

Colloque organisé par la Commission Consommation-Logement
du Syndicat des Avocats de France

L'UNION FAIT L'ACTION

D'une action de groupe théorique
à sa mise en pratique

Samedi
19 mars
2011



Bibliothèque
de l'Ordre des avocats

17, rue Pasteur Vallery Radot
94000 Créteil

Métro ligne 8 station Créteil Université

P&W

SAF

Renseignements et inscriptions :

Syndicat des Avocats de France - 34, rue Saint-Lazare - 75009 Paris

Tél. : 01 42 82 01 26 Fax : 01 45 26 01 55 - www.LeSaf.org - Contact@LeSaf.org

MATINÉE

- 09H00 >> ALLOCUTIONS DE BIENVENUE
 Arnauld BERNARD, Bâtonnier du Val-de-Marne
 Pascale TAELEMAN, Présidente du SAF
- 09H15 >> PRÉSENTATION DE LA JOURNÉE
 Noura AMARA-LEBRET, Présidente de la Commission Consommation-Logement du SAF

LES AXES DE RÉFLEXION

- 09H30 >> POUR UNE ACTION DE GROUPE
AU DOMAINE ÉLARGI ET SANS MANDAT
 Jean-Jacques GANDINI, Avocat SAF Montpellier
L'ACTION DE GROUPE, POINT DE VUE D'UN PROCESSUALISTE
 Soraya AMRANI MEKKI, Professeur Université Paris Ouest,
 membre du Centre de droit pénal et de criminologie
- 10H30 >> DÉBAT
- 10H50 >> PAUSE
- 11H00 >> ÉTAT DE LA RÉFLEXION SUR L'INTRODUCTION
DE L'ACTION DE GROUPE EN DROIT FRANÇAIS
 Philippe GUILLERMIN, Chef du bureau « Protection Économique
 du Consommateur DGCCRF »
L'EXPÉRIENCE DU PORTUGAL
VIS-À-VIS DE LA TIMIDITÉ EUROPÉENNE
 Maria Christina PORTUGAL, membre du CESE Bruxelles,
 Avocate au Barreau de Lisbonne
- 12H00 >> DÉBAT
- 12H30 >> DÉJEUNER

APRÈS-MIDI

LES PRATIQUES ENVISAGÉES

- 14H00 >> LE BILAN DE L'IMPASSE DE L'ACTION
EN REPRÉSENTATION CONJOINTE
 Jérôme FRANCK, Avocat spécialisé dans le Droit de la Consommation Paris
L'ACTION DE GROUPE, UNE AUTRE FAÇON DE JUGER POUR
FACILITER L'ACCÈS AU JUGE ?
 Odile BARRAL, Juge d'Instance Albi, Secrétaire Nationale du Syndicat de la Magistrature
- 15H00 >> DÉBAT
- 15H20 >> PAUSE
- 15H30 >> LE POINT DE VUE DU PROFESSIONNEL
SUR L'ACTION DE GROUPE
 Jean-Pierre GONTIER, Responsable Centre Leclerc d'Orléans
DES POSSIBILITÉS D'UNE ACTION DE GROUPE EFFICACE
ET ENCADRÉE
 Cédric MUSSO, Directeur des Relations Institutionnelles, UFC- Que Choisir ?
- 16H30 >> DÉBAT GÉNÉRAL
- 17H30 >> CLÔTURE DU COLLOQUE

SOMMAIRE

PRÉSENTATION DE L'INTERVENTION

Pour une action de groupe au domaine élargi et sans mandat p.03
*Jean Jacques GANDINI, SAF Montpellier, membre de la commission « conso-logt » du SAF,
en charge de la préparation du colloque*

L'ACTION DE GROUPE EN DROIT DE LA CONSOMMATION

p.05
*Soraya AMRANI MEKKI, Professeure agrégée à l'Université de Paris Ouest Nanterre La défense
Membre du centre de droit pénal et de politique criminelle*

ETAT DE LA RÉFLEXION SUR L'INTRODUCTION DE L'ACTION DE GROUPE EN DROIT FRANÇAIS

p.23
Philippe GUILLERMIN, Chef du Bureau « Protection économique du consommateur » DGCCRF

L'EXPERIENCE DU PORTUGAL vis-a-vis DE LA TIMIDITÉ EUROPÉENNE

p.31
*Maria Cristina PORTUGAL
avocate au Barreau de Lisbonne, associée de la société d'avocats Sternberg,
Galamba, Portugal & Associados*

LES ACTIONS COLLECTIVE EN DROIT DE LA CONSOMMATION

p.41
Présentation sommaire et analyse critique de l'existant
*Maître Jérôme FRANCK
Avocat au Barreau de Paris*

L' ACTION DE GROUPE :

une autre façon de juger ? p.47
Odile BARRAL, Secrétaire nationale du Syndicat de la magistrature, Vice- Présidente Instance ALBI

RECOURS COLLECTIFS ET DROITS DES CONSOMMATEURS :

des possibilités d'une action de groupe efficace et encadrée p.53
Cédric MUSSO, Directeur des relations institutionnelles, UFC Que choisir ?

ANNEXE

Motion adoptée au 34^{ème} congrès du SAF à Rennes Novembre 2007

L'ACTION DE GROUPE : UNE PROCÉDURE UNIQUE POUR UNE JUSTICE EFFECTIVE p.61

Présentation de l'intervention

Pour une action de groupe au domaine élargi et sans mandat

Jean Jacques GANDINI
SAF Montpellier
membre de la commission «conso-logt» du SAF,
en charge de la préparation du colloque

L'action de groupe est une procédure, nouvelle en droit français, destinée à renforcer les droits des consommateurs, au sens large du terme, qui n'ont souvent qu'un intérêt financier très limité à agir en justice à propos de litiges portant sur des dommages d'un faible montant pour chacun d'entre eux.

La massification de ces litiges -entente des opérateurs de téléphonie mobile, frais bancaires indus, clauses abusives dans les contrats, jouets défectueux, pollution de sites....- exige que les plaignants obtiennent des moyens d'action à la hauteur de l'enjeu : la réparation effective de l'intégralité du préjudice subi, à savoir à la fois la confiscation des gains illicites et l'octroi de dommages-intérêts à toutes les victimes.

Cette action doit leur permettre, en se regroupant, de faire valoir collectivement ce droit à réparation à l'encontre d'une seule personne, physique ou morale, par le biais d'une procédure unique, consacrant ainsi le droit au recours effectif, lequel a rang constitutionnel.

L'enjeu consiste à rééquilibrer le rapport de forces existant entre professionnels et consommateurs au profit de ces derniers alors qu'actuellement l'inefficacité du droit positif existant conduit les professionnels à intégrer dans leur stratégie sa transgression qui s'avère à l'arrivée, même en cas de poursuites et de condamnations, moins onéreuse pour eux que le respect de ses dispositions.

En pratique, il convient que cette action, hors le champ spécifique du droit social, soit ouverte à toute association agréée représentative, mais aussi « ad hoc » -c'est-à-dire constituée à cet effet, après la survenance d'un préjudice à la suite d'un événement précis, sous réserve d'un contrôle par la juridiction du bien-fondé de sa création-, et ce dans tous les domaines où un même fait, un même comportement ou une même pratique peuvent porter préjudice à de multiples intérêts individuels, notamment en matière de consommation, mais aussi droit bancaire, boursier et de la concurrence, discrimination, environnement, santé..., dans les limites toutefois d'un montant nominal maximum qui peut être fixé à 15 000 euros.

Il convient également que soit mise en œuvre essentiellement l'option d'exclusion, dite « opt out », qui implique que l'action soit exercée au nom de l'ensemble des individus victimes d'un comportement identifié, à l'exclusion de ceux qui auront expressément manifesté leur volonté de ne pas en faire partie, et ce dans un délai fixé par le juge.

Elle seule permettra en effet la réparation effective pour le plus grand nombre, sous le contrôle constant du juge, garant des intérêts de tous, y compris le professionnel qui n'aura ainsi à produire ses moyens de défense qu'au cours d'une seule instance ; étant en outre précisé, après vérification, qu'elle s'avère compatible avec nos règles constitutionnelles, et qu'elle est déjà à l'œuvre dans plusieurs pays européens.

L'option « opt in » sera réservée, elle, à certains types de dommages, notamment corporels, qui impliquent une indemnisation individuelle.

Le contentieux généré, compte tenu de sa spécificité, devra relever de la compétence du TGI par le biais par exemple d'une chambre spécialisée par ressort de Cour d'Appel, avec représentation obligatoire par ministère d'avocat.

Il conviendra de procéder en deux étapes :

première étape avec un jugement établissant un principe de responsabilité en vue de la constitution d'un groupe ;

deuxième étape ouverte après que les voies de recours aient été épuisées et qu'un jugement déclaratoire de responsabilité soit devenu irrévocable, en admettant les personnes remplissant les critères de rattachement au groupe.

Concernant les avocats, il apparaît préférable - du moins dans un premier temps - que ce dernier reste dans un rôle de conseil et non d'initiateur de l'action de groupe afin d'éviter les dérives du type de celle du site « classaction.fr » (condamné pour démarchage illicite, publicité de nature à induire en erreur et clauses abusives).

Dans ce rôle de conseil et de mandataire, l'avocat devra faire l'objet d'une formation de qualité, sous le contrôle des Ordres, pour assurer efficacement la mise en œuvre relativement complexe de cette procédure ; étant également précisé que le démarchage et le « pacte de quota litis » doivent demeurer prohibés dans le respect des règles déontologiques en vigueur.

C'est dans ces conditions que, dotée de moteurs et de garde-fous, l'action de groupe pourra prendre toute son ampleur et devenir l'instrument social de demain au service d'une justice efficiente, tout en ouvrant un nouveau champ d'action à la profession d'avocat.

L'ACTION DE GROUPE EN DROIT DE LA CONSOMMATION

Soraya AMRANI MEKKI

Professeure agrégée à l'Université de Paris Ouest Nanterre La défense
Membre du centre de droit pénal et de politique criminelle

1. – Ihering affirmait que l'action en justice est un devoir et non un simple droit car en défendant son droit subjectif, le citoyen défend le Droit objectif. Si cette formule est déjà ancienne, elle prend une acuité particulière aujourd'hui avec la propagation de l'action de groupe dans le monde. L'action de groupe servirait à poursuivre ce que Paul Ricœur nommait « *la finalité longue* » du procès, à savoir la protection et l'effectivité du droit. Elle repose ainsi sur un constat d'impuissance du droit à devenir effectif qui est particulièrement net en droit de la consommation. Le « *souci d'effectivité du droit*¹ » passe alors par l'effectivité du droit d'agir en justice pour assurer le respect du droit substantiel et passerait en droit de la consommation par la consécration d'une action de groupe. En cette matière, la modicité des sommes en jeu est un facteur de désintérêt pour l'action. Le décalage entre l'effort à produire pour faire reconnaître son droit et le gain produit n'incite pas à l'action. D'après une étude, il apparaît ainsi que 48% des consommateurs européens n'entameront pas d'action si les pertes sont inférieures à 200 euros et 8% ne le feront pas quelque soit le montant du préjudice subi.

2. – L'action de groupe est une demande récurrente, notamment des associations de consommateurs qui voient là un passage obligé de l'effectivité du droit de la consommation. Ce, même si le droit de la consommation n'est pas dépourvu de toute initiative puisque chacun sait que les associations peuvent demander la suppression de clauses abusives², agir en représentation conjointe³, agir pour la défense d'un intérêt collectif, sans même avoir aujourd'hui à justifier d'une habilitation législative⁴ et même bénéficier d'une action en cessation d'agissement illicite au niveau européen⁵. Les consommateurs seraient-ils devenus trop gourmands ?

Rien n'est moins sûr car tous les moyens d'action sont en pratique extrêmement limités et partant impropres à assurer l'effectivité du droit.

Premièrement, l'action en suppression des clauses abusives ne vaut que pour l'avenir⁶. Elle ne bénéficie qu'aux potentiels futurs consommateurs et non à ceux qui ont déjà conclu leurs contrats. De plus si, en cours de procès, le professionnel supprime les clauses

¹ M.-A. Frison Roche et W. Baranès, *Le souci d'effectivité du droit*, D., 1996, Chr. 301.

² V. not art. L 421-1 à 421-5 C. cons.

³ Loi du 18 janvier 1992

⁴ V. notamment Civ. 1, 8 septembre 2008, n° 06-22.038, Bull. civ. 2008, I, n° 201, JCP 2009, I 133, n° 3, obs. Ph. Stoffel-Munck, 1 142, n° 5, obs. Y.-M. Serinet.

⁵ Art L 422-1 C. cons. « *lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs.* ».

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, n°03-16905, publié au bulletin

litigieuses, l'action en justice devient sans objet⁷, ce qui prive l'action des associations de tout effet dissuasif. Il suffit pour le professionnel d'attendre qu'une action soit engagée et de ne supprimer les clauses qu'en dernier recours ! En outre, la clause n'est abusive que pour un modèle de contrat déterminé et ne peut s'étendre à d'autres contrats.

Deuxièmement, l'action en représentation conjointe qui permet à une association de consommateurs d'agir suppose l'obtention de deux mandats de consommateurs devant remplir des exigences formelles strictes mais qu'il n'est pas possible d'inciter par voie de publicité. De fait, il n'y a eu pour l'heure que 5 actions en représentations conjointes exercées ce qui justifie sa qualification d'action « *mort née* »⁸. Les associations ont bien tenté de contourner les règles, notamment en incitant l'intervention des consommateurs via des sites Internet mais la Cour de cassation a récemment rappelé dans un arrêt du 26 mai 2011 l'irrégularité d'une telle procédure pour non respect de l'interdiction de publicité⁹.

Troisièmement, l'action des associations dans l'intérêt collectif des consommateurs a l'inconvénient de ne pas supprimer le profit illicite du professionnel et de ne pas avoir d'effet comminatoire pour rendre le droit de la consommation effectif. En effet, l'indemnisation est limitée au préjudice collectif et ne s'étend pas aux préjudices individuels subis par les consommateurs victimes. Non seulement l'indemnisation des associations est parfois ressentie comme un enrichissement sans cause, mais encore l'absence d'indemnisation des victimes directes fournit une critique de poids à ses détracteurs. En matière de téléphonie mobile, pour 7 320 000 euros de profit réalisé, l'association UFC Que choisir a perçu 1524,49 euros au titre de son préjudice collectif. Aussi, même si la jurisprudence est plus libérale en n'exigeant plus que les associations aient une habilitation législative pour agir, les effets de l'action demeurent limités.

Quatrièmement, s'il y a parfois des actions efficaces qu'il faut saluer, ainsi de l'action en cessation de l'illicite au niveau européen, elles ont un domaine trop restreint. Au niveau communautaire, il manque un mécanisme permettant la réparation des préjudices¹⁰.

3. – Le besoin d'une action de groupe en droit de la consommation est avéré et ne se limite pas au souci d'effectivité du droit de la consommation. A travers le droit de la consommation, c'est aussi le souci d'effectivité du droit au juge qui est en cause. Le droit au juge ne doit pas seulement être affirmé, affiché, mais doit être effectif ainsi que l'imposent tant l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Airey contre Irlande* du 9 octobre 1979. La légitimité de la justice et la légitimité du droit substantiel sont ainsi au cœur des réflexions sur l'action de groupe. Elles ont d'ailleurs une acuité particulière en droit communautaire car s'y ajoutent des considérations politiques. Le droit communautaire est trop éloigné du justiciable européen qui doit là plus qu'ailleurs sans doute percevoir l'utilité concrète des réglementations.

Par ailleurs, droit de la consommation et droit de la concurrence allant souvent de pair, l'action de groupe répond aussi au besoin d'effectivité d'un droit de la concurrence qui peine à s'appliquer. Malgré les procédures de clémence qui bousculent déjà sensiblement les

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, n°03-16935, publié au bulletin

⁸ L. Boré, *L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?*, D. 1995, chron., p. 267.

⁹ Civ. 1, 26 mai 2011, n° n° 10-15.676, P+B+I.

¹⁰ En ce sens, M. Behars Touchais et N. Sauphanor, Réponse à la consultation de la commission relative à l'élaboration d'une approche cohérente des recours collectifs dans l'Union européenne, à paraître, éd. de la société de législation comparée, collection Trans Europe Expert, fin 2011.

règles de droit processuel, le constat d'ineffectivité a amené la commission européenne à vouloir se reposer sur les actions individuelles des consommateurs pour retrouver une véritable force¹¹. La commission estime ainsi à 20 milliards d'euros le montant des dommages et intérêts non recouverts¹². Le droit de la concurrence a besoin du droit de la consommation et l'action de groupe permet de combattre la « *passivité rationnelle* »¹³ des consommateurs victimes mais également, au delà, des petites et moyennes entreprises qui sont dans une situation de dépendance comparables.

4. - Si on peut partir du postulat que l'action de groupe est un besoin, il reste à en déterminer les moyens de mise en œuvre. En effet, l'action de groupe est une notion procédurale et il en existe donc de formes aussi variées qu'il existe de mécanismes institués. C'est la raison pour laquelle les critiques adressées en France à l'action de groupe peuvent être tempérées. En effet, elles sont souvent adressées à un modèle d'action de groupe, celui de la *class action* américaine qualifiée de véritable *monstre à la Frankenstein*. En tout état de cause, ces critiques ne doivent pas être repoussées mais utilisées pour construire un modèle d'action de groupe compatible avec les intérêts des uns et des autres. L'action de groupe est un outil procédural permettant de réaliser le droit de la consommation et dans une certaine mesure celui de la concurrence. Il participe ainsi de la régulation du marché et ne doit pas être stigmatisé comme constituant un risque pour l'économie d'un Etat, la viabilité des entreprises ou encore un mode de chantage aux entreprises.

Par ailleurs, il faut admettre que l'action de groupe amène à repenser le procès civil et à renouveler la perception des concepts procéduraux. L'action de groupe marque en effet le passage de l'individuel au collectif. La protection de l'intérêt général se fait par l'entremise de celle des intérêts particuliers. On a ainsi parlé de privatisation de l'intérêt général. Concrètement, l'action de groupe dans le procès amène à admettre l'émergence d'une partie collective comme l'annonçait déjà Mauro Cappelletti en son temps qui évoquait « *l'apparition d'une partie collective ou idéologique à côté de la partie individuelle ou traditionnelle... Nous assistons au mouvement vers une forme nouvelle (de) garantisme social ou collectif* »¹⁴.

La France réfléchit ainsi en ce moment à la construction d'une action de groupe ce qui permet sinon d'exposer les solutions qui sont en cours d'élaboration, du moins les questions qui se posent actuellement pour pouvoir la modeler. L'existence du groupe, entre individuel et général suppose d'appréhender une notion non juridique qui implique de construire une procédure adaptée aux besoins de la matière. Il me faut en effet vous exposer dans un premier temps, le groupe pour m'intéresser, dans un second temps à l'action proprement dite.

¹¹ Livre blanc de la commission européenne visant à renforcer les actions en dommages et intérêts pour des pratiques anticoncurrentielles. V. not. S. Amrani Mekki, « *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires en matière d'ententes et d'abus de position dominante, Aspects de procédure civile* », colloque de l'institut de droit comparé de Paris II et de l'AFEC du 13 juin 2008, Concurrences 2008-4

¹² Propos de Madame Nelly Kroes, commissaire à la concurrence.

¹³ F. Lefebvre, J. Dionis du Séjour, *Plaidoyer pour une procédure d'action de groupe à la française*, *Le Figaro*, 19 févr. 2008.

¹⁴ M. Cappelletti, *La protection d'intérêts collectifs e de groupe dans le procès civil, (métamorphose de la procédure civile)*, pp. 571 et s, spéc. n° 13 p. 591

I – LE GROUPE

5. – La difficulté principale s'agissant d'une action de groupe consiste précisément à déterminer ce qu'il faut entendre par groupe. Les raisons et les modalités de la constitution du groupe sont donc un préalable inévitable (A). Mais parce que ce groupe peut être diffus, non encore constitué, il faut encore régler la question de savoir qui peut agir au nom et pour le compte de ce groupe, ce qui pose la question de sa représentation (B).

A – LA CONSTITUTION DU GROUPE

6. – Parce que le postulat de départ est que l'action de groupe est nécessaire pour l'efficacité du droit, la construction d'une action de groupe doit se faire dans le sens de cette efficacité. Or, cette efficacité est étroitement liée au choix de mettre en place un système d'*opting in* ou d'*opting out*¹⁵. Notons qu'il n'y a pas en Europe de consensus sur l'utilisation d'un système ou d'un autre. L'Angleterre et le pays de Galles, de même que l'Italie et la Suède, ont choisi le système dans lequel les tiers doivent manifester leur volonté d'adhérer au groupe (*opting in*). Les Pays-Bas et le Portugal ont au contraire privilégié l'*opting out*. Pourtant, il nous semble que si c'est l'efficacité de l'action qui est poursuivie, un système d'*opting out* est mieux à même de répondre à cet objectif mais cela suppose un audit des systèmes d'*opting in* et d'*opting out*.

1°) *Opting in*

7. - Le système d'*opting in* a l'avantage en droit français de respecter les principes procéduraux¹⁶. Parmi ceux-ci, la liberté de l'action en justice est primordiale. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 25 juillet 1989¹⁷, a indiqué qu'il n'est pas possible d'agir à l'insu d'autrui et qu'une partie doit pouvoir refuser l'action¹⁸. En manifestant sa volonté de participer à l'action de groupe, la partie exerce sa liberté d'action. De plus, sa manifestation de volonté et son identification permettent de préserver le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée de la décision applicable aux seules parties au procès. Enfin, la dénomination des parties respecte l'adage selon lequel *nul ne plaide par procureur* en vertu duquel il n'est pas possible d'agir en justice pour une personne non dénommée¹⁹. C'est pourquoi l'*opting in* a eu la faveur de plusieurs projets de réforme en France²⁰.

