



RAPPORT SUR L'ACTION DE GROUPE

Groupe de travail présidé par

Guillaume CERUTTI,

**DIRECTEUR GENERAL DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE
LA REPRESSION DES FRAUDES**

et

Marc GUILLAUME,

DIRECTEUR DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU

RAPPORT REMIS LE 16 DECEMBRE 2005

**à Thierry BRETON, MINISTRE DE L'ECONOMIE,
DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE**

**et Pascal CLEMENT, MINISTRE DE LA JUSTICE,
GARDE DES SCEAUX**

PLAN DU RAPPORT

INTRODUCTION

1^{ERE} PARTIE : LES EXPERIENCES ETRANGERES DANS LE DOMAINE DE L'ACTION DE GROUPE

- I. Le champ de l'action de groupe
- II. L'initiative de l'action
- III. L'introduction de l'action de groupe
 - A. Aux Etats-Unis
 - B. En Suède et au Portugal
 - C. Au Québec
 - D. En Angleterre et au Pays de Galles
- IV. La recevabilité de l'action de groupe et la procédure d'autorisation
 - A. Les conditions de recevabilité
 - B. L'autorisation de l'action
- V. Le procès
- VI. Les frais de l'instance
 - A. Les honoraires des avocats
 - B. Les frais d'instance
 - C. L'aide judiciaire
- VII. La critique des systèmes étrangers

2^{EME} PARTIE : LES ACTIONS EN JUSTICE DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS AGREEES DANS NOTRE DROIT POSITIF

- I. Typologie des actions
 - A. L'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs
 - B. L'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives
 - C. Le droit d'intervention devant les juridictions civiles
 - D. L'action en représentation conjointe
- II. Intérêt et limites des actions en justice menées par les associations de consommateurs
 - A. Les actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs (action civile, action en cessation, action par voie d'intervention)
 - B. L'action en représentation conjointe
- III. Les voies de réforme envisagées
 - A. L'extension du bénéfice d'une décision de justice rendue dans l'intérêt collectif des consommateurs à des demandes en réparation de préjudices individuels
 - B. La réforme de l'action en représentation conjointe
 - 1. Elargir les modes de sollicitation des mandats
 - 2. L'exercice concomitant de l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs et de l'action en représentation conjointe
 - 3. Mieux garantir les risques de mise en cause de la responsabilité de l'association de consommateurs
 - C. L'incitation aux modes alternatifs de règlement des litiges

3^{EME} PARTIE : CREATION D'UNE ACTION DE GROUPE

- I. Les deux actions envisagées par le groupe de travail
 - A. Une action inspirée de la « class action » des Etats-Unis et du recours collectif québécois
 - A1) Schéma procédural de l'action
 - A2) Conditions de constitution du groupe
 - a) Groupe constitué des seuls consommateurs ayant expressément adhéré à l'action
 - b) Groupe constitué des consommateurs présumés adhérer à l'action
 - A3) La procédure de réparation
 - A4) Appréciation critique du dispositif
 - a) Sur la constitutionnalité
 - b) Association et consommateurs
 - B. Action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse
 - B1) Schéma procédural de l'action
 - B2) Intérêt et qualité à agir
 - B3) Compatibilité de ce dispositif avec les principes du droit français
- II. Questions communes aux deux options
 - A. Champ d'application de l'action de groupe
 - A1) Un champ large
 - A2) Un champ limité
 - A3) Un champ ciblé sur les préjudices économiques des consommateurs
 - B. Détermination de la juridiction compétente
 - B1) Détermination de la compétence d'attribution
 - B2) Résolution des conflits de compétence entre plusieurs juridictions
 - C. Articulation de l'action de groupe avec l'action pénale
 - D. Publicité de l'action de groupe
 - E. Frais de procédure et sanctions des procédures abusives
 - F. Exécution de la décision
- III. Les autres questions posées par la mise en place de l'action
 - A. Le droit de la preuve
 - B. L'instauration de dommages et intérêts punitifs
 - C. La création de mécanismes de réparation collective
 - D. La création d'un fonds d'aide aux actions de groupe
 - E. La transaction et l'instauration d'une phase préalable de conciliation

ANNEXES

- Lettre de mission des ministres du 15 mars 2005
- Composition du groupe de travail
- Contributions des membres du groupe de travail

INTRODUCTION

Le Président de la République, dans ses vœux adressés aux « forces vives » de la nation le 4 janvier 2005, a demandé au Gouvernement de proposer une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés.

Les trois ministres concernés, c'est à dire le ministre de la Justice et le ministre chargé de la Consommation de l'époque, ainsi que le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie ont adressé, le 15 mars 2005, une lettre de mission au directeur général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et au directeur des Affaires Civiles et du Sceau pour leur demander d'animer un groupe de travail ad hoc. Ce groupe de travail a été installé le 12 avril dernier, par Thierry Breton, Dominique Perben et Christian Jacob. Il comprend 17 membres et se compose de représentants des consommateurs, de représentants des entreprises et de praticiens du droit.

Selon les termes de la lettre de mission, ce groupe a été chargé de faire des propositions allant de l'amélioration du dispositif de l'action en représentation conjointe jusqu'à la mise en place de mécanismes nouveaux qui ouvriraient aux associations de consommateurs le droit d'agir, dans certains types de litiges, au nom d'un groupe de consommateurs, pour obtenir le respect des règles de droit et la réparation des préjudices individuels.

Dans un premier temps, le groupe de travail a examiné les systèmes juridiques en vigueur dans les pays où existe déjà une action de groupe. Ont notamment été évoqués les systèmes juridiques des Etats-Unis, de l'Angleterre, du Pays de Galles, du Québec, de la Suède et du Portugal. Ensuite, il s'est livré à un examen des différentes formes d'action en justice actuellement ouvertes aux associations de consommateurs, a dressé un bilan de leur mise en œuvre et de leurs limites et a débattu des possibilités et de l'intérêt d'améliorer l'action en représentation conjointe.

Enfin, le groupe de travail a étudié toutes les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une action de groupe, qu'il s'agisse de la recevabilité de l'action (qualité et intérêt à agir en justice), de la détermination de la juridiction compétente, des modalités de la procédure, des effets et conditions d'exécution de la décision, des voies de recours, ou, bien évidemment, du champ d'application de cette procédure.

De nombreuses auditions ont eu lieu, ayant permis d'entendre des personnalités venues de tous horizons qui, de par leur compétence et leur expérience, ont enrichi considérablement la réflexion menée par les membres du groupe.

Le présent rapport est le fruit de ces travaux qui ont été menés par le groupe durant ces derniers mois. Ce groupe n'est pas parvenu à une seule conclusion unanimement acceptée par tous ses membres. Dès lors, ce rapport expose différentes pistes dont aucune ne recueille l'adhésion unanime de tous les membres du groupe, chacun conservant sa liberté de position.

Il comprend trois parties :

- ☞ la première partie est consacrée à l'étude des actions de groupe dans les systèmes juridiques étrangers,
- ☞ la seconde partie présente les différentes voies d'action en justice ouvertes aux associations de consommateurs, dresse un bilan de leur mise en œuvre et envisage les perspectives d'amélioration de ces dispositifs,
- ☞ la troisième partie, enfin, définit les conditions dans lesquelles une procédure d'action de groupe pourrait être introduite en droit français.

1^{ERE} PARTIE : LES EXPERIENCES ETRANGERES DANS LE DOMAINE DE L'ACTION DE GROUPE

L'action de groupe est une **voie ouverte par la procédure civile**¹, permettant à un ou plusieurs requérants d'exercer, au nom d'une catégorie de personnes (classe) une action en justice.

Ce mécanisme ancien qui existe depuis le XIX^{ème} siècle aux Etats-Unis sous la dénomination de « *class action* », se développe depuis plusieurs années dans des pays de culture juridique différente². Il est largement présent au Canada, dans plusieurs provinces dont le Québec depuis 1978 ainsi qu'au niveau fédéral, et en Europe, notamment en Angleterre, au Pays de Galles, en Suède et au Portugal. Il convient de préciser que ces pays n'ont pas transposé dans leur législation la « *class action* » des Etats-Unis mais ont développé chacun leur propre procédure d'action collective afin de réparer les préjudices de masse.

Avant d'étudier de manière comparée les traits de procédures de l'action de groupe dans les pays cités ci dessus et donc leurs points communs et variantes, quelques remarques doivent être faites sur un plan plus général :

- Les dénominations diffèrent d'un pays à l'autre : *class action* aux Etats-Unis ; action de groupe en Angleterre, au Pays de Galles et en Suède ; recours collectif au Québec ; action populaire au Portugal. Par commodité, le présent rapport fera référence à la dénomination « action de groupe ».

- Le champ d'application de ces procédures est souvent entendu largement en référence à une loi de compétence générale. Le domaine de la consommation est toujours concerné.

- L'action de groupe relève généralement de la **compétence des tribunaux ordinaires** mais dans les Etats fédéraux, le juge fédéral intervient également. Ainsi, les Etats-Unis, avec le *Fairness Act* de 2005, viennent de renforcer la compétence des tribunaux fédéraux, considérant que l'instruction de certaines procédures par un juge professionnel³ était souhaitable. Si, au Québec, seule la Cour supérieure (tribunal de droit commun en première instance) est compétente en première instance, un recours collectif est néanmoins possible devant la cour fédérale. En outre, en Suède, si les actions de groupe sont exercées devant le juge civil, les actions relevant du droit de l'environnement sont de la compétence de cours spécialisées. En Angleterre et au Pays de Galles, différents juges peuvent intervenir dans la procédure. Au Portugal, enfin,

¹ Seul le Portugal a inscrit le principe de l'action collective dans sa constitution.

² D'autres systèmes d'action collective existent en Espagne, au Brésil, en Australie notamment.

³ Au niveau des Etats, la *class action* est souvent jugée par un jury populaire

l'action peut également être introduite devant les juridictions administratives et pénales.

- L'une des spécificités des systèmes d'action de groupe est qu'ils accordent au juge de larges pouvoirs. Le juge exerce un contrôle étroit sur la procédure et dispose d'une importante marge d'appréciation sur la recevabilité de l'action. Il contrôle les transactions qui peuvent être conclues, le plus souvent par une procédure d'homologation.

- L'action de groupe vise communément à une réparation civile du dommage subi (dommages et intérêts). Suivant les systèmes, cette action peut également consister en une demande d'injonction de faire ou de ne pas faire, une demande en nullité d'une réglementation, un recours en responsabilité ou une demande de mesure réparatrice.

- L'ensemble des législations étudiées vise à trouver un équilibre entre le souci d'assurer le développement de ce type d'action, dont l'intérêt est généralement reconnu et celui tout aussi légitime d'éviter les dérives d'une utilisation abusive. Ainsi, au prix de nombreux débats, la législation, soit pour instaurer cette procédure, soit pour perfectionner une procédure existante, comme ce fut le cas récemment aux États-Unis, en Angleterre, au Pays de Galles ou en Suède, procède à un encadrement des conditions d'utilisation de l'action de groupe.

- La procédure comprend trois étapes principales, **l'introduction de l'action**, la **recevabilité de l'action ou autorisation** et le **jugement au fond**.

I) Le champ de l'action de groupe

Dans les systèmes juridiques étrangers qui disposent d'une véritable action de groupe celle-ci s'applique à des domaines variables.

Ainsi, au Québec, le recours collectif est d'application générale en ce qu'il n'est pas limité à un domaine particulier du droit, ni à un type particulier de procédure. Il peut être utilisé dans des domaines très divers (consommation, environnement, santé...) et aussi bien sur le terrain de la responsabilité civile que sur celui de la responsabilité administrative.

De la même façon, aux États-Unis, le champ d'application de la class action est très large, puisque cette procédure s'est généralisée et touche, désormais, de nombreux domaines : droits civiques, droit de la consommation, droit financier, droit de l'environnement, droit du travail. Cette procédure est considérée comme s'inscrivant dans un système de régulation sociale, les individus devant faire eux-mêmes respecter la loi, en l'absence de régulation étatique.

Pour les pays de l'Union européenne connaissant ce type d'action, à savoir le Portugal et la Suède, l'action de groupe fait l'objet de lois de portée générale, avec, pour le Portugal, des règles spéciales dans le domaine du droit de la consommation. En Suède, le champ d'application de l'action de groupe porte essentiellement sur le droit de la consommation, le droit de l'environnement et le droit du travail. Au Portugal, il s'agit plus particulièrement du droit de la consommation, de la santé publique, du droit de l'environnement, mais aussi de la défense du patrimoine culturel et de la défense des biens de l'État, des régions autonomes et des communes.

II) L'initiative de l'action

Dans toute action de groupe, un (ou plusieurs) requérants agissent comme représentants des membres d'un groupe.

1. Ce **représentant** peut être une personne physique, une personne morale de droit privé ou parfois, comme en Suède et au Portugal, une personne morale de droit public. Ainsi en Suède, sont distinguées l'action de groupe privée, introduite par une personne physique, l'action dite d'organisation, introduite par une organisation à but non lucratif et l'action de groupe publique, introduite par une autorité désignée par le gouvernement, compte tenu de la nature du contentieux et de sa capacité à représenter les membres du groupe. De même au Portugal, le droit d'exercer une action populaire est reconnu à tout citoyen dans le plein exercice de ses droits civils et politiques, aux associations et fondations qui défendent les intérêts protégés par la loi et aux autorités municipales.

En Angleterre et au Pays de Galles, il revient au juge de choisir parmi les parties demanderesses, un ou plusieurs « *test claimant* », dont le cas est un « *test case* » ou cas test, c'est à dire dont la solution aura force de loi.

Par ailleurs, les membres du groupe peuvent être autorisés, tel est le cas au Portugal et en Suède et parfois, de manière strictement contrôlée, au Québec, à intervenir à l'instance pour soutenir le représentant ou pour déposer leur propre requête.

2. Le **groupe**, ainsi représenté, n'est pas forcément pré-constitué lors de l'introduction de l'instance. Il doit être composé d'un nombre de personnes qui, exception faite de la Suède, n'ont pas à être précisément identifiées. Au Québec, par exemple, ce n'est qu'au stade de l'autorisation que le groupe est défini. En Suède, au contraire, les membres du groupe doivent être nommément désignés lors de l'assignation. Une action de groupe peut néanmoins être engagée sans que leurs noms et adresses soient connus au préalable, s'ils sont facilement identifiables ; par exemple les abonnés à un périodique, les usagers d'un moyen de transport, les résidents d'un périmètre affecté par une nuisance environnementale.

3. Pour **délimiter le groupe**, deux mécanismes ont été instaurés : *l'opt-out* et *l'opt-in*. Selon le mécanisme de *l'opt-out*, issu à l'origine du système américain, sont considérés comme membres du groupe les personnes qui ne se sont pas manifestées et celles qui ont expressément manifesté leur volonté d'agir dans le cadre de cette action de groupe. A contrario, ne sont pas membres du groupe ceux qui ont expressément dit ne pas vouloir agir dans le cadre de cette action, un délai d'exclusion étant parfois fixé par le juge.

Ainsi au Québec, les membres du groupe n'ont pas à s'inscrire pour bénéficier éventuellement des effets du jugement. Toutefois, une personne qui apprend qu'un recours collectif a été introduit peut décider de s'en exclure. Elle devra alors en aviser, par courrier recommandé, le greffier de la Cour supérieure avant l'expiration du délai d'exclusion fixé par le juge, entre 30 jours et 6 mois, et signifié par un avis publié dans les journaux.

De même au Portugal, après le dépôt de la requête, le tribunal procède à la « citation des intéressés », citation personnelle lorsque les personnes concernées sont identifiées, citation publiée dans les journaux ou par affichage, lorsqu'elles ne sont pas identifiables. Elles peuvent alors devenir partie à l'instance, déclarer leur volonté d'être représentées par le requérant ou s'opposer à cette représentation en s'excluant expressément de la procédure (le silence valant acceptation). Un délai est fixé pour l'intervention ou l'exclusion et est signifié aux personnes concernées soit par une publication dans les médias soit par affichage. Généralement, il est possible de s'exclure jusqu'à la fin de la phase de soumission de la preuve (ou phase équivalente).

A la différence de *l'opt-out*, *l'opt-in* est le mécanisme selon lequel il faut un accord explicite pour faire partie du groupe. Le groupe ne sera constitué que de ceux qui ont expressément manifesté leur volonté d'être représentés à l'instance. L'action repose sur un mandat exprès et le silence vaut refus.

Ainsi, en Suède, ne peuvent participer à l'action que les entités ou les personnes qui en ont expressément manifesté la volonté. Dès lors, ceux qui correspondent à la description du groupe faite par le requérant doivent, par une notification personnelle ou par tout autre moyen approprié, être informés de l'action et avoir l'opportunité de faire parvenir au tribunal leur accord écrit. Si un membre ne donne pas son accord à la cour, dans les délais fixés, il est présumé s'être exclu du groupe. Après avoir opté pour la procédure, les membres du groupe s'interdisent d'agir à titre individuel. En Angleterre, lorsqu'une personne souhaite participer au litige de groupe, elle doit également en faire la demande.

4. Enfin, les parties doivent être généralement représentées par un **avocat**. Aux Etats-Unis, l'avocat est désigné officiellement par le biais de l'ordonnance de certification. La possibilité offerte aux avocats, par la législation américaine, de recourir à la publicité pour démarcher les clients, alimente les critiques sur la « *class action* ».

S'agissant de la présence de l'avocat dans l'exercice de son mandat judiciaire de représentation, les solutions sont variables selon les pays.

En Suède, toutefois, la présence d'un avocat n'est pas requise pour l'action de groupe publique ou lorsque l'un des membres du groupe a la capacité de plaider en justice. En outre, au Portugal, devant les juridictions civiles, elle est obligatoire seulement si la valeur économique de l'intérêt protégé en cause excède le maximum autorisé par la juridiction saisie. S'il n'est pas possible d'évaluer l'intérêt protégé, on considèrera qu'il équivaut au maximum autorisé en seconde instance plus un centime.

En Angleterre et au Pays de Galles, les parties doivent désigner un solicitor principal chargé de coordonner le recours pour le compte des requérants ou des défendeurs, de mener les poursuites en leur nom et de gérer le registre. S'il n'y a pas d'accord entre les parties, le tribunal peut procéder à sa désignation.

III) L'introduction de l'action de groupe

L'action de groupe est, en règle générale, introduite comme toute procédure, par le dépôt d'une requête ou d'une assignation.

A. *Aux Etats-Unis*

1. Le représentant ou les parties doivent déposer, auprès du tribunal compétent, une requête ou assignation, qui doit mentionner, de façon succincte, certains éléments spécifiés par chaque législation. Aux Etats-Unis⁴ : la justification de la compétence territoriale ; l'allégation de l'impraticabilité d'une jonction d'instance (notamment en raison du trop grand nombre des membres potentiels du groupe) ; l'affirmation du lien qui rend possible la constitution du groupe ; la revendication du caractère typique des réclamations ; la présentation des raisons pour lesquelles l'autorisation est demandée ; le récapitulatif des demandes de réparation; le serment, prêté par les parties et leur(s) conseil(s), de protéger, de façon honnête, juste et adéquate, les intérêts des membres absents et la décision de demander ou non la présence d'un jury.

2. Après le dépôt de la requête ou de l'assignation débute la phase « **primary discovery** », ou **phase de discussion**. L'assignation est signifiée au défendeur (« *service of complaint* ») qui dispose de 30 jours pour y répondre (« *dismiss of complaint* »). Ce délai peut être prorogé s'il en fait la demande. A l'issue de cette phase, le juge rend un jugement.

⁴ Suivant les cas les règles seront étatiques ou fédérales.

