

Pour l'action de groupe en droit français

Saisine pour avis de la commission des Lois de l'Assemblée nationale sur les articles 1er et 2 relatifs à l'action de groupe du projet de loi relatif à la consommation (n° 1015)

Questionnaire de M. Sébastien Denaja, rapporteur pour avis

D. Mainguy

**Professeur à la faculté de droit de Montpellier
Centre de droit de la consommation et du marché**

NB : une partie des éléments de réponse sont issus d'articles de doctrine publiés, et joints en annexe.

1. Opportunité de la création d'une action de groupe. Êtes-vous favorable à la création d'une action de groupe ? Si oui, pourquoi une telle création vous apparaît-elle utile, et quelle(s) lacune(s) vient-elle combler ?

Je suis *très* favorable à l'introduction d'une telle action de groupe et très favorable à ce projet de loi, malgré des réserves ou des critiques qui pourraient apparaître ici. J'ai publié plusieurs articles dans des revues juridiques, en ce sens, depuis 2005.

Pour quelles raisons ?

D'une manière générale, un droit subjectif n'existe pas sans une action en justice. Or, le « droit de la consommation », ensemble supposé cohérent, crée un grand nombre de droits subjectifs au profit des consommateurs.

Lorsqu'un dommage est subi par un consommateur, il l'est le plus souvent par plusieurs voire un grand nombre de consommateurs (les « consommateurs » étant l'avvers de la logique de « clientèle » du point de vue du professionnel).

Ce dommage peut être lourd ou faible, individualisé ou diffus, ciblé ou de masse, économique, moral, corporel.

Le droit français maîtrise bien les techniques de réparation des dommages lourds, individualisés, corporels, mais également les autres : le principe étant celui de la réparation intégrale du préjudice. Or, en cas de dommage de masse ou diffus, il se trouve, en outre, que « les consommateurs » ne sont pas enclins à agir, ce sur le fondement de la « théorie de l'action collective » développée par M. Mancur Olson, en 1965.

Or, les droits des consommateurs sont légalement posés, sont confirmés pour l'essentiel par la législation européenne et sont des droits *valides* en ce qu'ils résultent de normes juridiques valides, au sens du droit constitutionnel. 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, ces trois adjectifs étant, alors, au sens de la théorie du droit, synonymes, il s'ensuit donc que si ces droits se révèlent non obligatoires, quelle qu'en soit la raison mais surtout si cette raison repose sur une question d'inefficacité, alors ils sont non existants et au final, ne constituent pas une norme juridique valide.

Il est donc essentiel que les droits des consommateurs soient garantis par des actions efficaces, étant rappelé que le principe selon lequel une créance de réparation doit pouvoir être exercée est un principe de valeur constitutionnelle et une règle protégée au titre de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel de la CEDH.

Comme nous l'écrivions au (JCP, éd. E, 2013, 355 : Pour l'action de groupe de droit français, joint), il existe **quatre manières d'obtenir réparation d'un préjudice de consommation, mais une seule d'obtenir une réparation réelle.**

C'est en cela, que nos critiques sont marquées : nous aurions souhaité une action de groupe plus « aboutie », ce qui ne retire rien à l'avancée considérable que constituerait l'action de groupe telle qu'elle est présentée dans le projet de loi.

Nous nous en expliquons ainsi :

Traditionnellement, ce consommateur peut agir, seul, pour obtenir réparation de son préjudice. Il obtiendra réparation de l'intégralité de son préjudice individuel, éventuellement, s'il dépasse les contraintes liées à la faiblesse de son intérêt à agir, de son isolement, etc.. Plus le préjudice est faible et moins le consommateur est enclin à agir seul. Cette situation est encore multipliée sur la base d'un dommage diffus et de masse : chaque consommateur est en effet incité à attendre que les autres agissent à sa place de sorte que, en pratique, rien ne l'incite (M. Olson, La logique de l'action recours collective, 1965).

Plusieurs consommateurs peuvent agir ensemble, pour obtenir réparation de leur préjudice. Ils obtiendront réparation de leurs préjudices individuels. La multiplication du nombre de consommateurs agissant ne change strictement rien au fait qu'ils agissent, non point collectivement, mais ensemble, pour ajouter leurs préjudices individuels. L'intérêt est ici de se regrouper, ne serait-ce que pour diminuer le coût de l'action. On voit se développer de telles actions, parfois, et essentiellement dans le domaine, complexe, des dommages de santé, où le consommateur est tout à la fois consommateur et patient. En général, ces actions sont fondées sur des procédures pénales.

Plusieurs consommateurs peuvent également agir et obtenir l'aide ou l'assistance d'une association de consommateurs. L'intérêt est ici de

permettre à l'association d'exercer une action civile (C. consom., art. L. 421-1 et s., mais uniquement pour la cessation de la pratique, ou pour la seule indemnisation d'une atteinte à « l'intérêt collectif des consommateurs »), une action en intervention (C. consom., art. L. 420-7, au soutien donc d'une action initiée par un ou plusieurs consommateurs à titre individuel) et une action en représentation conjointe (C. consom., art. L. 422-1, pour une action collective mais dans les faits pour quelques consommateurs seulement qui auront donné mandat exprès de les représenter à l'association). Seule une action civile voire une action en intervention permet à une association de consommateurs d'obtenir réparation du préjudice collectif subi par les consommateurs. Or ce préjudice collectif est essentiellement un préjudice de nature morale et non matérielle. Sa réparation n'est que symbolique et l'évaluation de l'indemnisation prononcée très aléatoire, éventuellement dans un objectif punitif.