¹⁵ Sur les mérites respectifs des deux systèmes, V. le discours prononcé par le 1er président de la Cour de cassation au Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », sur le site de la Cour de cassation

¹⁶ Système choisi par exemple par la Suède. Rapport d'information de l'AN : « Il y a, en second lieu, un enjeu politique, que les réponses des autorités françaises, britanniques et allemandes ont mis en exergue : tout projet éventuel de réforme ne peut faire abstraction du cadre posé par le droit national, dont certains principes – comme ceux régissant la responsabilité civile en France – remontent au XIX^{ème} siècle ».

¹⁷ CC, 25 juill. 1989, *Dr. social*, 1989, 627.

¹⁸ V. cep. qui atténue la rigueur du principe en admettant que le syndicat commence par agir pour avertir ensuite le salarié, ce qui permet une régularisation de l'action.

¹⁹ F. Caballero, *Plaidons par procureur ! De l'archaïsme juridique à l'action de groupe*, *RTD civ.* 1985, pp. 247 sq. H.-P. Glenn, *À propos de la maxime nul ne plaide par procureur*, *RTD civ.* 1988, p. 59 et s. ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd. 1999, Litec, p. 551 et s.

²⁰ La *Proposition pour un code de la consommation* de la commission pour la codification du droit de la consommation présidée par M. Jean Calais-Auloy, de la proposition de loi de Mme N. Bricq et M. R. Yung déposée le 25 avril 2006

8. - Malgré tout, on peut douter qu'un tel système permette réellement d'atteindre le but recherché par l'instauration de l'action de groupe. En effet, si l'effectivité du droit de la consommation passe par le nombre de parties agissantes, le fait d'exiger une manifestation de volonté peut restreindre leur nombre par l'apathie rationnelle qui guide nos actions. Il apparaît ainsi que le système d'*opting in* privilégié en Angleterre échoue sur cette manifestation de volonté et qu'il est envisagé de passer outre.

9. - Pour améliorer l'efficacité du système d'*opting in*, il faudrait trouver un moyen d'inciter les victimes à se manifester. En effet, on peut se demander si une telle action n'existe pas déjà en France puisqu'une association peut agir pour défendre l'intérêt d'autrui, soit des consommateurs. La manifestation de volonté et leur identification permettent l'action et il ne serait pas nécessaire de construire une action de groupe en ce sens. L'intérêt d'une action de groupe serait en revanche d'inciter à cette manifestation de volonté par un mécanisme procédural attractif. Ainsi un système procédural permettant de ne constituer le groupe qu'une fois la déclaration de responsabilité acquise peut inciter plus de personnes à rejoindre le groupe, l'aléa judiciaire étant écarté. On permettrait à une association de déclencher seule l'action, sans avoir constitué de groupe ni récupéré des mandats. Puis, en cas de jugement de responsabilité, le juge pourrait indiquer quels sont les critères pour appartenir au groupe permettant ainsi qu'aux consommateurs, rassurés par une procédure ayant déjà abouti au résultat souhaité, de rejoindre le groupe. C'est le système vers lequel le droit français semble s'orienter par la proposition de loi Béteille qui permet au juge de définir les conditions pour appartenir au groupe. L'efficacité d'un système d'*opting in* serait ainsi favorisée par la constitution du groupe dans une seconde phase procédurale. Malgré tout, cela reste insuffisant si l'enjeu est faible. C'est pourquoi un système d'*opting out* est plus séduisant.

2°) *Opting out*

10. - A l'inverse, un système d'*opting out* est certainement plus efficace dans la mesure où le groupe constitué est nécessairement plus vaste et l'effet de l'action plus comminatoire. C'est le modèle de l'action populaire portugaise. En France, certains projets audacieux l'avaient admis alors même qu'il suscite beaucoup de critiques²¹.

11. - Admettre un tel système peut premièrement influencer le mode de réparation et bousculer en ce sens le droit de la responsabilité civile. En effet, les intérêts sont parfois si modiques qu'il est plus coûteux d'envisager leur distribution. Pour distribuer la somme obtenue, il faut une manifestation de volonté dans une seconde étape de la procédure qui ne sera pas toujours efficace, surtout en cas de modicité de la somme à redistribuer. Le coût de la distribution peut être supérieur à la somme totale. On peut alors songer à une réparation fluide ou à l'attribution de la somme à un fonds spécifique qui ne correspond pas à l'idée d'une réparation intégrale et qu'on a parfois pu qualifier d'enrichissement sans cause au profit du bénéficiaire²². C'est l'une des critiques adressées à la *class action*

au Sénat, et renouvelée le 9 février 2010, et du projet de loi en faveur des consommateurs, déposé le 8 novembre 2006 à l'Assemblée nationale ainsi que de la récente proposition Béteille.

²¹ La proposition de loi L. Chatel avait admis l'opt out, de même que la proposition de loi de M. Jean-Marc Ayrault, député, relative à la suppression du crédit revolving, à l'encadrement des crédits à la consommation et à la protection des consommateurs par l'action de groupe, déposée le 2 septembre 2009 à l'Assemblée nationale

²² G. Canivet, *loc. cit.* : « En outre, l'indemnisation consistant en l'attribution d'une somme globale variera selon le nombre final des victimes qui se seront fait connaître après le jugement, ce qui n'est évidemment pas satisfaisant, et

américaine et c'est la raison pour laquelle la redistribution à un fonds voire à l'Etat a pu être proposée. Le système *d'opting out* laisse ainsi penser à une véritable objectivation de dommage. Ce n'est pas seulement le principe de réparation intégrale qui est écorné, c'est l'idée plus générale que dans un objectif d'intérêt supérieur, la réparation peut ne pas être versée à la victime mais à un tiers. La fonction rétributive de la responsabilité civile passe alors devant sa fonction indemnificatrice.

12. - Deuxièmement, le système pourrait contrevenir aux principes procéduraux et, tout d'abord, à la liberté de l'action en justice. Les détracteurs de l'action de groupe invoquent ainsi la décision du 25 juillet 1989 comme obstacle au mécanisme. Pourtant, on peut soutenir que cette décision est respectée dans la mesure où les personnes sont bien averties de l'action et peuvent s'y opposer. La difficulté ne porte au vrai que sur la réalité de cet avertissement et pose la question de la publicité de l'action. Surtout, le professeur Verpeaux, commentant la décision du Conseil constitutionnel, a considéré qu'elle pouvait trouver une limite dans l'action de groupe du fait de la nécessaire garantie du droit au juge effectif et du droit à réparation²³. En effet, la décision a trait à la seule action du syndicat pour autrui, le salarié, et non à une action de groupe qui vise un intérêt supérieur.

Ensuite, la règle *nul de plaide par procureur* qui veut que le représentant à l'action indique le nom du représenté n'est pas un obstacle dirimant dans la mesure où il s'agit d'une simple règle de forme qui peut souffrir exception et dont la sanction n'est pas rigoureuse (art 112 et s. CPC).

13. - Certes, il faut admettre que le système contrevient aux droits de la défense puisque le défendeur ne peut répondre individuellement aux personnes indéterminées²⁴. De plus, un système *d'opting out* est difficilement compatible avec le caractère relatif de la chose jugée puisqu'on ne peut déterminer les parties liées par la décision. Cependant, cet argument est limité aux contentieux subjectifs qui nécessitent une phase d'individualisation pour déterminer précisément les parties au procès. C'est ce qui laisse penser que *l'opting*

risque de conduire à une réparation partielle du dommage subi par certaines victimes, en contradiction avec le principe de réparation *in integrum*. Il faut enfin se demander si par le biais de l'action de classe, l'on ne risque pas, à l'inverse, d'arriver au système américain des « *punitive damages* », que le droit français n'a encore jamais accueilli, malgré de récentes propositions en ce sens (rapport Catala). Force est par ailleurs d'observer que la réparation la plus adéquate ne consistera pas toujours en l'allocation de dommages-intérêts aux victimes, parce que le préjudice individuel est minime – ainsi dans nombre de litiges de droit de la consommation. Certains systèmes étrangers admettent une sorte de réparation en nature, ainsi par exemple, en cas de litige relatif à une augmentation induite ou à une surfacturation illégale, une diminution corrélative, pendant un certain temps, des tarifs pratiqués par l'opérateur économique. Qui ne voit que la « réparation » prononcée ne profitera alors pas nécessairement aux victimes réelles du comportement incriminé ? On peut objecter, en revenant finalement au choix de valeurs déjà évoqué, que sans doute l'intérêt collectif des consommateurs y trouverait son compte. Des solutions peuvent en outre être imaginées, et l'ont d'ailleurs déjà été, pour qu'un enrichissement illicite puisse être restitué, par exemple à un fonds public. Si l'atteinte à l'effet relatif de la chose jugée est ici patent, ne doit-elle pas être mise en perspective avec l'effet vertueux qui peut être attendu de la certitude de devoir réparer, d'une façon ou d'une autre, le préjudice causé ?

²³ M. Verpeaux, *L'action de groupe est-elle soluble dans la constitution ?*, D. 2007, p. 258. En ce sens égal. S. Guinchard, *Une action de groupe à la française*, D. 2005, pp. 2180 et s. Pour autant, on remarquera que, dans la décision du 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel raisonne dans le cadre d'un litige individuel (celui du salarié) pour un salarié isolé, sans préjudice de masse. Au contraire, dans la *class action*, si le préjudice de chacun reste individuel, il n'est plus isolé, puisqu'il s'agit, par hypothèse, d'un préjudice de masse. On peut donc se demander si le Conseil statuerait de la même façon pour exiger une notification individuelle, alors que les circonstances de l'action ne sont pas identiques à celles du cas qui lui a été soumis en 1989.

²⁴ « Le fait que la multitude des membres du groupe s'éclipse derrière un représentant favorise en outre un risque de mensonges ou d'abus. Des commentateurs de la loi québécoise ont pu observer une désresponsabilisation des justiciables, les requérants n'étant plus obligés de signer des déclarations certifiant la réalité des faits allégués ».

out serait plus adapté à des contentieux objectifs²⁵. *L'opting out* pourrait être encouragé dans le cadre des contentieux objectifs où il est question d'assurer le rétablissement de la légalité alors que *l'opting in* serait privilégié pour les actions en réparation car elles concernent généralement des droits subjectifs. La distinction se ferait ainsi au regard de l'objectif poursuivi par l'action de groupe. Il faut d'ailleurs noter que les actions en injonction ou en déclaration ont un effet de fait sur tous qui pourrait rendre sans intérêt la distinction entre *opting in* et *opting out*.

14. – Au vrai, le choix ne se réduit pas à *l'opting in* ou à *l'opting out* ainsi que l'a rappelé le commissaire européen Almunia. L'option peut dépendre du type d'action de groupe intentée, de la nature du dommage subi voir de la procédure mise en place, savoir le moment de la constitution du groupe. Ainsi, un système *d'opting out* ne pose pas de difficulté pour des actions en injonction. Il en pose plus pour une action en réparation. Le domaine de l'action est en lien direct avec son mécanisme notamment de représentation²⁶.

B – LA REPRESENTATION DU GROUPE

15. – Le groupe n'est pas une entité jouissant de la personnalité morale et c'est bien là ce qui constitue les limites de son action. Lorsqu'il y a une personne morale, ses organes représentatifs permettent d'avoir un interlocuteur. Lorsque ce n'est pas le cas, on peut se demander qui représente le groupe en justice. La difficulté principale tient au fait qu'il est difficile de concevoir une représentation *ad agendum* dans la mesure où la fiction de la représentation est à son paroxysme. En effet, on est là dans l'hypothèse où il y a, selon les termes du doyen Cornu comme « *un dédoublement de la notion de partie* ²⁷ ». » comparable à ce qui se passe en matière de représentation des enfants en bas âge ou des personnes morales. Celui qui agit pour le groupe n'est ni élu, ni désigné et n'a pas de lien de famille avec les personnes représentées. Pourtant, il doit prendre en charge l'action. La crainte avérée est alors que le porteur de l'action, on n'ose parler de représentant à l'action, ne reflète pas fidèlement la volonté insondable des membres parfois non encore déterminés du groupe. Non seulement la réalité de la volonté pose problème mais encore il existe un fort risque de conflit d'intérêt. S'il s'agit d'un avocat, « *Dans un contentieux où un avocat a cent milles clients, à vrai dire il n'a aucun client : il est son propre client et il est maître du litige* ²⁸ ». Il en découle une attention toute particulière qui doit être portée au porteur de l'action qui doit être légitime et représentatif. Pourtant, à vouloir maîtriser sa personnalité, on risque de contraindre l'action de groupe et de nuire à son efficacité. Il est possible d'hésiter là encore entre la nécessité d'un agrément qui rassure les acteurs économiques (1°) et la possibilité d'une simple certification par le juge qui pourrait mieux assurer l'efficacité de l'action de groupe (2°).

²⁵ G. Canivet, *Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice*.

²⁶ C'est la raison pour laquelle la proposition de loi Béteille limite l'action aux dommages matériels mais sans limite de montant alors que l'action de groupe rime pour certains avec modicité de l'enjeu. Pour une limitation, v. rapport : Mme Reine-Claude Mader, présidente de la confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (CLCV) s'est aussi prononcée pour cette solution mais seulement lorsque le préjudice est inférieur à 4 000 euros.

²⁷ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 3^{ème} éd. 1996, spéc. n° 114, p. 511.

²⁸ S. Landers, *Discours in "Pour mieux réparer les préjudices collectifs : Une class Action à la française ?"*, table ronde organisée par Droit et Démocratie, Gaz. Pal., 2001, p. 1475 et s., spéc. p. 1476.

1°) Un contrôle légal : l'agrément

16. – Afin d'éviter des actions abusives et de contrôler en amont la représentativité des porteurs de l'action, on peut envisager une procédure d'agrément. « *Un système d'action de groupe ne peut opérer efficacement que si les représentants du groupe portant l'action sont crédibles, fiables (« reputable ») et déterminés à agir pour les intérêts des personnes qu'ils représentent* »²⁹. En France, bien que la jurisprudence de la Cour de cassation ait semble t-il abandonné l'exigence d'habilitation législative pour l'action dans l'intérêt collectif, la nécessité d'un agrément rassemble le plus grand nombre³⁰.

17. – Cette procédure d'agrément pose cependant difficultés. Il ne faut pas que sous couvert d'agrément trop strictement attribué, on reprenne d'une main ce qu'on a donné de l'autre. On peut ainsi osciller entre la volonté de rendre l'agrément plus strict pour éviter des procédures abusives et celle de l'admettre souplement pour favoriser l'action. Il s'agit ici d'un choix politique qui devra comporter une dimension européenne. L'idéal serait en effet de créer ce qui a été qualifié de passeport européen pour permettre à une même entité de porter les actions sur tout le territoire de l'UE. Les exigences doivent en ce sens être pensées globalement même si on perçoit de nombreuses hésitations.

Ainsi pour l'application de la convention d'Arthus en matière environnementale, l'article 11 du Règlement (CE) n° [1367/2006](#) du 6 septembre 2006 dispose que l'agrément suppose qu'il s'agit d'une personne morale indépendante et sans but lucratif ayant pour objectif premier déclaré de promouvoir la protection de l'environnement dans le cadre du droit de l'environnement. La personne doit exister depuis plus de deux ans et poursuivre activement son objectif. La proposition de directive était bien plus exigeante puisqu'il fallait en outre établir que la personne morale disposait d'une structure organisationnelle qui lui permette de garantir l'accomplissement de ses objectifs statutaires. Elle devait en outre rendre des comptes. C'était sans doute aller bien loin.

La proposition de loi Béteille précise quant à elle que l'action devrait être introduite par une ou plusieurs associations spécialement agréées à ce titre, l'une d'entre elles pouvant se voir reconnaître la qualité de chef de file. La proposition adopte ainsi un agrément renforcé en exigeant notamment une représentativité au plan national et non local. L'idée de chef de file est ici séduisante car elle prévient les hypothèses où plusieurs associations agréées souhaiteraient porter l'action³¹. Cette solution préconisée est évidemment très bien

²⁹ DGCCRF, Observations de la DGCCRF sur le *Discussion paper* publié par l'OFT, "Private actions in competition law : effective redress for consumers and business" : "L'OFT souligne qu'il faut bien distinguer les actions en représentation (« representative actions ») des « class actions ». Les premières sont engagées par un organe (« a body ») représentant les intérêts de victimes identifiées selon des critères prédéterminés tandis que les secondes le sont par un requérant nommé (« a named claimant ») agissant au nom du groupe auquel il appartient". L'OFT avait mis en place un système d'action de groupe, le *group litigation order* (GLO) dans la section 47 B de l'*Enterprise act* de 2002 mais une seule action a été exercée et, qui plus est, en vain. L'OFT attribue l'échec de cette action au système d'*opt in*.

³⁰ M. Béteille (Sénat 24 juin 2010). C'est ainsi le sens de la proposition de loi Béteille. « Pour éviter la multiplication d'actions abusives et, au contraire, appuyer celles qui sont légitimes, les associations de consommateurs, aujourd'hui un acteur incontournable, doivent exercer un rôle de filtre des actions de groupe, en détenant le monopole de leur introduction devant quelques tribunaux de grande instance spécialement désignés pour traiter ces contentieux de masse. Pour exercer cette compétence, les associations devraient justifier d'un agrément renforcé, de façon que les pouvoirs publics, et également les consommateurs, soient assurés de leur compétence et de leur représentativité. En cas de pluralité d'associations engagées sur une même action, l'une d'entre elles pourrait jouer le rôle de chef de file ».

³¹ Art. 412-1 : « Lorsque plusieurs associations introduisent une action portant sur les mêmes faits, elles peuvent désigner l'une d'entre elles pour conduire, en leur nom, l'action résultant de la jonction des différentes actions. À défaut, cette désignation est effectuée par le juge ».

accueillie par la plupart des acteurs économiques.

18. – Le problème de ces agréments est que leur limitation entraîne une limitation du recours à l'action de groupe. Surtout, il pose à rebours le problème des capacités financières desdites associations à supporter l'action de groupe. En pratique aujourd'hui, c'est ainsi principalement l'association UFC Que choisir qui agit en suppression des clauses abusives par exemple car c'est la seule à avoir la surface financière suffisante. Il ne sert à rien d'agréer des associations qui n'auront pas la capacité de mettre en oeuvre l'action. Il faut en effet avoir égard au fait que les actions de groupe ne supposent pas seulement un financement des frais de justice.

19. – Limiter l'action de groupe aux associations agréées suppose ainsi de prévoir une modalité de financement de l'action de groupe qui soit à leur portée et qui ne les effraie pas. Une voie raisonnable serait sans doute de revenir sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que les frais de justice ne sont pas un préjudice réparable³². Pour l'heure la proposition de loi Béteille se contente de dire que le juge devra fixer au mieux les frais irrépétibles de l'article 700 mais cela semble insuffisant comme directive.

Quant à la proposition de supprimer les coûts pour le demandeur, elle peut s'inspirer du cas brésilien. Il s'agit d'une mesure de faveur pour libérer l'action de groupe de toute contrainte financière. Pourtant, un tel système désresponsabiliserait l'exercice de l'action³³.

On peut également prévoir sinon de supprimer, du moins de répartir autrement les frais de procédure. Le livre blanc envisageait ainsi une dérogation au système *loser pays*³⁴. Cependant, la légitimité des recours collectifs à bousculer les règles de répartition des coûts n'est pas évidente. Du moins, elle ne l'est pas plus que la poursuite d'une politique pénale ou d'une politique de la famille. Si les règles d'attribution des coûts doivent évoluer pour inciter à l'action pour la protection de la règle de droit, ainsi du plafonnement des frais de procédure proposé, il n'est pas de raison de la permettre ici plus qu'ailleurs. La règle de la fixation des dépens relativement à l'équité suffit en France à prévenir les situations.

Le véritable problème financier tient en vérité au coût de fonctionnement de l'association elle-même. Un arrêt de la Cour de cassation, inédit, du 2 décembre 2003 offre l'occasion de constater que des juges du fond ont admis une indemnisation pour les frais de structure de l'association qui ont été qualifiés de préjudice associatif³⁵. La Cour de cassation ne valide en rien ce procédé en l'espèce car tel n'était pas l'objet du pourvoi mais la motivation des juges du fond est intéressante : « *L'UFC 38 a fait valoir que la mission légalement reconnue des associations de consommateurs est de contribuer à la police de la*

³² V. not. Soc. 16 septembre 2009 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que les frais non compris dans les dépens ne constituent pas un préjudice réparable et ne peuvent être remboursés que sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

³³ Livre blanc : « *il peut être nécessaire d'habiliter les juridictions nationales à déroger à cette règle par exemple en donnant l'assurance qu'un requérant, s'il est débouté, n'aura pas à supporter les frais exposés par les défendeurs qui seraient jugés frustratoires, vexatoires ou autrement excessifs. Par ailleurs, il n'y aurait pas de raison de l'admettre là plus qu'ailleurs, savoir les actions d'entités représentant des parties faibles* ».