On notera que dans le système américain, il y a à la fois dépôt d'une requête et dépôt d'une demande d'autorisation.

B. En Suède et au Portugal

En Suède et au Portugal, une action de groupe sera introduite conformément au *code de procédure judiciaire*, la requête devant préciser : le groupe, les faits communs ou semblables aux demandes des membres du groupe, les faits connus du représentant qui peuvent être importants pour l'examen des demandes, les autres faits nécessaires pour déterminer si les demandes individuelles doivent faire l'objet d'une action de groupe, les noms et adresses de tous les membres du groupe⁵. Le représentant précisera également quels sont les faits à notifier aux membres du groupe.

C. Au Québec

La personne qui souhaite exercer un recours collectif doit en premier lieu demander l'autorisation du tribunal et parallèlement sa désignation en tant que représentant du groupe. La demande d'autorisation doit démontrer la légitimité du recours collectif. Elle décrit les faits, la nature du recours. Elle doit identifier le groupe qui doit être homogène. Elle doit être signifiée au défendeur. Un registre central des demandes d'autorisation est tenu au greffe de la Cour Supérieure.

D. En Angleterre et au Pays de Galles

Dans ces pays c'est un **avocat (solicitor) mandaté**, soit par un requérant ou plusieurs requérants, soit par un défendeur ou plusieurs défendeurs, qui dépose auprès du tribunal une demande d'autorisation ou *Group Litigation Order* (ci-après GLO), au motif qu' « **il y a ou il pourrait y avoir un certain nombre de requêtes portant sur des questions, de fait ou de droit, communes ou connexes** », chaque partie demanderesse devant, par ailleurs, déposer une requête individuelle précisant les intérêts revendiqués, les dommages et intérêts demandés, ses fondements et accompagnée d'une déclaration précise des faits sur lesquels elle s'appuie. Si le litige de groupe est autorisé, les requêtes pourront être mises en suspens jusqu'au résultat des *test cases*.

⁵ Ces précisions peuvent, néanmoins être omises si elle ne sont pas nécessaires à la résolution du litige.

IV) La recevabilité de l'action de groupe et la procédure d'autorisation

Exception faite du système suédois, l'action de groupe fait l'objet d'une décision sur la recevabilité distincte du jugement au fond à l'issue de laquelle le juge autorise ou non l'exercice de l'action⁶. Au Portugal, il s'agit d'une simple décision liminaire sur la recevabilité. Dans la pratique, un grand nombre d'actions de groupe ne dépassent pas cette étape procédurale.

A. Les conditions de recevabilité

Pour être autorisée, l'action de groupe doit préalablement remplir certaines conditions dites de recevabilité et définies par chaque législation nationale. En règle générale, il faut que les questions de droit soulevées soit communes ou identiques, similaires ou connexes aux membres du groupe, que l'action de groupe présente un avantage par rapport aux autres procédures et que le requérant soit un représentant approprié des membres du groupe.

Au Portugal, toutefois, la représentation adéquate du requérant initial n'est pas requise. Il suffit que les parties aient une légitimité à agir, que la demande ne soit pas manifestement non fondée et que les intérêts en cause soient ceux protégés par la loi. En outre, dans le système anglais et gallois, la question de savoir s'il faut établir ou non un GLO est laissée à la discrétion du tribunal.

Dans le système québécois, le juge examinera également le sérieux de la cause, ce critère visant à éviter la multiplication de recours sans fondement.

Aux Etats-Unis, outre des conditions générales et cumulatives de recevabilité (*numerosity, commonality, adequacy of representation et typically*), des conditions spécifiques, c'est à dire particulières à chaque catégorie de « *class action* », doivent également être remplies.

B. L'autorisation de l'action

1. Si les conditions de recevabilité sont remplies, le juge autorisera l'action de groupe. De manière générale, **la décision autorisant l'action définit le groupe et les prétentions des parties.**

Aux Etats-Unis, l'**ordonnance de certification** désigne également l'avocat qui représentera le groupe. En cas de refus de la certification, l'instance se poursuivra entre les seules parties et non plus avec l'ensemble du groupe.

Au Québec, le **jugement d'autorisation** identifie en outre les questions traitées collectivement, ordonne la publication d'un avis et désigne le représentant. Le

⁶ L'autorisation est appelée certification en droit américain

jugement d'autorisation peut être révisé à tout moment, à la demande de l'une des parties, si le tribunal considère que les conditions de recevabilité ne sont plus remplies. Dans l'hypothèse d'une annulation du jugement d'autorisation, l'instance se poursuit entre les parties selon une procédure ordinaire.

En Angleterre et au Pays de Galles, le **Group Litigation Order** expose également une liste des questions connexes de fait et/ou de droit qui se posent aux fins de la résolution du litige (questions de GLO), peut choisir un ou plusieurs "test cases", donne des directives pour l'établissement d'un registre sur lequel les requêtes des membres du groupe et certaines informations seront enregistrées, désigne le tribunal chargé d'examiner les requêtes inscrites sur ce registre, peut ordonner leur transfert à ce tribunal, peut ordonner que les requêtes soient mises en suspens jusqu'au résultat du ou des cas tests ou peut fixer une date à partir de laquelle leur examen doit avoir commencé.

2. L'autorisation ou la certification accordée, **l'action de groupe est notifiée, par le juge, aux membres du groupe, soit individuellement⁷ soit par voie de publication ou de diffusion**. Les membres pourront alors opter pour la procédure (*opt-in*) ou, dans un système *opt-out*, s'exclure du groupe. Dans le système québécois, la notification est particulièrement détaillée.

3. **La décision rendue par le juge sur la recevabilité de l'action peut faire l'objet d'un recours**. Ainsi aux Etats-Unis, il peut être fait appel de la certification dans les 10 jours, que la décision autorise ou refuse l'action. Il s'en suit un nouveau jugement. Si l'opposition à la certification est acceptée, la procédure de class action s'éteint. Dans le cas contraire, il est procédé à la certification du groupe. Au Québec, au contraire, il ne peut être fait appel que du jugement rejetant la demande d'autorisation.

V. Le procès

Les parties ont toujours la possibilité de régler le litige à l'amiable, ce qui est le cas dans un grand nombre de procédures. En règle générale, la transaction peut être conclue à toute étape de la procédure. Elle doit faire l'objet d'une notification et être approuvée par le juge⁸. L'homologation n'est cependant pas prévue dans le système anglais, dans la mesure où la transaction n'oblige pas nécessairement l'ensemble des parties à l'action et n'empêche pas la poursuite de l'action.

A défaut de règlement amiable et si l'action de groupe est déclarée recevable, le juge se prononcera sur le fond du litige.

Le plus souvent, le juge se prononcera en premier lieu sur les **questions communes puis sur les questions individuelles**. Spécificité de la class action américaine, des jurés peuvent être appelés à se prononcer sur une action de groupe, si le représentant le

⁷ C'est le principe en droit américain.

⁸ En droit américain, la réforme adoptée en 2005 a renforcé leur contrôle par le juge, notamment en droit de la consommation.

demande. En outre, en Suède, la cour peut rendre un jugement qui constitue, pour certains membres du groupe, une décision finale sur les questions de fond et qui implique, pour d'autres membres, l'ajournement des délibérations sur une question particulière.

Au stade du jugement, **la condamnation à des dommages et intérêts est l'issue la plus fréquente** d'une action de groupe. Dans la procédure américaine, c'est au jury, s'il existe, que revient la charge de déterminer le montant des dommages et intérêts à allouer aux requérants. Il peut par ailleurs décider de condamner le défendeur à des dommages et intérêts punitifs. Il convient néanmoins d'indiquer que les dommages et intérêts ne sont pas l'unique objet d'une action de groupe, le juge peut en effet prononcer une injonction, la nullité d'un contrat ou d'un règlement.

Une fois le montant global de l'indemnisation fixé, la répartition des dommages et intérêts s'effectue, sous le contrôle du juge, de deux façons : **soit le juge détermine le quantum à attribuer à chaque membre du groupe, soit le montant global est versé à une seule personne ou à une institution, par exemple le représentant aux Etats-Unis ou un tiers au Québec, à charge pour lui de le répartir entre les victimes.** Au Québec, le recouvrement peut être individuel ou collectif, le juge appréciant, dans chaque cas d'espèce, la procédure à privilégier. Néanmoins, ces deux modes de recouvrement peuvent être combinés. Au Portugal, le juge fixe le montant de chaque indemnité des victimes identifiées ainsi qu'un montant global à répartir entre les victimes non identifiables.

Les dommages et intérêts répartis, **si un reliquat subsiste⁹, il sera, en règle générale, utilisé à des fins d'intérêt public ou restitué au défendeur.** Il peut, par exemple, être reversé à un fond d'aide à la justice ou, aux Etats-Unis, à une œuvre d'intérêt public.

Le juge peut également limiter la portée du jugement à la reconnaissance de la responsabilité du défendeur. Des procédures individuelles fixeront le préjudice subi par les membres du groupe.

Le jugement aura **autorité de la chose jugée à l'égard de tous les membres du groupe**, soit ceux qui ne se sont pas exclus du groupe (*opt-out*), soit ceux qui ont opté pour la procédure (*opt-in*). Au Portugal, toutefois, lorsque le tribunal rejette l'action pour manque de preuve ou pour défaut de représentation ou rend un jugement fondé sur les circonstances spécifiques d'un cas, ce jugement ne liera que les parties à l'action.

Afin que l'ensemble des membres du groupe puissent faire valoir leurs droits et éventuellement demander l'indemnité qui leur est due, **le jugement fera l'objet d'une publication ou d'une notification.**

⁹ Ou si le juge estime que l'attribution d'un montant à chacun des membres est impraticable.

A l'exception de l'action de groupe suédoise qui n'autorise que le groupe constitué à faire appel, les **membres du groupe peuvent interjeter appel d'un jugement au fond, collectivement ou individuellement**. Au Québec, toutefois, si le représentant décide de ne pas faire appel ou si celui est rejeté, un membre ne peut demander à la Cour d'appel l'autorisation de lui être substitué, qu'à la seule condition que l'intérêt des membres le requière. En Angleterre et au Pays de Galles, une partie qui s'estime lésée par un jugement peut faire appel.

VI. Les frais de l'instance

A. Les honoraires d'avocats

Plusieurs systèmes de rémunération existent et sont soumis dans tous les cas au contrôle du juge.

Le **système des « contingency fees »** est pratiqué aux Etats-Unis comme au Québec et consiste à rémunérer l'avocat des demandeurs, en cas de succès de la demande, sur la base d'un pourcentage du montant total de la somme allouée au groupe ou honoraire de résultat.

Le **système des « conditional fees »** est privilégié en Suède, en Angleterre et au Pays de Galles : un requérant et un avocat peuvent conclure un accord d'acceptation des risques en vertu duquel les honoraires de l'avocat seront fixés en fonction du résultat du litige. La rémunération en pourcentage des dommages et intérêts obtenus est exclue. Il ne s'agit donc pas à proprement parler de « contingency fees ». En Suède, de tels accords (*risk agreements*) ne pourront être opposés aux membres du groupe qu'à la condition qu'ils aient été approuvés par un tribunal ; l'approbation cessant si la procédure n'a pas commencé dans les six mois (délai pouvant être prorogé). En Angleterre et au Pays de Galles, sont autorisés les *conditional fee arrangements* (CFA) et non les *contingency fees* ; cependant, depuis 1999, les CFA peuvent comprendre des dispositions sur les honoraires de résultat, sur le versement d'acomptes ou prévoir des *speculative fee arrangements*.

Au Portugal, aucune règle particulière n'a été prévue pour la rémunération des avocats.

B. Les frais d'instance

En règle générale, les frais d'instance sont supportés par la partie perdante. Ainsi, au Québec, c'est le représentant du groupe qui assume les frais en cas d'échec du recours.

Aux Etats-Unis, les frais sont avancés par l'avocat, en Suède, par le représentant, bien que le juge puisse astreindre d'autres membres du groupe à payer certains frais. De manière différente, au Portugal, il n'y a pas lieu au paiement anticipé des frais

d'instance. Si le demandeur obtient gain de cause ou est déclaré partiellement dans son droit, il n'a pas à payer les frais d'instance. Dans le cas contraire, le juge tiendra compte des raisons du rejet de sa requête pour fixer le montant des frais à sa charge (entre 1/10 et 1/2 du montant total des frais de la procédure).

En outre, le système anglais distingue deux types de frais, les frais individuels et les frais communs. Les frais individuels sont les frais d'une requête inscrite sur le registre du groupe. Ils sont soumis au pouvoir d'appréciation du tribunal. Les frais communs, sont ceux des questions de GLO, les frais individuels d'un *test claim* et les frais d'administration du litige engagés par le solicitor principal ; les membres du groupe étant responsables, à proportion égale des frais de l'action.

C. L'aide judiciaire

Exception faite de la « *class action* » américaine, le requérant qui exerce l'action de groupe peut bénéficier d'une forme d'aide judiciaire. Le système est particulièrement attractif au Québec, qui a institué un « Fonds d'aide aux recours collectifs », personne morale de droit public qui peut, soit avancer les frais de procédure, soit les prendre en charge¹⁰. L'aide peut être remboursable en cas de succès du recours.

Au Portugal, un mécanisme d'aide judiciaire permet de financer les honoraires d'avocat et parfois les frais d'instance des personnes dont les ressources financières sont limitées. Les honoraires de l'avocat désigné par l'Etat ou choisi par le requérant seront alors pré-fixés par un règlement gouvernemental à un montant inférieur à celui pratiqué habituellement.

Dans le système suédois, un représentant désigné par le juge peut bénéficier d'avances sur coûts et d'une aide judiciaire pour les frais d'instance, les honoraires d'avocat ou du consultant, ainsi que pour la rétribution de son propre travail. Il n'est cependant pas tenu de payer les frais des autres parties, c'est alors au représentant initial qu'il reviendra de supporter ces frais et qui devra rembourser l'Etat de l'aide judiciaire.

Enfin en Angleterre et au Pays de Galles, les requérants peuvent adhérer à une police d'assurance *Legal Expenses Insurance* (LEI) et/ou bénéficier d'un financement de la *Legal Services Commission*, commission créée par l'*Access to Justice Act, 1999* et qui autorise le versement d'une aide judiciaire aux parties, conformément aux directives données par le *Lord Chancellor*. Ce financement public peut concerner soit l'examen d'un dossier soit la conduite du litige.

¹⁰ Il a également une fonction d'information sur les recours collectifs.

VII. La critique des systèmes étrangers

Les différents systèmes étrangers examinés mettent tous l'accent sur l'intérêt de la procédure d'action collective en tant qu'instrument renforçant l'accès à la justice ou du fait de son effet dissuasif à l'égard des défendeurs potentiels.

Ces systèmes sont soit très récents, comme au Portugal ou en Suède et n'ont donné lieu à ce jour qu'à une faible pratique, soit ont fait l'objet d'une réforme récente, comme au Québec, en Angleterre et au Pays de Galles ou aux Etats-unis, réforme visant à éviter certains risques d'excès identifiés dans les pratiques déjà existantes, surtout la pratique américaine. Dans tous les cas, l'encadrement des procédures a été recherché pour éviter les risques identifiés et largement décrits par les praticiens et la doctrine de la *class action* américaine.

C'est néanmoins sur la procédure de *class action* américaine que s'est portée principalement la critique.

Si la *class action* est reconnue comme partie intégrante, du fait de son ancienneté, du système juridique américain, elle fait l'objet de nombreuses critiques, portant soit sur la procédure, soit sur certaines dérives liées à son usage.

Sur le plan de la procédure, certaines spécificités de la *class action* sont difficilement transposables dans notre système juridique. Ainsi, les juridictions civiles américaines disposent de prérogatives quasi-pénales, tant au stade de l'instruction (audition de témoin, procédure de *discovery* pour la production forcée des preuves), qu'au plan de l'exécution (dommages punitifs, procédure de *contempt of court* en cas de refus d'exécution). Cette caractéristique du système américain est souvent critiquée car elle peut aboutir à un certain examen au fond dès la phase de recevabilité.

En outre la procédure américaine de *opting out*, si elle facilite la constitution d'un groupe le plus large possible, s'accommode, néanmoins, d'un accord partiel des membres potentiels d'un groupe.

Enfin, des critiques plus générales mettent en avant d'autres défauts de cette procédure et notamment : insuffisance de l'information ; caractère non sérieux d'un certain nombre des demandes d'action et leur coût élevé pour le système judiciaire américain ; forum shopping ; redondance des actions, notamment.

Dans sa pratique, la *class action* connaîtrait également certaines dérives.

D'une part, ces actions se sont multipliées dans des domaines de plus en plus variés et ont notamment connu un fort développement en droit économique et financier¹¹. Cette judiciarisation de la vie économique a suscité les critiques des milieux financiers et économiques.

Par ailleurs, la procédure est lourde et complexe et donc difficile à gérer par le juge.

En outre, le coût¹² de ces actions est également jugé exorbitant et leur croissance aurait des effets directs sur l'économie américaine (hausse des primes d'assurances répercutées sur les prix des biens et services, faillites d'entreprises).

Le système de la class action est également critiqué au motif que le système de rémunération des avocats par un pourcentage des indemnités obtenues par les membres de la class, les *contingency fees*, profiterait plus aux avocats qu'aux victimes¹³ et que la *class action* serait source de conflits d'intérêts (entre l'avocat et les personnes qu'il représente ; entre demandeurs ; entre avocats).

La portée de ces critiques conduit certains à considérer que les défauts ainsi constatés sont inhérents au principe même d'une action de groupe. D'autres estiment au contraire que, sous réserve d'un encadrement adéquat, ces dérives sont susceptibles d'être évitées.

¹¹ Mais pas seulement, des *class actions* se développant également en matière de violation des droits de l'homme.

¹² Note mission économique en date du 25 janvier 2005 : le coût total du contentieux de la responsabilité extra contractuelle est estimé à 246 milliard de dollars en 2004

¹³ Mais, la class action repose pour l'essentiel sur l'avocat et l'importance de son travail, l'avocat avançant les frais.

2^{EME} PARTIE : LES ACTIONS EN JUSTICE DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS AGREES DANS NOTRE DROIT POSITIF

Pour prendre en considération, l'ensemble des éléments du mandat confié au groupe de travail par le Gouvernement, il convient de dresser un état des actions en justice déjà ouvertes aux associations de consommateurs et d'en dresser un bilan afin d'envisager les voies d'amélioration susceptibles de rendre plus effective l'application des droits individuels des consommateurs.

I - Typologie des actions

Depuis 1973, les associations de consommateurs agréées se sont vu reconnaître le droit d'exercer quatre types d'action en justice :

- L'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs ;
- L'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives ;
- L'action en intervention volontaire ;
- L'action en représentation conjointe.

A) L'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs

La loi du 27 Décembre 1973 dite loi « Royer » a reconnu aux associations de consommateurs agréées « l'exercice des droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

Ces dispositions ont été codifiées à l'article L. 421-1 et suivants du code de la consommation.

L'association doit être en mesure de justifier devant les juges de l'agrément auquel elle est assujettie par la loi.

L'obligation faite aux associations de ne pas dépasser les limites de leur spécialité ne soulève pas de difficultés particulières, la jurisprudence appréciant désormais largement la notion de « défense de l'intérêt collectif des consommateurs » (qui ne saurait cependant se confondre avec l'intérêt général), laquelle doit constituer « l'objet statutaire explicite » des associations.

Deux conditions doivent être réunies pour l'exercice de l'action civile d'une part, la constatation d'une infraction pénale, d'autre part, l'existence d'un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs, qui doit être distinct et caractérisé par rapport au préjudice subi personnellement par les victimes de l'infraction.