Enfin, et telle est l'hypothèse de l'introduction d'une véritable action de groupe, plusieurs consommateurs agissent en leur nom mais également au nom de tous les consommateurs qui ont subi un dommage. Une telle action de groupe ou class action est la seule qui soit véritablement collective, en ce sens qu'elle envisage d'obtenir réparation, en principe intégrale, de la somme des préjudices individuels subis par tous les consommateurs victimes. Il y a alors deux manières de la concevoir.

La première consiste à envisager l'action de groupe comme une « pure » action en indemnisation d'un préjudice. C'est la manière traditionnelle dont en France on considère une telle action : il s'agit d'associer un préjudice à un comportement déterminé et d'obtenir sa réparation. Les difficultés sont ici de principe et d'ordre technique. Elles reposent essentiellement sur la preuve du préjudice souffert par chaque consommateur (conservation de factures, contrats, etc.) et de son évaluation (un même fait générateur peut provoquer des dommages comparables pour l'ensemble des consommateurs, mais plus ou moins distincts quant au quantum de chaque préjudice), de sorte qu'elle est très inefficace pour les dommages diffus. C'est en général dans cette situation que l'on envisage l'adjonction à l'action de groupe et parfois par un certain raccourci entre procédure et fond, d'éventuels dommages et intérêts punitifs. Le constat, en effet, que le taux d'indemnisation est faible, voire très faible, pourrait justifier que s'ajoutent des dommages et intérêts punitifs aux dommages et intérêts indemnitaires. Une telle conception ne permet d'envisager l'indemnisation que comme collective. Elle ne permet cependant en aucune manière de garantir que chaque consommateur sera nécessairement indemnisé de son propre préjudice. Il y a bien indemnisation, collective, mais uniquement parce que le montant des dommages et intérêts doit être l'exact correspondant de la somme des préjudices individuels soufferts.

La seconde consiste à l'envisager comme une action en sanction d'un comportement illégal. C'est en ce sens que l'action de groupe est une action de citoyen : la sanction du comportement illégal est l'objectif premier, associé à un second, l'indemnisation, un but induit. En revanche, il s'agit, par cette action, d'obtenir l'intégralité du surprofit réalisé par le professionnel du fait du comportement illégal, objectif premier, de le répartir entre les victimes qui pourront prouver leur préjudice et enfin de traiter la question du reliquat. Or ce reliquat est, sauf exception, très largement supérieur au montant de l'indemnisation et peut être reversé à des associations en charge d'actions économiques. Au Québec, ce sont la plupart du temps des actions visant la protection des consommateurs ou à promouvoir l'économie sociale et solidaire. Le juge qui ordonne l'allocation du reliquat à un tiers doit cependant s'assurer d'un lien suffisant entre l'objet du litige justifiant la condamnation et le tiers qui perçoit le reliquat (CPC Québec, art. 1036 : « le tribunal dispose du reliquat de la façon qu'il détermine et en tenant compte notamment de l'intérêt des membres, après avoir donné aux parties et à toute autre personne qu'il désigne l'occasion de se faire entendre ».). Ce dernier peut ainsi être attribué, en pratique, à une association de protection des consommateurs, à des programmes spécifiques de protection des consommateurs, des projets de recherche en faveur de la protection des intérêts des consommateurs, etc.

Pour prendre un exemple : imaginons un fabricant de boissons qui vend 100 milliards de bouteilles de un litre à un euro, ces bouteilles ne contenant que 99 centilitres. Le chiffre d'affaires réalisé est de 100 milliards d'euros et le surprofit pris sur les consommateurs d'un milliard d'euro. L'action de groupe de la première catégorie aboutira à réparer un préjudice prouvé, disons ici à hauteur de 10%, soit pour 100 millions d'euros. Par conséquent, il est plus profitable pour le professionnel de violer la loi que de la respecter, surtout si le professionnel parvient à transiger avant que son image ne soit affectée. L'action de groupe de cette seconde catégorie aboutit en revanche au paiement de tout le surprofit, soit un milliard d'euro, répartit l'indemnisation à hauteur de 100 millions d'euros et confie le reliquat à une fondation par exemple, soit 900 millions d'euros. La dissuasion est ici maximale : quant bien même le professionnel aurait transigé, le coût de la violation demeurerait très important. En outre, les consommateurs diligents sont indemnisés, la violation de la loi est sanctionnée, et le prix de cette violation, moins l'indemnisation, sert à financer soit l'aide aux actions de groupe soit des activités sociales (scop, micro crédit, etc.). Dans cette hypothèse, le préjudice « collectif », envisagé en ce sens qu'il mobilise l'ensemble des préjudices individuels possibles, le préjudice « collectionné » plus exactement, est indemnisé et l'opération du professionnel se révèle mathématiquement neutre pour lui. Il a perçu un profit illicite qu'il a dû reverser sur la condamnation prononcée à son encontre à la suite de l'action de groupe. L'action devient en outre dangereuse pour lui si cette sanction civile s'accompagne d'une sanction pénale (au titre de la réglementation des

méthodes de vente par exemple, publicité trompeuse etc.) ou des pratiques anticoncurrentielles (sanctions pécuniaires prévues à l'article L. 462-6 du Code de commerce). L'efficacité du droit économique devient alors crédible ».

En toute hypothèse, donc, l'instauration d'une action de groupe est le meilleur, pour pas dire le seul, moyen d'assurer l'effectivité du droit de la consommation qui demeure, à défaut, un droit sinon d'incantation, du moins dont ses « sujets » ne disposent pas véritablement.

