

L'ACTION DE GROUPE : VERS UNE CONSÉCRATION ?

SECOND VOLET (PARTIES III ET IV)

III – UNE ACTION DE PLUS EN PLUS PRÉSENTE EN DROIT COMPARÉ

Hormis l'adoption ancienne de l'action de groupe aux USA et du recours collectif au Québec, ce type d'action se développe dans de nombreux pays^{1*}. Et l'Union européenne n'échappe pas à cette tendance. Les modèles varient notamment quant aux domaines de l'action et aux personnes habilitées à l'engager. Mais une constante se dégage : les actions sont encadrées pour éviter les risques d'excès liés à la *class action* américaine qui vient d'ailleurs elle-même d'être réformée pour lutter contre certains de ces excès.

A. LES ACTIONS DE GROUPE DANS LES ÉTATS TIERS À L'UNION EUROPÉENNE

Deux modèles sont principalement mis en avant : les *class actions* américaines – soit un exemple à ne pas suivre – et le recours collectif québécois – soit un exemple à suivre². Quelques indications seront données sur les actions au Brésil et en Australie.

1. Le modèle américain de la *class action*

a) La présentation de la procédure

La procédure civile américaine permet l'ouverture par une ou plusieurs personnes ou une organisation, se présentant

comme représentatives d'un groupe, d'une action en justice pour le compte de l'ensemble des membres du groupe, sans que ceux-ci soient individuellement identifiés. L'action porte sur de très nombreux domaines. D'une manière générale, elle vise à renforcer les droits des communautés, qu'il s'agisse de celle des consommateurs ("consumer class action"), des minorités, des victimes de discrimination raciale ou religieuse, etc.

La *class action* obéit à plusieurs régimes :

- celle qui relève de la compétence des juridictions fédérales est régie par la règle 23 du code fédéral des procédures civiles (Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure), modifiée en 1966 et 2005 (voir ci-après § c sur cette dernière modification) ;
- celle qui relève de la compétence des juridictions étatiques est soumise aux règles de procédures de l'État fédéré concerné, celles-ci s'inspirant toutefois généralement de la même règle 23.

La *class action* s'est développée, à partir du xx^e siècle, dans des affaires qui opposent les détenteurs de valeurs mobilières aux dirigeants de sociétés ("securities class actions")³. Puis, suite à la modification de la règle 23 en 1966, elle s'est généralisée dans tous les domaines : droits civiques, droit de la consommation, droit de l'environnement, droit du travail, etc.

* Les notes sont regroupées en fin de texte (p. xi et xii).

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 étatique⁴.

Le résultat de ces actions se manifeste sous la forme de réparations civiles du ou des dommages subis. Il peut aussi s'agir d'une injonction faite au défendeur de mettre fin à telle ou telle conduite ou d'agir en tel ou tel sens vis-à-vis de toute personne se trouvant dans une situation semblable. Cela peut également être une déclaration d'illégalité, valant à l'égard de tous, de telle norme ou de telle ou telle pratique.

La procédure se déroule suivant trois étapes principales : la certification, la notification et le jugement sur le fond.

La phase de certification

La procédure débute par une assignation. Le juge va autoriser ou non l'action, en délimiter son objet, définir la composition du groupe, déterminer l'identité et les pouvoirs du ou des représentants du groupe ainsi que le cabinet d'avocats concerné et spécifier les mesures de notification de l'action aux membres du groupe. La décision est susceptible d'appel, qu'elle autorise ou refuse l'action.

Environ la moitié des procédures ne franchissent pas cette étape, soit parce qu'une transaction est conclue auparavant, soit en cas de refus de certification, soit plus rarement en cas de désistement.

La règle fédérale 23 a) prévoit d'abord quatre conditions cumulatives pour que l'action soit déclarée recevable :

- les membres du groupe doivent être si nombreux que la jonction d'instance ("joinder") ne soit pas envisageable en pratique (condition de "numerosity"), mais le groupe doit être suffisamment défini et vérifiable sur la base de critères objectifs pour qu'il soit possible pour les membres du groupe de s'identifier comme tels;
- les questions de droit et de fait sont communes au groupe (critère de "commonality"; les questions étant considérées comme communes si elles sont au moins similaires);
- les demandes ou défenses des représentants sont typiques de celles du groupe, c'est-à-dire exemplaires des diverses situations vécues dans la classe (critère de "typicality");
- le représentant protège honnêtement et correctement l'intérêt du groupe (critère de "adequacy of representation").