Depuis 1988, l'objet de l'action, initialement limité à la réparation du préjudice collectif (allocation de dommages et intérêts), a été étendu à la cessation de pratiques

illicites ou à la suppression des clauses abusives. L'article L. 421-2 du code de la consommation permet, ainsi, aux associations exerçant l'action civile de demander à la juridiction civile ou répressive saisie, « d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser les agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite ».

Par ailleurs, dans un but de prévention et afin de faire cesser des agissements illicites ou d'obtenir la suppression de clauses abusives, y compris par la voie pénale, l'article L. 421-3 du code de la consommation confère au juge répressif (tribunal correctionnel ou de police), saisi de l'action civile, la possibilité de prononcer des injonctions, des astreintes et l'exécution provisoire des injonctions. Ainsi, les règles de procédure d'ajournement du prononcé de la peine d'un prévenu déclaré coupable sont appliquées aux litiges collectifs de consommation. L'ajournement est laissé à l'appréciation du tribunal ; il peut être ordonné même si le prévenu ne comparaît pas en personne et ne peut intervenir qu'une seule fois.

L'action en réparation du préjudice collectif, intentée par une ou plusieurs associations de consommateurs, peut coexister avec celle engagée par un ou plusieurs consommateurs en réparation de préjudices individuels, si les faits ont porté atteinte aux intérêts défendus par l'association et à certains intérêts individuels.

En ce qui concerne le remboursement des frais de procédure, les associations obtiennent, lorsque leur demande est accueillie, le remboursement des frais taxables par la partie adverse condamnée aux dépens.

En ce qui concerne les autres frais, notamment les honoraires des auxiliaires de justice, les juridictions peuvent, à la demande des associations, condamner la partie adverse à payer les sommes, à hauteur d'un montant qu'elles déterminent librement, qu'il leur apparait équitable de laisser à la charge de celle-ci.

B) L'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives

Initialement, l'article L. 421-6 du code de la consommation, issu de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, ayant pour objet, notamment, la transposition de la directive n°93/13/CEE sur les clauses abusives, ne prévoyait qu'une action en suppression de clauses abusives.

Depuis la transposition de la directive n° 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, l'article L. 421-6 prévoit, également, une action en cessation des agissements illicites.

Désormais, au titre de cette disposition, toutes les organisations de consommateurs, agréées au niveau national, ainsi que les organismes, publics ou privés, de défense des intérêts des consommateurs des autres États membres de l'Union européenne, justifiant de leur inscription sur une liste publiée au journal officiel des Communautés européennes, en application de l'article 4 de la directive n° 98/27/CE, ont la possibilité d'agir devant la juridiction civile en vue de faire cesser des agissements illicites au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1^{er} de cette même directive, c'est à dire celles protégeant les intérêts économiques des consommateurs.

Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 421-6 précise que « le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou tout type de contrat proposé ou destiné au consommateur ».

Cette action est exercée, de manière autonome, devant la juridiction civile et peut être menée en l'absence de tout dommage individuel subi par un consommateur et sans que le texte n'exige qu'un préjudice collectif à l'intérêt des consommateurs soit établi.

Ainsi, le juge peut ordonner, par exemple, la suppression, dans tous les contrats proposés aux consommateurs, de clauses interdites ou non conformes à des textes de nature légale ou réglementaire (clause réduisant la garantie légale du vendeur, clause attributive de compétence territoriale, clauses contraires aux dispositions impératives d'ordre public en matière d'assurances, de crédit à la consommation, de transport...), quand bien même le caractère illicite de ces clauses trouve son origine dans un État membre et produit ses effets dans un autre État membre.

C) Le droit d'intervention devant les juridictions civiles

L'article L. 421-7 autorise les associations de consommateurs agréées « à intervenir devant les juridictions civiles et demander notamment l'application des mesures prévues à l'article L. 421-2, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale ».

Il s'agit d'un droit d'intervention devant la juridiction civile au soutien d'une demande initiale, introduite par un ou plusieurs consommateurs ou exercé par voie d'assignation conjointe de l'association et du consommateur. Ce droit d'intervention permet à l'association de devenir partie à l'instance. Dans l'hypothèse de fautes purement civiles, c'est à dire de faits non constitutifs d'une infraction pénale, les associations de consommateurs agréées peuvent obtenir la réparation d'un préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, mais cela suppose qu'une demande initiale en réparation de ces mêmes faits ait été introduite par un ou plusieurs consommateurs agissant à titre individuel, ce qui limite considérablement les possibilités d'action des associations, qui ne disposent donc pas de moyen d'action directe et ne peuvent intervenir, en quelque sorte, que comme « parties jointes ».

Les associations de consommateurs agréées exerçant leur droit d'intervention devant les juridictions civiles peuvent demander, le cas échéant sous astreinte, l'application de mesures destinées à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite.

Dans le cadre de ces différentes procédures, l'article L. 421-8 du code de la consommation autorise le ministère public à « produire devant la juridiction saisie, nonobstant les dispositions législatives contraires, les procès verbaux ou rapports d'enquête qu'il détient, dont la production est utile à la solution du litige ». Cette disposition destinée à permettre aux associations de saisir plus rapidement et plus efficacement les juridictions sachant qu'elles pourront ainsi apporter sans retard la preuve de leurs allégations, ne semble cependant pas utilisée en pratique.

Enfin, la diffusion du jugement - qu'il s'agisse d'une décision de condamnation ou de relaxe- peut être ordonnée par la juridiction saisie, civile ou répressive, « par tous moyens appropriés de l'information au public » (presse, radiodiffusion, télévision, affichage dans les lieux indiqués par le tribunal notamment à l'entrée des locaux professionnels) (article 131-35 du nouveau code pénal). Cette disposition législative renforce le caractère préventif afin d'éviter les litiges de consommation. Les frais de cette diffusion incombent à la partie condamnée ou, en cas de relaxe, à l'association qui a déclenché les poursuites.

D) L'action en représentation conjointe

Cette action a été instituée par la loi du 18 janvier 1992 pour permettre aux associations d'agir au nom d'au moins deux consommateurs en vue de la réparation de préjudices individuels. Celle-ci a été codifiée aux articles L. 422-1 et suivants du code de la consommation.

L'article L. 422-1 du code de la consommation dispose que lorsque plusieurs consommateurs ont subi des préjudices individuels causés par le fait d'un même professionnel et ayant une origine commune, deux au moins de ces consommateurs peuvent donner mandat d'agir en leur nom, en réparation du préjudice, devant une juridiction, à une association agréée et reconnue représentative au plan national.

Une association de consommateurs ne saurait agir de sa propre initiative : elle doit être mandatée par au moins deux des consommateurs concernés. Le mandat doit répondre à des exigences de forme fixées par les articles R. 422-1 et suivants du code de la consommation (il doit être donné par écrit par chaque consommateur) et comporter un certain nombre de mentions, dont l'objet du mandat, et doit conférer à l'association le pouvoir d'accomplir, au nom du consommateur, tous les actes de la procédure. Le mandat peut être révoqué par le consommateur qui peut poursuivre l'instance engagée comme s'il l'avait introduite directement.

L'action exercée par l'association ne peut donc l'être qu'au profit de consommateurs, « personnes physiques », « identifiés » et en réparation de « préjudices individuels ».

L'action en représentation conjointe peut être exercée devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et administratif. Mais seules, les modalités d'exercice de l'action devant les juridictions civiles sont précisées (articles R. 422-8 à R. 422-10).

Lorsque l'action est intentée devant le juge répressif, la loi a prévu des dispositions spécifiques en matière de constitution de partie civile et de compétence territoriale (articles L. 422-2 et L. 422-3). Lorsqu'elle est introduite devant les juridictions administratives, l'action en réparation conjointe est, en l'absence de dispositions spéciales, soumise aux règles générales du code de justice administrative.

II - Intérêt et limites des actions en justice menées par les associations de consommateurs

A) Les actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs (action civile, action en cessation, action par voie d'intervention)

Les actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs contribuent indéniablement à une application effective du droit de la consommation, notamment dans les hypothèses où l'action publique n'est pas mise en mouvement par le parquet.

En ce sens, elles participent pleinement au rétablissement de l'ordre public économique lorsque celui-ci est troublé par des pratiques illicites.

Compte tenu des mesures de publicité qui sont parfois ordonnées par le juge, la décision rendue est de nature à faire connaître à un grand nombre de consommateurs l'existence de leurs droits qui parfois ne sont pas toujours respectés. De ce point de vue, ces actions en justice sont de nature à prévenir de futurs préjudices individuels.

Néanmoins, en droit positif, les actions en justice intentées dans l'intérêt collectif des consommateurs ne peuvent avoir pour effet de permettre la réparation de dommages individuels. En effet, les montants alloués au titre de la réparation du préjudice collectif des consommateurs et qui sont très en deçà des profits illicites réalisés, sont versés à l'association elle-même et non aux consommateurs victimes.

Par ailleurs, au plan civil, s'agissant tout particulièrement de l'action en suppression de clauses abusives, la décision rendue ne peut, en vertu du principe de l'autorité relative de la chose jugée, produire d'effets à l'égard de tiers qui ne sont pas parties à l'instance.

En outre, par deux arrêts récents, tous deux datés du 1^{er} février 2005, la première chambre civile de la Cour de Cassation a confirmé le caractère préventif et dissuasif de l'action en suppression des clauses abusives, en déclarant irrecevable l'action exercée par une association de consommateurs sur le fondement de l'article L. 421-6 du code de la consommation, dès lors que le type de contrat présenté par la société défenderesse n'était plus proposé au consommateur à la date d'introduction de

l'assignation en première instance, l'association ne pouvant poursuivre au moyen de cette action préventive l'annulation des clauses de contrats individuels déjà conclus.

Enfin, l'action en intervention volontaire est également limitée au soutien d'une démarche individuelle du consommateur.

B) L'action en représentation conjointe

L'action en représentation conjointe est la seule action que les associations de consommateurs peuvent exercer en vue d'obtenir la réparation de préjudices individuels. C'est elle qui dans notre droit se rapproche le plus d'une action de groupe. Elle n'a cependant connu que de très rares applications (cinq actions dénombrées en dix ans).

Des obstacles à l'exercice de cette action auraient conduit à un relatif échec de cette procédure.

Un des points faibles de l'action en représentation conjointe réside dans le caractère limité de l'appel aux victimes et se caractérise par l'absence de voies efficaces de collecte des mandats. En effet, le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée (il ne peut donc l'être que par voie de presse).

Les associations estiment par ailleurs que la lourdeur du travail de gestion des mandats et son coût paralysent leur action. Les associations doivent assurer pour le compte de chacun de leurs mandants de nombreuses formalités d'information ainsi que tous les actes de procédure découlant du mandat. Eu égard aux moyens limités dont disposent les associations de telles contraintes rendraient impossible la prise en charge de contentieux de masse.

Ensuite, les associations qui agissent comme mandataire à l'égard des consommateurs doivent supporter toutes les responsabilités afférentes à leur qualité et signalent avoir des difficultés à s'assurer pour ce type de risque.

Enfin, les associations considèrent que cette action ne présente pas de réel intérêt pratique au regard de la procédure ouverte par l'article L. 421-7 du code de la consommation.

III - Les voies de réforme envisagées

Au sein du groupe de travail consacré à l'action collective, comme en dehors, des propositions de réforme des actions en justice des associations de consommateurs ont été émises ou étudiées en vue de leur donner une plus grande efficacité et, surtout, de permettre une meilleure prise en compte des intérêts individuels des consommateurs.

Ces propositions concernent tant les actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs que l'action en représentation conjointe.

A) L'extension du bénéfice d'une décision de justice rendue dans l'intérêt collectif des consommateurs à des demandes en réparation de préjudices individuels

A été émise la proposition d'étendre le bénéfice d'une décision de justice rendue dans l'intérêt collectif des consommateurs à la réparation de préjudices particuliers. A ce titre, les trois voies d'action, à partir desquelles les associations de consommateurs peuvent aujourd'hui agir en défense de l'intérêt collectif des consommateurs (action civile, action en cessation et action par voie d'intervention) sont maintenues. Mais, au-delà de l'indemnisation du préjudice causé à l'ensemble des consommateurs, il convient de donner, sur demande de l'association, une valeur déclarative au jugement, afin que dans une seconde phase et après avis d'un collège de représentants d'associations de consommateurs, les mesures ordonnées par le juge (cessation, injonction de faire ou de ne pas faire) puissent bénéficier aux consommateurs individuels et que ceux-ci puissent obtenir, le cas échéant, réparation d'un préjudice personnel. Cette double phase pourrait également concerner les actions en représentation conjointe.

Selon les associations, il apparaît que les voies d'action existantes au titre de la défense de l'intérêt collectif des consommateurs ne permettent pas, à partir de la décision rendue, la réparation d'intérêts individuels.

En effet, les actions en justice existantes pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs sont strictement encadrées et ne permettent pas toujours de fonder une demande en réparation lorsque l'action a pour objet la cessation d'agissements illicites ou la suppression de clauses abusives (art. L. 421-6 du code de la consommation), ou à tout le moins, ne le permettent que pour des faits constitutifs d'infraction pénale, dans le cas de l'exercice de l'action civile (art. L. 421-1 du code de la consommation).

Il apparaît donc clairement que ces seules voies d'action ne permettent pas une prise en compte efficace de l'ensemble des pratiques affectant les intérêts des consommateurs, notamment lorsqu'il s'agit d'obtenir la réparation de faits constitutifs d'une faute civile et non d'une infraction pénale.

Certains auteurs ont également évoqué la possibilité d'exercer l'action civile, au sens de droits reconnus à la partie civile, en l'absence d'infraction pénale. Cela reviendrait, en fait, à permettre aux associations de consommateurs agréées d'exercer une action en réparation devant le juge civil dans l'intérêt collectif des consommateurs, ce qui aujourd'hui n'est pas possible. Mais là encore l'extension du champ de l'action civile exercée dans la défense de l'intérêt collectif des consommateurs n'aurait aucune incidence quant à une éventuelle amélioration du traitement des préjudices individuels.

B) La réforme de l'action en représentation conjointe

L'autre voie qui a été explorée concerne plus spécifiquement la réforme de l'action en représentation conjointe afin d'en faciliter l'exercice.

1. Élargir les modes de sollicitation des mandats

La première amélioration viserait à élargir les moyens par lesquels les associations de consommateurs agréées peuvent lancer un appel au mandat à destination de consommateurs victimes de préjudices causés par des faits identiques ayant pour cause le même professionnel.

Dés 1997, le Conseil national de la consommation avait préconisé que l'appel aux victimes, s'agissant de l'action en représentation conjointe, soit facilité en particulier par le recours aux lettres personnalisées. Cette dernière solution a été retenue par la loi du 1^{er} Août 2003 de sécurité financière qui a modifié l'article L. 452-2 du code monétaire et financier pour faciliter l'action les associations de défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers auprès des actionnaires.

En second lieu, l'ouverture ainsi proposée devrait s'accompagner d'un allègement de la procédure des mandats. Le droit actuel fait en effet supporter en termes de gestion et de coûts, toute la responsabilité sur l'association puisque celle-ci se substitue à chacun des consommateurs lésés dans tous les actes de la procédure. Il s'agit là, selon les représentants des associations de consommateurs membres du groupe de travail, de la difficulté majeure pour la mise en oeuvre de ce type d'action dans le cadre de contentieux de masse. La problématique de la gestion des mandats risque d'ailleurs, selon les associations, de se poser avec davantage de force dès lors que leur nombre pourrait être multiplié du fait du développement des moyens de sollicitation mis à la disposition des associations de consommateurs agréées. Les représentants des professionnels estiment au contraire qu'Internet pourrait faciliter la gestion des mandats.

2. L'exercice concomitant de l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs et de l'action en représentation conjointe

Il a également été préconisé d'introduire la possibilité d'une action en représentation conjointe concomitante de l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs. Le cumul de ces deux actions pourrait aboutir à une refonte des textes pour introduire une action préalablement engagée dans l'intérêt collectif des consommateurs sur laquelle viendraient se greffer les demandes individuelles en réparation de préjudices individuellement subis. Néanmoins, l'obligation pour l'association de consommateurs

agrée de devoir disposer d'un mandat exprès pour agir en réparation de préjudices individuels serait maintenue.

Cette solution suppose que soit reconnu au bénéfice de l'association un intérêt à agir en dommages et intérêts distinct de celui des intérêts individuels des consommateurs lésés.

3. Mieux garantir les risques de mise en cause de la responsabilité de l'association de consommateurs

Enfin, la dernière proposition concerne la possibilité pour une association de consommateurs agréée de souscrire une assurance en responsabilité civile collective à l'égard de ses mandants. Ce n'est pas tant le principe de la souscription qui pose un problème mais bien le coût d'une telle assurance. En sens inverse, il existera, compensant partiellement, l'allocation de dommages et intérêts au titre du préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs, sous réserve qu'il soit reconnu.

C) *L'incitation aux modes alternatifs de règlement des litiges*

La médiation, mode alternatif de règlement des litiges permettant d'aboutir à une issue négociée du litige, doit être encouragée. L'instauration de l'action de groupe devrait être de nature à favoriser la conclusion d'accords entre professionnels et représentants de consommateurs. Il apparaît ainsi que les entreprises seraient incitées à recourir aux modes alternatifs de règlement des litiges afin de prévenir l'engagement d'actions judiciaires à leur encontre.

3^{EME} PARTIE : CREATION D'UNE ACTION DE GROUPE

L'action de groupe peut être définie comme l'action introduite par un représentant pour le compte de toute une classe de personnes ayant des droits identiques ou similaires qui aboutit au prononcé d'un jugement ayant autorité de chose jugée à l'égard de tous les membres de la classe¹⁴.

Ainsi définie, l'action de groupe présente un avantage certain pour tous ceux qui ont subi un dommage dont la faible importance ne les incite pas à intenter une action en justice. En se regroupant, ils peuvent mieux faire valoir leurs droits et obtenir une réparation.

Le rassemblement de litiges multiples en une seule action assure, en outre, un traitement plus rapide et plus efficace des affaires.

Des membres du groupe ont souligné les inconvénients de cette orientation et ont contesté l'opportunité d'introduire un tel type d'action en droit français qui, quelle qu'en soit la forme, participerait à une « judiciarisation » de la vie économique, en général, et des relations entre consommateurs et professionnels, en particulier. A cet égard, certains relèvent notamment les risques de "chantage judiciaire" à l'égard des entreprises et les conséquences d'une telle innovation juridique, étrangère aux traditions françaises, au regard de l'attractivité du territoire français et de la compétitivité des entreprises et notamment des PME.

Il n'existe pas à l'heure actuelle dans notre droit de dispositif adapté au traitement de dommages d'un montant peu élevé subis par un grand nombre de victimes, notamment lorsque ces dommages sont homogènes.

En second lieu, il est indispensable de s'assurer de sa compatibilité, autant que possible, avec les principes procéduraux classiques de notre système juridique.

Le groupe de travail a donc tenté de définir les formes que pourrait revêtir l'action de groupe vérifiant chaque fois que cela était nécessaire qu'elle ne portait pas atteinte aux caractères essentiels de notre droit procédural.

Les discussions du groupe de travail ont fait apparaître deux solutions distinctes, la première inspirée de la class action des Etats-Unis et du recours collectif québécois, la seconde reposant sur une action déclarative en responsabilité pour préjudice de masse.

¹⁴ Louis BORE : « La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires » - LGDJ - 1997

Quelle que soit l'option envisagée, devront être définis préalablement à l'introduction dans notre droit d'une action de groupe : son champ d'application, les juridictions compétentes pour en connaître, les incidences de l'action de groupe sur l'action pénale, les modes de publicité de l'action, les frais de procédure et les sanctions des procédures abusives et les modalités d'exécution du jugement.