En ce sens, le projet est une avancée considérable, quand bien même il créerait, pour le moment, un mécanisme purement indemnitaire.

Champ d'application

2. Champ d'application de l'action de groupe. Limitation aux préjudices matériels et aux droits de la consommation et de la concurrence.

– Le projet de loi limite l'action de groupe à la réparation des préjudices matériels découlant du manquement d'un professionnel au droit de la consommation ou au droit de la concurrence. Que pensez-vous de cette limitation du champ de l'action de groupe, d'une part, à la réparation des préjudices matériels, à l'exclusion des préjudices corporels et moraux, et, d'autre part, au droit de la consommation et de la concurrence ? Son extension aux préjudices corporels et moraux et à d'autres domaines comme le droit de la santé, de l'environnement ou boursier et financier vous semble-t-elle envisageable ?

S'agissant de la limitation de la réparation des préjudices matériels, on comprend bien qu'il s'agit d'éviter des actions de groupe dans des affaires de droit de la santé de type *Médiateur* ou dans le domaine environnemental, voire financier et boursier.

Pour quelle raison une telle limitation ? Le projet 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 sans considération de la situation particulière de chacun ; si un contrat est déséquilibré, il est 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. C'est cette difficulté sans doute qui explique le choix du gouvernement, mais il n'est pas certain que les consommateurs lésés comprennent quant à eux cette limitation à l'indemnisation de leurs préjudices.

La question qui se pose est donc en outre, ici, de savoir si la réparation des seuls dommages matériels est efficace.

Nous estimons que l'action de groupe devrait assurer la réparation des préjudices, sans les distinguer et ce pour deux raisons.

Première raison : la question du dommage moral est parfois très importante, voire déterminante, de certains procès (on songe au préjudice d'agrément, au préjudice d'affection, etc.). Le dommage corporel peut également être considérable et on voit mal pour quelle raison il devrait être écarté.

En outre, le préjudice moral et le préjudice corporel peuvent être considérés, en réalité, comme des préjudices matériels : ils se soldent par une indemnisation, exactement comme le préjudice matériel : aucune différence du point de vue des résultats ou dans l'esprit de victimes qui ne comprennent pas les distinctions juridiques.

Enfin, cette dissociation pourrait être considérée comme procédant d'un archaïsme, assez français d'ailleurs, selon lequel dès qu'un préjudice survient, un citoyen lambda songe, en premier lieu à « porter plainte », saisir le juge pénal donc, a fortiori en présence d'un dommage corporel et non à assigner l'auteur de ce préjudice. Les raisons sont multiples et relevant de la sociologie de la justice ou de la psychologie judiciaire : la volonté d'obtenir un « coupable » identifié, de le voir coulé au pilori, de « faire son deuil », comme on l'entend à longueur de compte-rendu médiatique des grandes affaires sanitaires. Or, la justice pénale est lente et le deuil ne se fait pas, le « coupable » n'est pas identifié (ou mal, par une surestimation de culpabilités fictives et finalement politiques ou morales, cf. « l'affaire du sang contaminé »), et le « coupable » si par extraordinaire il est identifié réellement (cf. affaire du Mediator) risque des peines sans commune mesure avec l'attente des endeuillés ; ce dont il ressort que l'appel à la justice pénale est inefficace, du moins pour les victimes. Un procès civil assure la même fonction de deuil, il permet d'obtenir une condamnation, une indemnisation, mais dans des délais autrement plus rapides et ne dépendant pas de la surcharge de travail d'un parquet spécialisé ou de juges d'instruction qui mettent parfois une dizaine d'années pour instruire un procès complexe.

En ce sens, l'action de groupe pourrait, en outre, aboutir à une dépénalisation de certains contentieux.

Conclusion : l'indemnisation par l'action de groupe des dommages corporels permettrait, peut-être, de détourner d'un procès pénal long, coûteux et inutile, une logique qui, finalement, demeure une logique d'indemnisation.

Deuxième raison : cette deuxième raison est moins prévisible. Il s'agit de vérifier que cette limitation au droit à réparation est bien conforme aux règles constitutionnelles et européennes.

Si, en effet, le droit à obtenir réparation d'un préjudice est un principe à valeur constitutionnelle, il en résulte que la loi qui limite ce droit à réparation aux seuls préjudices matériels, excluant ce faisant les préjudices corporels et moraux, pourrait susciter une critique ou à tout le moins une réserve d'interprétation, sauf à identifier un motif d'intérêt général particulier.

Il en est de même du droit à réparation d'un préjudice, entendu de manière large au sens de la CEDH qui apprécie les restrictions apportées au droit à la protection des biens, lesquels comprennent, en principe, les préjudices comme créances (art.1, Premier Protocole additionnel de la CEDH). Cela étant, pour qu'une telle difficulté soit soulevée, il conviendrait que les demandeurs à une action en inconstitutionnalité soient favorables à une action de groupe étendue, alors qu'on peut estimer que de telles actions seront engagées par des opposants au principe même de l'action de groupe ; mais, à rebours, ces opposants utiliseront sans doute toutes les ressources de l'interprétation du texte.