³⁴ Livre blanc. « *fixer les frais de procédure de telle manière qu'ils ne constituent pas un frein excessif à l'introduction d'actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence [...] donner aux juridictions nationales la possibilité de statuer sur les dépens par ordonnance, de préférence au stade initial de la procédure, en dérogeant, dans certains cas le justifiant, aux règles habituellement appliquées. Une telle ordonnance permettrait d'assurer que le requérant, même s'il était débouté, n'aurait pas à supporter tous les frais exposés par l'autre partie* ».

³⁵ Civ. 1, 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-13905 inédit : « *L'UFC 38 a fait valoir que la mission légalement reconnue des associations de consommateurs est de contribuer à la police de la distribution des biens et des services, ce qui les oblige à engager des dépenses importantes pour prévenir les infractions et protéger les victimes, dépenses qui seraient inutiles si tous les agents économiques se comportaient normalement* ».

distribution des biens et des services, ce qui les oblige à engager des dépenses importantes pour prévenir les infractions et protéger les victimes, dépenses qui seraient inutiles si tous les agents économiques se comportaient normalement ».

Ces problèmes de financement peuvent inciter à aller rechercher d'autres porteurs de l'action plus à même de supporter le risque financier.

2°) La certification

20. – Afin d'ouvrir plus largement l'action de groupe et lui permettre d'avoir la plus grande efficacité, il est possible de se reposer sur le filtre du juge. La certification judiciaire permet en effet un contrôle de l'action au juge adapté aux besoins, plus souple et évolutif. L'accès est alors permis à des associations nouvellement créées, à des groupements non associatifs, éventuellement aux victimes elles-mêmes. Cette solution a l'avantage hors droit de la consommation mais à des fins médiates identiques d'ouvrir l'action à des petites et moyennes entreprises, victimes de comportements anticoncurrentiels qui n'ont pas la culture de l'action en justice. En effet, l'association des PME est membre du MEDEF en France et peut être encline à saisir les tribunaux. Il s'agit alors d'une certification du porteur de l'action permettant de passer outre l'agrément légal et d'ouvrir les portes des prétoires. Ceci dit, il faut préciser que l'agrément n'exclut pas tout contrôle du qui peut encore opérer un filtre supplémentaire au filtre législatif du porteur de l'action. Mais alors, le contrôle du juge ne porte plus sur le porteur de l'action mais sur l'action elle-même. Ainsi, le juge pourra dans la proposition de loi Bêteille qui admet l'agrément, choisir un chef de file, vérifier que les cas présentés illustrent bien la nécessité d'une action de groupe.

21. – La certification peut alors permettre d'envisager largement les porteurs de l'action et éventuellement d'y inclure les avocats. Les avocats considèrent ainsi être les mieux à même de mener l'action. En leur qualité d'auxiliaire de justice, ils fourniraient les meilleures garanties de lutte contre les actions abusives. Leur déontologie est un guide. Par ailleurs, ils seraient les agents les plus évidents de l'accès au juge. Un monopole fournit aux associations constituerait en leur sens une entrave au droit effectif au juge³⁶. Ces considérations sont cependant à relativiser tant la profession d'avocat est aujourd'hui fragilisée en France du fait de sa paupérisation. Les avocats sont à la recherche de marchés et n'assurent que difficilement le filtre nécessaire. La tendance n'est pas à cette admission. Bien au contraire, il est même parfois proposé de permettre une dispense de représentation par avocat pour alléger les coûts de procédure³⁷. Cette mesure, opportune pour les litiges « simples » permettrait de limiter les frais de procès, tout en ne privant pas les institutions de solliciter un avocat, notamment pour les litiges plus complexes.

22. - Il demeure une suspicion forte à l'égard de la profession. Le Livre blanc prend soin de les écarter pour éviter une culture du litige motivée par les *contingency fees*³⁸. La question du porteur de l'action est encore indissociable de celle de son coût. Evidemment,

³⁶ V. les positions du CNB sur la création de l'action de groupe au niveau national, not. le colloque du 28 mai 2010.

³⁷ M. Behars Touchais et N Sauphanor, *loc. cit.*

³⁸ Livre blanc : "La Commission recommande de n'autoriser que les actions par représentation engagées, par exemple, par des associations de consommateurs reconnues et les actions auxquelles les victimes peuvent choisir de participer, par opposition aux actions collectives intentées par des cabinets d'avocats en faveur d'un nombre indéterminé de requérants".

l'idée de recourir aux *contingency fees* est séduisante en ce que le cabinet d'avocat prendrait en charge le coût de la procédure à ses risques et périls. C'est la raison pour laquelle les économistes légitiment le recours aux cabinets d'avocats par cette prise en charge du risque³⁹. Si de nombreuses faillites de cabinets outre-Atlantique ont amené la *class action fairness act* de février 2005 à limiter le domaine des *class actions*, il n'en demeure pas moins que l'intervention d'agents économiques sur le marché judiciaire est gage d'incitation à l'action. Il convient en ce sens de préciser qu'ils sont pratiqués dans de nombreux pays européens et que, en France⁴⁰, le Conseil national des barreaux a constitué un groupe de réflexion sur le sujet. Pour certains, l'interdiction du pacte de *quota litis* serait même relative⁴¹. L'arrêt de la deuxième Chambre civile du 10 juillet 1995, repris dans le rapport annuel de la Cour de cassation, limite sa prohibition en indiquant que "*la règle selon laquelle l'honoraire de résultat doit être un complément de rémunération, n'implique pas que celui-ci soit inférieur à l'autre partie de la rémunération, et l'exiger conduit en réalité à imposer une limite que le législateur n'avait pas prévu*"⁴². Pourtant, ces honoraires de résultat ont l'inconvénient de réduire la part d'indemnisation des victimes au point que les États Unis ont prévu un encadrement du montant des *coupon settlement*. Une étude indique que sur un dollar perçu, seuls 46 cents vont directement dans la poche des victimes⁴³. Enfin, l'aspect financier peut perturber la réalité du consentement à une éventuelle transaction. En effet, l'enjeu financier est tel pour les cabinets d'avocats qui ont géré le risque que le danger existe, quoique contenu par la déontologie de la profession, d'une incitation à la transaction. La proposition de loi Béteille refuse clairement de remettre en cause la prohibition du pacte de *quota litis*, règle déontologique de la profession d'avocat. L'intérêt pour les avocats demeure en outre limité en France du fait de la prohibition des dommages et intérêts punitifs même si la Cour de cassation a récemment admis en France qu'ils ne contreviennent pas à l'ordre public international⁴⁴.

On perçoit aisément que la détermination et la représentation du groupe sont éminemment liées au système procédural mis en place.

³⁹ B. Deffains, Les effets bénéfiques des actions de groupe : une approche économique", *Concurrences* février 2008, spéc. n°9 : "*Les cabinets d'avocats américains fonctionnent comme des entreprises de gestion de risque. Plus le risque d'échec est grand plus le pourcentage prélevé est important. En contrepartie, le justiciable n'a pas à payer si le procès est perdu puisque le risque est transféré à l'avocat. En transférant le risque au secteur privé, on garantit que le plus grand nombre accède au tribunal. En contrepartie, ce système fait dépendre l'accès aux tribunaux de l'estimation faite par l'avocat de la probabilité de succès de l'action. Cela n'est sans doute pas sans danger sur la sélection des affaires qui feront l'objet d'actions de groupe. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que jusqu'à présent les pays qui ont le plus facilement mis en place des actions collectives sont généralement ceux qui règlent les problèmes d'accès à la justice en permettant les success fees plutôt qu'en développant l'aide judiciaire*".

⁴⁰ J. Simon, *L'action de groupe, panacée ou cheval de Troie ?*, *Concurrences*, février 2008, préc., spéc. n° 13 : "*En Europe, l'Italie a introduit les contingency fees en juill. 2006 et la Cour constitutionnelle allemande jugeant en déc. 2006, que l'interdiction de contingency fees était anticonstitutionnelle, a demandé au gouvernement de proposer une loi les autorisant. Dans certains pays d'Europe de l'Est, les contingency fees sont pratique courante même s'ils sont encore interdits*".

⁴¹ C. Jamin, "Deux questions préalables à l'instruction du procès de la prohibition du pacte de *quota litis*", in *Mélanges Viney*, p. 515 et s., spéc. p. 523 : Cet arrêt pourrait donc avoir donné toute son actualité au sujet et placé les juristes français devant une alternative simple : soit en rester là, et continuer d'affirmer que le pacte de *quota litis* est prohibé, mais sans que cette affirmation ait une réelle portée en droit positif ; soit inciter le législateur à mettre l'article 10 de la loi de 1971 en accord avec la jurisprudence en lui suggérant de valider officiellement ce pacte, c'est-à-dire autoriser que l'honoraire de résultat corresponde à la totalité de la rémunération de l'avocat. Certes, la Cour de cassation n'hésite jamais à sanctionner les conventions qui stipulent uniquement un honoraire de résultat.

⁴² Rapport annuel de la Cour de cassation 1995, La Documentation française, Paris, 1996, p. 348 ; Cass. 1re civ., 10 juill. 1995, Bull. civ., I, no 311 ; JCP 1999, éd. G., II, 22557, note R. Martin ; D. 1996, Somm., p. 313, obs. R. Frémy.

⁴³ C'est pourquoi l'OCDE s'est déclarée défavorable aux actions intentées par des cabinets d'avocats dans une table ronde sur les *private remedies* le 7 juin 2006.

⁴⁴ Civ. 1, 1er décembre 2010. n° 09-13.303 ; Resp. civ. et ass. 2011, com. 100.

II – L'ACTION

23. – Une fois le groupe déterminé, reste à savoir de quelle manière on pourra exercer l'action de groupe. C'est là le cœur de la réflexion car il semble que les différents acteurs intéressés par l'action de groupe ne parlent pas de la même chose. Il existe autant d'actions de groupe que de modèles procéduraux construits par les différents Etats. En effet, il est patent que les Etats admettent *l'opt in* ou *l'opt out*, la *discovery* ou non, les dommages et intérêts punitifs ou non, l'action en matière de consommation ou boursière ou environnementale ou encore sans limites de matière. L'action est moulée aux nécessités et au compromis entre souhait de favoriser l'action et volonté d'éviter les recours abusifs. Il faut donc envisager de quelle manière construire une action de groupe c'est-à-dire son modèle procédural (A). Mais il faut en outre envisager la coordination de cette nouvelle action avec l'existant car elle devra s'insérer dans un système plus global (B).

A – LE MODELE PROCEDURAL DE L'ACTION

24. – Cette construction suppose d'embrasser tellement de questions qu'il est impossible de les traiter toutes dans cette communication. Nous pouvons utilement nous intéresser à deux thèmes qui focalisent beaucoup l'attention aujourd'hui. D'une part, les liens entre les modes alternatifs de règlement des litiges et l'action de groupe (A). Mme Lagarde, alors Ministre de l'économie et des finances, avait maintes fois répété que la transposition de la directive sur la médiation en matière civile et commerciale serait l'occasion de réfléchir à son articulation avec les actions de groupe. Il s'agit là de répondre au souhait du MEDEF qui souhaite éviter les actions et leur mauvaise publicité tout en évitant que celles-ci ne se transforment en mode de chantage aux entreprises. Ensuite, le rôle du juge mérite une attention particulière tant il est vrai que l'action de groupe repose sur une augmentation sensible de ses prérogatives qui peut interroger sur les équilibres du procès (B).

1°) Les alternatives au règlement judiciaire

25. – De nombreuses raisons militent en faveur d'un règlement extrajudiciaire de l'action de groupe. Certains tiennent au système judiciaire lui même. Il s'agit alors de la volonté de ne pas encombrer les juridictions et de traiter au moindre coût et le plus rapidement possible les actions de groupe. Il faut en effet concevoir que l'incitation aux actions de groupe se fait alors même qu'un mouvement de déjudiciarisation se fait jour et que de toutes parts, les alternatives au juge sont favorisées. L'idée générale est de faire que le recours au juge doit être considéré comme un ultime recours. D'autres raisons vont dans le sens de l'intérêt des entreprises qui, en France, ont préconisé d'imposer un préalable obligatoire. La conciliation a en effet la vertu de conserver une confidentialité qui évite une atteinte à l'image du professionnel. Il faut simplement que ce mode alternatif soit suffisamment encadré pour éviter que des allégations farfelues n'aboutissent à des chantages illégitimes à l'action.

26. – La question de l'encadrement des modes alternatifs n'est pas propre aux actions de groupe mais peut y revêtir une physionomie particulière. L'alternative au juge

doit reposer sur un choix libre et éclairé des parties prenantes. On peut alors écarter certaines règles admises aux Etats unis et par les règles transnationales de procédure civile consistant à faire peser les frais du procès sur le justiciable qui aura refusé une transaction plus favorable. L'action en justice deviendrait alors un risque financier pour la partie et son consentement à l'alternative contraint. De même, il ne faut pas que la décision de négocier soit prise pour éviter les coûts d'une procédure. Ce que les américains nomment *the american advantage*, c'est-à-dire l'idée que les frais étant tellement lourds que 95% des procédures se règlent par négociation, est selon nous un défaut de la procédure. Au contraire, en France, le principe est celui de la gratuité de la justice et la négociation elle-même est encouragée par une prise en charge possible des coûts de négociation⁴⁵.

27. – Il faut aussi poser la question de la légitimité du porteur de l'action à transiger car le risque de conflits d'intérêts au sein du groupe est patent.⁴⁶ Cela est d'autant plus vrai si celui qui agit au nom du groupe est directement partie prenante. Le rapport du Sénat insiste ainsi sur la possibilité, pour une partie, de refuser la transaction et d'exercer son action individuelle. Quant à la proposition de loi des sénateurs Zeller, Stasi et Proriot, elle envisageait dans un nouvel article 324-9 CPC une possible substitution d'un membre du groupe au représentant qui ne serait pas en mesure « *d'assurer une représentation correcte* »⁴⁷. Il faut donc insister sur la nécessité de prévoir à chaque étape de la procédure la possibilité pour une personne de se retirer du groupe. Le principe de retrait est ainsi essentiel.

En outre, il faut que la phase de conciliation ait un effet sur le délai de prescription afin de préserver le droit d'agir. De même, l'éventuel tiers conciliateur doit être indépendant et impartial et respecter la nécessaire confidentialité. Au vrai, il s'agit de respecter les principes directeurs de toute conciliation tels qu'ils sont dégagés par la directive de l'Union européenne du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

Enfin, il faut s'assurer du caractère équitable de l'accord obtenu ce qui suppose un contrôle par le juge via une homologation. La question serait alors celle de la nature du contrôle opéré par le juge. Il pourrait ne pas contrôler l'équilibre de la transaction au risque de nuire à son intérêt. En effet, le gain de temps notamment serait réduit. Il pourrait cependant contrôler sa conformité à l'ordre public⁴⁸.

28. – L'actuelle proposition de loi Bétellel conçoit différemment ce qu'elle dénomme maladroitement médiation. Il s'agit en vérité de faire une offre transactionnelle aux membres du groupe une fois le jugement de responsabilité acquis. C'était le système

⁴⁵ Loi 18 décembre 1998, Loi 22 décembre 2010 sur la convention de procédure participative. Le rapport Darrois sur la grande profession du droit envisageait même que ce soit le bureau d'aide juridictionnelle qui renvoie les parties à la conciliation avant de saisir le juge.

⁴⁶ S. Landers, Discours in "Pour mieux réparer les préjudices collectifs : Une class Action à la française?", table ronde organisée par Droit et Démocratie, *Gaz. Pal.*, 2001, p. 1475 et s., spéc. p. 1476 : "Dans un contentieux où un avocat a cent milles clients, à vrai dire il n'a aucun client : il est son propre client et il est maître du litige. C'est l'avocat qui a vraiment l'intérêt économique le plus important dans le contentieux" et p. 1475 : "dans le premier dossier de « class action » dont j'ai eu à traiter, le demandeur était en fait le fils de l'avocat et la « class action » n'a pas été certifiée parce que le Tribunal a jugé qu'il n'avait pas les mêmes intérêts que les autres dans le groupe, l'avocat étant son père, l'intérêt du demandeur était surtout de gagner des honoraires pour son père."

⁴⁷ Article 324-9 NCPC proposé : « tout membre du groupe peut intervenir à l'instance à condition de soutenir l'action de son représentant. Toutefois, si celui-ci n'est pas en mesure d'assurer une représentation correcte des membres du groupe, l'intervenant peut lui être substitué. Il peut également lui être adjoint pour représenter ceux qui ont intérêt à une représentation séparée ».

⁴⁸ Le projet français d'action de groupe rédigé dans les années 80 était en ce sens Art. 324-12 NCPC issu du projet.

préconisé par le professeur S. Guinchard. La négociation ne porte pas sur le litige lui même mais sur le jugement. Elle a pour trait essentiel d'éviter une seconde phase procédurale consistant à individualiser les indemnisations et à revenir devant le juge. On perçoit une fois de plus combien la structure de l'action dépend de considérations judiciaires. Dans cette hypothèse, les parties qui ne se seront pas encore manifestées profiteront d'une offre « tombée du ciel » par les bons offices du porteur de l'action et du juge qui est un rouage essentiel de l'action.

2°) L'augmentation des pouvoirs judiciaires

29. – L'action de groupe repose sur les épaules du juge. En effet, il lui est parfois demandé de certifier l'action en jugeant de son opportunité. Il se fait alors juge de la recevabilité d'une action en justice qui ne se fait plus seulement au regard de critères légaux. Une proposition de loi, reprenant les systèmes étrangers, indiquait en ce sens que le juge doit, pour admettre la recevabilité de l'action, vérifier le nombre et la dispersion des consommateurs, la similarité des situations⁴⁹. Si le juge contrôle l'accès à l'action de groupe par la certification des entités, il devient maître de son existence. Il y aurait alors des fins de non recevoir judiciaires. Si on considère que l'action de groupe a principalement pour vertu d'ouvrir les portes du prétoire à des contentieux qui n'y parvenaient pas, alors la décision du juge est primordiale pour l'effectivité de l'accès au juge. En ce sens la décision du juge est lourde de conséquences. Elle l'est d'autant plus qu'il n'est pas envisagé le plus souvent de possibilité d'exercer un recours contre la décision du juge alors même qu'elle fait indéniablement grief. La qualification juridique de la décision est ici au cœur de la difficulté. Le jugement de recevabilité est traité comme une simple mesure d'administration judiciaire alors qu'il s'agit de bien plus.

30. – Dans certains modèles d'action de groupe, les pouvoirs du juge vont même plus loin car il est demandé au juge un pré-jugement au fond semblable à celui qui existe dans les contentieux inversés. L'alinéa 5 de l'article L. 422-2 C. cons. proposé par M. L. Chatel indique ainsi que le juge doit s'attacher à « *la vraisemblance des moyens de fait et de droit invoqués à l'appui des prétentions au regard de l'objet du litige* ». Il ne s'agit pas, en théorie, d'un jugement de responsabilité. La distinction est cependant délicate et laisse planer le risque d'une partialité objective du juge qui aura déclaré l'action recevable. Il faudrait alors en déduire que le juge de la recevabilité ne devrait pas être celui du fond.

31. – Une autre difficulté provient des systèmes où le juge doit d'abord admettre le principe de responsabilité avant de donner les éléments permettant de constituer le groupe. Dans un tel système, c'est le principe du contradictoire qui est bousculé car le défendeur ne peut individualiser sa défense. Le juge est amené à décider de manière quasi objective d'une responsabilité⁵⁰. Ce pré-jugement au fond est bien plus qu'un simple jugement avant dire droit. C'est un véritable jugement mixte qui accueille le principe de la responsabilité et est

⁴⁹ Art L. 422-2 proposé pour le Code de la consommation dans la proposition de loi visant à instaurer les recours collectifs des consommateurs, disponible sur le site de l'Assemblée nationale. V. aussi Art. 324-1 NCPC nouveau proposé par la proposition de loi de 1988 qui indiquait que le juge devait s'assurer que, « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le recours à l'action est justifié par les circonstances et notamment par le nombre ou la dispersion des membres du groupe* ».

⁵⁰ S. Guinchard, *loc.cit.*, spéc. p. 2185. L'auteur propose d'« introduire une action déclarative en responsabilité pour préjudice de masse, avec obligation ou faculté (selon le cas) pour le juge de suspendre le procès une fois acquise cette déclaration, pour permettre aux autres victimes de se faire connaître et d'intervenir selon la technique de l'intervention volontaire ».

logiquement revêtu de la chose jugée. Il doit dessaisir le juge de la question de la responsabilité. Or, il n'y a pas eu de contradiction ou plutôt faut-il concevoir une collectivisation du contradictoire qui ne peut être efficace que sous le contrôle prudent du juge. C'est ainsi que la proposition de loi de M. L. Chatel dispose en un nouvel article L. 422-6 C. cons que « *toute décision au fond revêt un caractère contradictoire à l'égard des consommateurs représentés dès lors que l'association demanderesse a régulièrement comparu devant la juridiction saisie*⁵¹ ». Cela ne pose pas de difficultés dans l'hypothèse où une seconde phase de détermination du montant des indemnités serait individualisée, permettant ainsi un respect du contradictoire. Le principe de la contradiction ne serait dès lors pas tant nié que différé dans le temps, un peu à la manière des contentieux inversés qui restaurent une phase contradictoire dans un second temps à la demande de la partie.