L'action doit en outre satisfaire au moins à l'une des exigences complémentaires fixées par la règle 23 b). Celle-ci définit trois types de situation dans lesquels la procédure est justifiée :

- l'existence d'un risque de contradiction entre les décisions de justice qui pourraient être rendues dans le cadre d'instances individuelles distinctes;
- l'action vise à obtenir d'un défendeur une injonction de faire ou de ne pas faire, telle l'injonction faite à une administration de respecter des droits civiques ("public law class actions");
- la *class action* concerne la réparation des dommages subis par de nombreuses personnes, globalement importants mais individuellement peu élevés (préjudices diffus). Ce type d'action est le plus répandu. Elle doit alors apparaître comme la méthode la plus avantageuse pour résoudre un litige dans lequel les questions de droit et de fait communes au groupe sont prédominantes par rapport aux questions individuelles.

La phase de notification

Lorsque l'action est certifiée, elle est notifiée aux membres du groupe défini par le jugement de certification. La notification est en principe individuelle. Toutefois, s'il est impossible d'identifier les membres du groupe moyennant un effort raisonnable, elle peut être collective, notamment par voie de

presse. Le juge a une liberté de gestion quant au choix de la technique de notification.

Cette notification permettra aux membres du groupe de s'exclure de celui-ci ("opt-out") ou, plus rarement, de confirmer leur volonté d'en être membres ("opt-in"), dans le délai imparti par le jugement. En cas d'*opting-out*, le jugement s'appliquera à tous ceux qui n'ont pas expressément choisi de s'exclure.

La phase de jugement

Après la notification et un débat au fond, un jugement est rendu. Si la responsabilité du professionnel est retenue, le tribunal fixe le montant global forfaitaire de l'indemnisation qui sera partagée entre les membres du groupe, après déduction des honoraires de l'avocat. Pour cette répartition, le juge peut renvoyer à des audiences ultérieures l'examen des réclamations individuelles et la répartition du montant global ou en confier la répartition à une personne ou une institution qualifiée qui agira sous son contrôle et selon les critères définis dans le jugement. En résumé, chaque personne appartenant au groupe au profit duquel le jugement a été rendu devra faire valoir sa qualité de membre pour pouvoir bénéficier de sa quote-part de droits ("claims procedure").

S'il existe un reliquat (dommages et intérêts non distribués), le tribunal décidera de son affectation (restitution au défendeur ou emploi au profit de causes ou d'œuvres d'intérêt public en rapport avec l'objet du litige).

Le juge peut aussi limiter l'objet de l'action de groupe à l'examen du principe de responsabilité du défendeur puis, si cette responsabilité est retenue, renvoyer à des procédures individuelles ultérieures pour fixer le préjudice subi par chaque membre du groupe.

Si la transaction intervient avant ce jugement, soit dans plus de 90 % des affaires, une notification devra être faite auprès des membres du groupe afin de leur permettre de s'en exclure ou de s'y inclure. La transaction sera ensuite soumise à homologation.

Les autres règles applicables à la procédure

Les règles processuelles de l'action de groupe se conjuguent avec de nombreuses autres règles telles celles relatives à la preuve (règle de la "discovery", qui donne aux parties des droits très importants en matière de recherche de preuve, chacune devant communiquer à l'autre tous les éléments en sa possession sous peine de sanctions pénales), les "punitive damages" qui permettent de condamner la partie qui succombe à payer aux victimes une somme qui correspond à l'indemnisation de leur préjudice et également à une sanction civile.

Trois autres règles sont également importantes en ce domaine : la présence d'un jury populaire, la possibilité pour les avocats d'être rémunérés exclusivement par un pourcentage des indemnités obtenues par les membres de la *class action* ("contingency fees") et de recourir à la publicité. Ce qui contribue grandement aux critiques faites à l'encontre de cette procédure (voir ci-après).

Observations sur les coûts de la procédure

Les frais, y compris ceux de notification, sont généralement avancés par les avocats. Ceux-ci les récupèrent ensuite en prenant un honoraire de résultat qui correspond à un pourcentage des dommages et intérêts alloués par le tribunal ou convenus dans le cadre de la transaction. Ce pourcentage serait de l'ordre de 20 à 35 %.

