait d'une concentration d'entreprises (*C. com., art. L. 430-1 et s.*), d'une « aide d'État » (*TFUE, art. 106 s.*). C'est également le cas de préjudices tirés de cas de concurrence déloyale, encore que ce régime hétérogène contienne des règles relevant du droit de la consommation (violation d'une de ses règles par exemple), mais encore du fait de pratiques restrictives de concurrence des articles L. 441-1 et suivants, ou de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

À bien des égards, cette extension, même limitée, est logique ; elle est même à l'origine de la loi à la suite de l'affaire « téléphonie mobile » de 2004, des prises de position favorables du Conseil de la concurrence puis de l'ADLC, et enfin des autorités de l'Union européenne, quand bien même toute tentative se soit jusqu'à présent heurtée à un échec³¹.

Or, le préjudice des consommateurs victimes d'une pratique anticoncurrentielle peut être considérable, notamment lorsqu'il résulte d'une entente d'amont, d'un cartel. En outre, selon la théorie du « *passing on* », qui veut qu'un professionnel ne puisse jamais

29 Cass. 1^{re} civ., 26 mai 2011, n° 10-15.676 : *Comm. com. électr.* 2011, *comm.* 77, obs. A. Debet.

30 Et pour l'affaire « classaction.fr », V. *TGI Paris*, 6 déc. 2005, constatant un démarchage illicite

et de nombreuses clauses abusives : *Comm. com. électr.* 2006, *comm.* 50, obs. H. Lécuyer ; puis *CA Paris*, 1^{re} ch. A, 17 oct. 2006 : *Contrats, conc. consom.* 2007, *comm.* 113 et enfin Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2008, n° 06-21.400 : *Contrats,*

conc. consom. 2008, *comm.* 284, obs. G. Raymond.

31 G. Zambrano, *L'inefficacité des actions en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Th. Montpellier, 2012.

invoquer un préjudice du fait d'une pratique anticoncurrentielle dans la mesure où il a pu répercuter le surcoût qui en est résulté sur le consommateur³², le préjudice concurrentiel est même concentré sur les consommateurs, avec l'effet multiplicateur associé au nombre d'intervenants professionnels jusqu'à ces derniers.

24 - Plusieurs difficultés demeurent. En premier, il n'est actuellement pas nécessaire d'attendre une décision de sanction de l'ADLC, ou de la commission, pour obtenir une indemnisation : les règles applicables font du juge ordinaire le juge naturel de la réparation, y compris de manière directe. L'action dite en « *follow on* » ou « action de suivi » n'est donc pas nécessaire et semble plutôt en retrait dans la pratique judiciaire. En second, les autorités spécialisées du droit de la concurrence, comme l'ADLC, ignorent, par nature ou par conviction, toute question d'indemnisation : fondées sur des concepts purement économiques, au sens de l'analyse économique du droit, elles ignorent délibérément toute analyse « morale », laquelle sous-tend la question de l'indemnisation.

Il existe donc une incompatibilité majeure entre les techniques, ou les habitudes voire les croyances, des autorités de concurrence en charge de la sanction des infractions de concurrence et celles des juges de l'indemnisation.

Le lien entre les deux passe donc par une dissociation, classique, des juridictions. Il pourrait parfaitement reposer sur la possibilité, laissée aux autorités de concurrence, d'ordonner, à titre de sanction complémentaire, d'indemniser les préjudices éventuellement subis, sur une base qui pourrait même être établie par l'autorité de la concurrence. Rien ne s'y opposerait *de lege lata*³³.

La solution retenue est au contraire essentiellement de nature processuelle. Elle se fonde d'abord sur le principe d'une décision définitive rendue par une décision constatant l'infraction concurrentielle (*C. consom., art. L. 423-17*), laquelle reçoit le bénéfice de l'autorité de la chose décidée. Enfin, l'action doit être engagée dans un délai de cinq ans, ce qui allonge le temps de la prescription de l'action. En effet, le mécanisme ne prévoit pas que l'action concurrentielle suspend la prescription civile, laquelle reprendrait une fois la décision concurrentielle définitive, mais que s'ajoute une nouvelle prescription de cinq ans. Il en résulte un avantage considérable à exercer une action en réparation sur la base d'une action de groupe, comparée à l'exercice d'une action individuelle ordinaire, dont la prescription serait simplement suspendue par la procédure concurrentielle.

10° Paiement de la réparation

25 - L'ensemble du processus doit aboutir, si le jugement constate la violation d'une obligation légale ou contractuelle, à

la réparation du préjudice subi par les consommateurs constituant le groupe. Une réparation en nature est concevable (*C. consom., art. L. 423-3, al. 2*) si le juge l'estime adaptée, mais ce sera le plus souvent une réparation par équivalent, correspondant au préjudice subi. On reste donc dans les limites traditionnelles du droit de la responsabilité, le principe de réparation intégrale du préjudice individuel, sans dommages et intérêts punitif ni reliquat visant à confisquer le surprofit réalisé.

Les sommes objet de la condamnation doivent être consignées dans un compte ouvert au nom de l'association à la Caisse des dépôts et consignations, y compris les provisions décidées par le juge, en vue du versement des sommes dues aux consommateurs.

À ces sommes s'ajouteront les frais nécessaires à la rémunération du ou des tiers adjoints (*C. consom., art. L. 423-9*), les dépens exposés par l'association, les frais « non compris dans les dépens », les frais irrépétibles, dont les honoraires de l'avocat représentant l'association, mais encore les coûts des mesures de publicité, à la charge du professionnel (*C. consom., art. L. 423-4, al. 2*), dont on peut penser qu'en cas de difficultés, ils auront fait l'objet d'une provision, et que le coût final sera liquidé dans le cadre de l'instance chargée de traiter de ces difficultés.

Conclusion

26 - Au final, chacun aura compris qu'on ne s'associera pas aux commentaires chagrins, voire franchement critiques, développés au long de la discussion de la loi ou après son adoption. L'action de groupe était nécessaire, elle consacre définitivement les droits des consommateurs comme des droits valides et sérieux, qu'on ne peut pas considérer comme dépendant du seul bon vouloir des professionnels ou du succès d'une hypothétique action pénale, par ailleurs inadaptée. Il est d'ailleurs piquant d'observer que l'action de groupe se révèle être un mécanisme particulièrement compatible avec les logiques concurrentielles : n'est pas concurrentiel le fait de bénéficier de surprofits liés à la violation de normes qu'un opérateur ordinaire respecte.

On peut supposer en outre que l'action de groupe des consommateurs sera, après mise œuvre, susceptible de modification, en un sens accroissant encore l'efficacité des règles du droit de la consommation, et qu'elle constituera un modèle pour une action de groupe dans les domaines de la santé et de l'environnement, ce qui sera, peut-être, l'occasion de déplacer ces règles, des codes spécialisés, vers le Code de procédure civile, pour une action de groupe universelle.

32 *Ibid.*, p. 22 s, 63 s.

33 *Ibid.*