32. - Cette possibilité est d'ores et déjà admise dans les dispositions liminaires du Code de procédure civile mais c'est à la condition que la partie privée de contradiction dans une première phase « *dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief* » (art. 17 CPC). Ce recours existe-t-il ? Il n'y a pas de doute sur la qualité du défendeur pour exercer un recours immédiatement. Dans les différents projets, la décision du juge doit être devenue irrévocable pour poursuivre dans la phase d'indemnisation. En revanche, la question se pose de la qualité du demandeur à exercer ce recours et, surtout, de la qualité des membres du groupe pour ce faire. On peut imaginer que les membres du groupe ne soient pas satisfaits par une déclaration de responsabilité qui pourrait, par exemple, n'être que partielle. Plutôt que de refuser de faire partie du groupe, leur serait-il loisible de contester le jugement et de quelle manière ?

33. - La difficulté est en revanche inexistante dans les hypothèses de contentieux détachés des spécificités des espèces, sorte de contentieux objectif. L'intérêt de l'action de groupe est alors quasi normatif, à l'instar des actions en suppression des clauses abusives. Les actions visent parfois à rétablir une légalité en dehors de toute demande d'indemnisation individuelle. Le problème porte alors plus sur la notion de contentieux objectif que sur la contradiction. Pour M. H.-P. Glenn, « *la doctrine française a donc tort de limiter la notion de contentieux objectif aux simples déclarations d'illégalité gouvernementale ; la notion doit être élargie pour y inclure toute mesure de justice collective, et les notions restrictives de qualité d'agir et de la relativité de la chose jugée doivent être abandonnées*⁵² ». Pour assurer le respect de la contradiction il faudrait donc s'assurer de l'étendue de la notion de contentieux objectif accueillie en droit français et prendre garde à ce que cette qualification ne soit pas le moyen de détourner le principe du contradictoire qui, par ailleurs, est désincarné dans les actions de groupe.

34. – Enfin, l'efficacité de l'action de groupe est souvent associée à la *discovery* qui n'existe pas en France où le juge ne peut pallier la carence probatoire des parties. Une exception existe avant tout procès avec la possibilité de demander au juge des mesures d'instruction *in futurum* qui pallient évidemment la carence des parties⁵³. non seulement

⁵¹ V. aussi Proposition de loi de 1988, article 324-13 NCPC : « Toute décision au fond revêt un caractère pleinement contradictoire à l'égard des membres représentés dès lors que le représentant a régulièrement comparu devant la juridiction saisie ».

⁵³ C.M., 7 mai 1982, *Bull. civ. C.M.*, n° 2, D. 1982, 541, concl. CABANNES, *R.T.D.civ.* 1982, 786 obs. R. PERROT et 1983, 185, obs. J. NORMAND. .

pour les mesures d'instruction *in futurum stricto sensu* mais encore pour la production de pièces selon une jurisprudence libérale de la Cour de cassation. Ces mesures ont en outre l'avantage de constituer des frais de justice car elles s'insèrent dans l'instance. S'agissant de l'action de groupe, le procès est déjà en cours ce qui empêche *a priori* son utilisation. Il faudrait, pour donner sa pleine efficacité à l'action de groupe, bousculer le système probatoire. Cela pose encore la question de la légitimité de l'action de groupe à perturber la conception du procès civil et l'équilibre des charges et pouvoirs des parties et du juge. Les rédacteurs du Code de procédure civile ont opéré un équilibre qui pourrait ici être largement remis en cause. En outre, l'action de groupe devrait s'articuler avec les autres procédures existantes, ce qui pose également de nombreuses interrogations.

B – LA COORDINATION DES ACTIONS

35. – L'action de groupe peut se faire parallèlement à des actions individuelles, à l'action du ministère public ou à celle intentée devant des autorités administratives indépendantes. En effet, les consommateurs peuvent notamment être victimes d'ententes ou d'abus de positions dominantes qui ont conduit à des actions d'autres entités devant les autorités de concurrence. La coordination des actions doit alors nécessairement être pensée car il apparaît que la tentation est grande d'attendre la solution des autorités de concurrence ou du ministère public pour profiter de leurs outils probatoires notamment. Il en découle une nécessaire coordination qui peut se faire *a minima* (1°) ou *a maxima* (2°).

1°) Coordination minimale

36. - La coordination des actions pose un problème certain concernant le respect des délais de prescription. C'est la raison pour laquelle le Livre blanc avait envisagé en matière de concurrence « *d'ouvrir un nouveau délai de prescription commençant à courir à la date d'adoption par l'autorité de concurrence ou l'instance de recours de la décision constatant l'infraction* ». Cette position est cependant très critiquable. D'abord, il est difficile de comprendre qu'une décision publique puisse faire renaître de ses cendres un droit prescrit par son non-usage. Que la prescription se fonde sur la sanction de la négligence du créancier ou sur une présomption de refus d'action, il est difficile de concevoir qu'une décision publique la fasse renaître. La création d'un nouveau délai de prescription n'est pas viable car cela voudrait dire que la décision publique crée le droit à réparation.

Surtout, la prescription a un objet précis, le droit substantiel. Elle ne peut être affectée que par ce qui touche cet objet. Une demande dans une instance publique ne peut avoir un effet en dehors de son objet. Le conseil de la concurrence avait déjà parfaitement indiqué par ailleurs qu'une action civile ne pouvait interrompre le délai de prescription pour l'action publique. Il le justifiait par la différence d'objet des actions. Les actions privées sont exercées « *pour la défense d'un intérêt particulier [et] ne sauraient être considérées comme des actes tendant à la recherche, la constatation et la sanction de pratiques anticoncurrentielles, effectuées pour la défense d'un ordre public économique et la régulation du marché au sens de l'arrêt de la cour d'appel susvisé* ».

37. - Pourtant, l'action de groupe montre la limite du raisonnement tant l'action poursuit un objectif d'intérêt collectif sinon général. A tout le moins, cela peut constituer un motif de suspension de la prescription, ce qui est la solution adoptée en Allemagne. Un événement extérieur peut justifier l'absence d'action. Pour garantir le droit au juge, il suffit

de prévoir, à l'instar de ce qui est prévu dans le Code civil pour les suspensions de prescription, un délai minimum qui pourrait être de 6 mois restant à courir. Quant aux difficultés de computation liées au choix de la suspension plutôt que de l'interruption, elles existent qu'on le veuille ou non et on ne peut simplifier au risque de prendre des décisions alambiquées. La suspension vaut du jour de la saisine de l'autorité de compétence jusqu'à la décision constatant l'infraction qui permettra d'en apporter la preuve.

38. – On peut également songer à une coordination utile en matière probatoire. En pratique, en droit financier et en droit boursier, les avocats attendent que l'Autorité des marchés financiers (AMF) ait rendu sa décision pour profiter des éléments retenus par elle. On sait qu'il est quasi impossible de prouver une entente à moins d'en faire partie et que la procédure de clémence est une solution pour combattre cette impossibilité de preuve⁵⁴. Il faudrait alors pouvoir faire profiter le groupe de ces preuves alors même qu'elles sont obtenues sous le sceau du secret dans une procédure orale et secrète. La coordination aurait alors le risque de signer l'arrêt de mort d'une telle procédure. C'est pourquoi elle peut être contournée par une coopération des différents organismes. C'est ainsi que le rapport sénatorial préconise en droit de la concurrence de permettre au juge saisi des demandes d'indemnisation de « *solliciter l'autorité régulatrice afin qu'elle apporte ses lumières sur des faits précis reprochés à une entreprise*⁵⁵ ». Autrement dit, il s'agit de demander à l'autorité de concurrence d'être *amicus curiae* dans le procès sur action de groupe. L'ami de la Cour n'est pourtant pas connu du Code de procédure civile et l'on sent l'hésitation à aller jusqu'au bout de la logique et d'admettre une coordination plus maximale.

2°) Coordination maximale

39. – Une coordination maximale supposerait de profiter de l'autorité de chose décidée par l'autorité de la concurrence. Il n'y a pas techniquement parlé en droit français d'autorité de chose jugée étant donné que les parties au procès diffèrent et que l'objet de l'action n'est pas le même. Le rapport sénatorial prévoit pour l'heure une obligation de surseoir à statuer du juge civil dans l'attente de la décision de l'autorité de la concurrence qui tient donc le civil en l'état. Pourtant, il ne va pas au bout de sa logique en considérant que la décision rendue ne liera pas le juge civil « *même s'il est peu probable qu'elle s'en écartera en pratique*⁵⁶ ». Cette position est difficilement compréhensible dans la mesure où on peut alors se demander quelle est la justification de la suspension d'instance. Il aurait fallu aller au bout de la démarche et admettre une certaine identité des fautes concurrentielles et civiles à l'instar de l'Allemagne ou de l'Angleterre.

40. – Cette autorité de la décision rendue dépend évidemment de la question de savoir si l'organisme public remplit les conditions d'un procès équitable. S'agissant des autorités administratives indépendantes, il faut rappeler que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme EDH admet parfois que certaines garanties y soient un peu édulcorées du fait qu'elles réapparaissent devant la Cour d'appel qui a à juger des recours exercés contre la décision rendue. L'action de groupe amène ainsi à revisiter les concepts procéduraux pour admettre que le procès prend une dimension collective et qu'il est un

⁵⁴ Art L 464-2 C. com.

⁵⁵ Rapport d'information n°499 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, par le *groupe de travail sur l'action de groupe*, par MM. Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG, 26 mai 2010, spéc. p. 85

⁵⁶ Cf. Rapp. Sénat, loc. cit. p. 85

passage obligé de l'effectivité des droits. Plus que perturbatrice, l'action de groupe doit être conçue comme novatrice c'est-à-dire l'occasion de renouveler les concepts.

Etat de la réflexion sur l'introduction de l'action de groupe en droit français

Philippe GUILLERMIN

Chef du Bureau « Protection économique du consommateur » DGCCRF

La croissance de la demande en produits et en services, le développement de l'offre à travers celui des nouvelles technologies, comme la téléphonie mobile, internet ou les cartes de crédit, ont conduit à une spécialisation et à une plus grande complexité des contrats de consommation ainsi qu'à une diversification des techniques de vente.

Les litiges nés des conditions de formation et d'exécution des contrats de consommation peuvent concerner, dans un certain nombre de cas, un très grand nombre de consommateurs et. Eu égard à la faiblesse des montants sur lesquels portent un grand nombre de litiges de consommation, les consommateurs renoncent parfois à toute action individuelle sur le terrain judiciaire.

Néanmoins, compte tenu de l'ampleur des pratiques en cause et de la multiplicité du nombre de victimes, la somme totale des préjudices individuels peut, cependant, être considérable. Il y a donc bien une demande insatisfaite de droit.

Aussi, depuis quelques années, malgré les mesures de simplification pour la saisine des juridictions (tribunaux d'instance, juges de proximité), est apparue la nécessité de mettre en œuvre des moyens de résolution proportionnés et efficaces au traitement des litiges de consommation visant à permettre aux consommateurs de voir garantis leurs droits et notamment le plus important d'entre eux, le droit à réparation, en cas de préjudice causé par le comportement fautif du professionnel.

C'est ce qui explique le développement des mécanismes alternatifs de règlement des litiges de consommation. A cet égard, **la procédure de médiation** fait, depuis quelques temps déjà, l'objet d'un intérêt certain, tant de la part des professionnels que des consommateurs. Le contexte de la transposition de la directive du 21 mai 2008 relative à la médiation en matière civile et commerciale est l'occasion d'instaurer un encadrement et un suivi propre au développement de la médiation et à sa promotion. Le développement des instances de médiation dans le domaine économique participe pleinement au maintien de la confiance des consommateurs dans le marché. C'est aussi un domaine où les pouvoirs publics en charge des réglementations économiques ont incontestablement un rôle à jouer pour promouvoir ce type de procédures.

De ce point de vue, la mise en place depuis le 1^{er} janvier de la Commission de la médiation de la consommation chargée d'élaborer une charte de la médiation appliquée au règlement des litiges de consommation mais également d'assurer un suivi transversal des pratiques de médiation existantes est de nature à contribuer au développement d'une médiation de qualité.

Sur un plan judiciaire, les débats, les réflexions, les études se sont focalisés sur l'opportunité de **l'introduction d'une procédure d'action de groupe** en droit français eu égard notamment à l'inadaptation de l'action en représentation conjointe au traitement des contentieux de masse, sujet qui sera abordé cet après-midi par Me Jérôme FRANCK.

L'action de groupe est en effet consacrée par ses promoteurs comme la forme d'action en réparation la plus adaptée pour résoudre les litiges de consommation affectant un très grand nombre de consommateurs. En effet, ce type de contentieux se caractérise par une grande homogénéité, voire une identité des situations de fait et de droit légitimant une forme d'action collective permettant la prise en charge effective des intérêts individuels des consommateurs, lorsque ceux-ci sont victimes de pratiques illicites ou abusives du fait d'un même professionnel.

L'action de groupe reste, néanmoins, largement étrangère à la tradition juridique française, et son introduction dans notre droit nécessiterait un encadrement très strict afin de ne pas bouleverser les règles processuelles existantes, ni les grands principes généraux de notre droit.

A cette fin, les débats nourris qui se sont tenus sur ce sujet ces dernières années, y compris au Parlement, montrent la difficulté à définir une procédure répondant à la fois aux attentes fortes des consommateurs et à la nécessaire sécurité juridique et économique à laquelle aspirent légitimement les entreprises.

Cependant, dans l'hypothèse de l'introduction d'une procédure d'action de groupe, des orientations se sont dégagées pour, à tout le moins, écarter certaines options (I), voire, définir certaines pistes à partir desquelles pourrait prospérer l'idée d'une action de groupe « à la française » (II). Néanmoins, de nombreuses questions restent encore sans réponse pour la mise en place d'un schéma procédural efficient (III) et, enfin, au plan communautaire, les incertitudes demeurent (IV).

I. Les options rejetées :

En vue de prévenir les dérives constatées Outre-Atlantique, certaines options sont très largement écartées :

- Une modification des règles de preuve :

Les règles existantes en matière civile doivent être maintenues. Il ne doit pas y avoir de mise en œuvre d'une procédure de production forcée de preuves (« discovery ») à l'américaine.

- La rémunération des avocats :

Le système américain offre la possibilité aux avocats d'être rémunérés sur la base d'un pourcentage du montant total de la somme allouée au groupe (« contingency fees »). Ce qui constitue un encouragement à la multiplication des « class action » de la part d'avocats qui n'hésitent pas à solliciter voire provoquer la constitution de « class » dans l'espoir de toucher le « jackpot justice ». En France, il y a une forte opposition à la reconnaissance de ce type d'honoraires au résultat. Pour beaucoup, les règles de rémunération des avocats doivent rester celles actuellement en vigueur.

- L'introduction d'une procédure « d'opt-out »:

Pour de nombreux juristes, l'hypothèse selon laquelle, le groupe est constitué de l'ensemble des victimes d'un dommage, qu'elles soient ou non connues, qu'elles se soient ou non manifestées dans la procédure et que seules sont exclues les personnes qui ont expressément fait part de

leur intention de ne pas faire partie du groupe encourt un sérieux risque d'inconstitutionnalité. Aussi, nombreux sont ceux qui considèrent que les consommateurs doivent clairement se déclarer pour exercer librement leur choix et expressément manifesté leur volonté d'être indemnisés. Seuls ceux qui auront fait cette démarche pourront obtenir la réparation de leur préjudice.

- L'instauration de dommages punitifs :

Cette voie est écartée en tant qu'elle modifie les principes directeurs du procès civil en le « pénalisant ». Le principe doit rester celui d'une indemnisation réparatrice.

II. Les pistes envisagées :

1. La nécessité d'un champ clairement délimité.

Par souci de sécurité juridique, il est essentiel de bien circonscrire le champ d'application de la procédure d'action de groupe.

Une forte tendance se manifeste pour réserver l'action de groupe à la réparation des seuls préjudices matériels subis exclusivement par des consommateurs à l'exclusion des préjudices corporels et moraux. En outre, ne serait pris en compte que les préjudices subis individuellement par un nombre significatif de consommateurs ayant contracté avec un même professionnel pour la vente d'un produit ou la fourniture d'un service et ayant pour origine commune, soit l'inexécution ou la mauvaise exécution par ce professionnel de ses obligations contractuelles, soit la violation par celui-ci de dispositions légales afférentes à la formation, au contenu ou à l'exécution du contrat.

Pour beaucoup, le champ de l'action doit être restreint afin de centrer l'action de groupe sur la réparation des préjudices économiques en vue de faciliter le règlement des petits litiges de consommation qui touchent un grand nombre de consommateurs et pour lesquels les voies individuelles d'accès à la justice ne sont pas adaptées.

Doivent donc être exclus du champ de l'action de groupe les contentieux relevant des domaines de la santé, de l'environnement, du droit du travail ...

Les dommages corporels et les questions de santé doivent être exclus du champ de l'action de groupe parce que ces préjudices nettement personnalisés peuvent être très différents les uns des autres et que les situations peuvent dépendre de différents facteurs (âge ou sexe des victimes, situation de fragilité particulière ou de maladie). Il existe, par ailleurs, des dispositifs d'assurance ou des fonds d'indemnisation et le montant souvent élevé des préjudices peuvent justifier des actions individuelles devant le juge.

A contrario, le domaine du droit contractuel de la consommation justifie parfaitement l'exercice d'une procédure d'action de groupe compte tenu du fait que les consommateurs se trouvent dans des situations de droit ou de fait identiques ou similaires et que c'est sur ce terrain que les litiges sont les plus nombreux : banques, voyages, téléphonie, fourniture d'accès à internet...

2. Une définition stricte de la qualité à agir.

Pour beaucoup, l'action de groupe doit être réservée aux seules associations de consommateurs agréées et représentatives sur le plan national.

Réserver le droit d'introduire l'action aux seules associations nationales doit permettre d'éviter les abus dans l'usage de cette action. Il s'agit notamment d'éviter des demandes fantaisistes dans le cas où un seul consommateur aurait pu introduire l'action de groupe, mais également toute instrumentalisation de ce type de procédure. D'un point de vue procédural, leur statut et leur objet leur permettent de répondre aux exigences de l'intérêt à agir et facilitent la reconnaissance de leur qualité à représenter le groupe des consommateurs en tant que tel sans qu'il soit nécessairement besoin d'identifier au préalable les victimes.

3. Une spécialisation des juridictions compétentes.

Pour le traitement de ce type de contentieux, l'idée de voir des tribunaux de grande instance spécialement désignés pour connaître des actions de groupe est largement répandue.

Il s'agit de faciliter le regroupement des actions de groupe et de favoriser l'harmonisation des décisions (et éviter l'éparpillement et les doubles saisines). Ce dispositif devrait également favoriser l'efficacité et la réactivité (rapidité) de la justice. Les tribunaux de grande instance sont composés de magistrats professionnels qui apprécieront sereinement les actions de groupe dont ils seront saisis. Enfin la spécialisation des tribunaux et le niveau du tribunal compétent (TGI) devraient constituer des gages de fiabilité.

4. La nécessité de sanctionner les procédures abusives :

Eu égard aux conséquences que l'exercice abusif d'une action de groupe pourrait avoir sur l'image de l'entreprise, sa notoriété, la nécessité de sanctionner ce type de comportement apparaît indispensable. Au-delà du principe, il faut bien constater cependant que les modalités des sanctions restent à définir.

III. Les questions en suspens :

Un certain nombre de points demeurent en suspens pour garantir l'efficacité d'une procédure d'action de groupe. Nous allons tenter d'en illustrer certains parmi les plus importants.

1. Le schéma procédural :

Le choix du schéma procédural fait encore débat.

Certains préconisent de prévoir une phase de recevabilité de l'action à l'issue de laquelle le groupe serait constitué et homologué par le juge. Le jugement reconnaissant la responsabilité du professionnel et fixant le montant des indemnités allouées n'intervenant que dans un second temps. Le risque existe, cependant, de voir la responsabilité du professionnel présumée, avant toute décision rendue au fond, dès lors que le juge aura déclaré recevable l'action et que cette décision fera l'objet d'une publicité pour permettre aux consommateurs de se manifester.

L'autre option consiste, comme le préconise les deux propositions de loi, rédigées en des termes identiques et déposées au Sénat respectivement par Laurent BETEILLE et Richard YUNG, à ne prévoir qu'un seul jugement déclaratoire de la responsabilité du professionnel et déterminant les critères présidant à la constitution du groupe.

Aucune publicité n'est donnée à l'affaire avant que le principe de la responsabilité de l'entreprise ne soit acquis par l'effet définitif du jugement (voies de recours épuisées).

Le juge doit ensuite vérifier, au moment de leur réception, le bien fondé des demandes d'indemnisation, qui valent adhésion au groupe, au regard des critères de rattachement préalablement définis par le juge dans la décision déclaratoire de responsabilité.

Comme pour l'homologation prévue dans la première option, la vérification au cas par cas par le juge des demandes individuelles d'adhésion à l'action, de leur montant et des conditions de versement de l'indemnisation impose des contraintes de gestion et de traitement des demandes particulièrement lourdes, s'agissant d'un contentieux de masse, générant un très grand nombre de victimes.

La question de l'adéquation des moyens dont dispose l'institution judiciaire pour faire face à un contentieux de ce type, même à travers la désignation de juridictions spécialisées, mérite donc d'être clairement posée.

2. La procédure d'indemnisation des victimes :

En cas de difficulté d'exécution du jugement, la question des voies d'exécution forcée se pose. Doit-on à cet égard permettre à l'association requérante d'agir au nom et pour le compte des personnes lésées ayant formé une demande d'indemnisation et de mandater des huissiers de justice pour faire exécuter la décision et saisir le juge afin qu'il prononce une astreinte ?

Cette faculté de représentation des consommateurs par une association, en dehors de tout mandat, soulèverait cependant des interrogations en l'absence de toute procédure permettant sa mise en œuvre effective.