Le calcul et le montant de la rémunération font l'objet d'un contrôle du juge, mais seulement si la demande lui en a été faite par l'une des parties ou par les avocats eux-mêmes.

b) Les critiques faites à la procédure

De nombreux documents décrivent les excès auxquels a donné lieu la *class action*.

La multiplication des actions

Le système de la *class action* a été étendu à de nombreux domaines : santé, finance, concurrence, droit social, etc. Les actions sont donc nombreuses. « *Au 30 septembre 2003, 4 977 class actions étaient en cours devant les tribunaux fédéraux contre 4 835 un an plus tôt*⁵. »

Chaque Américain serait engagé dans au moins une action collective, voire « *dans sept à dix procédures*⁶ ».

Le “forum shopping”

Les médias se sont fait l'écho de l'octroi de forts dommages et intérêts dans les procès contre Microsoft, Exxon, Visa et Mastercard, les fabricants de tabac, etc. Dès lors, l'une des critiques est celle du “forum shopping” : des procédures ont été artificiellement rattachées à des juridictions (“magnet jurisdictions”) dont les jurys populaires sont généreux dans l'octroi des indemnisations.

L'enrichissement des avocats

La procédure est également accusée d'avoir surtout profité aux “lawyers” qui se rémunèrent au résultat. S'ils supportent entièrement les frais de procédure, ce sont eux qui prennent au final une large part des bénéfices obtenus. De plus, ils ont recours à la publicité et se livrent ainsi à un véritable démarchage pour “recruter” des personnes afin de multiplier les recours⁷. Les avocats sont dès lors considérés comme de véritables “entrepreneurial lawyers”, des cabinets s'étant spécialisés dans les actions de groupe.

Faible efficacité par rapport à l'objectif d'indemnisation

Si la finalité de la *class action* est la réparation des dommages subis par les demandeurs, la réalité démontre que le montant des réparations alloué à chacun d'entre eux est souvent peu élevé. La réparation peut aussi s'effectuer en bons d'achat alors que l'avocat sera, lui, rémunéré sur la base d'un montant en dollars.

Le mode de financement de la procédure est considéré comme incitant les avocats du groupe à rechercher un accord avec le défendeur pour uniquement leur permettre de rentrer dans leurs frais, ce qui ne va pas nécessairement dans le sens d'une bonne indemnisation des membres du groupe.

Les victimes ne réclament pas nécessairement leur dû. Par exemple, beaucoup de Français ayant ces dernières années traité avec la Western Union ont été avertis de l'existence d'une procédure aux États-Unis pour irrégularité dans le taux de change; combien ont réclamé les quelques dollars accordés⁸?

Harcèlement judiciaire

Il est également observé que certaines entreprises ou certains secteurs d'activité sont systématiquement ciblés en raison de leur solvabilité (par exemple, le secteur pharmaceutique). Bien que considérées comme manifestement peu sérieuses, des actions exercent néanmoins un effet de chantage sur les entreprises⁹ et engendrent un coût élevé pour le système judiciaire.

En résumé, ce n'est pas l'action en soi qui est critiquée, ce sont ses débordements. Sa disparition n'est pour autant pas souhaitée par le patronat américain car elle est considérée « *dans son principe comme un système tout à fait acceptable, ne serait-ce que parce que les entreprises en usent aussi* » à l'encontre de leurs concurrents¹⁰. Elle est réellement considérée comme dissuasive, permettant ainsi de « *mettre fin à des pratiques jugées contraires à la loi ou au contrat*¹¹ ». Est cité le cas d'une « *entreprise américaine qui vendait des lentilles de contact 10 \$ le sachet, certains (emballage violet) contenant 30*

*paires à usage quotidien et d'autres (emballage jaune) 4 paires à usage hebdomadaire, le produit étant strictement identique. [Elle] a dû cesser cette pratique douteuse après avoir dû payer 70 millions de dollars de compensation*¹² ».

c) La réforme adoptée en 2005

En raison de ces critiques, sur demande du président des États-Unis, une réforme a été adoptée en février dernier¹³. La “Class Action Fairness Act” est applicable à toutes les actions initiées à compter du 18 février 2005.

Elle vise d'abord à limiter le “forum shopping” en attribuant compétence aux juridictions fédérales composées de juges professionnels pour certaines *class actions*.