Le groupe de travail n'a pu faire l'économie d'une réflexion sur les corollaires de l'action de groupe : le droit de la preuve, les dommages et intérêts punitifs, la réparation collective des préjudices, le fonds d'aide aux actions de groupe et l'incitation aux modes alternatifs de règlement des litiges.

I - Les deux actions envisagées par le groupe de travail

Une action de groupe peut concerner un grand nombre de demandeurs et nécessiter à ce titre la mise en place d'un dispositif complexe d'évaluation des préjudices et d'indemnisation des dommages. Au regard de ces caractéristiques, l'action de groupe devrait se dérouler selon une procédure en deux étapes. Une première phase du procès pourrait être consacrée à l'examen de la recevabilité de l'action ou du bien-fondé de celle-ci, ce qui permettrait de circonscrire le litige et, le cas échéant, de rejeter la demande avant tout débat sur l'appréciation des préjudices allégués par les demandeurs.

Dans cette perspective de traitement du contentieux, deux mécanismes ont été envisagés au cours des travaux du groupe.

A) Une action inspirée de la class action des Etats-Unis et du recours collectif québécois

A1) Schéma procédural de l'action

Ce système consiste en une procédure en deux étapes, dont la première a pour fonction d'examiner la recevabilité de l'action et la seconde de statuer sur l'allocation de dommages et intérêts.

L'action peut être engagée par toute personne, physique ou morale, avocat ou association intéressée.

Dans une première phase, le juge effectue un contrôle préalable de la validité de l'action. Le juge apprécie la qualité du représentant des consommateurs et contrôle la définition du groupe. Il vérifie ainsi que les questions de droit et de fait soulevées sont identiques, similaires ou connexes pour toutes les victimes a priori concernées et que

l'action de groupe apparaît la mieux adaptée au traitement de la situation dommageable. Il s'assure ensuite que l'action repose sur des moyens apparemment sérieux. Au terme de cet examen, le juge autorise ou non l'action.

Conformément au droit commun, ce jugement avant dire droit n'est pas susceptible d'appel et ne peut être attaqué qu'avec le jugement sur le fond¹⁵. Certains membres du groupe estiment toutefois qu'un appel pourrait être instauré, selon une procédure rapide.

Dans la seconde phase de la procédure, le juge se prononce sur la responsabilité du professionnel et statue sur l'allocation de dommages et intérêts, le cas échéant en distinguant au sein du groupe des sous-classes.

A2) Conditions de constitution du groupe

Deux modes de constitution du groupe ont été plus particulièrement envisagés au cours des travaux. Selon un premier mécanisme, dit d'opt-in, les membres potentiels doivent indiquer s'ils souhaitent être représentés dans le cadre de l'action engagée. Selon une seconde technique, dite d'opt-out, le groupe intègre par défaut toutes les victimes potentielles d'un comportement identifié, celles-ci ayant la faculté de s'exclure si elles ne souhaitent pas être partie à l'instance engagée.

a) Groupe constitué des seuls consommateurs ayant expressément adhéré à l'action

Pour que l'action de groupe puisse être exercée pour le compte d'un groupe indéterminé de consommateurs, il faudrait que ceux-ci soient déterminés au moment où le juge statue sur la réparation du préjudice. Cela implique que le consommateur manifeste expressément sa volonté de se joindre à l'action en cours.

Cette technique présente l'avantage d'identifier de façon précise les membres du groupe. Elle préserve ainsi les droits de la défense du professionnel en lui faisant connaître ses adversaires. Elle circonscrit le litige en permettant au juge d'apprécier l'existence du préjudice invoqué par chacun des demandeurs.

L'intervention du consommateur au litige pourrait s'effectuer selon des formes simplifiées, par exemple par lettre recommandée adressée à la juridiction saisie. La procédure de fixation du préjudice devrait respecter le principe du contradictoire.

¹⁵ Article 545 du nouveau code de procédure civile : « Les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi. »

b) Groupe constitué des consommateurs présumés adhérer à l'action

Dans cette hypothèse, le groupe serait 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. Seules seraient exclues les personnes qui auraient expressément fait part de leur intention de ne pas faire partie du groupe.

Un tel mécanisme est de nature à permettre l'accès à un juge de victimes qui n'auraient pas besoin de se manifester pour ce faire.

A3) La procédure de réparation

La réparation pourrait être effectuée selon des barèmes forfaitaires fixés par le tribunal dans sa décision. Dans cette hypothèse, il appartiendrait au tribunal de définir des sous-groupes de victimes et aux demandeurs de justifier de leur appartenance à une des classes déterminées par le tribunal. La répartition de l'indemnité totale allouée aux victimes pourrait être effectuée par un tiers, qui pourrait être un assureur, une association de consommateurs ou un mandataire liquidateur.

Cette technique forfaitaire pourrait conduire à des situations contraires au principe de réparation intégrale du dommage, en vertu duquel une victime doit être indemnisée de son entier préjudice sans qu'il en résulte de perte ou de profit pour elle. En effet, la définition de classes de victimes pourrait aboutir à ce que certaines des victimes perçoivent des indemnités supérieures à leur préjudice réel et que d'autres soient au contraire lésées.

Les modalités de répartition pourraient également être sources de difficultés. Ainsi, le jugement fixant des classes de victimes pourrait faire l'objet de requêtes en interprétation pour déterminer à quelle classe se rattache un demandeur. En outre, il conviendrait de prévoir une procédure permettant à un consommateur de contester la décision non juridictionnelle par laquelle le tiers aurait réparti l'indemnisation totale. Ce contentieux supplémentaire pourrait allonger la procédure et faire perdre au système judiciaire l'efficacité gagnée par le regroupement du contentieux en une seule action.

Une autre option pourrait consister, lorsque les préjudices sont trop disparates pour que le juge puisse en faire une exacte évaluation en amont, en la désignation d'un tiers, par le juge, chargé de faire l'évaluation et le versement du montant qui serait dû à chaque consommateur en fonction des justificatifs produits.

A4) Appréciation critique du dispositif

a). Sur la constitutionnalité

Un syndicat peut agir en justice pour le compte d'un salarié et promouvoir à travers un cas individuel une action collective. Toutefois, dans sa décision du 25 juillet 1989¹⁶, le Conseil Constitutionnel a déclaré que ce mécanisme était conforme à la Constitution « à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à son action ». Selon le Conseil Constitutionnel, pour se prévaloir de l'acceptation tacite du salarié, le syndicat doit justifier lors de l'introduction de l'action que celui-ci a eu personnellement connaissance d'une lettre comportant toutes précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action.

Pour la quasi-unanimité de la doctrine, cette jurisprudence du Conseil constitutionnel, fondée sur la liberté personnelle d'agir en justice, interdit en droit français l'opt-out. En effet, elle impose une notification par voie postale de l'action aux consommateurs pour le compte desquels le représentant prétend agir, ou, en cas de publicité par voie de médias, que seuls les consommateurs qui ont manifesté leur accord express puissent être représentés. Dans ces conditions, pour être mise en œuvre, une action reposant sur la représentativité présumée d'un groupe de consommateurs suppose que les membres du groupe soient connus du représentant et que celui-ci leur notifie son intention d'exercer une action préalablement à l'introduction de celle-ci.

Un auteur isolé a présenté une analyse divergente. Il a rappelé que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est fondée sur la protection de la liberté personnelle de celui qui est représenté à l'action. Par conséquent, un mécanisme ne reposant ni sur le mandat, ni sur une notification individuelle de l'action serait conforme à la Constitution pourvu que le membre du groupe ait la possibilité de s'extraire de celui-ci à tout moment pour recouvrer sa liberté d'action individuelle. Cette technique favoriserait l'effectivité de la garantie des droits, l'accès effectif à un juge et le droit des victimes à voir sanctionner les fautes du responsable, principes auxquels le juge constitutionnel est très attaché.

b) Association et consommateurs

Ce système de l'opt out peut paraître bien adapté à une action exercée par un individu dans l'intérêt d'un groupe indéterminé de consommateurs.

¹⁶ Conseil Constitutionnel - décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 - Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion

En revanche, il semble moins pertinent dans l'hypothèse où l'introduction de l'action de groupe est réservée aux associations agréées de consommateurs. En effet, dans cette hypothèse, il est inutile que le juge se prononce sur la représentativité du représentant des consommateurs, celle-ci étant présumée. Une question particulière se posera néanmoins lorsque plusieurs associations agiront simultanément. Sur un autre plan, il n'est pas certain que les associations de consommateurs disposent, dans tous les cas, de capacités financières suffisantes pour leur permettre d'avancer les frais de constitution d'un groupe à la différence des cabinets d'avocats spécialisés aux États-Unis et au Québec.

De surcroît, un contrôle de l'apparence de sérieux de la demande, s'il a sa place dans le système juridique américain, est étranger au droit français.

B) Action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse.

B1) Schéma procédural de l'action

Dans une première phase de la procédure, le juge statuerait sur la responsabilité du professionnel dans la survenance de dommages touchant plusieurs consommateurs. Il surseoirait ensuite à statuer sur la réparation afin de permettre aux victimes de se manifester.

Le jugement déclaratoire de responsabilité serait une décision tranchant une partie du principal, qui, selon les règles de droit commun, est susceptible d'appel¹⁶. Il pourrait être envisagé, afin de ne pas retarder inutilement le traitement de l'affaire, de prévoir l'application systématique de la procédure d'appel à jour fixe.

Dans une seconde phase, les consommateurs victimes devraient se faire connaître du tribunal dans le délai imparti par celui-ci. Ils interviendraient alors à l'instance. Le juge statuerait sur chacune des demandes de dommages et intérêts. Les consommateurs qui ne se seraient pas manifestés seraient exclus du champ de la décision. Cependant, ils pourraient obtenir la réparation de leurs préjudices en agissant devant la juridiction de leur choix, celle-ci n'étant pas liée par le jugement déclaratoire de responsabilité qui serait dépourvu d'autorité de la chose jugée à l'égard des consommateurs non parties à l'action de groupe. Le dispositif du relevé de forclusion pourrait toutefois être envisagé pour leur permettre d'intervenir à l'instance après le délai imparti, s'il existe de justes motifs.

¹⁶ Article 544 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile : « Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal. »

B2) Intérêt et qualité à agir

En principe, le droit d'agir en justice appartient à celui qui trouve intérêt au succès ou au rejet de la demande¹⁷. Si, en conséquence, l'action n'appartient en principe qu'à l'intéressé, elle peut cependant être attribuée à certaines personnes afin qu'elles défendent non pas leur intérêt personnel mais celui d'autrui, qu'il s'agisse d'un intérêt collectif ou, plus rarement, de l'intérêt individuel d'un tiers.

C'est ainsi que des textes spéciaux ainsi que la jurisprudence ont reconnu aux associations de consommateurs agréées qualité pour agir au nom de l'intérêt collectif des consommateurs. Celles-ci se voient en outre conférer en matière d'action en représentation conjointe le droit d'agir dans l'intérêt et au profit des consommateurs qui les mandatent.

La majorité des membres du groupe propose de réserver l'action déclaratoire aux seules associations de consommateurs agréées. Toutefois, quelques membres du groupe ont souhaité que cette action puisse aussi être exercée par toute personne justifiant d'un intérêt à agir. Certains ont souhaité qu'elle soit ouverte à des instances telles que la Commission de la sécurité des consommateurs ou l'Institut national de la consommation. D'autres ont suggéré qu'elle puisse être engagée, dans des domaines autres que celui du droit de la consommation, par des associations constituées depuis plus d'un an.

Réserver le droit d'introduire l'action déclaratoire aux seules associations de consommateurs agréées aurait pour effet de limiter certains abus dans l'usage de cette action.

D'un point de vue procédural, leur objet statutaire leur permettrait ainsi de répondre aux exigences de légitimité de l'intérêt à agir, et, par exception au principe selon lequel nul ne plaide par procureur, de leur voir reconnaître la qualité de représenter le groupe des consommateurs en tant que tel sans qu'il soit besoin d'identifier au préalable les victimes. En outre, ce monopole simplifierait le régime de l'action en évitant un débat sur la qualité à agir du représentant des consommateurs.

Il pourrait être envisagé de prévoir que les associations de consommateurs devront justifier de l'agrément national dans les conditions fixées par les articles R. 411-1 et suivants du code de la consommation.

¹⁷ Article 31 du nouveau code de procédure civile : « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. »

B3) Compatibilité de ce dispositif avec les principes du droit français

Ce dispositif s'apparente à celui du sursis à statuer et la réparation des dommages est conforme aux principes régissant la responsabilité civile. En effet, le principe selon lequel il appartient au seul juge de statuer sur la responsabilité est préservé, la réparation du préjudice allégué par les membres du groupe n'étant pas déléguée à une association de consommateurs ou à son avocat. : le tribunal appréciera pour chacun des demandeurs l'existence et le montant du préjudice en vue d'une évaluation concrète du préjudice subi par chaque consommateur.

Dans l'hypothèse où l'introduction de l'action serait réservée aux associations de consommateurs agréées, ce mécanisme pourrait limiter les coûts de l'action pour ces associations de consommateurs, l'intervention de celles-ci s'effectuant essentiellement pendant la première phase de la procédure qui s'apparente à celle d'un procès classique.

Ce dispositif peut néanmoins conduire à une charge de travail élevée et complexe pour les juridictions qui pourraient avoir à gérer des masses potentiellement importantes de demandes en seconde phase de procédure.

II. Questions communes aux deux options

A) *Champ d'application de l'action de groupe*

A partir du souhait exprimé par le Président de la République¹⁸, la lettre de mission signée des trois ministres détermine clairement le cadre de la réflexion qui doit être menée au sein du groupe de travail, à savoir l'introduction dans notre droit des conditions dans lesquelles pourront être exercées des actions collectives en vue de mieux protéger les consommateurs contre les pratiques abusives observées sur certains marchés.

A cet égard, la détermination du champ d'application d'une action de groupe constitue un aspect fondamental de la réflexion menée par le groupe de travail.

Des débats internes au groupe de travail comme des contributions orales ou écrites d'un certain nombre d'auteurs ou personnalités qualifiées, trois options se dégagent pour la définition du champ.

¹⁸ Le Président de la République lors de la cérémonie des vœux « aux forces vives » de la nation a indiqué : « Il faut donner aux consommateurs les moyens de faire respecter leurs droits. Aujourd'hui, ils sont démunis parce que, pris séparément, aucun des préjudices dont ils sont victimes n'est suffisamment important pour couvrir les frais d'une action en justice. C'est pourquoi je demande au gouvernement de proposer une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés ».

A1) Un champ large

A l'instar des systèmes juridiques étrangers disposant d'une véritable *class action*, à savoir, pour l'Amérique du Nord, les États-Unis et le Québec, et pour l'Union européenne, la Suède et le Portugal, il peut être envisagé, et c'est la position de certains membres du groupe de travail, un champ très large qui couvrirait non seulement le droit de la consommation mais également le droit de l'environnement, le droit du travail, le droit financier et boursier, le droit de la santé..., c'est-à-dire, en quelque sorte, tous les domaines où un même fait, un même comportement ou une même pratique peut porter préjudice à une multitude d'intérêts individuels.

Outre qu'une telle solution excède largement l'objectif du mandat assigné au groupe de travail, c'est à dire l'amélioration des moyens par lesquels une catégorie d'intérêts précisément définie, *les intérêts des consommateurs*, peut être mieux défendue, elle risque de rendre beaucoup plus difficile le contrôle de la recevabilité de l'action, en ce sens que dans certains cas, la caractérisation de l'existence d'un groupe peut se révéler extrêmement incertain.

Par ailleurs, cette orientation peut être source d'insécurité juridique dans la mesure où non seulement il est impossible de circonscrire exactement les contours d'une réforme qui tendrait à l'introduction de l'action de groupe en droit français mais aussi, parce qu'il y a un risque d'interférence avec certains contentieux spécialisés du droit de la responsabilité, qui ont pour vocation de faciliter le plus possible l'indemnisation des victimes.

A2) Un champ limité

A l'inverse, cette option vise à limiter le champ d'application de l'action de groupe aux pratiques ne respectant pas *les dispositions du code de la consommation*.

L'avantage d'une telle proposition réside dans la délimitation très précise du périmètre de l'action de groupe subordonnée à la défense des intérêts des consommateurs.

Sauf à y apporter des exceptions ponctuelles, une telle orientation conduirait à ne pas inclure certains contentieux de masse affectant directement les intérêts des consommateurs, tels ceux de la téléphonie mobile, de la fourniture de services d'accès à Internet, des voyages à forfait, des relations banques-clients..., qui relèvent, soit de réglementations spécifiques ou d'autres codes, soit du droit général des contrats parce que touchant aux conditions d'exécution des obligations contractuelles.

A3) Un champ ciblé sur les préjudices économiques des consommateurs

Cette orientation revient à ne prendre en considération que l'ensemble des situations préjudiciables *aux intérêts des consommateurs*, pris en tant que tels, sans déterminer, par avance les pratiques concernées.

Il s'agit de définir les critères permettant de délimiter le champ d'application de l'action de groupe et, par conséquent, de sécuriser juridiquement la recevabilité de cette procédure.

Dans cette optique, le champ de l'action de groupe serait circonscrit à la réparation de préjudices économiques, subis par des consommateurs individuels du fait d'un même professionnel, à l'occasion d'actes de consommation fondés sur la vente ou l'offre de vente de produits ou sur la prestation ou l'offre de prestation de services aux consommateurs.

Cette définition du champ de l'action de groupe ne conduit pas à inclure des contentieux qui ne concernent pas exclusivement les intérêts des consommateurs, tels ceux liés au droit du travail, au droit des sociétés, au droit boursier, au droit de l'environnement...

Seuls *les préjudices économiques* seraient pris en compte, ce qui exclut la réparation des préjudices corporels et, donc, ne concernera pas l'indemnisation des victimes de risques sanitaires. Comme indiqué plus haut, il s'agit là de ne pas interférer avec des régimes de réparation spéciaux qui procèdent d'une autre logique d'indemnisation et qui fonctionnent de façon autonome.

En effet, ce type de préjudice relève dans une large mesure, soit de régimes spéciaux de responsabilité (ex : régime de responsabilité « objective » du fait des produits défectueux), soit, dans une logique de réparation systématique, de fonds de garantie (ex : fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages) ou de fonds d'indemnisation (ex : fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, ou des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des affections nosocomiales).

De la même façon, des préjudices, autres que corporels et résultant de faits pouvant être rattachés à un acte de consommation, mais qui sont couverts par des régimes spéciaux d'indemnisation, seraient exclus du champ d'application de l'action de groupe. Ainsi, par exemple cette procédure n'interférera pas avec des régimes d'indemnisation, tel le fonds de garantie des dépôts ayant pour objet d'indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts.

Enfin, s'est posée la question de la prise en compte dans la détermination du champ de l'action de groupe de la réparation *des préjudices issus des pratiques anticoncurrentielles*.

Dans la mesure où les effets de ces pratiques peuvent affecter les intérêts économiques des consommateurs, il semble nécessaire de les intégrer dans le champ de l'action.

Néanmoins, des difficultés juridiques et pratiques ont été soulignées par le président du conseil de la concurrence quant à la mise en œuvre d'une action de groupe reposant sur un tel fondement.

Tout d'abord, le droit de la concurrence est un contentieux technique qui nécessite une expertise particulière et repose sur des règles de preuve rigoureuses.

En outre, la quantification du dommage subi par un consommateur du fait de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle est difficile à établir, s'agissant tout particulièrement de la détermination du préjudice résultant du prix subconcurrentiel.