3. La question de la prise en compte des préjudices nés des pratiques anticoncurrentielles :

Cette question est récurrente, tout particulièrement depuis la condamnation des opérateurs de téléphonie mobile pour entente tarifaire et nécessite de prendre en compte l'existence et la compétence de l'autorité de la concurrence, cette dernière sanctionnant par des amendes, parfois lourdes, de telles pratiques mais ne statuant en aucun cas sur la réparation des préjudices qu'elles génèrent.

Sur ce sujet, les deux propositions de loi précitées prévoient :

- de faire intervenir l'autorité régulatrice concernée devant le juge saisi d'une action de groupe, en qualité d'*amicus curiae*, lorsque cette autorité n'est pas saisie d'une action contre le professionnel mis en cause ;
- d'obliger le juge de l'action de groupe, saisi d'une demande concernant une pratique faisant l'objet d'une procédure devant une autorité de régulation, à surseoir à statuer dans l'attente de la décision définitive de cette autorité ou de l'épuisement des voies de recours contre cette décision.

4. Le financement des actions de groupe intentées par les associations de consommateurs :

La reconnaissance au profit des associations de consommateurs agréées de pouvoir exercer l'action de groupe poserait inmanquablement la question du financement de ce type d'action, eu égard à l'ampleur des contentieux pour lesquels cette procédure sera mise en œuvre. Or, cette question souvent abordée au cours des débats qui se tiennent sur l'action de groupe, n'a pas reçu à ce jour de réponse satisfaisante. L'idée de la création d'un fond destiné à financer ce type d'action est fréquemment émise, à l'instar du système qui a été institué au Québec où existe un « Fonds d'aide aux recours collectifs », personne morale de droit public qui peut, soit avancer les frais de procédure, soit les prendre en charge⁵⁷. L'aide peut être remboursable en cas de succès du recours.

Néanmoins, restent à définir les ressources qui viendraient abonder un tel fond et le statut juridique de celui-ci.

IV. Les développements communautaires :

La création d'un dispositif national d'action de groupe ne doit pas être incompatible avec les projets européens. Les institutions communautaires se sont en effet emparées du thème des recours collectifs, qui d'ailleurs, dans l'esprit de la Commission européenne recouvre une notion plus large que la seule action de groupe exercée au plan judiciaire. La Commission européenne a déjà publié, à la fin de l'année 2008, un livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs et a lancé il y a quelques semaines une nouvelle consultation sur le sujet qui s'achèvera à la fin du mois d'avril.

En effet, selon elle, l'existence de ce type de recours est de nature à donner confiance aux consommateurs européens dans le marché intérieur, dont le développement est conditionné à la garantie d'une application effective des droits qui leur sont reconnus au plan communautaire.

Cela suppose donc, outre une action en cessation des pratiques transfrontières illicites et la mise en œuvre d'un réseau de coopération administrative en matière de protection des consommateurs, d'envisager la possibilité, pour des consommateurs d'un ou plusieurs États membres d'obtenir réparation des préjudices subis du fait d'un même professionnel installé dans l'un quelconque des États membres de l'Union européenne.

La présente consultation est organisée autour de quatre thématiques :

- permettre aux victimes d'obtenir une compensation effective ;
- permettre aux parties à un litige d'avoir recours à un mode alternatif de règlement des différends ;
- s'assurer que les jugements pourront être mis en œuvre dans l'ensemble de l'UE;
- disposer de moyens financiers suffisants afin de permettre l'accès à la justice (en évitant de fournir une incitation financière au développement de procédures abusives).

⁵⁷ Il a également une fonction d'information sur les recours collectifs.

Il convient de rappeler que plusieurs États membres de l'Union européenne sont déjà dotés de dispositif juridique d'actions de groupe. C'est la raison pour laquelle la question de l'action de groupe doit être coordonnée au niveau communautaire.

Sur la base des résultats de cette consultation, à laquelle bien évidemment les autorités françaises participent, la Commission européenne décidera de l'opportunité d'une initiative législative au regard des principes de subsidiarité, de proportionnalité et d'effectivité.

Il convient, néanmoins, de s'interroger sur les bases juridiques possibles d'une initiative en ce domaine, sans contredire le principe de l'autonomie procédurale reconnue aux États membres.

L'article 65 du Traité autorise l'adoption, « dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur », des mesures relevant du domaine de la « coopération judiciaire » « dans les matières civiles ayant une incidence transfrontalière ». Il convient de relever que tous les règlements communautaires adoptés sur ce fondement ont un champ d'application limité aux litiges transfrontaliers, comme par exemple les règlements (CE) n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer et n° 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges.

Enfin, la mise en œuvre d'une action de groupe au niveau communautaire soulèvera inévitablement la question du droit applicable et de la juridiction nationale compétente alors que la Communauté vient de se doter d'un corpus complet de droit international privé, aux termes d'un long et difficile processus de révision des règles applicables en ce domaine.

Conclusion :

Voici brièvement exposés les points essentiels autour desquels tourne le débat sur l'action de groupe. Comme on peut le constater, les choses sont loin d'être stabilisées. Cela explique la prudence du Gouvernement sur le sujet qui tout en ayant parfaitement conscience de la nécessité de trouver des voies adaptées au règlement des contentieux de masse dans le domaine de la consommation ne veut pas ajouter à la charge des entreprises, dans un contexte de sorte de crise, une insécurité juridique à des incertitudes économiques.

En tout état de cause et c'est le sens de la position française à l'égard des autorités communautaires, le Gouvernement pense que l'amélioration des procédures de traitement des contentieux de consommation ne passe pas, dans un contexte de sortie de crise économique, par l'introduction d'une action collective en réparation, mais par l'amélioration des voies de recours déjà existantes et par le développement des procédures de résolution amiable des litiges.

L'UNION FAIT L'ACTION

D'une action de groupe théorique à sa mise en pratique

L'EXPERIENCE DU PORTUGAL vis-a-vis DE LA TIMIDITÉ EUROPÉENNE

*Maria Cristina Portugal **

1. Les actions collectives - justification, terminologie.

D'après la théorie économique classique, la libéralisation des échanges profite aux consommateurs en augmentant, sous l'effet de la concurrence, le choix et la qualité des produits et en diminuant les prix.

Le développement des offres publiques, des contrats d'adhésion, des formes agressives de publicité et de marketing, d'une information précontractuelle mal adaptée, de pratiques commerciales déloyales généralisées et de pratiques anticoncurrentielles peut causer des préjudices à des groupes importants de consommateurs qui, la plupart du temps, ne sont pas identifiés et peuvent être difficilement identifiables.

Le premier moyen à la disposition de la sphère privée pour faire respecter le droit c'est le recours à la justice : des personnes physiques ou morales peuvent engager, à titre individuel, une action en justice pour faire valoir leurs droits.

Cependant, le recours individuel à la justice n'est pas forcément une solution utilisée par la plus grande partie des consommateurs : il est trop cher, trop lent et trop inefficace pour la résolution des conflits de consommation.

Lorsqu'un grand groupe de citoyens-consommateurs et d'entreprises sont victimes de la même infraction, les recours individuels ne constituent pas une voie de recours efficace pour mettre un terme aux pratiques illégales en cause ou obtenir réparation du préjudice causé par ces pratiques: les citoyens et les entreprises hésitent souvent à engager des poursuites contre des pratiques illégales, notamment lorsque le préjudice individuel n'est guère important par rapport au coût d'une action en justice.

Les actions collectives constituent ainsi le moyen de regrouper en une seule action plusieurs plaintes de moindre ampleur ce qui permet d'économiser du temps et de l'argent et garantir efficacement l'accès à la justice et la protection des consommateurs.

Ce sont les actions collectives qui répondent de manière exemplaire à certains objectifs essentiels à la confiance des entreprises et des consommateurs et à la paix sociale: a) La réparation effective des dommages, facilitant la demande en dommages et intérêts par les organisations au nom des consommateurs lésés, ce qui contribue à rendre effectif l'accès à la justice; b) La prévention et la dissuasion des comportements illégaux ou anticoncurrentiels en raison du plus grand impact social de ce type d'actions. En outre, du point de vue de celui qui commet l'infraction, la possibilité de concentrer la défense conduit à des gains appréciables en termes de coûts et d'efficacité.

Cependant, les intérêts individuels homogènes, les intérêts collectifs de groupements ou les intérêts diffus, ne trouvent pas toujours, dans les systèmes juridiques de droit procédural traditionnels, des formes adéquates d'action judiciaire faciles, rapides, peu coûteuses et efficaces.

Beaucoup d'États membres de l'Union Européenne et hors UE ont développé des systèmes juridiques proposant des formes de protection judiciaire des intérêts collectifs ou diffus lesquelles répondent à un besoin social et sont adaptés aux différentes traditions de droit procédural.

Une des plus grandes difficultés concernant ce sujet est celle de la terminologie. Cette difficulté est aggravée par l'éternel fantôme des «class actions à l'américaine», un argument toujours utilisé par ceux qui s'opposent à l'introduction de quelque forme d'exercice non-individuel du droit d'action à niveau national ou européen.

Il faut être conscient que la pratique des dénommées «class actions», actions collectives typiques du système américain, n'est prévue ni par les régimes juridiques, ni par le modèle judiciaire européen. Ceux-ci disposent de systèmes traditionnels de demandes de dommages et intérêts conformes à une autre tradition juridique, sociale et culturelle. L'importation du modèle américain n'est donc même pas une hypothèse théorique ou en discussion, c'est simplement un argument d'opposition, efficace malheureusement.

Les actions génériquement dénommées collectives peuvent donc revêtir diverses formes, telles que des mécanismes extrajudiciaires de règlement des litiges ou le recours à un organisme public ou une autre entité représentative pour intenter l'action collective. La désignation, le contenu et tous les contours associés aux différents types d'action collective varient beaucoup entre les Etats membres: actions représentatives, actions dans l'intérêt collectif, actions de groupe.⁵⁸

Le propos de ce travail n'est pas de s'étendre sur la discussion de tous les cas de figure, on approche les actions collectives – en tant que contrepoids aux actions individuelle – du point de vu des effets d'une telle action en justice : les *actions collectives en cessation*, par lesquelles les plaignants cherchent à obtenir la cessation d'un comportement illégal et les *actions collectives en réparation*, par lesquelles les plaignants cherchent à obtenir des dommages-intérêts à titre d'indemnisation du préjudice subi.⁵⁹

⁵⁸ Cf. Avis du Comité Économique et Social Européen sur la «Définition du rôle et du régime des actions de groupe dans le domaine du droit communautaire de la consommation» dont le Rapporteur a été Jorge Pegado Liz, publié dans le JO C 162/1, le 25.6.2008.

⁵⁹ Celle-là c'est la dichotomie adoptée dans le récent travail de la Commission Européenne Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs Bruxelles, le 4 février 2011 SEC(2011) 173, en consultation publique entre le 4 Février et le 30 Avril 2011 et dont les résultats ne sont pas encore disponibles

2. Les actions collectives au Portugal

En tant que partie intégrante dans la «défense» des droits, libertés et garanties et en particulier les droits, libertés et garanties de participation politique, la Constitution de la République Portugaise a consacré par l'article 52^o un droit d'action collective, l'action populaire.

Dans la version originelle, ce droit d'action ne pouvait être exercé que par les citoyens à titre individuel. Cependant avec la révision constitutionnelle de 1989 le droit d'action populaire « ...est concédé à tous, personnellement ou à l'aide des association de défense des intérêts en cause, le droit à l'action populaire dans les cas et les termes prévus par la loi, ainsi que le droit de demander pour le ou les lésés l'indemnisation correspondante, notamment afin de: a) Promouvoir la prévention, la cessation ou la persécution judiciaire des infractions contre la santé publique, les droits des consommateurs, la qualité de vie, la préservation de l'environnement et le patrimoine culturel: b) Assurer la défense des biens de l'État, des régions autonomes et des municipalités.»

D'autre part, les droits des consommateurs, sont aussi prévus dans la Constitution de la République Portugaise. Le droit de participation et d'audition des associations de consommateurs et des coopératives de consommation y sont expressément consacrés aussi bien que la légitimité procédurière de ces organisations pour agir en justice, soit dans la défense des associés soit dans la défense des dénommés intérêts collectives ou intérêts diffus.

Même si l'on considère que l'exercice des droits en justice n'est devenu visible qu'à partir de la deuxième moitié des années 90, le système juridique portugais reconnaît depuis longtemps les actions collectives soit en cessation, soit en réparation.

2.1. Les actions en cessation

La Loi de défense du consommateur - La première Loi de défense du consommateur au Portugal, Loi n^o. 29/81, du 22 août mentionnait, article 10^o n.º 3, (droit d'accès à la justice) que le Ministère Public avait «l'intervention principale dans les actions civiles ayant pour but la tutelle des intérêts collectives des consommateurs».

D'après la loi, les associations des consommateurs pourraient intervenir comme «assistants» dans les actions civiles où le Ministère Public avait l'intervention principale et aussi intervenir dans des procédures pénales concernant la violation des règles économiques ou en protection de la santé publique. Malgré cette possibilité légale, aucune action civile n'a été engagée basée sur cette loi.

La Loi des clauses abusives - Quelques années plus tard le gouvernement a approuvé une loi concernant les clauses contractuelles générales, le Décret-loi n^o 446/85, du 25 Octobre.

Cette loi a conçu un système de contrôle judiciaire des clauses abusives incluses dans des contrats proposés aux consommateurs et professionnels moyennant une action en cessation - l'action inhibitoire de l'utilisation future des clauses abusives - et a octroyé la légitimité

pour agir en justice aux associations de défense des consommateurs, aux syndicats, aux associations professionnels et aussi au Ministère Public.

La première décision d'un tribunal déclarant l'interdiction d'une clause date de l'année 1991. Aujourd'hui, surtout par action du Ministère Public et de la DECO - Association Portugaise pour la Défense du Consommateur -, la jurisprudence en matière de clauses abusives est très vaste.

Si du point de vue de l'équilibre contractuel il faut reconnaître que les effets sur le contenu des clauses proposés sur le «marché» des contrats d'adhésion (en particulier dans le domaine des banques ou assurances) sont assez positives, nous identifions actuellement beaucoup de problèmes d'application : duplication d'actions, manque de coordination entre plaignants et jurisprudence potentiellement contraire.

L'action populaire – L'action populaire prévue dans la Constitution a été réglementée par la Loi n° 83/95, du 31 août. Bien que cette action puisse être utilisée pour obtenir la cessation d'une pratique, dans ce domaine il n'y a pas de particularités à souligner. L'effet le plus intéressant de l'action populaire est celui de la réparation de dommages et intérêts d'un groupe de lésés, identifiés ou non comme détaillé ci-dessous.

La Loi de défense du consommateur de 1996 – Quinze ans après la première consécration des droits des consommateurs, une nouvelle Loi de Défense des Consommateurs a été approuvée, la Loi n° 24/96, du 31 juillet. Dans son article 10 – droit de prévention et d'action inhibitoire – la nouvelle loi introduit une action en cessation générale en vue de la prévention, correction ou cessation de pratiques contraires aux droits des consommateurs consacrés dans la loi, notamment celles contraires à la santé et sécurité physique ou traduites dans l'usage des clauses abusives.

Sans préjudice d'une éventuelle indemnité, la décision judiciaire conclue dans une telle action en cessation peut être accompagnée d'une **sanction pécuniaire en cas de non-accomplissement** et doit être publiée dans les termes librement fixés par le tribunal, à la charge du contrevenant, et enregistré dans un service au **Ministère de la Justice**⁶⁰ afin de permettre une large connaissance et divulgation.

Cette action en cessation peut être engagée par les consommateurs lésés ; les consommateurs et les associations de consommateurs non lésés dans les termes prévus par la loi de l'action populaire (*infra*), le Ministère Public et l'Institut du Consommateur⁶¹ dans le cas d'intérêts individuels homogènes, collectives ou diffus.

L'action en cessation communautaire - Enfin pour avoir le cadre complet des actions en cessation au Portugal, il faut encore mentionner la Loi 25/2004, du 8 juillet. Cette loi transpose la Directive 98/27/CE du Parlement Européen et du Conseil de 19 Mai et n'apporte pas de modifications substantielles au système déjà en vigueur. Cependant, en conformité avec la Directive 98/27/CE et son annexe, la loi élargit le champ d'application de

⁶⁰ Actuellement la Direction générale de la politique de justice (cf. <http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/uniao-europeia>).

⁶¹ Aujourd'hui Direction Générale du Consommateur.

l'action en cessation – déjà prévue soit par la loi de défense des consommateurs, soit par la loi d'action populaire– aussi bien que par la liste d'entités admises à agir en justice.

2.2. L'action en réparation – l'action populaire

La Loi 83/95, du 31 août réglemente le droit d'action populaire, prévu par la Constitution, en établissant une procédure spécifique pour ce genre d'action. Les aspects essentiels de l'action populaire au Portugal sont les suivants:

Le champ d'application – L'action populaire s'applique quant à la santé publique, à l'environnement, à la qualité de la vie, à la protection de la consommation des biens et services, au patrimoine culturel et au domaine public. D'après la Loi 25/2004, du 8 juillet le domaine d'application inclut les matières prévues dans la Directive 98/27/CE et son annexe.

Forme de la procédure et tribunal compétent- La procédure peut suivre toute forme admise par le Code de Procédure Civile et ceci inclut, naturellement, l'action en condamnation à des dommages et intérêts. Il n'a pas été prévu une compétence particulière en raison du territoire, matière ou valeur.

Le droit d'action – Le droit d'action appartient à tout citoyen dans le plein exercice de ses droits civils et politiques, aux associations de consommateurs (même sans avoir un intérêt direct dans la cause), aux fondations qui représentent des intérêts protégés par la loi, aux autorités municipales. Tous peuvent agir en demande, sans mandat, pour le compte des membres concernés.

Le groupe - Il n'est pas nécessaire d'identifier précisément les intéressés car le groupe n'est pas forcément constitué lors du dépôt de la requête. Il peut se constituer en cours d'instance ou d'exécution des condamnations pécuniaires.

Le début de la procédure - La procédure commence par le dépôt de la requête d'action collective conformément aux règles générales de procédure civile, en précisant le groupe, les faits communs ou semblables aux plaintes des membres du groupe, les faits connus du demandeur qui peuvent être importants pour examiner certaines plaintes, les autres faits qui sont importants pour savoir si les plaintes individuelles doivent faire l'objet d'une action populaire. Le plaignant doit également identifier les noms et les adresses de tous les membres du groupe (connus) et les faits à notifier à ces derniers. Si en cours d'instance d'une procédure individuelle il peut apparaître qu'une action populaire est appropriée, le plaignant peut alors, par requête écrite, demander au tribunal que l'action soit modifiée en action populaire, à condition que le défendeur y consente et s'il est manifeste que les avantages de l'action populaire dépassent les inconvénients qu'une telle procédure entraînerait pour le défendeur. La représentation par avocat est obligatoire.

La recevabilité - La requête d'action populaire doit avoir une décision liminaire sur la recevabilité. Il est suffisant que les parties aient une légitimité pour agir en justice, que la demande ne soit pas manifestement infondée et que les intérêts en cause soient ceux protégés par la loi.

La citation - Le tribunal procède par citation personnelle lorsque les personnes sont identifiées et par citations publiées dans les journaux ou par affichage, lorsqu'elles ne sont

pas identifiables. La citation demande expressément aux intéressés de déclarer s'ils veulent s'exclure de l'action (*opt-out*) et le plaignant ne représentera pas ceux-là. Le juge procède aussi à la citation des défendeurs.

Le jugement - Le juge se prononcera, en premier lieu, sur les questions communes puis sur les questions individuelles. Les titulaires identifiés sont dédommagés dans la proportion de leur préjudice fixé par le juge. Les montants alloués aux titulaires non identifiés sont transmis au Ministère de la Justice qui les garde jusqu'à prescription des droits (3 ans). Par la suite, ils seront utilisés pour financer l'accès au droit et à la justice dans d'autres actions populaires.

Le règlement amiable du procès, possible à tout moment, doit être homologué par le juge et faire l'objet de communication aux intéressés dans les mêmes conditions que la citation.

La condamnation et la portée du jugement - La sentence applique des règles générales de procédure civile et a une portée générale, sauf à l'égard de ceux qui se sont expressément exclus. Les jugements sont notifiés aux parties identifiées et, en cas de gain de cause, sont obligatoirement publiés dans deux journaux au choix du juge et aux frais de la partie perdante.

Les frais - Il y a une exemption des frais judiciaires en cas de gain de cause et, dans le cas de perte totale, le juge peut fixer un montant par rapport à l'action qui a été menée entre un dixième et la moitié des coûts normaux. Devant les juridictions civiles, la présence d'un avocat est obligatoire **dans la grosse majorité des situations et toujours devant les tribunaux supérieurs**. Les avocats sont payés par les parties selon le droit commun, n'existant pas au Portugal de "*contingency fees*". Des mécanismes d'aide judiciaire peuvent aussi être mis en oeuvre.

L'appel - L'appel de la sentence peut être collectif ou individuel et le recours peut aller jusqu'à la Cour Suprême suivant encore les règles générales de procédure civile. Le juge a le pouvoir de décider si l'appel aura ou non un effet suspensif.

3. Les actions collectives dans l'Union Européenne

L'un des thèmes soulevés à propos du marché unique est la protection effective de l'autre partie du marché, à savoir les consommateurs. La confiance des consommateurs et des entreprises sont entendues comme une condition indispensable au bon fonctionnement du marché unique, en ce qu'elle imprime un élan à la concurrence, à l'innovation et au développement économique.