La seconde innovation est le renforcement des contrôles par le juge et les autorités publiques des transactions dans les *class actions* relatives au droit de la consommation, qui prévoient l'attribution de bons d'achats.

2. Le recours collectif au Canada

a) Présentation de la procédure québécoise

Plusieurs provinces canadiennes (Québec, Ontario, etc.) sont dotées d'une législation sur le recours collectif. Celui-ci est également possible devant la Cour fédérale.

Le modèle québécois, entré en vigueur en 1979 et modifié en 2002 (articles 999 à 1052 du code de procédure civile), présente « *un intérêt tout particulier pour l'équilibre [...] à établir entre la possibilité de l'action collective et les limites à instaurer*¹⁴ ».

Il est inspiré du modèle américain mais tient compte de la réalité du droit civil québécois issu du droit français.

Le recours collectif est défini comme « *le moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres* ». L'action peut être intentée par un particulier, par une personne morale de droit privé (telles les associations de consommateurs). Tous les membres du groupe sont automatiquement inclus dans le recours. Mais s'ils ne veulent pas y participer, ils peuvent s'en exclure (opt-out).

Il s'agit d'actions en demande, dans tous les domaines dont celui du contentieux de la consommation¹⁵. Le requérant peut présenter une demande d'injonction ou en nullité d'un règlement avec des conclusions en dommages ou un recours en responsabilité du fabricant.

Le recours connaît trois étapes : l'autorisation, la notification et la décision finale.

L'étape d'autorisation

Le recours est introduit par un membre du groupe, est signifié au défendeur et donne lieu à un débat contradictoire. La première étape du recours, équivalente à celle de la *class action* américaine, est celle de son autorisation (“certification”) par la cour supérieure (tribunal de droit commun en première instance) qui a une compétence exclusive en ce domaine. Elle autorisera la procédure si elle est d'avis que les quatre conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- il existe des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes à l'ensemble des membres du groupe ;
- les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées, c'est-à-dire que la cause est sérieuse (apparence sérieuse de droit du recours), sans avoir à se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués (par exemple, la réparation d'un dommage) ; une condition d'apparence qui n'existe pas aux États-Unis, pour éviter les recours “frivoles” ;

– la composition du groupe justifie l'utilisation de la procédure (démonstration que les autres voies de recours tels les recours joints ou l'action par voie de mandat individuel sont difficiles ou peu pratiques à mettre en œuvre) ;

– le ou les requérants sont en mesure d'assurer une représentation juste et adéquate des membres du groupe.

Le jugement d'autorisation n'est pas susceptible de recours par le professionnel¹⁶. À l'inverse, le refus d'autorisation peut faire l'objet d'un recours. Autorisé par jugement, le requérant en tant que représentant du groupe pourra ensuite exercer le recours collectif¹⁷.

La phase de notification

Lorsque le recours est autorisé, la cour ordonne la publication d'un avis aux membres du groupe pour les informer des principales questions qui seront traitées collectivement et des conclusions recherchées qui s'y attachent; ainsi que la date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure du groupe et les formalités pour exercer ce droit d'opt-out. La cour choisit le mode de publication ou de diffusion «*en tenant compte des coûts qui y sont rattachés*», pouvant également ordonner une notification individuelle.

La décision finale

Le jugement final décrit le groupe et lie tous les membres qui ne se seront pas exclus du groupe.

Si le recours est gagné ou si une transaction entre les parties intervient, et si les membres du groupe ont droit à une indemnité, on procède alors au traitement des réclamations. De nouveaux avis sont publiés afin d'informer les membres du groupe des mécanismes de réclamation à suivre, des délais à respecter, etc.

Une transaction est possible entre les parties, à tout moment. Cependant, toute transaction est subordonnée à l'approbation de la cour, celle-ci devant veiller, du début à la fin, aux intérêts des membres du groupe. Tout projet de transaction donne lieu à un avis communiqué aux membres.

Le jugement final peut condamner le professionnel à des dommages-intérêts dits «*exemplaires*» (équivalent des «*punitive damages*») ou au remboursement d'une somme d'argent. Il peut ordonner que les réclamations des membres du groupe soient recouvrées collectivement ou fassent l'objet de réclamations individuelles.