S'agissant de la limitation du champ d'application, la question est évidemment liée. Le « contentieux de la consommation » est une notion vague. Nous sommes tous tour à tour consommateurs, usagers, patients, public, contribuables, passagers, touristes, locataires, épargnant etc. : les catégories juridiques sont des fictions, et des fictions non étanches. On comprend bien qu'il s'agit d'éviter des actions de groupe dans le domaine environnemental et sanitaire. Mais, la frontière entre droit de la consommation et droit de la santé, par exemple, est particulièrement trouble : l'affaire du Mediator par exemple relève aussi de l'un que de l'autre. Un « patient » est aussi un « consommateur » (voire un usager face à l'hôpital public). L'affaire des prothèses PIP est à la fois constitutive du délit de tromperie (et relèverait à ce titre de l'action de groupe) et d'atteinte à la santé des personnes (ce qui l'exclurait en l'état de la loi du mécanisme de l'action de groupe).

Si, donc, un « consommateur » fût-il par ailleurs patient, usager, épargnant, etc. présente une action de groupe, je ne vois pas comment le champ d'application tel qu'actuellement défini pourrait l'en empêcher.

Il faudrait une définition du consommateur stricte, interdisant toute confusion avec d'autres catégories, ce qui serait une très curieuse et originale manière de sérier les citoyens.

Conclusion : Non seulement, donc, l'extension aux préjudices (matériels) sanitaires, environnementaux, boursiers et bancaires nous paraît *envisageable* mais elle nous semble surtout *envisagée* : cela dépend bien entendu de l'interprétation que les juges en auront mais, on voit assez mal comment ils pourraient procéder pour évacuer des « *ventes de biens* » ou des « *fournitures de services* » boursiers, environnementaux, sanitaires, de transport public, etc.

– Dans quelle mesure le dispositif figurant dans le projet de loi pourrait-il d'ores et déjà s'appliquer dans ces domaines et comment s'articulera-t-il avec les régimes spécifiques d'indemnisation prévus notamment en matière de santé (par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, qui a créé l'ONIAM, par exemple) ?

Cette articulation est effectivement une difficulté et révèle un *concours d'actions* qui sera toujours possible et qui, d'ailleurs, est plus large que la seule question des techniques spécifiques d'indemnisation.

Rien n'interdira par exemple à un consommateur d'introduire une action devant un juge pénal, parallèlement à une action de groupe.

S'agissant de techniques spécifiques comme l'ONIAM, ou d'autres fonds de garantie, l'action de groupe présente l'inconvénient d'être plus lente à mettre en œuvre que ces techniques, qui proposent le plus souvent des propositions de transaction, etc.

– Les préjudices matériels et moraux résultant d'un dommage corporel, conformément à la nomenclature *Dintilhac* (pertes de gains professionnels, acquisition d'un véhicule adapté, dépenses de santé, etc.) sont-ils exclus du champ actuel de l'action de groupe ?

Nous pensons qu'ils ne sont pas exclus : la nomenclature *Dintilhac* a pour objet de rattacher à l'indemnisation (l'indemnisation est techniquement le résultat d'une réparation, tandis que le préjudice est la perte éprouvée, à l'origine d'une demande de réparation) d'un préjudice corporel de certains préjudices matériels ou moraux.

En revanche, elle ne peut avoir pour effet d'exclure, dans un tout autre domaine (et avec des logiques de hiérarchie des normes totalement distinctes), des chefs de préjudices particuliers.

Donc, la réponse est négative : ces dommages sont bien des dommages matériels indemnisables sur la base de l'état actuel du projet.

– En matière boursière et financière, les épargnants victimes d'une information trompeuse ou mensongère entreront-ils dans le champ de l'action de groupe ?

Les épargnants, pourvu qu'ils soient des consommateurs, pourront engager une action de groupe pour des dommages matériels commis à l'occasion d'une « vente de bien » ou la « fourniture d'un service », dont les ventes ou fournitures de services financiers ou boursiers.

On peut même estimer que ce domaine sera un domaine de prédilection des futures actions de groupe. Aujourd'hui pourtant n'existe pas de définition construite par la jurisprudence de l'épargnant. La position de la jurisprudence n'est dès lors pas acquise.

3. *Champ d'application de l'action de groupe. Limitation aux personnes physiques. La limitation aux personnes physiques (qui exclura, par exemple, les syndicats de copropriétaires et les PME) est-elle justifiée ?*

On peut envisager cette question de deux manières :

– du point du droit de la consommation, la notion de consommateur est traditionnellement associée à celle de personne physique (comme en droit de l'Union

européenne), ce qui pourrait être contesté, dans une conception plus objective, moins subjective, associant le *consommateur* à une position contractuelle : le fait d'agir, peu importe que ce soit une personne physique ou morale, pour satisfaire des besoins domestiques ou non professionnelles. Si la jurisprudence française a admis l'application du droit de la consommation à des personnes morales cela a toujours été parce que lui était octroyée la qualification de « non-professionnel ». En l'état le projet de loi n'évoque que les consommateurs, et aucunement les « non-professionnels ».

– du point de vue du droit processuel, c'est-à-dire de l'action de groupe, il n'est pas nécessaire que l'action de groupe soit exercée uniquement par des personnes physiques.

La conjonction de ces deux observations aboutit alors au plus petit dénominateur commun, tel qu'il apparaît dans le projet. Au final ce n'est une difficulté insurmontable, le fait que seules des personnes physiques puissent agir n'est pas d'une cohérence parfaite, mais sans réelle incidence (il suffit que les copropriétaires ou les associés d'une SARL agissent : aujourd'hui la Cour de cassation refuse la qualité de non-professionnel aux sociétés commerciales).

Donc : est-ce que cette limitation est justifiée ? Non, mais ce n'est pas un argument dirimant.