Certes, le juge judiciaire est régulièrement appelé à connaître de telles affaires. Mais leur complexité, notamment au cours de la mise en état, correspond mal aux besoins de rapidité et de souplesse de l'action de groupe.

Par ailleurs, il convient de prendre en considération l'articulation entre l'action publique, menée devant le conseil de la concurrence, et l'action privée, soumise à l'appréciation des tribunaux et dont relèverait l'action de groupe. Dans l'hypothèse où ces deux actions pourraient être menées en même temps, le risque existe de voir les juridictions de l'ordre judiciaire saisir le conseil de la concurrence, comme la loi les y autorise déjà, afin de pouvoir caractériser les faits dont elles ont été saisies, ce qui pourrait générer un engorgement du conseil.

Le dernier point concerne l'avenir de la procédure de clémence qui existe devant le conseil de la concurrence, dans la mesure où le développement de l'action de groupe remettrait en cause, devant le juge civil, la protection de l'entreprise qui en bénéficie. Des dispositions spécifiques existent, à ce titre, aux Etats-Unis.

B) Détermination de la juridiction compétente

B1). Détermination de la compétence d'attribution

L'action de groupe peut rassembler jusqu'à plusieurs milliers de victimes. Son introduction nécessitera des juridictions, ayant à connaître ces litiges de masse, d'importants efforts d'adaptation.

L'application des règles de compétence d'attribution des juridictions conduirait à porter devant le tribunal de grande instance une action en déclaration de responsabilité pour préjudice collectif, en raison du caractère indéterminé de cette demande. En revanche, dans l'hypothèse de multiples demandes en dommages et intérêts, la règle vaudrait que la compétence de la juridiction soit déterminée par la plus élevée des prétentions. Ainsi, selon le cas, et sous réserves des compétences spéciales d'attribution de ces juridictions, les demandes en réparation pourraient être portées devant la juridiction de proximité, le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance en fonction de leur montant. Il est apparu que l'application de ces règles de compétence de droit commun pouvait se révéler source d'incertitudes.

En outre, quelles que soient les ressources mises en œuvre, il n'est pas certain que la taille des juridictions de proximité ou des tribunaux d'instance rende possible le

traitement d'un contentieux civil qui requerra des moyens logistiques et humains importants.

Il s'avère donc plus opportun de réserver le contentieux des actions de groupe aux seuls tribunaux de grande instance et même de spécialiser quelques grandes juridictions. Dans ces conditions, la représentation par avocat serait obligatoire.

B2). *Résolution des conflits de compétence entre plusieurs juridictions*

En matière de litiges de consommation, l'application des règles de droit commun régissant la compétence territoriale, issues notamment du nouveau code de procédure civile et du règlement CE du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, permettrait que plusieurs tribunaux soient saisis de demandes tendant à faire trancher la même question de principe mais introduites simultanément par des consommateurs résidant en des endroits différents. L'avantage escompté d'une action de groupe tendant au rassemblement des litiges devant une seule et même juridiction ne serait pas rempli. En outre, il pourrait en résulter des divergences d'appréciations de la responsabilité du professionnel et l'allocation de dommages et intérêts différents pour des situations sensiblement identiques.

Les exceptions de litispendance et de connexité, qui permettent de résoudre les situations dans lesquelles deux juridictions distinctes sont saisies toutes deux d'un litige entrant dans le champ de leur compétence, sont des mécanismes assez complexes. La litispendance ne trouve matière à application qu'en cas d'identité des parties. Cette condition ne paraît pas pouvoir être satisfaite en cas d'actions de groupe menées devant plusieurs juridictions contre un même professionnel par différents consommateurs. Quant à la connexité, elle ne repose pas sur des critères suffisamment précis pour que sa mise en œuvre soit aisée.

Il pourrait, dans ces conditions, s'avérer opportun d'introduire un mécanisme permettant que le litige soit traité par une seule des juridictions saisies. Il pourrait être prévu que la première juridiction saisie reste de plein droit compétente, les autres juridictions étant tenues de se dessaisir à son profit. Ce critère objectif serait préférable à celui tiré de la localisation du plus grand nombre de victimes dans la mesure où le nombre de celles-ci est généralement inconnu au moment de l'introduction de la demande.

Cette disposition ne ferait bien entendu pas obstacle à ce qu'un consommateur saisisse une autre juridiction d'une demande identique, voire qu'une association de consommateurs non partie à l'instance intente une action en représentation conjointe devant une autre juridiction.

C) *Articulation de l'action de groupe avec l'action pénale*

Le juge pénal est appelé à connaître d'infractions au préjudice des consommateurs, et, dans ce cadre, à indemniser ceux-ci de leurs préjudices. Afin de ne pas aboutir à des contrariétés de décisions, il est nécessaire de veiller à la bonne articulation des actions civile et pénale.

L'action de groupe serait instituée aux fins de la réparation des préjudices causés aux consommateurs et l'allocation des dommages et intérêts subséquents. Même si certains de ces préjudices peuvent résulter d'une infraction pénale, l'indemnisation du dommage est l'essence de la fonction du juge civil. Par conséquent, le dispositif destiné à faciliter l'action en justice des consommateurs doit être réservé aux juridictions civiles.

Selon les représentants des professionnels, il conviendrait de fermer ou de retarder la voie pénale jusqu'à l'extinction de l'action civile, hormis le cas de mise en œuvre de l'action publique par le parquet.

D) *Publicité de l'action de groupe*

L'action exercée au nom d'un groupe indéterminé de consommateurs doit être portée à la connaissance de ceux-ci, pour leur permettre soit de se joindre au groupe, soit de s'en exclure. Des mesures de publicité adéquates doivent être prises afin de respecter la liberté des consommateurs d'agir ou de ne pas agir en justice. Cette publicité doit être effectuée de façon opportune afin d'informer le consommateur de ses droits, de ne pas constituer un démarchage et de ne pas créer pour le professionnel une nuisance excédant celle que génère toute autre action en justice formée à son encontre.

Il apparaît en conséquence qu'un appel aux consommateurs à se joindre à une action collective, effectué avant le prononcé d'une décision judiciaire, ne saurait être effectué par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, par voie d'affichage ou de tract, ou par Internet et ce afin de ne pas porter une atteinte excessive à la réputation de l'entreprise.

En revanche, dans la décision se prononçant sur la recevabilité de l'action de groupe ou sur la responsabilité du professionnel, il appartiendrait à la juridiction de décider des mesures de publicité adéquates afin de permettre aux consommateurs de se joindre à l'action ou au contraire de s'exclure du groupe. Il pourrait être envisagé que le tribunal puisse ordonner une publicité par voie de presse, par voie d'affichage ou par voie de lettre personnalisée. Il pourrait également être retenu une mesure de publicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ce à quoi les représentants des

professionnels se sont opposés. Ces mesures de publicité n'interviendraient qu'après que la décision est devenue définitive.

La mise à la charge du professionnel de l'avance des frais de publicité pourrait retarder la procédure en cas d'inexécution de cette obligation, même si, alors, le juge de l'exécution pourrait être saisi. Les solutions envisageables seraient donc, soit de faire supporter ceux-ci par les demandeurs soit d'être avancés par le trésor public, au titre des frais de justice, et dans les deux cas supportés en définitive par la partie perdante du procès.

E). *Frais de procédure et sanctions des procédures abusives*

Il n'y a pas lieu de déroger au droit commun, s'agissant de la charge des frais et dépens. La partie perdante doit donc en principe supporter les frais et dépens de l'instance¹⁹.

L'exercice d'une procédure abusive est sanctionné en toutes matières par une amende civile, dont le montant maximal devrait prochainement être porté à 3 000 euros, et le cas échéant par la condamnation à verser à l'adversaire des dommages et intérêts²⁰. Ces sanctions sont nécessaires et adaptées.

F). *Exécution de la décision*

En droit commun, dès lors qu'une décision est rendue, il appartient à ses bénéficiaires d'obtenir le recouvrement des sommes qui leur reviennent, au besoin en mettant en œuvre les mesures d'exécution forcée légalement admissibles.

Ces principes pourraient s'avérer inadaptés s'agissant de litiges de masse.

La signification de la décision par chacune des victimes, préalablement aux voies d'exécution, serait génératrice de frais tant pour les victimes, qui devraient les avancer, que pour le professionnel, qui devrait les supporter in fine. Il pourrait en conséquence être envisagé de permettre à ce moment de la procédure à l'association de signifier la décision de condamnation au professionnel au nom et pour le compte de l'ensemble des demandeurs.

S'agissant de l'exécution, le groupe directement ou l'association de consommateurs pourrait mandater un huissier de justice, qui diligenterait les voies d'exécution pour le compte des bénéficiaires de la décision, et répartirait les sommes recouvrées au prorata des créances judiciaires.

¹⁹ La question de la création d'un fonds d'aide aux actions de groupe est examinée au point III D

²⁰ Article 32-1 du nouveau code de procédure civile

Un tel dispositif serait de nature à faciliter une exécution volontaire de la décision de justice. En effet, alors que la poursuite par chacun des bénéficiaires de la décision de leurs intérêts propres serait facteur de développement des procédures d'exécution, l'association de consommateurs et le professionnel pourraient passer un accord de règlement des dommages et intérêts, préalablement à la mise en œuvre des voies d'exécution forcée.

A été émise l'idée de la création d'un fonds chargé de recouvrer pour le compte des victimes l'intégralité des condamnations et de les reverser en exécution de la décision judiciaire, sans possibilité de modifier le montant des préjudices tels que fixés par le juge.

La création d'un tel organisme serait étranger au droit français de l'exécution des décisions de justice. En outre, les frais générés par cet organisme ne pourraient être considérés comme des frais d'exécution et devraient être supportés par les consommateurs bénéficiaires de la décision, contrairement aux frais tarifés des huissiers de justice à la charge du professionnel condamné.

III - *Les autres questions posées par la mise en place de l'action*

A) *Le droit de la preuve*

L'efficacité de la procédure dépend pour partie des moyens d'enquête dont disposent les demandeurs pour démontrer le bien-fondé de leurs prétentions. Les Etats-Unis et le Québec ont mis en place une procédure de *discovery*, abandonnée dans cette province à compter du 1^{er} janvier 2003. Impliquant pour une partie l'obligation de communiquer les éléments de preuve dont elle dispose, elle permet l'instauration d'une phase d'instruction pendant laquelle l'avocat du demandeur peut avoir accès à tous les faits, tous les documents détenus ou connus de la partie adverse.

Le droit français est déjà doté de mécanismes efficaces permettant à une partie d'obtenir que lui soient communiqués tous documents s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la

solution du litige²¹ et de se faire communiquer en cours d'instance des pièces détenues par une partie ou à un tiers²².

Une réforme de notre droit sur le modèle de la procédure de *discovery* consisterait à permettre à une partie d'obtenir de son adversaire de lui communiquer une liste des documents non versés aux débats mais en relation avec le litige et dont celui-ci aurait connaissance. Cette hypothèse présente cependant plusieurs inconvénients graves. Dans la mesure où le juge devrait examiner la légitimité de la demande forcée de production de pièces, elle induirait tout d'abord une plus grande complexité des procédures, et corrélativement un accroissement important des délais et surtout des coûts de celles-ci.

De façon plus générale, la procédure de *discovery*, si elle est un instrument fondamental de la justice anglo-saxonne, ne peut être transposée dans d'autres systèmes de droit. Elle tend en effet à remettre en cause les principes directeurs du procès civil selon lesquels il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention²³. En outre, pour être efficace, une telle procédure suppose l'existence de sanctions civiles et pénales punissant la partie qui n'a

²¹ Article 145 du nouveau code de procédure civile : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »

²² Article 10 du code civil : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts. »

Article 11 nouveau code de procédure civile : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

Article 138 du nouveau code de procédure civile : « Si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'aurait pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. »

Article 142 du nouveau code de procédure civile : « Les demandes de production des éléments de preuve détenus par les parties sont faites, et leur production a lieu, conformément aux dispositions des articles 138 et 139. »

²³ Article 9 du nouveau code de procédure civile

pas spontanément communiqué la liste des éléments de preuve en sa possession. Il n'est ni souhaitable ni demandé de faire évoluer en ce sens notre système juridique.

Toutefois, certains membres du groupe ont évoqué la possibilité, pour les seuls petits litiges de la consommation, de faire évoluer la procédure civile, de type accusatoire, vers une procédure de type inquisitoire.

B). *L'instauration de dommages et intérêts punitifs*

L'instauration de dommages et intérêts punitifs permettrait au juge civil de prononcer un montant de dommages et intérêts supérieur à celui nécessaire à l'indemnisation des préjudices effectivement subis par les consommateurs victimes. Elle permettrait de sanctionner le responsable d'un dommage, notamment lorsque le profit qu'il a retiré du fait dommageable est supérieur à celui du préjudice subi par la victime, ou encore lorsque le préjudice subi par un grand nombre de victimes est si faible que celles-ci n'entendent pas en demander l'indemnisation.

Pourtant, les dommages et intérêts punitifs s'apparentent à une peine privée dont l'introduction modifierait les principes directeurs du procès civil en faisant apparaître des procureurs privés qui requerraient des peines au nom d'un groupe non identifié de consommateurs. Cette pénalisation du procès civil serait autant inopportune qu'inutile compte tenu de l'efficacité des dispositions pénales en la matière. En effet, de nombreuses dispositions du droit de la consommation sont assorties de sanctions pénales et certains parquets comprennent des sections spécialisées en la matière. En outre, dans certaines matières, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peut désormais conclure une transaction avec un professionnel après accord du procureur de la République²⁴. La voie pénale se révèle ainsi particulièrement bien adaptée à la sanction des comportements à l'origine des « préjudices diffus », en complément de l'introduction d'une action de groupe permettant d'indemniser chaque consommateur lésé.

C). *La création de mécanismes de réparation collective*

Le groupe de travail s'est interrogé sur la possibilité que la réparation du préjudice ne soit pas effectuée seulement par l'allocation de dommages et intérêts aux victimes mais aussi par d'autres méthodes conduisant à priver le professionnel d'une somme correspondant au montant global des préjudices qu'il a causé ou à réparer en nature le préjudice subi par les victimes. Il s'agirait par exemple de permettre au juge d'ordonner au professionnel la mise en oeuvre de mesures de réparation en nature appropriées.

²⁴ Articles L 470-4-1 du code de commerce, L 141-2 et L 216-11 du code de la consommation

Notre droit permet au juge d'ordonner la cessation du trouble à l'origine du dommage. De même, un préjudice peut être réparé non seulement par l'allocation de dommages et intérêts mais aussi en nature.

D) *La création d'un fonds d'aide aux actions de groupe*

Le groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité de créer un fonds d'aide à l'action de groupe, sur le modèle de celui créé au Québec, certains membres du groupe l'appelant de leurs vœux, afin, par exemple, qu'il prenne en charge l'avance des frais de publicité du jugement en déclaration de responsabilité, en cas de défaillance du professionnel. Toutes les associations de consommateurs sont favorables à la création d'un tel fonds.

Il apparaît cependant que la création d'un tel fonds se justifie davantage dans les pays où le coût d'une procédure judiciaire est élevé, ce qui n'est pas le cas en France. Dans ces conditions, la création d'un fonds pourrait générer un déséquilibre dans la procédure entre les consommateurs, assurés que leurs frais seront pris en charge quelle que soit l'issue de l'action, et les professionnels. Enfin, il serait dérogoratoire aux principes qui gouvernent les voies d'exécution et présenterait un risque de rupture d'égalité, dans la mesure où, en matière civile, l'exécution des décisions est à la charge des parties. Par ailleurs, le financement d'un tel fonds constituerait pour l'Etat une charge financière supplémentaire, sauf à prévoir son financement par des sources extérieures, par exemple, selon certaines associations, une quote-part des amendes prononcées par le Conseil de la Concurrence. Le reversement au fonds de sommes obtenues dans le cadre de procès gagnés par les consommateurs reviendrait à grever les sommes allouées en réparation des préjudices subis par eux pour financer des actions mal fondées.

E). *La transaction et l'instauration d'une phase préalable de conciliation*

La transaction entre les parties peut être utilisée dans les deux cas d'actions de groupe envisagées afin d'aboutir à un arrangement à l'amiable qui pourra être homologué par le juge.

L'instauration d'une phase préalable de conciliation avant la phase de jugement a également été évoquée par le groupe. Cette proposition apparaît peu réaliste, les modes de règlement alternatifs des litiges ne pouvant en pratique être mis en œuvre que lorsque les consommateurs demandeurs se seront manifestés. En effet, avant cette date, le professionnel ignore les personnes avec lesquelles il pourra transiger et celles qu'il devra indemniser. Toutefois il est possible, sinon probable, que les entreprises visées

par une action de groupe seront souvent enclines à identifier elles-mêmes, par tout moyen approprié (utilisation de leurs fichiers, courriers personnalisés, voire publicité) leurs clients ayant subi un préjudice, afin de leur proposer une réparation amiable avant que la procédure ne prenne une tournure susceptible de nuire à leur image.

ANNEXES

- LETTRE DE MISSION DES MINISTRES DU 15 MARS 2005

- COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

- CONTRIBUTIONS DES MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL



LE GARDE DES SCAUX,
MINISTRE DE LA JUSTICE

LE MINISTRE DE L'ECONOMIE,
DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

LE MINISTRE DES PETITES ET MOYENNES
ENTREPRISES, DU COMMERCE,
DE L'ARTISANAT, DES PROFESSIONS
LIBERALES ET DE LA CONSOMMATION

COPIE

Paris, le 15 MAR 2005

Monsieur le Directeur général,
Monsieur le Directeur,

Le Président de la République, dans ses vœux adressés aux forces vives, le 4 janvier 2005, a souhaité que soient créées de nouvelles procédures qui renforceraient les dispositifs existants et permettraient à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés.

La législation française connaît déjà des dispositions assurant une protection des droits des consommateurs. En témoignent le régime des clauses abusives et les travaux de la commission spécialisée en la matière ou le régime des actions en représentation conjointe ouvertes aux associations agréées.

Dans la perspective de nouvelles procédures, plusieurs voies pourraient être explorées, allant de l'amélioration du dispositif de l'action en représentation conjointe, qui n'a pas rencontré le succès escompté, jusqu'à la mise en place de mécanismes nouveaux qui ouvriraient à des associations le droit d'agir, dans certains types de litiges, au nom des consommateurs, pour obtenir le respect des règles de droit.

Il s'agira notamment de recenser les différentes formes d'action actuellement ouvertes aux associations de consommateurs et de dresser un bilan de leur mise en œuvre et de leurs limites.

Monsieur Guillaume CERUTTI
Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation
et de la Répression des Fraudes
Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie
59, boulevard Vincent Auriol 75703 Paris Cedex 15

Monsieur Marc GUILLAUME
Directeur des Affaires Civiles et du Sceau
Ministère de la Justice
5, boulevard de la Madeleine 75001 Paris

Une étude de droit comparé est également indispensable. En effet, l'examen des systèmes juridiques étrangers où existe déjà l'action de groupe, tant au sein de l'Union européenne qu'en dehors de celle-ci, pourrait apporter de précieux enseignements. Vous vous attacherez notamment à considérer les risques inhérents à ce type d'action. En outre, il conviendra d'analyser les réflexions en cours sur cette question, notamment au sein de la Commission européenne.

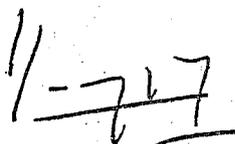
A cet égard, il conviendra de définir le champ d'application de cette réforme, au regard des orientations données par le Président de la République et de préciser les conditions de recevabilité (qualité et intérêt pour agir).