Le recouvrement collectif sera ordonné lorsque le jugement permet d'établir de façon suffisamment précise les sommes dues à l'ensemble des membres du groupe, même si l'identité de chacun des membres ou le montant exact de leur réclamation ne sont pas établis. La somme est versée au greffe ou à un établissement financier. Elle sera ensuite distribuée aux membres du groupe selon les modalités prévues par le tribunal. Celui-ci peut aussi désigner un tiers pour effectuer cette liquidation, la fonction de ce tiers s'apparentant à celle d'un mandataire liquidateur dans les procédures collectives françaises.

Lorsqu'il n'est pas possible d'établir de façon suffisamment précise la somme due, le tribunal ordonne le traitement de réclamations individuelles. Les membres du groupe seront informés de la procédure à suivre et du délai. Dans ce cas, le défendeur peut faire valoir des moyens de contestation particuliers à l'égard de chacun des membres.

Les deux modes de recouvrement peuvent aussi être combinés : un recouvrement collectif pour une partie de la réclamation et une réclamation individuelle lorsque le jugement prévoit une indemnisation supplémentaire et particulière à certaines conditions.

Si un reliquat demeure, le tribunal peut de manière discrétionnaire décider de son attribution. De même, s'il est d'avis que la liquidation des réclamations individuelles ou la distri-

bution d'un montant à chacun des membres est impraticable ou trop onéreuse, il peut refuser d'y procéder et pourvoir à la distribution du reliquat des montants recouvrés collectivement après collocation des frais de justice et des honoraires de l'avocat du représentant du groupe. Le reliquat est généralement distribué à des organismes à but non lucratif dans des domaines qui sont directement ou indirectement reliés à l'objet du recours. La décision de justice sera ainsi exécutée au profit de l'ensemble des membres du groupe.

La procédure permet aussi le recouvrement sous forme de mesures réparatrices. Les membres sont indemnisés sous la forme d'un bénéfice collectif. Concrètement, une partie condamnée pour atteinte à l'environnement devra, par exemple, prendre en charge les coûts de dépollution.

Le rôle du juge

Un juge coordinateur est désigné pour suivre le recours. Il a un rôle très actif : certification de l'instance, approbation des avis aux membres du groupe, approbation du règlement ou du désistement de l'action, de la transaction, des honoraires de l'avocat («*procureur*»), etc.

Le financement du recours

Le représentant du groupe est seul responsable des frais et dépens en cas d'échec du recours. Pour éviter de compromettre l'exercice des recours, la loi québécoise a créé un «*fonds d'aide aux recours collectifs*». Ce fonds peut avancer les frais de procédure (honoraires d'avocat, frais d'experts et dépenses nécessaires à la préparation ou à l'exercice du recours) ou les assumer si aucune somme n'est finalement recouvrée¹⁸. En cas de succès du recours, l'aide sera remboursable sur les sommes recouvrées. Le fonds peut aussi prélever un pourcentage du reliquat, s'il en existe un, selon des taux fixés par règlement.

Outre le financement des actions, le fonds a également une fonction d'information sur les recours collectifs.

Il est alimenté par une subvention du ministère de la justice et en partie autofinancé par le remboursement des sommes avancées et par le pourcentage prélevé sur l'éventuel reliquat. Il est géré par un organisme indépendant du gouvernement.

Les avocats peuvent recevoir un pourcentage du montant total alloué, mais sous le contrôle du juge. La convention d'honoraires entre le procureur et le représentant doit être approuvée par le tribunal. Ce pourcentage est d'environ 20 %.

Les frais de justice et les honoraires de l'avocat du groupe sont prélevés sur le montant global payé par le défendeur.

b) Observations sur le fonctionnement

Le recours collectif est utilisé dans des domaines extrêmement variés, allant des dommages imputables aux prothèses mammaires aux problèmes de contamination de l'eau, en passant bien sûr par les problèmes classiques de consommation¹⁹ ou les questions d'épargne²⁰. Ils sont généralement intentés par des associations, telle l'Union des consommateurs qui regroupe vingt-cinq associations de consommateurs, ou par des avocats.