Cependant, pour les consommateurs, le marché unique, transfrontalier, agrandit les risques déjà existants liés à la «massification» des transactions, aux contrats d'adhésion, à des ventes à distance et au commerce électronique où la seule présence matérielle est l'écran du consommateur.

Si la globalisation des marchés profite aux consommateurs, elle a aussi pour conséquences d'accroître leur vulnérabilité, de limiter l'efficacité des mesures face à de nouveaux déséquilibres qui caractérisent la position du consommateur national sur un marché européen ou global.

Les consommateurs voient leurs droits limités lorsque les contrats et les services revêtent un caractère transfrontalier, limitant leurs droits en tant que consommateurs nationaux, tandis que les règles de concurrence couvrent la totalité du marché intérieur.

Il est intéressant de noter que ce rendez-vous entre la politique de concurrence et la politique de protection du consommateur, justifiée par la confiance qu'il faut instaurer auprès des agents du marché, n'est pas le résultat d'une évolution parallèle des deux politiques au niveau communautaire.

La politique de la concurrence, qui fait partie des compétences communes attribuées à la Communauté économique européenne (CEE) par le traité de Rome de 1957⁶² comprenant les règles vis-à-vis des entreprises et celles à l'égard des interventions de l'État, a été, depuis toujours, un des piliers de la construction européenne.

Mais dans les dernières années le marché unique a fait l'objet d'une réorganisation assez significative. La modification la plus importante est celle qui concerne l'application des règles communautaires de la concurrence.

Le Règlement 1/2003^{63/64} instituant un système de compétences parallèles, reconnaît que tant la Commission, comme les Autorités Nationales de Concurrence (ANC) et les Tribunaux Nationaux, sont maintenant les responsables de la mise en œuvre de la politique commune de concurrence et peuvent, dans le cadre de leurs compétences, déclarer illicite une pratique ou un abus de position dominante exercé au sein du marché, avec les sanctions prévues, selon les modalités et l'ampleur correspondant aux dommages et préjudices occasionnés.

Par contre dans le cadre de l'UE, la politique de la consommation est restée dans le domaine des Etats membres pendant des décennies. Elle ne devient effective qu'après la Résolution du Conseil des Ministres de la Communauté Européenne, du 14 avril 1975, qui établit un «Programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs» et définissant les cinq droits fondamentaux du consommateur.^{65 / 66}

Pendant ce temps, chaque Etat membre a abordé les questions de consommation en fonction de ses spécificités, des sensibilités politiques, des exigences des consommateurs et des associations donnant naissance à des cadres nationaux assez contrastée.

⁶² En réalité l'Europe dispose de règles de droit de la concurrence depuis 1951, année de la signature du Traité de Paris relatif à la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) lequel a interdit toute pratique discriminatoire de nature à fausser la concurrence parmi les six pays signataires (France, Allemagne, Italie, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas).

⁶³ Règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2003 relatif à la mise en œuvre des règles sur la concurrence prévues aux articles 81 et 82 du TCE (JO N° L 1 du 4 janvier 2003; avis du CESE: JO C 155, du 29.05.2001, p 73).

⁶⁴ Il est important de souligner l'existence du Réseau européen de la concurrence (REC) (JO n°101 du 27 avril 2004) chargé de promouvoir la collaboration en matière d'application des règles de la concurrence entre la Commission et les ANC.

⁶⁵ Le droit à la protection de sa santé et de sa sécurité ; le droit à la protection de ses intérêts économiques ; le droit à la réparation des dommages ; le droit à l'information et à l'éducation ; le droit à la représentation.

⁶⁶ Le « Service de Protection des Consommateurs » de la Commission Européenne n'a été autonomisée d'autres matières que dans l'année 1989.

Une fois devenue une politique communautaire⁶⁷ le cadre communautaire a évolué par l'élaboration de directives, d'harmonisation minimale dans son début, plus ciblées aujourd'hui, visant une normalisation des règles concernant les consommateurs.

Dans ce marché, pour des raisons pratiques, il est très improbable, voire impossible, que les consommateurs et les acheteurs réclament des dommages et intérêts de faible ampleur, intentant une action pour infraction au droit européen des consommateurs et au droit des ententes. Au-delà de la protection spécifique des consommateurs et des entreprises, les actions collectives permettent de mieux protéger leurs intérêts et constituent également le moyen de regrouper en une seule action plusieurs plaintes de moindre ampleur, ce qui permet d'économiser du temps et de l'argent.

La problématique de l'accès à la justice moyennant la représentation collective des consommateurs est soulevée, discutée, révisée depuis le début de la politique de protection des consommateurs dans l'UE. Elle a fait l'objet de livres - verts et blancs -, d'études, de conférences, de propositions et de communications : un long processus qui ne semble toujours pas avoir abouti.⁶⁸

D'une façon plus ou moins ciblée, seules les actions en cessation voient des avancées au niveau européen.

Tout d'abord, par la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs,⁶⁹ quand elle prévoit, à l'article 7, que les moyens visés par les États membres, destinés à faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel qui comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organismes administratifs compétents, afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces, afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.

Assumant – sans réglementer - les actions en cessation, la Directive 98/27/EC du Parlement Européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs a confirmé l'adéquation de l'action collective dans la protection des intérêts collectifs des consommateurs - qui ne sont pas une simple

⁶⁷ L'article 95ème du traité, base juridique pour les mesures d'harmonisation visant à établir un marché intérieur, insiste sur l'objectif d'un niveau élevé de protection des consommateurs et l'article 153, tel que modifié par le traité d'Amsterdam, instaure une base juridique pour toute une série d'actions au niveau communautaire.

⁶⁸ Nous pouvons trouver une description très complète des nombreuses avancées au niveau européen en matière d'actions collectives dans l'Avis du Comité économique et social européen sur la «Définition du rôle et du régime des actions de groupe dans le domaine du droit communautaire de la consommation» dont le Rapporteur a été Jorge Pegado Liz, publié dans le JO C 162/1, le 25.6.2008. Nous n'en soulignons ici que quelques-unes : Le 2ème Programme de la CE pour une politique de protection et d'information des consommateurs (Résolution du Conseil du 19 mai 1981) ; "Communication complémentaire sur l'accès des consommateurs à la justice" du 7 mai 1987 ; Communication de la Commission intitulée "Nouvelle impulsion pour la politique de protection des consommateurs", du 4 juin 1985, [COM (85) 314 final], dont les orientations ont été approuvées par le Conseil le 23 juin 1986 (JO C 167 du 5.6.1986) ; Résolution du Parlement européen du 13 mars 1987 (Doc. A2-152/86 du 21 novembre.1986 (PE 104.304) ; Résolution du Conseil du 25 juin 1987 (Résolution 87/C in JO C 176 du 4.7.1987), exclusivement consacrée à l'accès des consommateurs à la justice est souligné le "rôle important que sont appelé[s] à jouer les organisations de consommateurs" et invitait la Commission à "examiner si une initiative au niveau communautaire pourrait être appropriée dans ce domaine" ; "Livre vert sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique" (COM(93) 576 final du 16 novembre 1993). Aussi à mentionner l'existence de plusieurs Avis émis par le Comité Economique et Social sur cette matière (v.g. rapporteur: M. Ataíde Ferreira (CES 742/94, JO C 295 du 22.10.1994) ; (CES 1115/91, JO C 339 du 31.12.1991) ; (CES 878/92, JO C 19 du 25.1.1993).

⁶⁹ Journal officiel n° L 095 du 21/04/1993 p. 0029 – 0034.

accumulation d'intérêts de particuliers – limitée aux droits compris dans les directives énumérées dans une annexe.⁷⁰

Plus récemment, la Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur⁷¹ a aussi reconnu que les personnes ou organisations considérées, selon la législation nationale, ayant un intérêt légitime à agir doivent disposer de voies de recours pour engager une action contre des pratiques commerciales déloyales, soit devant un tribunal, soit auprès d'une autorité administrative compétente pour statuer sur les plaintes ou pour engager une action en justice appropriée. Selon le texte de cette Directive, d'harmonisation maximale, ces moyens devraient inclure des dispositions juridiques aux termes desquelles les personnes ou organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales, y compris les concurrents, peuvent intenter une action en justice contre ces pratiques commerciales déloyales, et/ou porter ces pratiques commerciales déloyales devant une autorité administrative compétente soit pour statuer sur les plaintes, soit pour engager les poursuites judiciaires appropriées.

Mais c'était dans le contexte de la concurrence que la question des actions collectives en réparation de dommage intérêts s'est rouvert, à propos du Livre vert intitulé « Dommage et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », ⁷² présenté par la Commission européenne⁷³.

En ligne avec l'application privée du droit de la concurrence devant la juridiction ordinaire, il y a lieu de signaler l'importance de l'action collective visant la cessation par les entreprises des pratiques illicites, de manière à empêcher la continuation de telles pratiques et à en diminuer les effets nuisibles, tant pour les entreprises que pour les consommateurs. La Cour de Justice avait d'ailleurs rendu des arrêts d'une importance considérable en reconnaissant le droit des particuliers ayant subi un dommage du fait d'une infraction aux articles 81 et 82 du Traité à demander réparation.⁷⁴

En parallèle et de façon incompréhensible, en 2008, la Commission Européenne met en discussion un deuxième Livre Vert sur les recours collectifs pour les consommateurs⁷⁵ et un Livre Blanc sur les dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante⁷⁶. Plusieurs auditions publiques, débats sur la coordination des propositions de recours collectifs s'en sont suivies.

⁷⁰ Dans un contexte différent, le Règlement (CE) No 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 27 octobre 2004 (JO L 364 du 9.12.2004, p. 1–11.) relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, inclut aussi dans son champ d'application la protection des intérêts collectives des consommateurs.

⁷¹ et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (JO L 149 du 11/06/2005 p. 0022 – 0039).

⁷² COM (2005)672 final, du 19/12/2005.

⁷³ Cf. l'appui à l'initiative donné par le CESE dans l'Avis CESE 1349/2006 — JO C 324 du 30.12.2006, sur « Livre vert sur les infractions aux règles communautaires sur les ententes » rapporteur: Mme SÁNCHEZ MIGUEL.

⁷⁴ Cf. affaire Courage Ltd c/ Bernard CREHAN, C-453/99 du 20 septembre 2001. Demande de décision préjudicielle présentée par ordonnance de la Court of Appeal (England and Wales –4 Civil Division), Royaume-Uni.

⁷⁵ COM(2008) 794 final, le 27.11.2008.

⁷⁶ COM(2008) 165, 2.4.2008.

Récemment, déjà cette année, la Commission Européenne a présenté et mis (encore) en discussion publique un nouveau document intitulé «Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs»⁷⁷ dont les résultats, certainement pas les derniers, ne sont pas encore disponibles.

Après des décennies de discussion, l'action collective en réparation européenne a des avantages (re)connus: la rationalisation des recours judiciaires et processuels ; l'effet de dissuasion de pratiques illégales; l'agrégation de petites causes normalement exclues des tribunaux en garantissant l'accès à la justice, la confiance dans les marchés et la paix sociale ; la consistance de décisions dans les Etats membres ; la concentration de la défense. Mais elle a des difficultés identifiées : le choix des critères de détermination des victimes et des dommages; la faute intentionnelle ou par négligence; le type de compensation ; l'accès et la charge de la preuve ; le rôle du juge ; les coûts et le financement ; le choix entre les systèmes *opt out / opt in* ; la représentation par avocat ; les critères et le moment de répartition de l'indemnité. Et il y a aussi des risques qui peuvent être réduits : *judicial blackmail*; proportionnalité des gains et des pertes ; le *forum shopping* ; la litispendance entre Etats membres ; la coordination des défenses ; les conflits de compétence ; la loi applicable.

Bien qu'il ne soit pas contestable que les actions collectives assurent un niveau élevé de protection et permettent aux citoyens, aux associations et entités intéressées de s'organiser afin de préserver les intérêts des consommateurs et de la concurrence, c'est-à-dire de leur assurer une juste compensation en cas de violation des droits, les actions collectives au niveau européen semblent avoir été de nouveau mises en veille afin que rien de concret ne puisse aboutir rapidement. Encore une fois nous restons dans l'attente...

* Maria Cristina Portugal, avocate au Barreau de Lisbonne, associée de la société d'avocats Sternberg, Galamba, Portugal & Associados, a exercé plusieurs fonctions liées au droit de la consommation et aux organisations de défense de consommateurs notamment à la Commission pour un Code de la Consommation, à l'Institut du Consommateur et à l'Association Portugaise pour la Défense du Consommateur DECO.

⁷⁷ SEC(2011) 173 final, du 4 février 2011.

LES ACTIONS COLLECTIVES EN DROIT DE LA CONSOMMATION

PRESENTATION SOMMAIRE ET ANALYSE CRITIQUE DE L'EXISTANT

Maître Jérôme FRANCK
Avocat au Barreau de Paris

Propos liminaires.

L'action d'intérêt collectif, que l'on connaissait autrefois sous le nom d'action syndicale depuis cet arrêt de 1913 de la Cour de Cassation à propos d'une action d'un syndicat de viticulteurs⁷⁸, a pour fonction d'assurer en justice la représentation d'un intérêt catégoriel déterminé, ici celui des consommateurs, intérêt qui serait un démembrement de l'intérêt général⁷⁹.

Elle se distingue donc des actions visant à agréger des demandes individuelles identifiées ou identifiables, comme les actions en représentation, fondées sur la théorie du mandat qu'il soit formel ou tacite.

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

A - L'ACTION D'INTERET COLLECTIF EN DROIT DE LA CONSOMMATION

1 - Fondement légal

Articles 421-1 et suivants du Code de la Consommation (Loi Royer de 1973, plusieurs fois aménagée)

Il ne s'agit en aucun cas d'une action de groupe, car elle ne vise qu'à la protection des intérêts collectifs, distincts de la somme des intérêts individuels.

Ce n'est pas l'action qui est collective, ni son exercice, mais l'intérêt qui la fonde.

Cet intérêt collectif ne doit pas être compris comme la somme des intérêts individuels des consommateurs lésés.

⁷⁸ Cass. Chambres réunies, 5 avril 1913 Syndicat National de la Viticulture Française

⁷⁹ Voir sur cette question « La défense des intérêts collectifs par les associations » - Thèse de Monsieur Louis BORE – LGDJ 1997

La Cour de Cassation l'a rappelé : le préjudice direct ou indirect qui est porté par une infraction à l'intérêt collectif des consommateurs ne se confond pas avec le préjudice subi personnellement par les victimes directes de l'infraction qui seules peuvent en demander réparation⁸⁰.

L'intérêt collectif des consommateurs transcende les intérêts individuels et le dépasse, dans la mesure où cette collectivité a des intérêts qui peuvent être contraires aux intérêts individuels⁸¹.

Dans cette logique, la Chambre Criminelle a jugé de longue date qu'une association pouvait intervenir sans avoir à prouver l'existence de préjudices individuels⁸².

2 - Objet de l'action

L'association agréée de consommateurs peut:

1. faire cesser des pratiques illicites, soit sanctionnées pénalement, soit contraires au droit communautaire de la consommation, soit constitutives de fautes purement civiles,
2. obtenir réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif qu'elle représente : atteinte à la cause (dommages intérêts/mesures de réparation en nature⁸³), même dans l'hypothèse où la faute est purement civile⁸⁴,
3. demander la publicité de la décision de manière à en assurer une large diffusion.

3 - Intérêt

Action de police privée, utile dans un contentieux objectif (rétablissement de l'ordre social, ici essentiellement économique), qui permet la prévention de futurs dommages individuels.

Concours à l'application effective du droit de la consommation, notamment dans des hypothèses où l'action publique n'est pas mise en mouvement par le Parquet.

⁸⁰ Cass. Crim., 20 mai 1985, Bull. Crim., p. 485

⁸¹ Voir note 3

⁸² Cass. Crim., 11 octobre 1982

Cass. Crim., 3 septembre 1992, Bull. inf. ; C. Cass., 1^{er} décembre 1992, p. 17

Cass. Crim., 31 janvier 1983, Bull. Crim., p. 77

⁸³ A propos de la réparation par la publication de la décision voir Cass 1^{ère} civ.14 mai 1992, Bull.I n°138

⁸⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 5 oct. 1999, D.1999 AJ 52 ; Cass. 1^{ère} Civ., 1er février 2005 n°: 02-20633 ; CA 4^{ème} Ch. Paris, 22 avril 2005

De plus, les décisions rendues peuvent avoir un effet déclaratif⁸⁵, et sont en tout état de cause opposables à tous⁸⁶, notamment en raison de la publicité qui en est ordonnée par le juge⁸⁷.

4 - Limites

Pas de réparation des dommages individuels, pas adaptée à la réparation des préjudices diffus⁸⁸, pas d'effet erga omnes des décisions civiles⁸⁹et, dès lors, ne peuvent produire d'effets à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties à l'instance.

La réparation allouée au titre du préjudice causé à l'intérêt collectif est souvent insuffisante pour avoir un véritable effet dissuasif, contribuant ainsi à un fonctionnement loyal et sain du marché.

B - L'ACTION EN REPRESENTATION CONJOINTE

1 - Fondement légal

Articles 422-1 et suivants du Code de la Consommation (loi du 18 janvier 1992)

Action fondée sur le mandat express et préalable (au moins 2) donné à une association disposant d'un agrément à portée nationale, en vue d'obtenir la réparation de préjudices individuels subis par des personnes physiques (qualifiées de consommateurs, mais pas obligatoirement membres de l'association) causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune.

Le mandat peut être donné pour exercer l'action devant toutes les juridictions, de l'ordre judiciaire et administratif.

⁸⁵ Sur cette notion selon le Dictionnaire de Vocabulaire Juridique CORNU « décision qui constate un fait préexistant ou reconnaît un droit préexistant mais contesté », décision définitive : TGI Nanterre, UFC c/ SFR, 22 mai 2002, CCC juillet 2002, n° 49

⁸⁶ Sur cette question voir Encyclopédie Dalloz Répertoire de Procédure civile T1 chose jugée

⁸⁷ Pour des modes originaux de publicité, voir TGI Nanterre, 15 octobre 2001, CCC décembre 2001 n° 182 ; TGI Nanterre, 10 septembre 2003, CCC janvier 2004 n° 13, infirmé sur ce point par CA Versailles, 4 février 2004 CCC juin 2004 n°99

⁸⁸ Voir à ce sujet A MORIN « L'action d'intérêt collectif exercée avant et après la loi du 5 janvier 1988 » Revue Européenne de droit de la Consommation 1991.p.3

⁸⁹ Cass. Civ., 22 juillet 1952, D.1952, Jur. p.746

2 - Modalités d'exercice

Interdiction de collecte des mandats par certains moyens de communication (pas d'appel au public télévisé, radiophonique, ni affichage, tract ou lettre personnalisée, et donc uniquement par voie de presse écrite ou présentation spontanée des mandants), la Cour de Cassation venant d'affirmer que tout moyen de communication de masse devait être exclu⁹⁰ pour recueillir les mandats.

Possibilité pour le consommateur de s'exclure à tout instant du groupe (application du principe constitutionnel de liberté individuelle de l'exercice de l'action en justice, et rappel de cette règle par l'article R.422-5 pour l'exercice devant les juridictions civiles).

Convocation, significations et notifications faites au représentant (en vertu de la théorie de la représentation, cf. L.422-2, R.422-4, R.422-10).

Devant les juridictions répressives, le mandat permettant d'exercer les droits reconnus à la partie civile, le représentant doit solliciter la réparation d'un préjudice trouvant sa source dans une infraction pénale (cf. article 2 du Code de Procédure Pénale) et peut, pour ce faire, utiliser tous les modes de saisine de la juridiction pénale (plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, citation directe, ou constitution de partie civile à l'audience).

Devant les juridictions civiles, la compétence à raison du montant de la demande est déterminée par la plus élevée d'entre elles (rappel de la règle de l'article 36 du NCPC, soit Juge de Proximité jusqu'à 4.000 €, puis Tribunal d'Instance jusqu'à 10.000 €, et Tribunal de Grande Instance au-delà).

Le mandat ne déroge pas aux règles de représentation des parties en justice (obligation de recourir à un mandataire ad litem habilité par la loi).

Le juge saisi doit se prononcer sur la réparation des préjudices individuels subis par les individus représentés.

Les dépens, en cas de rejet de la prétention, devraient être supportés par les représentés qui sont les parties à l'instance.

Les frais irrépétibles sont attribués aux représentés, mais peuvent être alloués également au représentant⁹¹.

⁹⁰ Cass.civ 1^{ère} 26 mai 2011 n°10-15676

⁹¹ Voir sur l'attribution d'une somme au titre de l'article 700 du NCPC aux organes de la procédure ne matière de liquidation judiciaire, Cass. Com., 3 juin 1997, Procédures 1997 n° 267

3 - Règles relatives au mandat et à ses effets

Sauf convention contraire, le mandat n'emporte pas devoir d'assistance (en théorie, pas obligation de conseil).

Le mandat donné peut prévoir, dès l'origine, l'exercice des voies de recours ordinaires et la possibilité, pour le mandataire, de renoncer au mandat dont l'hypothèse où l'inertie du mandant pourrait ralentir le déroulement de l'instance (défaut de communication de pièces par exemple).

Il peut prévoir les modalités d'avance des frais et dépens liés à la procédure, le versement de provisions sur ces frais, par le mandant.

Devant les juridictions civiles, le mandat doit respecter les règles fixées par les articles R.422-1 et suivants, et les actes de la procédure doivent rappeler les noms et adresses des mandants (respect strict de la règle « Nul ne plaide pas procureur », obligeant à donner l'identité des mandants).