Qualité pour agir

4. *Qualité pour agir. Monopole des associations de consommateurs agréées. Le choix de réserver le droit d'introduire une action de groupe aux associations de consommateurs agréées et représentatives au niveau national vous semble-t-il justifié ? Ces associations disposent-elles des moyens financiers leur permettant de mener de telles actions ? Leur responsabilité pourra-t-elle être mise en cause en cas de défaillance ?*

Un élargissement à des associations *ad hoc*, dont le juge vérifierait le sérieux et la représentativité lors de l'introduction de l'action, serait-il souhaitable ?

Cette question est l'une de celles qui posent le plus de difficultés qui s'articulent autour de deux questions, le principe du monopole et les raisons, éviter des demandes fantaisistes.

Sur le premier point, nous sommes d'avis que le monopole des associations de consommateurs est une solution critiquable en tant qu'une telle « prime » accordée aux associations de consommateurs, même agréées, est difficilement réversible, plus difficilement en toute hypothèse que la situation inverse.

Les arguments favorables à ce monopole sont essentiellement supra-juridiques : il s'agit, certainement, d'éviter les difficultés constitutionnelles ou conventionnelles liées à la question de l'action engagée par un ou plusieurs consommateurs au nom de tous les autres (« 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.

Toutefois, on peut observer :

- que les associations de consommateurs ne disposent d'aucune légitimité particulière. A la différence des syndicats, par exemple, dont la légitimité et la représentativité sont assurées par des consultations régulières et ouvertes, les associations de consommateurs ne disposent d'aucune légitimité autre que celle de la reconnaissance par l'agrément national.
- Que l'action des associations de consommateurs, aussi légitime et efficace qu'elle soit n'a pas fait, peut-être faute de moyens juridiques, la démonstration de leur efficacité, par exemple dans le domaine de la lutte contre les clauses abusives.

Cela étant précisé, le projet de loi demeure cohérent quand bien même il réserverait les actions de groupe aux associations de consommateur.

Sur le second point, l'exposé pourrait cependant envisager cette situation : l'expérience étrangère montre que l'hypothèse d'une action engagée par un consommateur ou un groupe de consommateur n'aboutit pas nécessairement à des demandes fantaisistes : cet argument est très largement exagéré.

Par conséquent, le projet pourrait préciser que l'action de groupe peut être engagée 1) par un consommateur ou un groupe de consommateurs qui entament l'action, à charge soit de constituer une association *ad hoc* en vue de conduire l'action soit de la confier à une association agréée de consommateurs, 2) par une association agréée de consommateurs.

On ne peut, en effet, écarter l'hypothèse dans laquelle des associations de consommateurs, pour mille raisons, répugnent, refusent d'engager une action de groupe contre un professionnel déterminé (un professionnel public par exemple) ou encore n'aient pas les moyens d'engager l'action (étant déjà engagées dans d'autres procédures).

Le fait de permettre à un ou plusieurs consommateurs isolés d'engager l'action de groupe (à leurs risques et périls d'ailleurs en cas de demande fantaisiste) et de lui imposer de constituer une association ou de la confier à une association de consommateurs, permet alors de palier tous les arguments développés : *toutes les actions de groupes* pourraient être engagées, et les associations de consommateurs seront en toute hypothèse les acteurs principaux des actions.

Par conséquent, et pour répondre à la question posée :

- Le choix de réserver le droit d'introduire une action de groupe aux associations de consommateurs agréées et représentatives au niveau national, justifié pour des raisons de prudence au regard des règles constitutionnelles ou de la CEDH, nous semble bien moins justifié, pour des raisons extra-juridiques.
- Ces associations ne disposent sans doute pas des moyens financiers leur permettant de mener de telles actions ou en toute hypothèse de mener des actions de manière efficace.
- Leur responsabilité pourrait sans doute être mise en cause en cas de défaillance ou en cas d'échec dans l'action, voire de demande fantaisiste ou abusive, par les techniques classique du droit de la responsabilité.
Il serait d'ailleurs utile de prévoir un dispositif assurant l'engagement de la responsabilité d'une action qui serait rejetée par le juge.
En effet, l'une des difficultés majeures des *class action* de type américain repose sur deux effets, l'effet d'*ambulance chasing* et celui de *deep pocket*. Leur combinaison peut aboutir à des actions dirigées dans des directions n'ayant d'autre but que d'obtenir une solution transactionnelle, pour que la « cible » de l'action évite la mauvaise publicité encourue du fait d'une action, justifiée ou non.
- L'élargissement à des associations *ad hoc*, dont le juge vérifierait le sérieux et la représentativité lors de l'introduction de l'action, serait éminemment souhaitable à la fois pour pallier les difficultés liées aux actions ou aux carences d'une ou des associations de consommateurs.

5. Qualité pour agir. Actions concurrentes.

– Plusieurs actions de groupe (susceptibles de faire l'objet d'une jonction par la suite) peuvent-elles être introduites concomitamment ou successivement contre le même professionnel pour un même manquement par plusieurs associations ? En cas de réponse négative, quelle disposition du texte l'exclut-elle expressément ?

– Lorsqu'une action de groupe a été engagée, les consommateurs lésés conservent-ils bien leur droit d'introduire une action individuelle en vue d'obtenir la réparation du préjudice matériels causé par le même manquement du professionnel concerné ? En cas de réponse négative, la simple suspension de la prescription de ces actions est-elle suffisante pour assurer la conformité du texte aux exigences constitutionnelles (droit d'agir en justice) ?

Ces deux questions abordent les éventuelles difficultés pratiques liées à la mise en œuvre de l'action de groupe.