Cette procédure connaît, selon certains praticiens, un grand succès notamment en raison de l'accessibilité du financement (entre 1989 et 2004, 85,3 % des demandes d'aide ont été accordées) et de l'appréciation souple des critères de certification²¹. Certaines critiques s'élèvent contre la facilité de ces recours qui «*favorisent les avocats*», ceux-ci se spécialisant et ayant recours massivement à la publicité pour diligenter de telles actions²². Mais d'autres praticiens considèrent qu'il n'y a pas eu d'avalanche de poursuites. Au final, le recours collectif reste un moyen peu utilisé puisqu'il ne constitue environ

que 1 % des recours intentés au civil. Le mécanisme d'autorisation, grâce au critère de l'apparence de droit, est considéré comme ayant efficacement exercé un contrôle; évitant ainsi les recours manifestement frivoles et sans fondement²³. Pour 2003, seulement 25,2 % des requêtes ont été accueillies, 22 % ont été rejetées, 28 % étant encore pendantes²⁴.

L'une des critiques émanant des professionnels porte sur le fait que de fortes sommes sont demandées alors que seulement environ 10 % des victimes réclament la somme allouée. «*Le reliquat va à des organismes de charité et, par conséquent, ne sert pas à dédommager les victimes.*»

La procédure est considérée comme longue. Selon l'Union des consommateurs, «*l'ensemble des étapes peut s'échelonner sur des années, facilement cinq ans, parfois dix ans*».

En définitive, l'existence de la procédure de recours collectif et son mode de financement par le fonds sont unanimement considérés comme ayant permis «*un meilleur accès à la justice à des citoyens qui, autrement, n'auraient pas pu faire valoir leurs droits devant les tribunaux*»²⁵, jouant une fonction indéniable de régulation sociale.

3. La class action brésilienne

Le Brésil a adopté en 1985 une loi sur les *class actions*²⁶. Les dispositions ont ensuite été développées dans le code de la consommation²⁷. Cette action, appelée «*action civile publique*» y est définie «*comme une action introduite par le demandeur représentatif d'un groupe en vue de la protection de celui-ci dans une instance juridictionnelle dont le jugement rendu à cette occasion s'imposera au groupe dans son ensemble*». Bien que ces dispositions soient contenues dans le code de la consommation, le domaine de l'action de groupe est très large : litiges relatifs à l'environnement, à la concurrence, aux impôts et toute autre branche du droit.

L'action peut être exercée par des organismes publics (ministère public, municipalités, etc.) ou des organisations déclarées officiellement et ayant pour objet la protection des intérêts et droits protégés par le code (dont les organisations de consommateurs), sans nécessiter de mandat de la part de leurs membres. Elle peut l'être aussi par des personnes physiques.

4. La class action en Australie

L'action de groupe existe en Australie devant la Cour fédérale depuis 1992 et elle s'est fortement développée²⁸. La procédure peut être introduite par un particulier. Elle diffère de la procédure américaine en ce qu'elle n'exige pas d'autorisation préalable à l'action, en raison du coût et de la lenteur induits par cette étape. Les autres conditions à l'action sont plus souples que celles exigées aux États-Unis. La Cour exige seulement qu'il y ait une communauté de problème de droit ou de fait, qu'au moins sept personnes aient une plainte à l'encontre d'un même défendeur. Le consentement des membres du groupe n'est pas exigé mais ceux-ci peuvent s'exclure (opt-out) pendant une période définie par la Cour. Pour cela, celle-ci fixe les moyens de publicité, de manière discrétionnaire (Internet, par exemple).

Le domaine des actions est très large. Mais celles qui sont introduites concernent principalement la responsabilité du fait des produits et la fourniture de services publics.

B. L'ACTION DES INSTITUTIONS EUROPÉENNES ET DES ÉTATS MEMBRES

Alors que l'instauration de l'action de groupe n'est pas une priorité en droit européen, une telle action, ou à tout le moins une forme d'action collective, est de plus en plus présente dans les États membres²⁹.

1. L'action de groupe n'est pas une priorité européenne

L'action de groupe, en droit de la consommation, n'est pas un sujet de priorité pour les institutions européennes. Si, de-ci de-là, on trouve quelques évocations de l'action collective, l'élaboration d'un texte européen n'est pas encore explicitement à l'ordre du jour.

Suite au livre vert sur *L'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique*³⁰, l'action européenne s'est d'abord orientée vers l'adoption d'une directive permettant les actions en cessation à caractère transfrontières³¹.