L'exploration de ces diverses possibilités devra, bien évidemment, tenir compte de tous les intérêts en présence, en respectant les principes généraux de notre procédure, notamment la sanction du recours abusif.

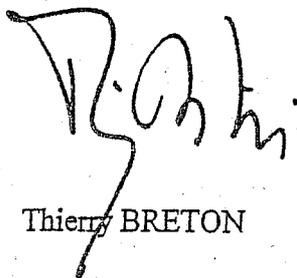
Vous animerez, à cet effet, un groupe de travail ad hoc qui comprendra des professionnels du droit, ainsi que des représentants des consommateurs et des entreprises issus notamment du Conseil national de la consommation. Ce groupe de travail procédera à toutes auditions utiles ; il nous soumettra des propositions d'ici le 1^{er} octobre 2005 qui seront notamment transmises au Conseil national de la consommation pour que celui-ci fasse connaître son avis.

Telle est la mission que nous vous confions, dans la perspective de l'élaboration des textes nécessaires au plus tard le 31 décembre 2005.

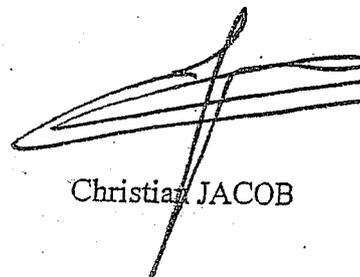
Nous vous prions de croire, Monsieur le Directeur Général, Monsieur le Directeur, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.



Dominique PERBEN



Thierry BRETON



Christian JACOB

COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

Représentants des consommateurs

- Mme **Reine-Claude MADER**,
Présidente de la « Confédération de la Consommation, du Logement et du Cadre de Vie » (CLCV)
- Mme **Marianick LAMBERT**, Juriste
Union Féminine Civique et Sociale (UFCS)
- Mme **Gaëlle PATETTA**,
Directrice juridique – UFC Que Choisir
- Mme **Maïté ERRÉCART**,
Directrice générale de l’Institut National de la Consommation (INC)
- M. **Christian HUARD**,
Secrétaire général de l’Association de Défense, d’Education et d’Information du Consommateur (ADEIC)
Président de ConsoFrance
- M. **Daniel TOURNEZ**,
Secrétaire général de l’Association pour l’Information et la Défense des Consommateurs Salariés (INDECOSA – CGT)

Représentants des professionnels

- Mme **Joëlle SIMON**,
Directrice des Affaires Juridiques du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF)
- Mme **Anne OUTIN-ADAM**,
Directeur des Développements Juridiques de la Chambre de Commerce et d’Industrie de Paris (CCIP)
- M. **Alain GRANGÉ-CABANE**,
Représentant du MEDEF, Président de la Commission de Consommation du MEDEF
Membre du Conseil National de la Consommation
- M. **Hubert PERREAU**,
Représentant du MEDEF
- M. **Jean-Louis GUILLOT**, Directeur des Affaires Juridique – BNP Paribas
Président du Comité Juridique de la Fédération Bancaire Française (FBF)
- M. Yannick **CHALMÉ**, AFEP / Cercle Montesquieu

Représentants des praticiens du droit

- Madame le Professeur **Véronique MAGNIER**
- Madame **Hélène GEBHARDT**,
Vice-Présidente au Tribunal de Grande Instance de Paris
- Monsieur le Bâtonnier **Jean-Guy LEVY**
- Maître **Claude LAZARUS**, Avocat
- Maître **Louis BORE**, Avocat

**CONTRIBUTION DE M. CHRISTIAN HUARD
SECRETARE GENERAL DE L'ASSOCIATION DE DEFENSE,
D'EDUCATION ET D'INFORMATION DU CONSOMMATEUR (ADEIC)**

Lors de notre dernière réunion, vous avez souhaité recueillir nos propositions de modifications du document de travail remis en séance.

Dans l'état du document, il me paraît complètement vain de chercher à modifier la teneur des positions antagonistes et des argumentations contradictoires retenue par les auteurs de ce rapport. L'anonymat, l'insuffisance d'évaluation des poids relatifs de ces positionnements et surtout l'absence de conclusion conduisent le lecteur à un constat d'impossibilité de faire ou d'agir, constat que nous ne pouvons pas partager.

Pourtant, et cela ne transparait pas dans ce rapport, nous restons convaincus, avec d'autres, que l'amélioration des procédures de traitement des contentieux de masse est souhaitable, possible, et réalisable pour peu que les responsables de bonne volonté optent pour une démarche prudente, réaliste et évolutive.

L'étrange alliance entre ceux qui voulaient que rien ne change (sauf quelques améliorations sur la médiation) et ceux qui voulaient tout et tout de suite n'a pas permis l'élaboration et l'examen minutieux de propositions allant dans le sens d'une amélioration de la protection des consommateurs.

In fine, le rapport répond à la question " Faut-il ou peut-on mettre en œuvre une action collective ? ", alors que la question qui nous était posée était " comment une action collective à la française ? ".

Rapport il fallait, rapport il y aura. Mais ce rapport ne pourra pas, hélas, servir de référence à la mise en œuvre de cette proposition du Président de la République. En tout état de cause, il ne nous engage pas.

Christian HUARD
Secrétaire Général de l'Adéc

**CONTRIBUTION DE MME MARIANICK LAMBERT
JURISTE – UNION FEMININE CIVIQUE ET SOCIALE (UFCS)**

Le rapport concernant dans sa 3^{ème} partie retient deux options :

- A) Une action inspirée de la class action des Etats-Unis et du recours collectif québécois : une action qui peut être engagée par toute personne physique ou morale, un jugement sur la recevabilité, avec possibilité d'inclusion (opting in) ou d'exclusion (opting out) ;
- B) Une action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse : action réservée aux associations de consommateurs agréées avec jugement sur le fond tranchant la responsabilité, puis faculté d'inclusion (opting in) ou d'exclusion (opting out) pour la phase de réparation.

I - Les arguments en balance

1- L'option A) :

AVANTAGES	INCONVENIENTS
Favorise l'accès à la justice (démocratisation)	Risques de dérives importants si la qualité pour agir du représentant n'est pas limitée à des personnes particulières
Action efficace surtout combinée avec l'option d'exclusion	Risques d'atteintes injustifiées à l'image du défendeur en cas de publicité de la décision alors que le fond n'est pas tranché
Pas de difficulté de délimitation du champ matériel de l'action car intégré dans les lois de procédure	Obstacle de la constitutionnalité d'un système basé sur l'option d'exclusion difficile à surmonter alors que ce mécanisme est un élément déterminant de l'efficacité de l'action
Facilite les règlements amiables après le jugement de recevabilité (transaction)	Mauvaise compatibilité avec les principes actuels du droit français (défaut de transparence des représentés et donc atteinte éventuelle aux droits de la défense).
Assure une véritable fonction redistributive de la décision judiciaire (en cas d'option d'exclusion)	

2 – L'option B)

AVANTAGES	INCONVENIENTS
Délimitation du champ matériel aux dommages causés à l'intérêt collectif des consommateurs cantonne l'action aux préjudices de masse fondé sur un fait générateur objectif (clauses abusives, responsabilité du fait des produits, pratiques anticoncurrentielles, pratiques commerciales agressives ou illicites etc)	Limitation du champ matériel de l'action insatisfaisante intellectuellement et ne permettant pas un meilleur accès à la justice
Qualité pour agir du représentant conférée par la loi, rendant inutile le pré-jugement sur la recevabilité	Limitation de la qualité pour agir du représentant, faisant peser sur quelques-uns l'obligation d'agir en justice
Mesures de publicité n'intervenant qu'après le jugement déclaratif donc moins de risques d'atteintes injustifiées à l'image des défendeurs	Longueur de la procédure car nécessitant un jugement sur le fond
Meilleure compatibilité avec les principes actuels du droit français, proche du système des procédures collectives applicables aux entreprises	Options d'inclusion nécessitant une démarche volontaire, limitant l'efficacité de la décision ainsi que la fonction redistributive de celle-ci

II - Constat

Nécessité d'introduire une véritable action de groupe, car les outils actuels sont manifestement inadaptés à la résolution de litiges de masse, et/ou à la prise en compte la demande de réparation des préjudices diffus (exemple de l'action Bénéfic, réparation de préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles).

Pas de moyens suffisants pour assurer une fonction régulatrice au droit de la consommation, les réparations allouées à l'intérêt collectif des consommateurs étant manifestement insuffisantes.

Pas de moyens d'assurer une fonction redistributive à la décision de justice rendue dans le cadre d'un contentieux de masse.

III - Proposition

Dans l'idéal, la première option apparaît la plus intéressante dès lors qu'elle s'accompagne de l'option d'exclusion, mais elle apparaît impraticable sans une phase d'adaptation des principes juridiques et de tous les acteurs.

La préconisation pourrait être de prévoir une phase transitoire d'une durée de trois à cinq ans, visant à mettre en place rapidement la seconde option, en limitant le champ matériel au préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs.

L'action servant de base au jugement déclaratoire pourrait être initiée par une association de consommateurs agréée, les tribunaux ayant une expérience de ce type d'action et les partenaires ayant fait preuve de responsabilité.

Ceci limiterait les actions à un contentieux le plus souvent objectif, et la mise en place d'une option d'inclusion efficace, sous le contrôle du juge, permettra de vérifier l'existence de la demande.

Ceci suppose une fois le jugement déclaratoire rendu, des mesures de publicité adaptées, aux frais du défendeur et sur la base des éléments qu'il sera enjoint de fournir (fichier clients par exemple, fichier des prospects).

Cela nécessite également la création d'un juge chargé de la liquidation des préjudices individuels, qui à l'instar du juge commissaire, procédera à la vérification du bien-fondé de la réclamation individuelle, délivrera une ordonnance exécutoire sous réserve d'opposition.

Un tel système pourrait être mis en place rapidement.

**CONTRIBUTION DE MME REINE-CLAUDE MADER
PRESIDENTE DE LA CONFEDERATION DE LA CONSOMMATION, DU LOGEMENT
ET DU CADRE DE VIE (CLCV)**

Au cours des travaux du groupe de travail initié à la demande des Ministres de la Justice, de l'Economie et de la Consommation en vue de créer de nouvelles procédures permettant d'intenter des actions collectives, il a été procédé à diverses auditions. Les systèmes de recours collectif existants dans d'autres pays ont été recensés. Les dispositifs de protection des consommateurs, notamment les actions en justice qui peuvent être initiées par les associations agréées, ont été évalués.

Il a été constaté que ces actions, l'action civile en cas d'infraction pénale, l'action en cessation de clauses abusives et l'action en intervention devant les juridictions civiles, si elles permettent une prise en compte de l'intérêt collectif des consommateurs et pour l'action en intervention la réparation du préjudice individuel d'un petit groupe, elles ne sont pas adaptées à la réparation des préjudices individuels dans le cadre d'un litige de masse.

Quant à l'action en représentation conjointe, elle a fait l'objet de discussions approfondies. Dans l'esprit du législateur, elle devait répondre aux besoins déjà identifiés à l'époque d'un traitement collectif des demandes de réparations des préjudices individuels des consommateurs. Force est de constater qu'elle n'a pas atteint ces objectifs. Les associations ont dénoncé la lourdeur de cette procédure, les contraintes imposées par la nécessité de gérer un mandat, le coût qu'elle génère et l'obligation que les associations ont de s'assurer pour couvrir la responsabilité qu'elle entraîne. Par ailleurs, elle reste très restreinte dans ses effets puisqu'elle n'est assortie d'aucune mesure de publicité, permettant à d'autres consommateurs d'avoir connaissance des actions engagées.

Même si certaines voix se sont exprimées contre, les échanges qui ont eu lieu au sein du groupe nous ont renforcés dans notre conviction qu'il était nécessaire d'introduire une procédure d'action collective dans notre système juridique.

Elle offrirait la possibilité aux consommateurs de se regrouper pour obtenir réparation du préjudice subi, ce qu'ils ne font pas individuellement notamment en raison du faible montant de certaines des demandes et de la complexité des démarches à accomplir. Elle éviterait la multiplication des procédures que pourrait générer un mécontentement grandissant de la part des consommateurs devant certaines pratiques, qui ne donnent actuellement lieu à aucune réparation sauf dans certains cas. Elle mettrait les consommateurs sur un pied d'égalité, rendrait homogène la réparation accordée qui leur est accordée et faciliterait ainsi l'accès à la justice.

D'autre part, elle rendrait sans doute les professionnels plus attentifs aux demandes des consommateurs, qu'ils ont tendance à négliger dans la mesure où ils savent que peu d'entre eux demanderont réparation de leur préjudice notamment lorsque des sommes peu importantes sont en jeu.

Au regard de ce qui est exposé plus haut, nous pensons que l'action de groupe doit concerner la réparation des préjudices économiques subis par les consommateurs du fait d'un même professionnel, à l'occasion d'actes de consommation fondés sur la vente ou l'offre de vente ou sur la prestation ou l'offre de prestation de services aux consommateurs.

Cette référence est d'ailleurs d'ores et déjà utilisée dans les articles L 421-1 et suivants du code de la consommation qui définissent les procédures ouvertes aux associations de consommateurs et sur la base desquels les associations mènent des actions aussi bien sur des domaines réglementés par le code de la consommation que sur d'autres textes spécifiques. Les tribunaux n'excluent d'ailleurs aucun service ou produit du champ d'application des actions en justice des associations.

Sur les conditions de constitution du groupe, nous considérons que les consommateurs doivent conserver leur liberté d'agir en justice, ce qui suppose qu'ils s'associent à la procédure par une démarche volontaire.

Par ailleurs, le fait d'avoir un groupe identifié permettrait de mieux évaluer le préjudice, de simplifier la procédure, les données et le nombre de personnes étant connus.

Pour ces raisons, nous sommes favorables au système de l'opt-in. Les consommateurs devront s'inscrire dans le groupe constitué dans le cadre de l'action engagée par l'association. A défaut, ils conserveront la faculté d'agir à titre individuel.

Nous nous sommes longuement interrogés sur la question de l'initiative de la procédure, en particulier sur le risque d'en amoindrir l'intérêt si son initiative devait être réservée à un nombre restreint d'acteurs.

Cependant, si elle devait être ouverte à toute personne physique, on pourrait alors tendre vers une judiciarisation excessive et assister à des dérives telles qu'elles ont pu être constatées dans le système américain.

Ceci nous conduit à soutenir qu'il faudrait au moins dans un premier temps, réserver l'introduction d'une procédure de recours collectif aux associations nationales agréées, dont on connaît le sens des responsabilités.

Il serait par ailleurs intéressant de prévoir une évaluation de l'efficacité de la procédure mise en place dans un délai de 2 à 5 ans.

Compte tenu de l'ampleur prévisible des contentieux de ce type et les incertitudes auxquelles peut conduire l'application des règles de compétence de droit commun, nous pensons qu'il conviendrait d'attribuer la gestion de ces procédures au Tribunal de Grande Instance. Il nous paraît en outre préférable de confier ces dossiers à une juridiction de formation collégiale.

S'il s'avérait que plusieurs juridictions venaient à être saisies des mêmes litiges, afin d'assurer l'efficacité, la bonne gestion et la cohérence des décisions, nous pensons que la première juridiction saisie devrait recevoir l'ensemble des demandes.

Sur le schéma procédural de l'action, parmi les hypothèses envisagées, nous retenons le principe de la mise en place d'une action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse. Cette option rendrait la procédure plus efficace et plus aisée à mettre en œuvre. Elle éviterait également une mise en cause prématurée des professionnels, la publicité ne se faisant que lorsque leur responsabilité est établie.

Le juge se prononcerait dans un premier temps sur une requête déposée par l'association agréée, et un groupe de consommateurs. Si le principe de responsabilité était retenu, il ordonnerait la publication de sa décision afin que les consommateurs concernés puissent se joindre au groupe.

Nous tenons à ce que cette publication soit faite par tous moyens: presse, internet, affichage sur les lieux de vente, communiqué dans les documents d'information envoyés aux consommateurs..., de manière à ce que tous les consommateurs soient informés sur la procédure en cours et sur leur possibilité de se joindre au groupe afin d'obtenir réparation.

Une fois le groupe constitué, il appartiendrait au tribunal de déterminer le montant de l'indemnisation accordée et de définir les modalités de la répartition.

Les deux jugements, sur la responsabilité puis sur le montant des dommages et intérêts, doivent être susceptibles d'appel.

Comme pour toute procédure, les parties pourront transiger et on a pu constater que cette opportunité était largement utilisée dans les pays où le recours collectif existe. Les professionnels ont d'ailleurs tout intérêt pour l'image de leur entreprise à cette transaction, ceci dans le respect des intérêts des consommateurs qui devront dans ce cadre obtenir une juste indemnisation de leur préjudice.

La procédure doit, selon nous, conduire en priorité à une réparation financière des consommateurs, par l'allocation de dommages et intérêts. Cependant, dans certains cas, les injonctions de faire ordonnées à l'encontre du professionnel pourraient aussi constituer une sanction adéquate et présenter un intérêt pour les consommateurs. L'injonction de faire ne devrait pas être exclusive de l'allocation de dommages et intérêts, qui répare le préjudice subi.

Dans le système que nous retenons, les associations auront un rôle important à jouer. Il est indispensable qu'elles aient les moyens d'agir, sans immobiliser leurs ressources.

C'est pourquoi, nous sommes favorables à l'institution d'un fonds. Son rôle serait d'avancer les sommes nécessaires pour les procédures et éventuellement de procéder à la répartition des dommages et intérêts alloués. Ceci lui permettrait, pour assurer son fonctionnement, de prélever directement sur ces sommes un pourcentage et de conserver les reliquats non réclamés. Cela suppose que pour ses premières années de fonctionnement, il soit doté d'une avance de l'Etat.

**CONTRIBUTION DE MME GAËLLE PATETTA,
DIRECTRICE JURIDIQUE – UFC QUE CHOISIR**

L'UFC-Que Choisir ne peut que regretter le contenu de ce rapport.

Alors que le groupe de travail devait, conformément aux recommandations présidentielles et gouvernementales, examiner « *les modalités pratiques de mise en œuvre d'un dispositif permettant à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur les marchés* », force est de constater qu'il n'a pas répondu à cet appel tant sur la forme que sur le fond.

Au niveau de la méthode, l'UFC-Que Choisir dénonce l'attitude de certains membres du groupe de travail qui n'a pas permis une étude sérieuse des conditions de mise en place d'une action de groupe afin de proposer au gouvernement un projet effectif. Ainsi, les représentants des professionnels ont-ils non seulement fait preuve de mutisme lors des discussions relatives aux contours possibles d'une action de groupe mais ont attendu, en outre, l'avant dernière réunion pour évoquer leur opposition à l'introduction d'une telle procédure en France. Compte tenu de la rapidité avec laquelle les débats ont été abordés et du silence gardé par nombre des participants, aucune discussion constructive n'a donc pu avoir lieu.

Quant au fond, nous regrettons que ce rapport se limite à un simple inventaire des différents systèmes envisageables sans véritable réflexion sur leur viabilité et effectivité en termes d'accès au juge et de réparation. Le rapport se contente de reprendre les systèmes proposés par certains membres du groupe sans commentaires détaillés.

Ce rapport présente ainsi la procédure proposée par notre association comme une solution « extrême » sans autre appréciation. Nous souhaitons rappeler que le système extrêmement fouillé auquel nous avons abouti après de nombreux mois d'études des modèles étrangers et des règles de notre droit interne est, conformément à l'avis d'éminents juristes, tout à fait viable et peut s'intégrer harmonieusement dans notre ordre juridique et judiciaire interne en respectant les principes constitutionnels et européens.