Le mandataire a une obligation particulière d'information qu'il doit exécuter de manière spontanée, mais il peut demander des frais pour la délivrance de copies des actes de la procédure.

Le mandataire encourt une responsabilité en cas de manquement à ses obligations, dont l'étendue varie en fonction du caractère gratuit ou salarié du mandat.

4 - Intérêt

Elle peut présenter un intérêt pour les contentieux où le nombre de mandants est limité, et que ceux-ci sont déjà identifiés ou facilement identifiables (voyage organisé par exemple, prestataire de services ayant une clientèle réduite), car permet un regroupement des demandes, et donc une réponse judiciaire identique (facteur de sécurité juridique).

5 - Limites

La nécessité du mandat préalable à l'introduction de l'instance réduit considérablement l'utilité de l'action en cas de contentieux de masse.

Le mandat ne peut être donné qu'à une association disposant d'un agrément au plan national.

Les règles relatives à la collecte des mandats sont trop contraignantes⁹² et inadaptées, ce qui est source d'insécurité juridique, la Cour de Cassation sanctionnant par la nullité la méconnaissance des règles de collecte des mandats⁹³

⁹² Voir à ce sujet l'avancée prévue par le Code Monétaire et Financier, article L.452-2

⁹³ Voir Cass.civ 1^{ère} 26 mai 2011 précité note 13

Au plan pratique, il est impossible de gérer des dossiers où le nombre dépasse quelques dizaines de consommateurs (en raison du formalisme du mandat, de la constitution physique du dossier, de la responsabilité supportée par le représentant à raison de l'omission de délais brefs particulièrement en matière pénale).

Ces obstacles empêchent l'exercice d'action visant à obtenir la réparation de préjudices diffus.

Au plan procédural, et notamment devant les juridictions civiles, l'action n'a aucun intérêt par rapport à des demandes conjointes présentées dans le cadre d'une même instance ou d'instances ultérieurement jointes.

La responsabilité assumée par le mandataire n'est en l'état pas assurable, selon les associations de consommateurs.

La coexistence entre l'action d'intérêt collectif et l'action en représentation conjointe se révèle problématique devant les juridictions, les tribunaux amenés à se prononcer considérant que l'association était mal fondée à solliciter la réparation au nom de la collectivité en l'absence de préjudice personnel⁹⁴.

Ceci explique très certainement le très petit nombre d'actions entreprises sur ce fondement (5 recensées en plus de 10 ans).

La transposition de ce modèle d'action dans le Code Monétaire et Financier ainsi que dans le Code de l'Environnement, ne semble pas avoir eu plus de succès.

⁹⁴ TI Pantin, 18 avril 1998, D.2000, som. com. p. 51 ; TI Colombes, 25 mars 2005, inédit

L' ACTION DE GROUPE : une autre façon de juger ?

*Odile BARRAL
Secrétaire nationale du Syndicat de la magistrature
Vice- Présidente Instance ALBI*

La législation française actuelle n'assure pas de façon pleinement satisfaisante la réparation des dommages commis par une même personne et affectant une pluralité de victimes : un consommateur va hésiter à engager une action individuelle devant une juridiction pour un petit litige, les tribunaux se trouvent saisis de litiges auxquels ils ne donneront pas toujours la même réponse.

Dans le cadre européen, la Commission a constaté dans son livre Vert de 2005 que si le droit des victimes est garanti par le droit communautaire, en pratique les victimes d'infractions au droit communautaire n'obtiennent que rarement réparation. L'opinion publique semble pourtant plutôt favorable à cette idée d'action de groupe.

Un mode d'accès plus facile au juge ?

Malgré les résistances l'idée de l'action de groupe progresse indiscutablement dans les groupes de réflexion sur l'institution judiciaire comme le montre le rapport Coulon sur la dépenalisation des affaires ou la commission Guinchard.

Certaines actions assez proches de l'action de groupe existent déjà en droit français : en matière de code de la consommation (clauses abusives, action conjointe de l'article L421-6) même si les obstacles sont nombreux ainsi que le montre la décision de la cour d'appel de Paris de janvier 2010 déboutant l' UFC QUE CHOISIR pour des raisons procédurales dans leur action à l'encontre des trois opérateurs téléphoniques ; de code du travail (action collective en matière de licenciement économique) dans le domaine des marchés financiers (L452 – 2 du code monétaire pour les petits porteurs) du code de l'environnement (L1114-2) ou du code de la santé publique (L141-2)

La décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 en matière de droit du travail a été rendue avec une réserve importante au sujet de l'action collective menée par un syndicat pour les salariés , selon laquelle chaque salarié doit se voir notifier l'action engagée et avoir la possibilité de s'en exclure, le cas échéant pour agir individuellement. Certains en concluent comme le groupe de travail du Sénat que le Conseil Constitutionnel a condamné « l'opting out » (possibilité pour une association de faire juger un litige pour l'ensemble des personnes concernées, sans qu'elles soient obligatoirement partie prenante de la procédure).

En fait le Conseil Constitutionnel a posé la condition « que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action »

De toute façon il ne serait pas possible de transposer purement et simplement la « class action » américaine en droit français.

Le rappel de tous les travaux de réflexion déjà engagés depuis la proposition de loi de Bernard Stasi en 1984, le rapport de la commission Calais-Auloy en 1990, le rapport Chatel de 2003, le groupe de travail Cerruti/Guillaume de 2005, le rapport Attali et le rapport Coulon démontre l'importance de l'opposition à l'action de groupe et l'efficacité des lobbys luttant contre la mise en place de cette action de groupe ; depuis vingt-sept ans, le législateur réfléchit à cette création, souhaitée par l'immense majorité de ces rapports..

Les avantages de l'action de groupe sont pourtant faciles à percevoir en terme d'accès à la justice puisqu'il est bien plus aisé pour un particulier de se joindre à une action engagée, sur le plan tant des frais que de l'énergie et du temps.

Du côté de l'institution judiciaire, il apparaît plus rationnel de regrouper les affaires, ce qui peut permettre également des décisions contradictoires ; cela suppose toutefois une véritable collégialité civile pour permettre la confrontation de plusieurs points de vue.

En cas de dispersion géographique, les décisions rendues se répètent souvent et se rangent fatalement dans l'une ou l'autre position : ainsi devant les juridictions prud'homales sur le problème de la discrimination hommes / femmes sur certains avantages, application d'une convention collective, sur le lundi de la Pentecôte, ou jour férié qui tombe un dimanche, débat sur l'application de la responsabilité contractuelle de droit commun dans le cadre des maladies professionnelles comme l'abestose provoquée par l'amiante.

L'action de groupe donnerait une meilleure qualité au débat juridique en permettant au juge de mieux appréhender l'importance d'une affaire ; ainsi il est tout à fait différent d'avoir un litige isolé avec une société de crédit associée à une société proposant des prestations fictives pour vendre un immeuble, ou de découvrir que ces partenaires sévissent dans toute la France...

Des litiges avec des agences de voyage, par exemple à la suite de l'éruption du volcan islandais gagneraient certainement à être regroupés

A la suite de l'affaire du Mediator, on voit bien la difficulté des victimes confrontées lors des expertises à des équipes d'avocats soulevant tous les points possibles et démunies de ce point de vue.

Même du point de vue des entreprises concernées, on peut considérer que l'action de groupe présenterait des avantages, puisqu'ils ne seront pas amenés à défendre leurs intérêts devant différentes juridictions. Si certains acteurs économiques souhaitent jouer la carte du dilatoire, la procédure judiciaire ne doit pas être le simple reflet du rapport de forces entre celui qui a le temps d'attendre et celui qui va abandonner son procès parce qu'il lui prend trop de temps ou d'argent. Il nous faut militer pour que des règles d'organisation judiciaire puissent au moins partiellement pallier ce déséquilibre.

Ni la justice, ni les acteurs économiques n'ont intérêt à terme que les actions des particuliers échouent systématiquement en raison des obstacles rencontrés.

Certes la création d'actions de groupe peut faciliter le développement de demandes de consommateurs et l'augmentation de leur nombre, mais on voit mal pourquoi ceci aurait une incidence négative sur le développement économique ; les entreprises ont tout à gagner au contraire à ce que les produits offerts sur le marché soient conformes aux normes de qualité, à ce que les consommateurs ne soient pas abusés et que les pratiques déloyales cessent.

On ne voit pas non plus en quoi il y aurait un risque de « double peine » souvent allégué , lorsque l'activité économique est déjà soumise à un contrôle d'une autorité administrative indépendante, puisqu'à l'heure actuelle déjà coexiste la possibilité pour une entreprise de faire face à une action civile d'un consommateur et de remplir ses obligations par rapport aux autorités règlementaires. La même situation existe aujourd'hui pour l'entreprise qui peut être contrôlée par la Direction du Travail, et avoir des procès prud'homaux avec ses salariés.

2 Un outil de rationalisation judiciaire et de dépenalisation des affaires ?

Le rappel des avantages de l'action de groupe ne doit pas dissimuler les pièges ou les risques que peut entraîner l'action de groupe.

Certains de ses défenseurs comme l'a montré le rapport Coulon y voit un instrument de dépenalisation auquel bien entendu le SM est extrêmement opposé. L'action de groupe présenterait un inconvénient important si elle devait se substituer à des poursuites pénales dans le domaine d'infractions qui nécessitent une réponse de la société. Une dépenalisation globale en matière économique et financière au prétexte de l'existence de recours civils serait ressentie par l'opinion publique comme une mesure banalisant les comportements illicites dans la vie des affaires alors que pour les citoyens ordinaires la réponse pénale est devenue plus systématique.

L'exemple du Médiateur est particulièrement pertinent : si comme déjà indiqué, nous souhaiterions que les victimes puissent être assistées collectivement avec des moyens proches de ceux dont dispose le laboratoire Servier et que le débat juridique puisse être unifié, il serait insupportable dans cette affaire que cela permette à certains d'échapper à leur responsabilité pénale alors que des ministres ont été renvoyés en jugement pour l'affaire du sang contaminé ne comportant pas la même dimension frauduleuse.

Par ailleurs, nous sommes opposés à une certaine logique guidant la commission Guinchard allant vers des tribunaux de plus en plus spécialisés (le dernier exemple étant la compétence de certains tribunaux pour les catastrophes naturelles).

Si l'on retient à la fois les matières traitées et le souhait de l'absence de représentation obligatoire, il est logique de retenir le TI comme tribunal compétent ; on peut retenir toutefois que cela puisse être le TI départemental, pour que cela ne pose pas problème à un trop petit TI (certes disparus depuis la refonte de la carte judiciaire). Il faudrait certainement imaginer une possibilité de mettre en place une collégialité à la demande des parties et du juge. Le Syndicat de la magistrature demeure profondément attaché à l'idée du « juge naturel » de plus en plus remis en cause.

Dans l'état actuel de pénurie des moyens de la justice, par ailleurs la création des pôles se traduit souvent par une désorganisation plus importante de par l'attribution aux pôles de moyens trop importants en personnel qui ne trouvent pas leur justification, ou au contraire de l'absence de tous effectifs supplémentaires.

3 : Des pistes pour l'action de groupe de demain ?

Nous avons été entendus par le groupe de travail du Sénat animés par les sénateurs Jung et Béteille et rejoignons sur un certain nombre d'aspects les propositions effectuées.

L'action de groupe correspond plutôt pour nous à des demandes de personnes physiques dans le domaine du droit de la consommation, de la concurrence, des sociétés

L'étendre aux dommages corporels serait plus compliqué puisqu'il faudra une évaluation individuelle et qu'on n'est plus vraiment dans le domaine de « petits litiges »

Par contre, il semble tout à fait possible d'ajouter au dommage matériel un dommage moral.

Ce pourrait être une piste intéressante, comme dit plus haut, dans des affaires comme celle du Médiateur, mais il faudrait alors que les victimes puissent garder la possibilité de se constituer partie civile au soutien de l'action publique, comme on l'admet en matière d'accident du travail (par exception à la règle « electa una via »).

Bien évidemment il ne faut pas partir sur l'idée d'un plafond maximum et l'exemple de loi de 2006 fixant un montant maximum de 2000 euros condamnait le texte à être d'application marginale avant même d'être voté.

L'idée d'une déclaration préalable de responsabilité relativement discrète comme proposé dans le rapport du Sénat et faisant suite à une proposition de l'ANJL a évidemment beaucoup d'intérêt. Il faut évidemment caractériser un fait générateur de responsabilité de la part de l'organisme assigné selon les règles de droit commun.

Il y aurait une demande de déclaration de responsabilité sur plusieurs cas type, sans publicité préalable ce qui a des avantages à la fois pour l'entreprise (pas de préjudice commercial) et pour l'association demanderesse (pas de risque de demande reconventionnelle).

Une fois la déclaration de responsabilité faite, l'association informerait le public de la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts et négociation pour la médiation

On doit imaginer une communication systématique au Parquet pour que ne soit pas écartée la possibilité de poursuites pénales si nécessaire.

Il convient de réserver l'action de groupe à des associations répondant à certains critères d'agrément pour éviter les dérives qui pourraient aller jusqu'à l'escroquerie. En ce sens, il paraît normal de prévoir un agrément dont les conditions devraient être assez larges (ancienneté d'existence, objet spécifique en lien avec les actions envisagées).

Il nous paraît important de ne pas enfermer les actions de groupe dans un système de représentation obligatoire, sinon on va perdre une bonne part des bénéfices qu'elles pourraient apporter en termes de coût réduit pour les demandeurs. Les associations agréées doivent avoir une compétence et une spécialisation leur permettant de soutenir certains dossiers sans l'intervention d'un avocat.

Il est indispensable de ne plus interdire la publication d'annonces par presse pour ce type d'actions de groupe (contrairement aux dispositions actuelles du code de la consommation), sinon on voit mal comment les consommateurs pourraient en être informés. L'interdiction de conventions de défense avec rémunération uniquement au pourcentage, comme cela se pratique aux Etats-Unis et le recours à des associations agréées devrait de toute façon empêcher les excès.

Dans le système juridique français fondé sur la réparation du préjudice, la question des « dommages et intérêts punitifs » ne se pose pas.

Nous sommes favorables aux phases de conciliation et de médiation dans toutes les procédures et bien entendu dans celles-ci, cette médiation étant « collective ». L'assistance de l'association et éventuellement d'un conseil devrait éviter les risques de la médiation entre deux parties inégales et de toute façon il faudrait une homologation par le juge.

Dans le projet du Sénat, le juge devra fixer à l'avance les règles pour l'indemnisation, ce qui ne sera pas si facile et ne correspond pas vraiment à notre manière habituelle de travailler.

Le juge devra imaginer des règles s'adaptant aux différentes situations et non statuer au cas par cas.

Il ne nous semble pas pertinent d'imaginer des financements publics pour ce type d'actions (pourquoi pas alors pour les associations luttant contre les discriminations, etc.).

Par contre il serait tout à fait normal de favoriser fiscalement les associations en ce domaine, comme les autres associations d'intérêt public.

Même s'il nous faut être lucides sur les risques de dépénalisation que pourrait contenir une action de groupe dévoyée, nous devons agir pour que soit enfin créée cette action de groupe, un outil parmi d'autres de notre combat pour une justice civile accessible à tous...

Recours collectifs et droits des consommateurs : des possibilités d'une action de groupe efficace et encadrée »

*Cédric MUSSO
Directeur des relations institutionnelles
UFC Que choisir ?*

Alors que le présent colloque a pour cadre la consultation européenne relative à une approche cohérente en matière d'action de groupe, consultation qui fait suite à une série de livres verts et blancs lancés dans le domaine de la consommation et de la concurrence, à de multiples déclarations du Parlement européen en faveur du développement des actions collectives, et à des annonces de la part des Commissaires, anciens et actuels, en charge de la Concurrence, de la Consommation et de la Justice, l'UFC-Que Choisir tient, à titre liminaire, à souligner combien l'attente des consommateurs est forte s'agissant d'une action de la Commission sur cette réforme majeure.

Si le principe de l'opportunité d'une action de groupe est largement acquis, la procédure, elle, reste à définir car l'expression a été trop dévoyée et les dispositifs des 14 Etats membres ayant un système d'action collective sont trop hétérogènes pour refléter clairement un schéma procédural unique... Entre la class action américaine, symbole d'une judiciarisation excessive de la société et sources de nombreuses dérives que nous refusons, et une pseudo-action collective, à la fois inefficace pour l'indemnisation des consommateurs et ingérable pour les entreprises, une voie médiane doit donc aujourd'hui être trouvée. Devant concilier innovation et respect des principes fondamentaux du droit européen, cette voie médiane, doit garantir l'effectivité de l'indemnisation de toutes les victimes de litiges de masse et le rejet de tout conflit d'intérêt, chantage ou procédure diffamatoire contre les entreprises... Une telle action de groupe, efficace et encadrée, est possible... Au niveau national, l'UFC-Que Choisir a eu l'occasion de le rappeler avec la CGPME (Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises) et la CLCV (Consommation, Logement, Cadre de Vie) à l'occasion d'une tribune parue dans le Figaro, dans son édition des 1^{er} et 2 mars 2008.

Soucieux de contribuer à l'émergence de cette réponse adaptée, propre à renforcer un accès efficace à la justice sans léser les intérêts des droits de la défense, l'UFC-Que Choisir propose un schéma procédural simple articulé autour de grands principes fondamentaux. L'objectif est bel et bien que par sa seule existence, le mécanisme de recours collectif ait une vertu dissuasive. En effet, l'action de groupe ne fait pas que réparer des préjudices, elle redonne au droit toute son effectivité et, par là même, son pouvoir de régulation.

Alors que la situation des Etats membres est particulièrement hétérogène (certains Etats ont une action de groupe/recours collectif mais dont les contours varient de l'un à l'autre, d'autres Etats n'ont aucune procédure d'action collective), l'instauration de nouveaux mécanismes de recours collectifs à l'échelle européenne permettrait d'assurer une égalité de traitement des citoyens, quelque soit leur Etat membre de résidence, tout en garantissant une égalité dans les conditions de concurrence des entreprises au sein de l'Union. Cette valeur ajoutée est d'autant plus importante qu'avec le marché intérieur

européen, les préjudices économiques subis par des consommateurs français peuvent, et ce n'est pas une hypothèse marginale, être les mêmes que ceux subis par des consommateurs allemands, italiens, ou polonais. Un produit défectueux, commercialisé dans plusieurs Etats membres par le même professionnel, cause le même dommage à tous les consommateurs européens l'ayant acquis, quelle que soit leur nationalité. En l'état actuel du droit, l'unification économique n'étant pas prolongée par une unité des procédures judiciaires, il existe un éclatement procédural préjudiciable aux victimes et aux entreprises qui, pour un litige similaire, ne bénéficieront pas du même traitement selon l'Etat dans lequel l'action a lieu, mais également aux tribunaux dont l'encombrement est dénoncé. Avec l'action de groupe, c'est l'Europe judiciaire que l'on construit et l'égalité de traitement des consommateurs et des entreprises européennes que l'on restaure!

Plus particulièrement, l'action de groupe est un moyen de redonner au droit **son effectivité au droit** mais également **de redonner confiance au consommateur dans l'économie et la consommation**.

Compte tenu de l'inadaptation des procédures internes au contentieux de masse dans nombre d'Etats membres, dont la France, le droit européen est aujourd'hui dans une très large mesure inappliqué. En effet, la massification de notre économie avec la multiplication des contrats d'adhésion a profondément changé le visage du contentieux. Faute de procédure efficace à la disposition des consommateurs et de leurs associations, une multitude de textes législatifs et réglementaires prévoyant des sanctions en cas de comportements abusifs ou illicites des professionnels ne sont pas appliqués. C'est particulièrement vrai dans le domaine du droit de la concurrence.

Si l'on prend l'exemple français, les trois procédures à la disposition des associations de consommateurs sont inefficaces pour obtenir l'indemnisation d'un grand nombre de consommateurs victimes d'un litige similaire:

- L'action en représentation conjointe à la disposition des associations de consommateurs n'a rien d'une action de groupe. Il s'agit simplement d'une procédure par laquelle l'association, en lieu et place de l'avocat, se charge de collecter des mandats des consommateurs et de juxtaposer les dossiers individuels qu'elle déposera au tribunal. La gestion de ces dossiers individuels est impossible dès lors que le nombre de consommateurs victimes est important. Cela explique qu'en 19 ans, elle n'ait été utilisée que cinq fois.

- La juxtaposition d'actions individuelles dans une même instance est aussi synonyme de lourdeurs, de difficultés voir d'impossibilité de gestion pour ceux qui ont la charge de ces dossiers ainsi que pour le tribunal.

Par exemple, pour la première fois de son histoire, l'UFC-Que Choisir a déposé en 2006 au Tribunal de Commerce de Paris 12 530 demandes d'indemnisation, correspondant aux dossiers constitués sur le site Cartelmobile.fr qu'elle a mis en place en décembre 2005, au lendemain de la Décision du Conseil de la Concurrence sanctionnant pour entente Orange,

SFR et BOUYGUES TELECOM (décision ayant fait l'objet d'un recours). Dans sa décision, le Conseil a souligné que près de 20 millions d'abonnés avaient été victimes de l'entente. Le constat est donc clair : l'action entreprise par l'UFC-Que Choisir avec les moyens procéduraux actuels afin de permettre aux victimes d'obtenir réparation de leur préjudice ne pouvait « bénéficier » qu'à une fraction minimale des 20 millions de victimes. L'UFC-Que Choisir avait pourtant engagé des moyens colossaux pour accompagner ces dizaines de milliers de victimes devant le juge : 500 000 euros de frais de gestion, 550 kg de papier et près de 2 000 heures de travail. L'opération Cartelmobile illustre parfaitement le caractère inadapté et inefficace des procédures à la disposition des consommateurs et de leurs associations pour faire valoir leurs droits dans les contentieux de masse. Comment les 19 975 000 autres victimes de l'entente des opérateurs de téléphonie mobile seront-elles indemnisées ? Seule l'action de groupe permettrait de sortir de l'impasse !