Le débat sur la question rebondissait en 1999. Dans son livre vert sur *La responsabilité du fait des produits défectueux*³², la Commission s'est interrogée sur la question de savoir si la mise en œuvre de la directive 85/374/CE nécessitait des mesures spécifiques pour faciliter l'accès des victimes à la justice. Elle évoquait notamment les «*actions conjointes*», interrogeant les acteurs sur la possibilité d'envisager la mise en place «*de mécanismes plus perfectionnés pour permettre la représentation conjointe d'intérêts similaires, comme l'action de groupe en France ou l'action populaire au Portugal*». Parmi les réponses, l'UFC-Que Choisir indiquait qu'«*il conviendrait de mettre en place une véritable action de groupe*», ce que demandait également l'INC. L'État français considérait quant à lui qu'«*il ne paraît pas utile de recourir à une telle procédure*», le Medef adoptant la même position.

Dans son *Rapport sur l'application de la directive 85/374/CE*, dit «*Rapport sur le livre vert*»³³ de 2001, parmi les initiatives concernant l'accès à la justice, la Commission spécifiait qu'elle entendait «*lancer d'autres initiatives afin de faciliter les actions collectives des consommateurs*». Rien de tel n'est apparu, l'action de la Commission se focalisant plutôt sur le développement des mécanismes alternatifs de règlement des litiges.

Le Comité économique et social, estime lui, dans son avis du 10 février 2005 sur l'élargissement de l'Union européenne à vingt-cinq membres³⁴, qu'«*il y a lieu d'approfondir la question non seulement de la défense des intérêts collectifs, diffus ou individuels, homogènes des consommateurs, en révisant d'urgence la directive relative aux actions en cessation communautaires, pour en élargir le champ d'application de manière à permettre une véritable "class action", destinée à promouvoir la réparation de dommages au-delà de la simple cessation de pratiques illicites ou déloyales*».

Une telle action suscite pourtant un intérêt chez les consommateurs. Lors du sondage Eurobaromètre³⁵ sur «*les citoyens de l'Union européenne et l'accès à la justice*», réalisé en 2003, 63 % des consommateurs interrogés répondaient être disposés à défendre leurs droits devant les tribunaux s'ils pouvaient se joindre à d'autres consommateurs qui auraient à se plaindre de la même chose qu'eux. Les consommateurs français sont 68 % à avoir une telle opinion. Citant ce sondage lors de son discours prononcé en avril 2005 devant le groupe de travail de l'OCDE sur la résolution des litiges de consommation, le commissaire européen chargé de la consommation déclarait que de telles actions peuvent avoir un facteur décourageant pour les conditions déloyales et peuvent être utilisées pour s'attaquer aux commerçants déloyaux³⁶.

À noter que dans la proposition de programme de travail pour 2007-2013³⁷, la question de l'action de groupe n'est pas évoquée. Il paraîtrait pourtant souhaitable, en raison des nombreuses initiatives des États membres, que des réflexions soient faites au niveau communautaire sur ce sujet afin qu'une telle procédure soit harmonisée³⁸.

2. L'action de type collectif se développe dans les États membres

La plupart des pays européens connaissent à des degrés divers des actions collectives sous des formes diverses :

- d'action en représentation;
- de jonction d'instance ou de procédures regroupées;
- d'action dans l'intérêt collectif.

Compte tenu des traditions juridiques différentes, de terminologie, et des sources documentaires disponibles, il est très difficile de déterminer précisément dans quelle catégorie se situent les actions de ces pays.

On peut noter une évolution récente dans beaucoup de pays européens, un mouvement tendant à l'instauration de procédures collectives. Derniers en date, les Pays-Bas : un projet de loi est actuellement en cours de discussion pour accroître les possibilités de rechercher les réparations de dommages massifs. Il en est de même pour l'Italie³⁹. En Allemagne, en Finlande⁴⁰ et en Norvège, des réflexions sont en cours pour l'introduire.

Actuellement, seuls trois pays connaissent des actions que l'on pourrait qualifier de *class action* : la Suède, le Portugal et l'Espagne.

Quelques systèmes sont présentés ici.

a) Allemagne, Autriche et Suisse

Les *class actions* n'existent pas; des plaintes de groupe sont possibles mais l'action reste personnelle; les actions par intermédiaire ou représentation par d'autres personnes n'existent pas.