– La première question pose le problème de l'éventuel concours d'actions, qui peut être particulièrement néfaste à l'action de groupe. 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 des condamnations pour publicité mensongère des divers intervenants (l'un d'entre eux était, il est vrai l'émanation d'un cabinet d'avocats, l'autre l'association Que Choisir, pourtant réputée pour son sérieux).

Pour éviter cette concurrence, on pourrait considérer qu'une seule association de consommateur puisse engager l'action, ce qui éviterait, *en aval*, cette concurrence, mais l'accroîtrait *en amont* : l'effet d' « *ambulance chasing* » si redouté des avocats, serait ici réalisé par les associations de consommateurs.

On pourrait au contraire considérer que plusieurs associations de consommateurs puissent engager une action de manière concurrente : le projet expose (art. L. 423-1) que l'action est conduite par « *une association de défense des consommateurs ...* », sans que l'on puisse tirer quelquel effet de cette singularité. On pourrait l'interpréter comme signifiant qu'une *seule* association peut agir. Mais 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 le projet, à moins que cela soit l'une des questions traitées par décret en conseil d'état prévu à l'article L. 432-2. À défaut d'accord entre celles-ci, selon le projet de loi c'est le juge qui désignera l'association qui mènera l'action, ce qui n'est pas sans créer quelques conflits. Une telle solution est à privilégier car il est en pratique impensable d'admettre que l'action puisse être menée par plusieurs associations, ce qui pourrait aboutir à des conflits dans le déroulement de la procédure.

Sur la première question, donc, rien n'exclut, dans le projet, un possible concours d'actions. La question n'est d'ailleurs pas véritablement importante : ce qui importe c'est la définition du groupe, au sens de l'article L.423-3, al.1 : « *[le juge] détermine le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagé* ». Il resterait néanmoins à déterminer qui serait habilité à représenter les intérêts des consommateurs en cas de pluralité d'actions.

–La seconde question ouvre la question du caractère fermé ou ouvert de l'action.

A priori, aucune disposition dans le texte n'interdit à un particulier d'engager parallèlement une action indépendante de l'action de groupe.

Toutefois, l'article L. 423-3, al. 5 du projet indique que « *le juge fixe les délais et modalités selon lesquelles les consommateurs peuvent adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice (...)* », ce qui pourrait avoir pour conséquence de considérer que la seule façon d'obtenir réparation est d'adhérer au groupe. Cette interprétation n'est cependant pas nécessaire : par conséquent, on peut considérer qu'un consommateur conserve la possibilité d'agir de manière indépendante. En outre la formule de l'article L. 423-12, par la suspension de la *prescription* des actions individuelles du fait de l'introduction d'une action de groupe laisse entendre que, par hypothèse, pour que ces actions individuelles voient leur délai de prescription suspendu, c'est qu'elles existent et continuent d'exister malgré l'introduction de l'action de groupe.

Toutefois, sur la deuxième partie de la question, si la réponse devait être négative, la formule de l'article L. 423-12 est suffisante pour assurer la préservation du droit constitutionnel d'action.

Constitution du groupe

6. Constitution du groupe. Etes-vous favorable à l'option d'*opt in* retenue ? L'absence de constitution – totale ou au moins partielle, à travers quelques cas dont l'association aurait déjà été saisie – du groupe avant que le juge ne statue sur la responsabilité du professionnel et sur la détermination du groupe (art. L. 423-3, alinéa 1) ne soulève-telle aucune difficulté pratique ou juridique ?

L'option d'*opt in* nous semble effectivement la meilleure solution, associée à l'*opt out* subséquent, à la fois pour des raisons d'opportunité (nul ne peut être contraint d'agir) et pour des raisons constitutionnelles.

Plus délicate est l'hypothèse dans laquelle le groupe ne serait pas encore constitué : c'est la question, assez cruciale du choix de l'ordre de la procédure, eu égard à quelques principes essentiels du droit processuel : intérêt à agir, principe du contradictoire, droit à un procès équitable, relativité de la chose jugée, etc.

– On pourrait ainsi estimer que la décision portant sur le principe de la responsabilité avant que le groupe ne soit constitué pourrait être contraire à l'article 5 du Code civil si on considère que le jugement vise un ensemble de personnes abstraites. Cette lecture, qui suppose une surestimation de la portée de l'article (toute décision de jurisprudence serait un arrêt de règlement) peut en réalité être relativisée : l'article L. 423-3 prévoit que la même décision qui définit le principe de la responsabilité établit le périmètre du groupe.

– L'introduction des actions de groupes dans le système français pourrait se heurter au principe de l'autorité de la chose jugée dans la mesure où pour qu'une personne soit affectée par un jugement, il faut que celle-ci ait été partie à l'instance. Or, le projet prévoit, sur le modèle américain, après la première phase judiciaire qui établit la responsabilité, une deuxième phase consistant à réunir les victimes potentielles averties par publicité, afin de les faire profiter du jugement rendu à l'issue de la première instance.

– En outre, l'action de groupe serait attentatoire aux droits de la défense en ce que la partie mise en cause, ne peut effectivement se défendre, le « principe » de sa responsabilité étant engagée sans qu'elle maîtrise la qualité de ses adversaires et les moyens, particuliers, à opposer pour sa défense.

Ces obstacles peuvent cependant être considérés comme contingents :

– le principe de l'« *opt in* » suppose un acte positif pour être partie à l'instance et, donc, à l'éventuelle décision de justice qui ne peut qu'être particulière, même pour un grand nombre de particuliers. Ce faisant le principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur* » qui n'est d'ailleurs pas absolu, est respecté, dans la mesure où l'on retrouve une autorisation expresse du justiciable pour être représenté, ce que le mécanisme de l'*opt out* initial ne permet pas ;

– en outre il pourrait être proposé que la première phase du jugement ne soit un premier « jugement », mais une décision « avant-dire-droit » faisant corps avec

l'ensemble du procès, pour justifier l'ordre retenu (délibération sur le principe et le groupe puis publicité organisée).