Le seul moyen d'aboutir à une action de groupe qui permette d'assurer l'effectivité de l'accès au droit de la réparation est, selon nous, de prévoir un mécanisme d'option d'exclusion, « d'opt-out ». Les consommateurs victimes de l'agissement d'un même professionnel font automatiquement partie du groupe représenté par la personne ou l'association qui a agi en justice, sans avoir à en formuler la demande et tout en conservant la liberté de s'en exclure à tout moment.

L'autre mécanisme qui implique que les personnes concernées par le litige se fassent connaître et manifestent expressément leur volonté de faire partie du groupe (opt-in) laisserait en marge tous ceux qui renoncent à agir par crainte, résignation, inertie ou par manque d'information. Les procédures actuelles qui passent par un mandataire démontrent les lacunes de ce système et son ineffectivité.

Répondant à la critique portant sur la prétendue inconstitutionnalité du système « d'opt-out », nous tenons à indiquer qu'il est absolument faux de prétendre que la quasi totalité de la doctrine considère ce mécanisme comme contraire aux principes constitutionnels. La décision du Conseil constitutionnel de 1989 relative à l'action d'un syndicat de défense des travailleurs ne saurait, comme l'ont souligné d'éminents membres de la doctrine, être invoquée pour condamner le mécanisme de « l'opt out ».

Le second système, inspiré du régime imaginé par la Commission CALAIS-AULOY dans les années 1980 et présenté comme une alternative à l'instauration de « l'opt out », ne saurait emporter l'adhésion. Ce système ne permet pas un accès véritable à la réparation pour les consommateurs victimes d'un même professionnel. En effet, les modalités envisagées pour permettre aux consommateurs de bénéficier de la décision de principe obtenue par l'association de consommateurs agréée impliquent que chacun saisisse individuellement un juge.

Ce mécanisme aura donc pour conséquence d'une part d'aggraver l'encombrement actuel des tribunaux que d'aucuns déplorent et d'autre part de priver des consommateurs victimes d'une protection et d'une réparation en raison d'une méconnaissance ou du coût financier de cette action au regard du montant du préjudice individuel.

Quant à la prétendue « troisième voie », préconisée récemment par les représentants des professionnels, elle nie la réalité des faits ayant conduit le Chef de l'Etat à formuler sa demande. Il importe ici de rappeler qu'en l'état actuel du droit, les consommateurs ou leurs associations ne disposent pas des moyens de faire respecter leurs droits et d'obtenir réparation de leurs préjudices. Réformer les procédures existantes à la disposition des associations de consommateurs et notamment l'action en représentation conjointe n'est pas envisageable.

Lors du colloque sur l'action de groupe que nous avons organisé le 10 novembre 2005 à la Maison de la Chimie, Guy CANIVET, premier président de la Cour de Cassation, s'exprimant pour la première fois sur le sujet, a admis que l'introduction de « l'opting out » dans notre droit, bien que délicate, n'était pas impensable, position partagée par de nombreux professeurs de droit, avant d'ajouter qu'il s'agirait d'une procédure audacieuse et innovante.

Devant le manque de pertinence de ce rapport, l'UFC-Que Choisir demande au gouvernement de bien vouloir respecter les engagements présidentiels et de faire preuve d'une audace réfléchie et mesurée en intégrant dans notre droit l'option d'exclusion, seule voie permettant d'aboutir à une meilleure effectivité du droit pour l'ensemble des consommateurs.

CONTRIBUTION DE M. DANIEL TOURNEZ
SECRETAIRE GENERAL DE L'ASSOCIATION POUR L'INFORMATION
ET LA DEFENSE DES CONSOMMATEURS SALARIES (INDECOSA - CGT)

L'effectivité du droit un élément sur lequel consommateurs et professionnels ne peuvent qu'être d'accord.

L'effectivité doit permettre de mettre un terme à tous les abus sans en faire naître d'autre.

L'évolution de la consommation aujourd'hui, la multiplication des préjudices diffus ou tout au moins de contentieux de masse montre que le droit français n'est pas adapté.

Un groupe de travail a été mis en place parmi lequel certains membres optent pour un copier coller de la class action américaine tandis que d'autres se contenteraient d'un dépoussiérage du code actuel.

Entre les 2 il y a nombre de pistes encore peu exploitées.

Une évidence, lorsqu'on pose la question aux organisations de consommateurs elles ont du mal à définir ce qu'elles souhaitent vraiment et les différentes auditions ont été éclairantes.

Un mélange entre l'action en cessation et l'action en réparation à la fois des dommages individuels mais aussi collectifs.

Pour autant, s'agissant de l'individuel, elles rechignent à prendre la responsabilité de l'action à l'égard des consommateurs. On ne saurait les en blâmer car a contrario, elles n'existent qu'à travers leurs membres à la différence des cabinets d'avocats et elles ont des comptes à rendre à ceux-ci. Comment engager des fonds collectifs dans les litiges dont l'étendue dépasse les seuls membres en vue principalement de réparer l'atteinte à des intérêts individuels et pour le compte des justiciables?

Autre chose est de l'action dans l'intérêt collectif car en ce sens les membres sont concernés.

Jusqu'à ce jour les 3 procédures mises à place dans lesquelles elles peuvent faire valoir cet intérêt sont largement utilisées mais les reproches sont fréquents sur le montant des réparations accordés par le juge en réparation du préjudice collectif.

La dernière action en représentation conjointe ne satisfait pas bien qu'elle soit plus proche de l'action de groupe. De plus, ici il est difficile de faire valoir l'intérêt collectif dès lors où les préjudices individuels sont en mesure d'être réparés.

On voit donc que le principal but recherché n'est pas une indemnisation au centime près de chaque consommateur lésé (si tant est que ceux-ci le souhaitent) mais bien de priver le professionnel des ressources que son agissement illicite ou illégal lui a procuré ou faire en sorte que si un juge impose une cessation, celle-ci soit applicable à tous sans avoir à ressaisir le juge.

Proposition:

Du préjudice collectif

Maintenir les 3 premières procédures en donnant la possibilité au juge de donner officiellement sur demande de l'association, valeur déclarative au jugement. (imposé une modification du contrat proposé aux consommateurs sous astreinte... obligation de faire ou de ne pas faire...). Ceci par ouverture d'une seconde phase. Ainsi, on cantonne bien la procédure au code de la consommation puisque limitée aux actions qui ont déjà produit effet dans une première procédure.

Il y a lieu de distinguer d'une condamnation dans le but est de faire progresser le droit (naissance d'un droit nouveau pour le consommateur...) pour lequel on ne peut à ce stade de la procédure donner une même portée au jugement. Pour le cas, le système actuel semble suffisant.

Le préjudice collectif doit trouver réparation par l'application d'un barème d'indemnisation pour l'association. Il n'est pas acceptable qu'il y ait reconnaissance d'un préjudice collectif sans en mesurer la portée et sans attribuer l'équivalence à l'association qui le représente. Admettre le contraire revient à reconnaître un droit à l'abus au professionnel.

Dans cette première phase classique, dès lors où on considère qu'un intérêt collectif est en jeu, le législateur doit prévoir une table d'indemnisation fixe en relation avec le nombre de consommateurs susceptibles d'être concernés à laquelle peut s'ajouter un montant en relation avec les intérêts financiers en jeu à la discrétion du juge. On limite ainsi les effets tout en donnant plus d'intérêt à l'action en justice. Le juge aura déjà affirmé sous possibilité des voies de recours les agissements du professionnel.

Si l'association considère que c'est insuffisant et que les consommateurs doivent être indemnisés ou qu'il serait inéquitable de laisser le fruit des agissements au mains du professionnel condamné dans la 1ère procédure, elle demande l'ouverture d'une seconde phase. Cette seconde phase dépasse les seuls intérêts en jeu au cours de la première phase et les sommes sont plus conséquentes.

Il convient aussi de limiter les excès procéduriers en cela, le passage en 2ème phase impose l'avis favorable d'un collège de représentants de consommateurs. Soit avis du CDC ou CNC soit l'adjonction au juge saisi d'une représentation collégiale autre que celle ayant engagé l'action collective.

Dès lors, le préjudice collectif est réglé au premier stade principalement, la seconde phase n'a d'intérêt que pour l'indemnisation des préjudices individuels et pour remédier aux abus. L'action en représentation conjointe peut aussi donner lieu à la seconde phase dès lors où celle-ci débouche sur de l'opt out.

Des préjudices individuels

En ce cas, deux cas de figure peuvent se présenter. Jusqu'à un certain seuil en dessous duquel il est indécent de proposer une indemnisation intégrale de chaque consommateur lésé, l'indemnisation doit être regroupée en un fonds commun.

Au delà de ce seuil, il convient de proposer l'indemnisation aux victimes. A la suite du premier procès dans lequel l'association est intervenue, elle demande l'extension des effets aux autres consommateurs concernés. Si le juge approuve (avis d'un collège consommateurs) on enclenche une phase de publicité on désigne un magistrat ou un tiers (huissiers...) voire l'association elle même moyennant rémunération et, dès lors, sous sa responsabilité, pour la collecte des demandes en réparation durant un laps de temps donné au-delà duquel les demandes ne sont plus recevables.

Comme il s'agit d'une action en réparation le montant alloué à chaque consommateur ne doit pas être utilisé pour d'autres indemnisations. Dès lors, le préjudice collectif doit être distingué plus faiblement ou en rapport avec la volonté du professionnel à faire aboutir rapidement la procédure. A ce stade, il serait souhaitable que le montant alloué à l'association soit défini par le législateur sur avis du CNC.

Au delà de cette somme, les fonds récoltés doivent servir la collectivité (frais huissier.... en dehors de ce qui peut être couvert par l'article 700 ou assimilé...) et donc ne peuvent servir à une seule association. Ce fonds doit être mis au service non pas des actions ultérieures car ici cela à peu d'intérêt mais pour des actions d'information, de conseil, de représentation.... sous le contrôle d'un collectif.

Au terme du délai fixé par le juge, les consommateurs inscrits sur le registre reçoivent indemnisation après avoir défini la charge de la preuve de la créance.

Le juge peut ordonner dans certaines circonstances une provision.

Par souci d'équité, si une deuxième phase est ouverte, les frais de procédures de la première phase doivent être pris en compte, à charge pour l'association de reverser les sommes.

Dès lors où le collectif prime, l'association initiatrice aura la charge de l'opportunité et du moment d'une transaction. Ce dispositif devrait inciter les services consommateurs à plus d'efficacité, une meilleure écoute des associations et permettre l'élimination des agissements illicites les plus graves.

CONTRIBUTION DE :

M. YANNICK CHALME, AFEP / CERCLE MONTESQUIEU
M. ALAIN GRANGE -CABANE, REPRESENTANT DU MEDEF, PRESIDENT DE LA COMMISSION DE
CONSOUMATION DU MEDEF, MEMBRE DU CONSEIL NATIONAL DE LA CONSOUMATION
M. JEAN-LOUIS GUILLOT, DIRECTEUR DES AFFAIRES JURIDIQUES – BNP PARISBAS,
PRESIDENT DU COMITE JURIDIQUE DE LA FEDERATION BANCAIRE FRANÇAISE (FBF)
MME ANNE OUTIN-ADAM, DIRECTEUR DES DEVELOPPEMENTS JURIDIQUES DE LA CCIP
M. HUBERT PERREAU, REPRESENTANT DU MEDEF
MME JOËLLE SIMON, DIRECTRICE DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MEDEF

A l'issue des réflexions du groupe de travail sur les recours collectifs dans le domaine de la consommation, l'AFEP, la CCIP et le MEDEF veulent rappeler ce qu'ils considèrent comme étant, pour eux, les éléments essentiels du débat.

Le groupe a été constitué à la suite du souhait du Président de la République « *de proposer une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés* ».

Il avait donc pour objet non pas de trancher la question de l'opportunité d'introduire des recours collectifs, du type « *class action* » ou action de groupe, mais d'examiner les modalités d'introduction de ces actions en droit de la consommation sur la base d'un questionnaire préparé par les coprésidents pour guider la discussion.

Le rapport du groupe de travail interministériel ne traite que des seuls aspects juridiques, à l'exclusion de toute considération économique. Or, l'approche économique est essentielle et doit être convenablement appréhendée avant toute décision politique sur le fond. L'impact sur les PME doit être tout particulièrement apprécié, car elles seront également concernées ; il est frappant, au demeurant, de constater que les quelques cas d'actions en représentation conjointe engagées à ce jour concernent toutes des PME.

Il est indispensable que soit réalisée au minimum une étude d'impact sur les effets en France de l'introduction d'une action de groupe, tant sur les plans économique, éthique, social et politique que de l'organisation et du fonctionnement de la Justice et de la procédure, y compris dans ses réformes en cours (exécution provisoire...).

La participation et la contribution des représentants des entreprises aux travaux du groupe de travail ne doivent pas être interprétées comme valant approbation du rapport au gouvernement.

Ces représentants regrettent vivement que ce rapport comporte certaines analyses discutables sur le plan juridique et notamment en droit comparé.

En outre, ils déplorent que leurs observations et propositions d'amendements au rapport n'aient pas été reprises, sauf à quelques rares exceptions près¹, le privant ainsi de l'objectivité et de l'impartialité nécessaires.

Les entreprises tiennent à réaffirmer leur opposition à l'introduction en droit français d'une action de groupe, quelle que soit la forme qu'elle pourrait adopter, pour les raisons suivantes :

¹ V. les propositions d'amendements au rapport tenues à la disposition des personnes intéressées.

LE DROIT FRANÇAIS EST DÉJÀ TRÈS PROTECTEUR DES CONSOMMATEURS

Le Président de la République souhaite que soit recherchée une réparation effective des dommages identifiés causés aux consommateurs.

Dans ce cadre, les pouvoirs publics français ont déjà mis en place une législation et une réglementation (information, sécurité, réparation) parmi les plus protectrices des consommateurs en Europe, avec de nombreux contrôles et sanctions. Et les associations nationales agréées de consommateurs jouent un rôle actif dans leur mise en œuvre.

En ce qui concerne l'accès à la Justice, le droit positif offre ainsi déjà des outils, peut-être perfectibles, pour faire cesser des comportements illicites et permettre la réparation de dommages individuels.

Par ailleurs, l'opinion selon laquelle notre droit ne permettrait pas aux consommateurs d'obtenir la production des preuves détenues par les entreprises défenderesses, n'est pas fondée. Elle témoigne, en effet, surtout d'une méconnaissance des règles procédurales : depuis un décret du 9 septembre 1971 et une loi du 5 juillet 1972, aussi bien les parties que les tiers au procès peuvent être contraints d'apporter les preuves qu'ils détiennent, le juge devant simplement être saisi à cette fin.

Sont aujourd'hui applicables les articles 10 du Code civil, 10, 11 et 138 à 145 du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) qui permettent au juge, d'une part, d'ordonner pendant le procès ou même avant celui-ci, les mesures d'instruction dont dépend ou pourrait dépendre la solution du litige et, d'autre part, d'ordonner la production forcée de pièces détenues par une partie ou par un tiers. Le défaut de production de telles pièces peut être durement sanctionné, non seulement par une astreinte mais aussi par un renversement de la charge de la preuve au préjudice de la partie qui refuse cette production (« *sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* », article 11 du NCPC).

L'ACTION DE GROUPE NE CONSTITUE PAS LA REPONSE

En tout état de cause, il est exclu de repenser notre système juridique en important des mécanismes juridiques étrangers totalement extérieurs à notre culture juridique, tels que la « *class action* » américaine ou le recours collectif québécois ou suédois.

Chacun s'accorde, d'ailleurs, à dénoncer les dérives constatées en Amérique du Nord (Etats-Unis et Canada) et à refuser d'introduire en droit français les dispositifs qui ont favorisé ces excès. Nous ne reviendrons pas sur l'exposé des critiques du système nord américain, en renvoyant pour cela au rapport adopté par le Conseil exécutif du MEDEF en avril 2004² et au compte rendu du colloque organisé par la CCIP et le MEDEF le 13 avril 2005 « *Faut-il ou non une class action à la française ?* »³.

Rappelons simplement que cette action s'est développée aux Etats-Unis comme instrument de régulation dans un contexte très différent où la réglementation est beaucoup moins importante qu'en France, exception faite de certains secteurs. Au demeurant, les spécificités du système judiciaire américain ne suffisent pas en elles-mêmes à expliquer les excès auxquels les « *class actions* » ont donné lieu.

² « Faut-il introduire la *class action* ou action de groupe en droit français ? » Avril 2004.

³ V. la synthèse de ce colloque sur les sites de la CCIP (<http://www.etudes.ccip.fr/archcoll/coll05/050413.htm>) et du MEDEF (www.medef.fr).

Ces procédures sont intrinsèquement porteuses d'effets pervers. Les consommateurs en sont rarement les véritables gagnants, car elles sont longues et complexes. Il n'est nullement démontré, par ailleurs, que l'administration de la Justice s'en trouve facilitée, bien au contraire.

Quant aux entreprises, elles sont souvent victimes de chantages à la transaction ou d'opérations de déstabilisation menées notamment par des concurrents peu scrupuleux, comportements que toute action de ce type génère inéluctablement. Plus précisément, ces procédures portent en elles-mêmes le risque d'une pression médiatique, les médias prenant appui sur une procédure judiciaire avant même qu'elle ait abouti à une décision.

Pour faire cesser une contre-publicité destructrice, gravement préjudiciable à leur action et à leur image, qu'elles soient ou non responsables, les entreprises transigent à grands frais, dans les pays concernés, au profit non pas de consommateurs mais d'intermédiaires.

Enfin, les exemples américains l'attestent et particulièrement le droit québécois, les « *garde fous* » contre les dérives se révèlent illusoire.

Contrairement à ce que d'aucuns affirment, l'action de groupe n'est pas un modèle répandu en Europe. Si l'on assiste à la mise en place d'instruments nouveaux pour la résolution de contentieux collectifs dans différents Etats membres de l'Union européenne, les solutions retenues ne peuvent, sauf rare exception, être assimilées à des actions de groupe.

LES RAISONS ET OBSTACLES JURIDIQUES QUI S'OPPOSENT A L'ACTION DE GROUPE

L'action en justice n'est pas un acte banal, il nécessite un engagement personnel de celui qui l'intente. En aucun cas, on ne peut admettre la mise en place de dispositifs qui encouragent les actions infondées ou systématiques.

Dans le cadre d'une action de groupe, le consommateur qui en prend l'initiative, n'agit évidemment pas seul. Là où ce dispositif existe, c'est généralement un avocat qui intervient pour lui. Ainsi, des cabinets spécialisés recherchent, initient et gèrent les actions de groupe. Ils négocient aisément des honoraires équivalents au minimum au tiers, voire plus, des sommes versées par l'entreprise défenderesse, alors que chaque consommateur doit fréquemment se satisfaire d'une modeste indemnisation ou d'un bon d'achat de faible montant.

En outre, un tel système est source de conflits d'intérêts entre l'avocat et ses clients, l'avocat préférant transiger plutôt que de courir le risque de ne toucher aucun honoraire en cas d'issue défavorable du procès (système des honoraires de résultat), alors qu'il a supporté tous les coûts de la procédure.

Le principe d'un recours collectif intenté par un « représentant » prétendant agir au nom d'un groupe anonyme d'individus ne peut en aucun cas être approuvé, d'une part, pour ne pas déresponsabiliser les consommateurs qui doivent rester maîtres de leurs choix, conserver la liberté de conduire personnellement la défense de leurs intérêts et en assumer pleinement la responsabilité et, d'autre part, pour ne pas les « instrumentaliser » en utilisant le biais de la réparation de leurs préjudices pour servir d'autres finalités, en particulier, d'ordre punitif.