- Les actions pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs ne bénéficient pas directement aux consommateurs malgré les résultats favorables obtenus des tribunaux. Quel que soit le caractère symbolique des condamnations obtenues, les dommages et intérêts récupérés sont très éloignés du bénéfice frauduleux retiré par l'entreprise.

Par exemple, l'UFC-Que Choisir a saisi les tribunaux en 2003 concernant la commercialisation de CD audio présentant un vice caché. En raison des mesures techniques de protection destinées à empêcher la copie, ces CD ne pouvaient être lus sur tous les matériels et notamment des auto-radios. La cour d'appel de Versailles a constaté qu'il y avait bien vice caché et qu'il y avait donc une diminution de la valeur d'usage des CD (CA de Versailles 15 avril 2005). Une réduction de 9 euros a été accordée au consommateur joint à notre procédure. 1 million de CD se trouvaient potentiellement affectés de ce défaut ; 9 millions d'euros auraient donc dû être restitués par l'entreprise. Seuls 10 000 euros nous ont été alloués à titre de réparation du préjudice à l'intérêt collectif.

Il existe ainsi actuellement au sein de certains Etats membres, comme la France, un intéressement à la violation du droit puisque l'entreprise, par un simple calcul économique, sait que les sommes indûment perçues seront toujours supérieures aux sommes qu'elle aura à restituer en cas d'actions. Il faut mettre un terme à cette rentabilité économique d'activités illégales.

- redonner confiance au consommateur dans l'économie et la consommation.

D'aucuns reconnaissent la perte de confiance des consommateurs dans l'économie. Il est donc essentiel d'augmenter la confiance des consommateurs par des mesures répondant à leur souci de sécurité, de satisfaire au besoin de « assurance ».

L'action de groupe est un moyen de restaurer cette confiance des consommateurs dans l'économie, la consommation et au-delà dans l'Europe. En mettant fin à la prime à la violation de la loi, l'action de groupe a un effet dissuasif limitant les violations massives des droits des consommateurs, ce qui est de nature à restaurer leur confiance dans l'économie, et par là-même dans la consommation. Cette idée selon laquelle l'action de groupe est un

facteur de confiance dans l'économie et aurait un impact globalement positif sur l'économie a été mise en lumière en France par le CREDOC, plusieurs rapports parlementaires, mais également par une note de la Direction du Trésor du Ministère de l'Economie de janvier 2006 sur l'impact économique de l'introduction en France d'une véritable action de groupe. Pour souligner encore davantage ce point, il suffit de mentionner l'absence de faillite d'entreprise à la suite d'une action de groupe dans les Etats membres où ce système existe.

Une action de la Commission européenne aurait donc une vraie valeur ajoutée pour les droits des consommateurs, l'effectivité du droit, la sécurité juridique et plus largement l'Europe elle-même. Il existe d'ailleurs une très forte attente de la part des consommateurs européens s'agissant d'une telle action puisque, conformément au sondage eurobaromètre de mars 2011 sur la protection des consommateurs, 79 % d'entre eux seraient plus enclins à défendre leurs droits si une action de groupe existait (86 % pour les Français).

Après s'être livré à une analyse comparée des différents systèmes européens, l'UFC-Que Choisir, soucieuse d'atteindre le double objectif assigné à l'action de groupe (réparation et dissuasion) a dégagé une série de principes généraux obéissant à une double logique : l'efficacité et l'encadrement.

L'EFFICACITE

- Elle doit garantir un **véritable accès à la justice et une réparation juste et effective à l'ensemble des consommateurs victimes.**
- Elle doit **éviter l'impossibilité de gestion pour le demandeur et pour le tribunal.**
- Elle doit avoir un **réel effet dissuasif sur l'entreprise**, celle-ci étant menacée de restituer la totalité du bénéfice frauduleux.

L'ENCADREMENT

- Elle doit **éviter toute publicité diffamatoire, tout chantage** : nécessaire encadrement de la publicité autour de l'action.
- Elle doit éviter les dérives à l'américaine : **interdiction des dommages et intérêts punitifs.**
- **Elle ne doit pas être une source de financement déguisé pour les associations et les avocats.**

Cette action de groupe, efficace et encadrée fait l'objet d'un véritable consensus... sauf au MEDEF ! En effet, tous les groupes politiques se sont positionnés en faveur de cette réforme. 250 parlementaires ont même signé l'appel conjoint lancé par l'UFC-Que Choisir et la CLCV en faveur de l'action de groupe et le nombre de propositions de loi sur le sujet est impressionnant (près d'une vingtaine). Au-delà de la classe politique, les Autorités se sont également prononcés en faveur de cette procédure (avis du Conseil de la Concurrence, 21 septembre 2006, déclarations du Président de l'Autorité des Marchés Financiers). En fin il importe également de souligner que toutes les entreprises ne sont pas hostiles à cette

réforme puisque le CJD (Centre des jeunes dirigeants d'entreprises) et la CGPME ont souligné qu'une action de groupe efficace et encadrée était possible. Reste à savoir comment ?

Tout d'abord l'étude des différents systèmes d'action collective européens permet en effet de constater que là où est présent un système d'opt-in, une infime minorité de victimes se signale (moins de 1 %) alors que le taux est bien plus important avec les régimes d'opt-out (97 % aux Pays-Bas, 100 % au Portugal). Si en termes d'efficacité, l'opt-out est bien plus productif, il importe de souligner que c'est également le cas s'agissant de l'encadrement puisque dans le système d'opt-in exige une publicité autour de l'action avant même que la responsabilité du professionnel ne soit constatée. Ce type de publicité sans jugement de responsabilité est source de dérives... L'UFC-QUE Choisir est donc favorable à un système d'opt-out ou à tout le moins à une approche combinant opt-in et opt-out, c'est-à-dire avec un jugement de responsabilité bénéficiant à toutes les victimes et un délai durant lequel celles-ci peuvent se signaler pour obtenir leur indemnisation.

Cette approche mixte a été retenue par les sénateurs Laurent BETEILLE et Richard YUNG, membres de la Commission des Lois, qui ont élaboré le schéma suivant dans deux propositions de loi identiques :

1) Première phase : un jugement de responsabilité du professionnel

- Seules les associations titulaires d'un agrément renforcé garantissant leur représentativité pourraient introduire une action de groupe en soumettant au juge un ensemble de cas exemplaires susceptibles de prouver l'existence d'un préjudice et la responsabilité de l'entreprise. A ce stade, il n'y aurait donc que deux parties à la procédure.
- Le tribunal statuerait dans la même décision **sur la recevabilité de l'action** et sur le **principe de la responsabilité du professionnel**. Le tribunal déterminerait, en outre, **les critères de rattachement au groupe des victimes et fixerait les modalités de publicité applicables en vue de la constitution du groupe**. Les frais de cette publicité seraient à la charge de l'entreprise qui pourrait être condamnée à les avancer sous forme de provision.

2) Seconde phase : l'indemnisation

Le juge aurait une grande latitude pour décider de la voie d'indemnisation la plus adaptée :

- prononcer lui-même l'indemnisation sur une base individuelle
- établir un schéma d'indemnisation par titre de préjudice
- inviter les parties à engager une médiation

S'agissant du champ d'application de l'action de groupe, quels qu'aient été les récents scandales en matière sanitaire, comme celui du Mediator en France, qui ont à nouveau souligné l'absence de procédure collective pour obtenir en un seul procès l'indemnisation des victimes, l'UFC-Que Choisir demande avant tout la mise en place d'une action de groupe pour les litiges de consommation et du droit de la concurrence. Si l'action de groupe a un

intérêt dans les secteurs de l'environnement et de la santé et, plus largement, dans tous les domaines du droit, il importe, pour couper court aux arguments des opposants de la réforme, de faire la preuve par l'exemple de son efficacité dans le droit de la consommation et de la concurrence, où les préjudices sont avant tout des préjudices matériels aisément calculables et parfaitement similaires, avant de la généraliser. En revanche, si elle est limitée au droit de la consommation et de la concurrence, il importe que ce soit bel et bien l'intégralité des champs d'application de ces droits qui soient concernés, et que l'action porte sur l'ensemble des litiges entrant dans le cadre de la relation entre un professionnel et un consommateur, de l'information précontractuelle à l'exécution des obligations contractuelles.

L'essentiel est donc bien de ne pas limiter le bénéfice de la procédure aux seules personnes s'étant signalées au lancement de l'action ou avant le jugement de responsabilité du professionnel. Il existe d'ailleurs plusieurs « bonnes pratiques » au sein de l'Union européenne, notamment au Portugal. Comme cela a été dit précédemment, l'essentiel est de ne pas retenir une procédure imposant aux personnes de se faire connaître et de manifester expressément leur volonté de faire partie du groupe, en préalable à toute décision de responsabilité. S'agissant de la longueur de la procédure, il est tout à fait possible de l'encadrer en prévoyant, comme cela a pu être proposé en France, qu'après le jugement de responsabilité du professionnel et des critères de rattachement aux membres du groupe, les membres du groupe aient un délai maximal pour obtenir leur indemnisation (voir les propositions de loi de Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG). De même, le juge, gardien des intérêts de l'ensemble des parties, doit avoir un rôle central dans toute la procédure. S'agissant de la représentativité des parties, il n'est pas à exclure que lorsqu'il y ait une pluralité d'actions de groupe pour un même litige, le juge décide de la partie la plus représentative pour agir, en une seule procédure, au nom du groupe.

Il convient de préciser que la justice doit marcher sur ses deux jambes : l'action publique et l'action privée. L'action publique et l'action privée obéissent en effet à deux logiques différentes. L'action publique vise à sanctionner la violation de la loi et ainsi réparer l'intérêt général tandis que l'action privée vise à réparer les préjudices subis par les victimes particulières de la violation de la Loi. Ces deux logiques ne sauraient se concurrencer, elles sont indépendantes. De ce fait, l'action privée ne doit pas être liée à l'action publique comme cela est aujourd'hui prévue en droit français où l'action civile (action privée) n'est pas tenue en l'état par l'action pénale. Dans bien des cas, il n'y aura d'ailleurs pas d'intervention d'une autorité publique ou administrative, le contentieux relevant uniquement d'une action privée comme l'action en garantie des vices cachés (article 1141 et suivants du code civil français).

Néanmoins, l'action privée peut être complémentaire de l'action publique et s'appuyer sur cette dernière, notamment pour la caractérisation d'une pratique illicite au préjudice des consommateurs et le calcul de leurs préjudices. En effet, compte tenu de la technicité de certaines matières, comme les pratiques anticoncurrentielles ou les préjudices financiers, il paraît opportun de renforcer la coordination entre les tribunaux et les autorités publiques indépendantes, lorsque ces dernières peuvent apporter le concours de leurs compétences techniques. Ainsi, en matière de pratiques anticoncurrentielles, il faudrait envisager la procédure d'*amicus curiae* permettant au juge de recueillir l'avis de l'Autorité de la

concurrence lorsqu'il est saisi d'une action de groupe fondée sur une pratique anticoncurrentielle ; et la procédure de sursis à statuer lorsque le litige soumis au juge fait d'ores et déjà l'objet d'une saisine de l'Autorité de la concurrence (Ce dispositif est prévu dans le dispositif proposés par les Sénateurs Yung et Beteille dans leurs propositions de loi). De même, l'UFC-Que Choisir estime que l'Autorité des Marchés Financiers pourrait apporter un concours précieux au juge dans l'appréciation de la responsabilité des auteurs de manquements et dans l'évaluation des préjudices dans le domaine financier et boursier.

Afin de garantir la préservation de l'intérêt des parties et éviter toute publicité abusive ou diffamatoire, c'est au juge de définir les modalités de cette publicité tant s'agissant de la forme, étant entendu que tout moyen approprié doit être envisagé (presse, radio, Internet, etc.) que du fond (message diffusé). Cette publicité devrait intervenir une fois la responsabilité du professionnel constatée, ou à tout le moins une fois l'action jugée recevable, et ce aux frais du professionnel mis en cause.

Malgré ces garanties, certains trouvent encore à redire et agitent encore les chiffons rouges de la class action américaine, des obstacles constitutionnels à une telle réforme. Il faut rappeler que notre système juridique comporte une série de garde-fous (pas de dommages et intérêts punitifs (et l'UFC-Que Choisir ne veut surtout pas les instaurer en la matière car cela dénaturerait la vocation exclusivement réparatrice de l'action de groupe) , pas de contingent fees, pas de jurys populaires ? Faut-il également citer Guy CANIVET qui, lors du colloque organisé le 11 novembre 2005 par l'UFC-Que Choisir sur le sujet, concluait s'agissant de l'action de groupe que si la voie était étroite, elle était praticable où Michel VERPEAUX, soulignant qu'une telle réforme était « soluble » dans la Constitution ? Le dernier argument en date pour s'opposer à l'introduction d'une action de groupe est le nécessaire développement de la médiation. Or, comme leurs noms l'indiquent, les modes alternatifs de règlement des litiges n'ont de sens dès lors qu'une alternative existe. Or, dans bon nombre d'Etats, dont la France, faute d'action de groupe, il n'y a pas d'alternative aux médiations pour les litiges de masse et l'on voit alors que les professionnels ne sont pas incités à jouer le jeu du respect des droits des consommateurs. Par exemple, à la suite du nuage de cendres ayant paralysé le ciel européen en avril 2010 et bloqué plusieurs centaines de milliers de passagers sur le lieu de leurs vacances ou les ayant empêché de partir, l'UFC-Que Choisir avait mis en place sur son site Internet une série de lettres-types avant de conclure, le 4 mai 2010, un accord avec les professionnels français du tourisme pour régler les situations les plus courantes. Or, un an après, les résultats de cet accord sont particulièrement insatisfaisants: sur les 287 dossiers examinés par le comité, majoritairement composé des professionnels du tourisme, seuls 23 dossiers vont donner lieu à la recommandation d'un geste commercial ! Pour 160 dossiers, le comité a estimé qu'il n'était pas possible de trancher et pour 103, l'assistance par le professionnel, dédouanant de tout remboursement, a été reconnue... Pire, dans des situations où un geste commercial était recommandé par le comité, la décision n'a pas été suivie d'effet par l'agence de voyage concernée ! Ce résultat est d'autant plus regrettable que des décisions des juridictions de proximité ont été plus favorables à certains consommateurs (en interprétant strictement la notion « d'assistance ») et que la Commission européenne, elle-même, était intervenue pour rappeler les droits des passagers. Bref, alors que, faute d'action de groupe, l'UFC-Que Choisir avait donné sa chance à la médiation, les résultats de cette dernière soulignent que, en l'absence d'alternative judiciaire crédible, les professionnels ne jouent pas le jeu.

En aucun cas la médiation ne doit être un préalable obligatoire. Compte tenu du nécessaire pragmatisme qui doit animer les modes alternatifs de règlement des différends, la médiation n'a de sens que si elle est facultative, adaptée au litige de l'espèce. Aussi, compte tenu du nombre toujours plus grand de systèmes de médiation internes aux entreprises, qui ne sont en fait que des services clientèles qui ne disent pas leur nom, il importe d'encadrer le recours à la médiation pour garantir l'intérêt de l'ensemble des parties. Ainsi, à compter de l'engagement de l'action de groupe, seule l'association requérante ou l'association ayant été désignée chef de file pourrait participer à une médiation au nom du groupe. Le juge aurait la possibilité d'inviter les parties à se soumettre à une médiation conduite par un médiateur indépendant qu'il désigne. En aucun, la médiation ne doit être un moyen de financement déguisé de l'association. L'accord éventuellement conclu à l'issue de la médiation serait soumis à homologation par le juge afin qu'il s'assure qu'il ne porte pas atteinte aux droits des consommateurs intéressés et qu'il lui confère force exécutoire.

Pour conclure, une action de groupe efficace et encadrée est donc bel et bien possible ! Les voies et les modalités d'une telle action sont connues. La seule inconnue reste la volonté politique de mettre en œuvre cette réforme procédurale majeure.

ANNEXE

34^{ème} Congrès du SAF Les Champs Libres Rennes 2 – 3 – 4 novembre 2007

L'ACTION DE GROUPE : UNE PROCÉDURE UNIQUE POUR UNE JUSTICE EFFECTIVE

L'action de groupe est une procédure, nouvelle en droit français, destinée à renforcer les droits des consommateurs, au sens large du terme, qui n'ont souvent qu'un intérêt financier très limité à agir en justice à propos de litiges portant sur des dommages d'un faible montant pour chacun d'entre eux.

La massification de ces litiges - jouets défectueux, entente des opérateurs de téléphonie mobile, frais bancaires indus, pollution de sites...- exige que les plaignants obtiennent des moyens d'action à la hauteur de l'enjeu : la réparation effective de l'intégralité du préjudice subi.

Cette action doit leur permettre, en se regroupant, de faire valoir collectivement ce droit à réparation à l'encontre d'une seule personne, physique ou morale, par le biais d'une procédure unique, consacrant ainsi le droit au recours effectif.

L'enjeu consiste à rééquilibrer le rapport de forces existant entre professionnels et consommateurs au profit de ces derniers alors qu'actuellement l'inefficacité du droit positif existant conduit les professionnels à intégrer dans leur stratégie sa transgression qui s'avère à l'arrivée moins onéreuse pour eux que le respect de ses dispositions.

Le gouvernement a déjà proposé au cours de la précédente session parlementaire un projet de loi, retiré sous la pression, qui n'était qu'un pastiche d'une véritable action de groupe : litiges de moins de 2000 euros, réservés aux seuls préjudices liés à la consommation, saisine du tribunal uniquement par les associations de consommateurs agréées au plan national, avec dans un premier temps un jugement déclaratoire de responsabilité et dans un second temps une demande d'indemnisation faite individuellement par chaque consommateur auprès du professionnel concerné puis, si l'indemnisation est jugée trop faible, auprès du juge qui tranchera en dernier ressort.

Un tel programme minimum limite de façon drastique le domaine d'application de l'action de groupe et le nouveau projet de loi dans les cartons est de la même eau.

En conséquence, réuni aujourd'hui en congrès à Rennes, le SAF :

- reconnaît **l'intérêt social** et institutionnel de l'action de groupe
- demande à ce que cette action, hors le champ du droit social, soit **ouverte à toute association** agréée, mais aussi ad hoc -c'est-à-dire spécialement constituée à cet effet, notamment à la suite d'un événement précis-, sous réserve d'un contrôle du bien fondé de sa création à définir, et ce dans tous les domaines où un même fait, un même comportement ou une même pratique peuvent porter préjudice à de

multiples intérêts individuels, notamment en matière de consommation, santé, environnement, discrimination, droit bancaire, et ce pour un montant nominal maximum de 10 000 euros.

- recommande que l'**option d'exclusion** - « opt out » - qui implique que l'action soit exercée au nom de l'ensemble des individus victimes d'un comportement identifié, à l'exclusion de ceux qui auraient expressément manifesté leur volonté de ne pas en faire partie dans un délai fixé par le juge, soit retenue en ce qu'elle seule permettra la réparation effective pour le plus grand nombre, sous le contrôle constant du juge, garant des intérêts de tous -y compris le professionnel qui n'aura ainsi à produire ses moyens de défense qu'au cours d'une seule instance-, précision faite qu'elle s'avère, après vérification, compatible avec nos règles constitutionnelles.
- considère que ce contentieux relève du **TGI** avec représentation obligatoire par ministère d'avocat.
- considère que, dans un premier temps, le juge appréciera la **recevabilité** de l'action, son caractère réel et sérieux, son adéquation avec le litige, la représentativité du groupe qui initie l'action - avec constitution de preuves selon les règles existantes de procédure civile - contrôlera qu'elle constitue la procédure la mieux adaptée au litige soumis et définira les modalités de **publicité** de l'action ;

Dans un deuxième temps, une fois les membres du groupe informés de l'existence de la procédure par le biais de la publicité, le juge tranchera la question de la **responsabilité** et fixera les modalités de la **réparation** ; étant précisé que chaque phase sera susceptible d'appel par le biais d'une procédure à jour fixe, et qu'une **transaction** pourra intervenir à tout moment, sous le contrôle du juge qui en vérifiera le caractère sérieux avant de l'homologuer

- souhaite la mise en place d'un **Fonds d'Aide Collectif**, personne morale de droit public, afin d'assurer le pré-financement des mesures de publicité et d'instruction éventuelle et de veiller à la bonne exécution des décisions rendues ;
- recommande que cette procédure permette, non seulement l'indemnisation des préjudices par l'allocation de **dommages intérêts**, mais également la non-répétition des faits générateurs, notamment par le biais d'injonctions de faire ou ne pas faire sous astreinte ;
- considère enfin que l'**avocat** doit être maintenu dans un rôle de conseil et de mandataire avec **prohibition** du démarchage de clientèle et du pacte de quota litis, mais dans le cadre d'un conventionnement avec honoraire de résultat.

C'est dans ces conditions, dotée à la fois de moteurs et de garde-fous, que l'action de groupe pourra prendre toute son ampleur et devenir un véritable instrument social au service des usagers de la justice, notamment les plus démunis.