– Sans doute convient-il d'intégrer de manière claire la possibilité de tout membre du groupe de sortir de celui-ci (*opt out* subséquent), validant la liberté d'agir, de ne pas agir ou de renoncer à agir (Dec. Cons. constit. ,n°89-257 DC 25 juillet 1989).

– L'asymétrie procédurale semble relativement apparente, dans la mesure où la partie défenderesse peut, en toute hypothèse, dans le projet, formuler de moyens de défense, qu'il s'agisse de questions de preuve ou de moyens au fond.

7. Procédure simplifiée. Le Gouvernement avait envisagé de créer une procédure simplifiée, lorsque le nombre de consommateurs est connu et que le montant de leur préjudice est identique. Cette procédure simplifiée ne figure plus dans le projet de loi.

Que pensez-vous de cette suppression ?

C'est effectivement dommage, mais peu importe, cela pourra faire l'objet d'une réforme future, à moins que l'on considère que le projet actuel est, en lui-même, une formule simplifiée.

8. Provision. L'art. L. 423-3, alinéa 6, prévoit le versement éventuel par le professionnel d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens. Serait-il envisageable d'aller plus loin et de compléter cette provision, en prévoyant que le juge puisse ordonner le versement d'une autre provision correspondant au préjudice total estimé à ce stade de la procédure, qui serait immédiatement versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations ?

Cette question semble plus technique. Elle s'inscrit, à mon avis dans une logique moins immédiate. Le risque est, en effet, celui de l'impécuniosité du professionnel. Cela étant la question envisage des mesures assez radicales, d'une part, en permettant au même juge d'ordonner cette provision et d'autre part en ordonnant la consignation de cette somme entre les mains de la CDC. Cela ne nous semble pas utile en l'état : les règles de la procédure civile permettent, par les techniques des voies d'exécution, des résultats voisins.

Indemnisation

9. Nature de l'indemnisation. La réparation doit-elle être exclusivement pécuniaire ou peut-elle être opérée en nature ?

Il ne semble pas utile de tenter de gérer cette question, qui relève des techniques du droit de la responsabilité : ou bien ces règles permettent une indemnisation en nature (en général non), ou bien elles ne le permettent pas : dans les deux cas, la loi ne ferait que s'affaiblir à retrancher ou ajouter une règle particulière.

10. Procédure d'indemnisation. Liquidation des préjudices et exécution. Une fois la

responsabilité du professionnel établie et le préjudice déterminé par le juge, la procédure d'indemnisation prévue par les articles L. 423-3, alinéa 5, L. 423-4 à L. 423-7 vous paraît-elle satisfaisante ?

La réponse à cette question suppose qu'un choix clair ait été réalisé entre les deux types d'actions de groupe plus haut envisagées, une action de type « indemnitaire » dont le but est simplement d'assurer l'indemnisation des préjudices au risque que la preuve réelle des préjudices soit faible, voire ridicule, et donc que le professionnel ait plus intérêt à causer le préjudice et donc à ne pas respecter ses conventions ou les obligations légales, ou bien une action de type « sanction » qui attribue à l'action de groupe un rôle dépassant la seule recherche de l'indemnisation du préjudice mais associe la sanction de la violation de la loi ou des obligations conventionnelles passant par la confiscation du « surprofit » à travers la notion de « reliquat ».

Le projet s'inscrit, sans interdire d'ailleurs toute évolution future, dans la première logique, celle d'une action de type indemnitaire. De ce point de vue, le projet est satisfaisant.

Du point de vue de la seconde logique, il ne l'est en revanche absolument pas.

Plus alors qu'insatisfaisante, la solution pourrait présenter le risque d'être inefficace quant à l'application des règles dont elle est censée assurer le respect.

11. Rôle de l'association dans la phase d'indemnisation. Si le juge a décidé que les consommateurs devraient passer par l'intermédiaire de l'association pour la réparation de leur préjudice, et non s'adresser directement au professionnel, quel sera le rôle de l'association ? Doit-elle apprécier le bien-fondé des demandes et, le cas échéant, déterminer le montant de l'indemnisation au regard des critères fixés par le juge, ou se contenter de les réceptionner et de les transmettre au professionnel ? Idem pour le(s) tiers mentionné(s) à l'article L. 423-4.

Le rôle de l'association, tel qu'il semble apparaître dans le projet, est celui d'un simple collecteur de fonds, un mandataire, chargé de répartir les indemnités. Il pourrait sembler inadéquat que l'association ou le tiers de l'article L. 423-4 puisse « *apprécier le bien fondé* » demandes, autrement que dans les strictes limites posées par le juge : au juge donc de définir ces limites (types de preuves, montant de l'indemnité, etc.).

12. Intervention d'un tiers prévue par l'art. L. 423-4. Quelle pourrait-être la qualité de cette personne ? L'article L. 423-4 fait référence à « toute personne » : son choix devrait-il être encadré et, le cas échéant, restreint à certaines professions (avocats, huissiers de justice, administrateurs et mandataires judiciaires, par exemple) ?

Sauf réserve éventuelle d'interprétation proposée par le Conseil constitutionnel, la formule semble claire : un « tiers » est constitué de n'importe quelle personne non partie et non membre de l'association, un avocat, un huissier, une banque, etc.