Dès lors, l'exigence d'un **système de mandat exprès est incontournable.** Le principe d'une décision sur la recevabilité et/ou sur le fond qui lierait l'ensemble des consommateurs concernés, sauf ceux qui manifesteraient leur volonté de s'en exclure (*l'opt out*), n'est pas acceptable. En outre, on ne peut exclure que ce système puisse être détourné par des concurrents mal intentionnés. Enfin, la constitutionnalité de ce système est contestée par la plupart des juristes, de même que sa compatibilité avec les règles du droit européen.

□ A cet égard, les débats qui ont eu lieu dans plusieurs pays européens sur l'introduction de recours collectifs dans leurs systèmes juridiques sont particulièrement instructifs : la Suède a considéré que le système de l'*opt out* violait son droit constitutionnel et la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Le Royaume-Uni a renoncé à introduire dans son système juridique un recours collectif du type « *class action* », pour lui préférer un regroupement de demandes individuelles maintenant une expression de volonté du consommateur dès l'engagement de l'action, sans déresponsabilisation des justiciables.

Quant à l'Allemagne, qui vient d'adopter une loi instituant à titre expérimental pendant cinq ans, une « *procédure modèle* » pour régler certains litiges dans le domaine des marchés de capitaux, elle n'a pas non plus retenu le système du recours collectif mais a organisé un mécanisme original reposant sur des instances individuelles.

□ **Les justiciables attendent de l'Etat qu'il assume pleinement son rôle en cas d'infraction à la loi ou à la réglementation.**

Il semble paradoxal que les partisans de l'introduction en France de l'action de groupe y voient un moyen de réduire le recours au pénal, alors que la philosophie de cette action n'est pas principalement la réparation de dommages mais un moyen de sanctionner des comportements illicites, en encourageant pour cela des poursuites à caractère punitif.

On est donc bien loin d'une dépenalisation du droit. En réalité, on substitue à l'action publique celle menée par des opérateurs privés.

Le concept d'une action de groupe ne comportant pas de réclamations individuelles en raison du caractère « *diffus* » du préjudice a toujours cheminé parallèlement à celui de l'action de groupe en général. L'expression de « *préjudice diffus* » est particulièrement mal choisie pour définir ce type d'actions. Elle est, au demeurant, ambiguë, puisque certains l'utilisent pour désigner les préjudices de faible montant. Cette perspective d'évolution est, en réalité, l'expression d'une doctrine développée par certains universitaires, tant aux Etats-Unis qu'en Allemagne et en Italie, qui voudrait que le recours collectif ne soit pas uniquement une mesure compensatoire destinée à faciliter l'administration de la Justice, mais également un moyen d'encourager les poursuites punitives afin de confisquer le profit « *indu* » de l'entreprise.

Cette notion d'un « *ministère public privé* » (« *ideological plaintiff* » ou « *private attorney general* ») est dangereuse - car elle **dénature l'action publique - et, de surcroît, inutile. Le droit positif permet déjà de sanctionner les pratiques illicites et, depuis 1973, les associations de consommateurs bénéficient de l'action syndicale qui leur permet d'exercer l'action civile devant les tribunaux répressifs. Or, on ne peut admettre que - via une action collective - d'autres objectifs, tels que l'introduction d'un recours punitif, soient ainsi poursuivis.**

Cela signifie également qu'un système de dommages et intérêts à caractère punitif n'a pas sa place en droit français.

Le risque d'être condamné à des dommages et intérêts punitifs constitue pour les entreprises une menace qui peut mettre en cause jusqu'à leur existence et les conduit à accepter des montants transactionnels sans rapport avec les préjudices invoqués.

L'indemnisation doit demeurer fondée sur les principes du droit français, en particulier sur le maintien du principe de la réparation intégrale.

L'introduction de dommages et intérêts punitifs en France supposerait une réforme générale de la responsabilité civile, sans préjudice des débats requis pour préciser les conditions nécessairement restrictives de l'allocation de tels dommages et intérêts.

□ **Les principes généraux de la procédure civile protecteurs des justiciables, ne peuvent être remis en cause**

- « *Nul ne plaide par procureur* » : cet adage ne signifie évidemment pas qu'on ne peut pas être représenté dans un procès ; ceci est tellement vrai que dans la procédure de droit commun la représentation, par un avocat ou un avoué, est obligatoire. Il signifie seulement que le représentant ne peut pas occulter le représenté, c'est dans la personne du *représenté* que s'apprécie la recevabilité et le mérite de la demande.
- Cette règle est un corollaire du premier principe de toute procédure, **le respect des droits de la défense**, obstacle à l'arbitraire judiciaire et aujourd'hui de valeur constitutionnelle (Article 6 de la CEDH).
- **L'autorité relative de la chose jugée** : le jugement n'a autorité de chose jugée qu'à l'égard des parties au procès, titulaires du droit substantiel litigieux ou débitrices de ce droit. Si le véritable titulaire du droit substantiel litigieux ou son véritable débiteur n'est pas partie au procès, le jugement n'a pas autorité de chose jugée à son égard : « *c'est une prérogative essentielle des personnes et des plaideurs potentiels en matière civile, que de n'être pas liés par une décision de justice rendue sans qu'ils aient pu faire valoir leur point de vue* »⁴. On ne saurait introduire dans notre droit un système qui fait exception à cette règle et qui trouverait son paroxysme dans « *l'opt out* » par lequel un justiciable peut, sans en être informé, se trouver lié par une décision issue d'une procédure à laquelle il n'est pas associé.
- **La prohibition des arrêts de règlements** : corollaire de l'autorité de la chose jugée, cette règle traditionnelle de procédure française (aujourd'hui traduite dans les articles 4 et suivants du NCPC) rappelle qu'il n'y a pas, et ne peut y avoir, de jugement *in abstracto*, statuant indépendamment des parties au litige et de leurs situation et prétentions particulières. Tout jugement est circonstanciel, car tranchant entre les seules prétentions formulées par les parties au litige.
- **Les règles de procédure relatives à l'examen de la recevabilité de la demande** : cette recevabilité ne s'apprécie qu'au regard des exceptions visées à l'article 122 du NCPC (intérêt à agir, prescription, chose jugée...) et ne vaut, en aucun cas, appréciation des chances de succès de l'action. A cet égard, la solution américaine ou québécoise d'une procédure en deux étapes, avec dans un premier temps, la « *certification* » du groupe ou « *l'autorisation* » de l'action de groupe s'inscrit en contradiction avec notre tradition procédurale protectrice des intérêts du défendeur. Accordée par un juge, la « *certification* » ou « *l'autorisation* » rend vraisemblable, aux yeux de l'opinion publique, le bien-fondé du recours collectif : le fond du litige n'a même pas encore été étudié, encore moins jugé. C'est une sorte de « *mise en examen* » de l'entreprise défenderesse. Par la publicité qu'elle autorise, la « *certification* » ou « *l'autorisation* » donne à l'avocat demandeur un moyen de chantage sur l'entreprise défenderesse, incitée à transiger au plus vite pour éviter des campagnes médiatiques dévastatrices, alors même que sa responsabilité ne devrait pas - en réalité - être engagée.

□ **La déontologie des avocats doit demeurer gouvernée par ses principes fondateurs :**

- interdiction du démarchage (cf. le récent décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat),
- encadrement de la publicité,
- prohibition du pacte « *de quota litis* », c'est-à-dire l'interdiction de la rémunération exclusive de l'avocat par un intéressement aux résultats du procès ; le fait que le Conseil National des Barreaux

⁴ G. Bolard, Les principes directeurs du procès civil, JCP 1993, 1-3693, n° 16.

considère que « *la prohibition du pacte de quota litis ne pourrait que faire échouer la réforme envisagée de l'action collective* »⁵ est révélateur de l'enjeu en cause.

LES VOIES AMIABLES DE RÈGLEMENT DES LITIGES DE LA CONSOMMATION

En tout état de cause, aucune initiative ne doit être prise au détriment des modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation qui se sont très positivement développés ces dernières années et qui constituent la réponse qu'attendent les consommateurs en termes de rapidité, d'efficacité et de faible coût.

Il faut rappeler que le coût d'une judiciarisation accrue des litiges entre professionnels et consommateurs est nécessairement répercuté sur les prix des produits et des services.

Il faut donc poursuivre dans la voie du développement du règlement amiable des litiges. C'est, au demeurant, l'orientation donnée par la Commission européenne dès les recommandations du 30 mars 1998 et du 4 avril 2001.

⁵ Rapport « La « *class action* » à la française, faut-il étendre l'action collective ou l'action du groupe ? », Commission transversale du Conseil National des Barreaux, janvier 2005.

CONTRIBUTION DE MAITRE CLAUDE LAZARUS
AVOCAT A LA COUR, MEMBRE DU CONSEIL DE L'ORDRE

1. Les modifications ou améliorations des procédures existantes n'appellent pas de commentaire particulier.
2. En ce qui concerne la création d'une action de groupe, le rapport indique que deux voies ont été envisagées par le groupe de travail : une action inspirée de la *class action* des Etats-Unis et du recours collectif québécois, et une action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse.

S'il est précisé, à propos de la première voie que "*l'action peut être engagée par toute personne, avocat ou association intéressée*", cette même mention ne figure pas dans la description de la seconde voie.

Au contraire, en page 31, le rapport indique que "*réserver le droit d'introduire l'action déclaratoire aux seules associations de consommateurs aurait pour effet de limiter certains abus dans l'usage de cette action*".

Dans la mesure où elle viserait les avocats, cette affirmation dénigrante est inacceptable.

Il est important de rappeler que, quelle que soit la voie choisie, les avocats, professionnels du droit et titulaires d'une assurance de responsabilité civile au bénéfice du public, devront toujours pouvoir être les initiateurs d'une action de groupe.

3. Participe des droits de la défense, le fait pour tout justiciable de connaître ses adversaires, leur nombre, leur qualité, afin d'être en mesure d'élaborer sa défense.

Aussi, les avocats, attachés au respect des droits de la défense, considèrent que la seule voie acceptable de constitution du groupe, est, quelle que soit la procédure finalement retenue, celle dite de « *l'opt in* », c'est-à-dire l'adhésion volontaire et en connaissance de cause d'une partie à l'action engagée.

Cette considération de bon sens et de bonne justice constitue d'ailleurs un principe garanti par notre droit constitutionnel et par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH).

4. Si le principe de la réparation intégrale du préjudice n'a pas valeur constitutionnelle, il paraît néanmoins difficilement acceptable que soit institué un mécanisme de réparation forfaitaire.

Si cette réparation forfaitaire devait être globale, elle se heurterait à l'objection mentionnée en 3. : violation du principe de la contradiction.

Si l'idée d'une indemnisation globale du groupe était néanmoins adoptée, l'Ordre des Avocats de Paris est opposé à la suggestion, figurant en page 28 du rapport, qu'un tiers (assureur, association de consommateurs ou mandataire liquidateur) puisse être chargé de répartir entre les victimes cette indemnité. Cette mission entre par nature dans l'office du juge.

Si la réparation était individuelle, elle serait probablement plus acceptable, mais, comme l'indique justement le document de travail, elle serait source de difficultés : c'est une raison supplémentaire de se prononcer pour un mécanisme « *d'opt in* » avec individualisation du préjudice de chacun.

5. Le schéma d'une action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse est à bien des égards tentant.

Il est cependant difficilement compatible avec le droit français de la responsabilité, notamment avec l'appréciation du fait de la victime ou du fait du tiers.

En outre, l'Ordre des Avocats de Paris se saurait adhérer à l'affirmation, figurant en page 29 du rapport, que le juge n'aurait pas à se prononcer sur "*la représentativité du représentant du groupe*" si l'introduction de l'action de groupe était réservée aux associations agréées de consommateurs, "*celle-ci étant présumée*".

Cette présomption ne peut qu'être limitée à la défense de l'intérêt collectif des consommateurs, mais en aucun cas à la défense de leurs intérêts individuels.

6. Sur le champ de l'action de groupe, le Conseil de l'Ordre s'en est remis, comme il se ~~devait en pareille matière, à la sagesse du législateur~~

7. En contrepartie de l'introduction en droit français d'une action de groupe, la nécessité d'une dépenalisation, au moins partielle, du droit de la consommation doit être réaffirmée avec force.

CONTRIBUTION DU BÂTONNIER JEAN-GUY LÉVY

PREAMBULE :

Le rédacteur de la présente Note tient à réitérer les propos qu'il a tenus lors de la réunion du groupe de travail du 26 octobre 2005 sur la qualité et l'objectivité du « document de travail » remis aux membres du Groupe ce jour là.

Il apparaît en effet que, tant sur le plan de l'historique que sur celui des différentes propositions et options, le document reflète très fidèlement les travaux du groupe de travail et a le très grand mérite de laisser au futur législateur les choix politiques qui lui incombent.

- A - Points communs :

Quelles que soient la ou les formules qui seront retenues par le futur projet de Loi, deux points apparaissent incontournables.

1°/ Nécessité de retenir la seule compétence du Tribunal de Grande Instance, à l'exclusion de toute autre juridiction.

L'unanimité semble t'il des membres du Groupe a reconnu que compte tenu de l'importance que prendra la future action de groupe, il apparaît légitime d'en réserver la compétence à la seule juridiction de Droit commun, soit le TGI.

2°/ Par ailleurs, le rédacteur de la présente Note réitère la nécessité selon lui de ne pas réserver la future action de groupe aux seules Associations de consommateurs.

Ainsi qu'il l'a déjà été précisé antérieurement, et notamment par la diffusion de la motion adoptée le 10 septembre 2005 par l'assemblée générale du Conseil National des Barreaux, le libre accès au Juge est un droit fondamental dont ne saurait être exclu aucun justiciable.

En outre, le principe de l'égalité des citoyens usagers du service public de la justice ne permet pas de réserver l'action de groupe aux seules Associations de consommateurs qui n'ont pas vocation à représenter la totalité des justiciables.

- B - Sur les différentes options envisagées :

1°/ Le rédacteur de la présente Note tient à réitérer sa préférence pour un recours collectif inspiré du Droit positif québécois qui paraît respecter l'équilibre entre les différentes parties tout en permettant l'instauration d'une véritable action de groupe.

2°/ Il apparaît effectivement opportun de ne retenir dans un premier temps que l'option dite « opt in » ; l'option « opt out » s'imposera vraisemblablement dans un second temps car elle caractérise la véritable action collective, mais elle serait pour l'instant un bouleversement trop important de nos mentalités juridiques et judiciaires.

3°/ Nous marquons notre préférence pour un champ large de l'action collective comprenant l'ensemble du Droit de la responsabilité.

4°) Préférence également pour la compétence ratione loci du premier Tribunal de Grande Instance saisi, avec probablement une spécialisation de quelques grands Tribunaux équitablement répartis sur le territoire national.

5°) En matière de publicité, préférence pour une publicité au début de l'action et non après le jugement sur la recevabilité, mais avec un certain nombre de précautions ; une des formules envisageables serait une ordonnance sur Requête du Président de la juridiction que l'on se propose de saisir, qui fixerait de manière précise la publicité autorisée.

6°) Nous tenons à marquer notre totale opposition à la compétence envisagée de l'huissier de justice pour répartir les sommes éventuellement recouvrées. Ceci n'entre nullement dans la compétence de l'huissier de justice, qui est là pour recouvrer et faire exécuter les décisions de justice.

Une fois les sommes recouvrées, la répartition ne peut ressortir que de la compétence de l'avocat dont on rappelle que le ministère est obligatoire en matière de TGI, le représentant des plaignants n'étant pas l'huissier de justice mais l'avocat.

7°) Nous sommes conscients du changement de mentalité qu'entraînerait l'introduction dans la future action collective de la procédure dite de « discovery ».

Cependant, cette procédure qui est consubstantielle avec l'action de groupe s'imposera tôt ou tard.

8°) Accord sur le refus de dommages et intérêts punitifs.

9°) En revanche, la possibilité pour le Juge d'ordonner au professionnel condamné la mise en œuvre de mesures de réparation en nature appropriées paraît indispensable, et est en outre de nature à valoriser l'image de l'action de groupe dans le public.

10°) Sur le fonds d'aide aux actions de groupe :

Si dans un premier temps l'on peut admettre que ce fonds ne sera pas immédiatement créé, cette idée ne doit pas être abandonnée ; l'expérience québécoise montre qu'elle fonctionne de manière satisfaisante.

11°) Il n'y a pas lieu effectivement de prévoir une procédure spécifique de transaction à l'action de groupe, la législation actuelle permettant à cette transaction de se concrétiser.

En outre, et de manière générale, la quasi-totalité des participants aux groupes de travail ont souhaité qu'il soit dérogé le moins possible aux règles actuellement en vigueur du Nouveau Code de Procédure Civile.

TOULON le 03 novembre 2005,
Bâtonnier Jean-Guy LEVY.

Quel champ d'application pour l'action de groupe ?

La lettre de mission adressée au gouvernement vise le droit de la consommation. Le groupe de travail interministériel ne s'est donc pas interrogé sur le champ d'application de l'action. Pourtant deux séries de raisons militent pour que l'on ne restreigne pas l'action aux seuls dommages de consommation:

1/ Il ne paraît pas justifié de réserver l'action aux seuls dommages de consommation :

- Le droit d'agir en justice est un droit de **valeur constitutionnelle** et européenne. Il implique un égal accès à la justice pour une même cause. Si l'action de groupe vise à réparer un préjudice particulier (le préjudice de masse), elle se détermine en fonction de la **nature du préjudice** subi, et doit donc être ouverte à toute personne qui subit ce type de préjudice. Réserver une action de groupe aux seuls consommateurs la détournerait de cet objectif et reviendrait à la faire dépendre du domaine dans lequel la faute se réalise.
- La **frontière entre consommateur et non consommateur** est difficile à tracer et laisse place à l'incertitude: par exemple, certaines associations de consommateurs spécialisées dans le secteur financier pourraient se voir refuser d'agir sur la base d'une action de groupe au motif qu'elles assurent la défense des seuls épargnants. On devrait alors préférer mettre en place cette action pour les litiges résultant d'un acte de consommation plutôt que s'attacher à la personne du consommateur.
- Mais, au sens strict, l'**acte de consommation** ne recouvre que le droit de la consommation. Or, il n'est pas toujours pertinent de distinguer entre le dommage de

consommation et le dommage à l'environnement, ou à la santé. Il faudrait alors préférer une acception large de l'acte de consommation qui englobe ces domaines voisins.

Ces ambiguïtés sémantiques ne manqueraient pas de rejaillir sur le procès et d'entamer son efficacité.

2/ Il serait en outre dangereux de restreindre l'action aux seuls dommages de consommation

- Une telle restriction ne manquerait pas d'engendrer des **comportements opportunistes et dilatoires** : la défense pourrait profiter de ce flou sémantique pour contester le caractère consumériste de l'acte et retarder, voire bloquer, le déroulement de la procédure.
- Le juge se verrait confier la tâche d'apprécier, au préalable, si le domaine de l'action est bien respecté. **Les délais et la gestion des instances** s'en trouveraient alourdis, au détriment de l'objectif d'efficacité.
- Il pourrait en découler des solutions contradictoires des juges du fond et une inflation du contentieux à tous les échelons.

En définitive, restreindre le domaine de l'action ne serait pas justifié sur le plan juridique et serait source de perte d'efficacité sur le plan procédural.

Certes l'action de groupe appelle la prudence, mais celle-ci ne saurait à elle seule expliquer que l'on tienne à l'écart d'une procédure qui se veut équilibrée (dans la droite ligne des propositions Calais-Auloy revisitées par le Doyen Guinchard) toute une partie des justiciables.

Véronique Magnier

Agrégée des facultés de droit
Professeur à l'Université de Picardie- Jules Verne