13. Recours en cas de litiges lors de l'indemnisation. Qui pourra saisir le juge en application de l'article L. 432-6 : l'association, le consommateur concerné ou le professionnel ? Dans quel délai ? L'obligation de statuer dans un même jugement ne risque-t-elle pas d'allonger encore la procédure ?

A priori, la formule de l'article L. 423-6 est suffisamment large pour permettre d'envisager toute personnes qui y aurait intérêt, dont les parties.

En outre pour que le juge statue « dans un même jugement », encore convient-il que les demandes aient été expressément formulées préalablement : donc, non, a priori, cela ne devrait pas allonger plus que de mesure la procédure ; le juge disposant de toute latitude et expérience processuelles pour écarter, voire sanctionner, les demandes dilatoires ou abusives.

Médiation

14. Médiation. Les dispositions prévues en matière de médiation vous paraissent-elles satisfaisantes ? L'absence de précision sur la prise en charge des frais de publicité de la médiation signifie-t-elle que ces frais ne seront pas nécessairement pris en charge par le professionnel ?

Ces dispositions nous semblent suffisantes ; on peut penser que le juge disposera de toute la latitude pour apprécier si ces frais doivent ou non être couverts (à condition de le demander). Il serait sans doute exagéré de l'imposer.

D'une manière générale, le recours à la médiation est une très bonne solution, y compris la mesure d'homologation judiciaire. On peut même imaginer que les parties décident de recourir, par voie de compromis, à une procédure arbitrale, dont la sentence serait immédiatement exécutoire (sauf procédure d'exequatur).

Action de groupe en matière de concurrence

15. Actions de groupe en matière de concurrence.

– Le dispositif retenu vous paraît-il satisfaisant ? Le choix de limiter la possibilité d'introduire une action de groupe aux cas où une décision de sanction a été rendue par l'Autorité de la concurrence, la Commission européenne ou une autorité de concurrence nationale et est devenue définitive (action dite « en *follow on* ») est-il justifié ? D'autres options ne sont-elles pas envisageables, telles qu'un sursis à statuer si l'Autorité de la concurrence est déjà saisie ou la possibilité pour le juge de recueillir l'avis de l'Autorité si celle n'a pas été saisie ?

Cette question est, a priori, motivée par les origines de la montée en puissance, en France de l'idée d'action de groupe, après l'affaire « téléphonie mobile » de 2004, les prises de position favorables du Conseil de la concurrence puis de l'ADLC, et enfin des autorités de l'Union européenne.

Une thèse récemment soutenue à Montpellier (G. Zambrano, *L'inefficacité des actions en réparation des infractions en droit de la concurrence*, Th. Montpellier, 2012) a montré les difficultés processuelles et substantielles majeures liées à la possibilité d'engager de telles actions, l'échec, à 100% des procédures d'indemnisation en cas de préjudice de surcoût (thèse du « *passing on* ») et un certain succès des procédures en cas de préjudice d'éviction.

On peut donc espérer que l'action de groupe permettra d'obtenir réparation de préjudices de surcoût qui sont directement concernés.

Deux 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 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. En second, les règles du droit de la concurrence 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 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 oppose *de lege lata*, mais, a fortiori, une telle précision enrichirait, *de lege ferenda*, sans doute la palette des actions possibles des demandeurs devant l'autorité de la concurrence.

– Une solution intermédiaire, retenant l'application de la règle de « *follow on* », mais sans imposer que la décision ne soit devenue définitive, est-elle envisageable ?

Une fois que l'autorité de la concurrence est saisie, le juge civil qui aurait été parallèlement saisi devrait, aujourd'hui, surseoir à statuer. On voit mal comment le modifier.

En revanche, comme précédemment établi, rien, aujourd'hui n'impose une décision préalable et/ou définitive pour que le juge civil soit saisi. L'article L. 423-10 se présente, de ce fait, comme une régression.

– Ne conviendrait-il d'indiquer expressément que la prescription du droit des victimes aux dommages et intérêts est interrompue durant la procédure menée par

l'autorité de la concurrence compétente, ou l'article L. 423-11 vous semble-t-il suffisant à cet égard ? Qu'en est-il s'agissant des actions individuelles ?

Pour autant que les remarques précédentes soient écartées, la formule de l'article L. 423-11 ne semble pas poser de difficulté, à ceci près, effectivement, qu'elle semble allonger le délai de prescription : en effet, une action dont le point de départ daterait de moins de cinq ans, serait automatiquement considérée comme née, et donc soumise à la prescription quinquennale de l'article L. 423-11. De fait on pourrait avoir des actions réellement soumises à une prescription de dix ans. Cela étant, ce sont deux questions différentes : d'une part la prescription née de l'existence d'un préjudice susceptible d'être civilement réparé, soumis à la prescription ordinaire et d'autre part l'actionnée d'une décision de l'ADLC, pourquoi pas soumise à une nouvelle prescription. Aucun argument ne semble remettre en cause la validité d'une telle norme si elle était adoptée.

En revanche, dans la mesure où l'article L. 423-11 ne vise que l'action de l'article L. 423-1, les actions individuelles ne seraient pas concernées et demeureraient soumises à la prescription ordinaire.

En résulte-t-il une rupture d'égalité ? Sans doute pas dans la mesure où l'action de l'article L. 423-1 est une action supplémentaire, et non une action qui se substitue à l'action individuelle : à chaque consommateur de choisir la voie de l'action de groupe ou celle de l'action individuelle.