D'abord, bon nombre de sujets qui donneraient lieu à des *class actions* aux USA sont traités par des agences gouvernementales : par exemple, en Suisse, l'Agence fédérale pour l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et la Commission fédérale des cartels chargée de l'application de la législation antitrust.

Des jonctions d'instances sont possibles voire imposées, dans la procédure suisse, si plus de vingt parties ayant le même intérêt sont regroupées; dans ce cas, l'agence administrative concernée par l'affaire peut exiger un seul représentant des parties. Dans un cas récent, par exemple, plus de deux mille éleveurs suisses ont réclamé des dommages-intérêts au gouvernement fédéral en alléguant une déficience des autorités fédérales dans la prise de mesures préventives contre l'ESB avec pour conséquences des dommages financiers à ces fermiers : le gouvernement fédéral a demandé à ce que les éleveurs désignent un représentant.

Si toutes les victimes de masse n'agissent pas dans une même action, le tribunal peut surseoir pour aboutir à un résultat cohérent. Conformément aux codes de procédure civile bernois et allemand, un juge peut surseoir si le résultat de la procédure dépend du résultat d'une autre procédure, ou s'il doit régler la même question juridique qu'une autre procédure. Ceci permet au juge de coordonner étroitement des procédures et de faciliter le regroupement des procédures en une seule. Si des actions sont menées dans différentes instances, dans ces cas le code civil allemand prévoit que la cour d'appel peut déterminer dans quelles instances toutes ces actions doivent être intentées.

b) Angleterre

Une procédure spécifique de jonctions d'actions ("consolidation") peut permettre le regroupement de nombreuses plaintes. Ainsi, en 2000, la Chambre des lords a autorisé une action de plus de trois mille personnes résidant en Afrique du Sud, victimes de l'amiante exploité par une société enregistrée à Londres.

En 2000, l'Angleterre a pris des dispositions pour améliorer et développer les actions collectives "representative proceeding" qui se différencient de la *class action* américaine dans la mesure où chaque membre du groupe est partie à l'instance. Cette procédure était peu développée en raison de la difficulté pour les tribunaux d'évaluer et d'attribuer des dommages pour le compte d'un ensemble de victimes représentées; la nouvelle action "group litigation" se différencie de la *class action* dans le fait que chaque plaideur du groupe est partie prenante et non une partie représentée; l'objectif de ces procédures est de régler rapidement et uniformément les questions communes; elles permettent une répartition équitable des coûts.

Les avocats peuvent alimenter et consulter le "Service d'information de l'action multipartite de la Law Society", qui recense les autres cas qui pourraient donner lieu à une proposition d'action de groupe. Les avocats intéressés doivent former un "solicitor's group". Une demande d'autorisation de litige de groupe, ou permission officielle de conduire de telles démarches, est soumise à un juge.

Différents juges peuvent intervenir selon la facette du litige. Ainsi, les questions de fond seront toujours réglées par le juge principal ("managing judge"), mais il pourrait avoir besoin d'aide. Les règles prévoient alors la nomination additionnelle d'un "master or district judge" pour examiner les questions procédurales, et la nomination d'un juge spécialiste des frais.

Le jugement rendu lie toutes les parties "enregistrées" au moment où la décision est rendue, ainsi que, sauf indications contraires dans l'ordonnance de la cour, les retardataires. Une partie qui n'est pas satisfaite par un jugement ou l'ordonnance peut demander à faire appel.

S'agissant de la répartition des frais, la règle distingue entre les frais communs et les frais individuels. Là où une requête ou une audience concerne à la fois les questions communes au groupe et les différentes questions affectant seulement telle ou telle partie, la cour pourra déterminer les proportions des coûts attribuables aux frais communs et aux frais particuliers.

Conformément aux règles habituelles, les membres d'un groupe devront payer les frais de l'adversaire si le groupe perd l'action. Entre les membres d'un groupe de plaideurs la règle est : «une égale proportion, pour les frais communs, entre tous les membres du groupe». Ce à quoi peuvent s'ajouter des frais particuliers pour les frais supportés par le défendeur en démontrant qu'un réclamant particulier n'avait pas souffert la perte alléguée.

c) Portugal

En 1995 le Portugal a développé une procédure d'action collective dont le principe était inscrit dans la Constitution et qui prévoit un «*droit d'action populaire*» pour la prévention, la cessation ou la poursuite judiciaire de certaines infractions.

La loi détermine l'étendue du domaine de l'action populaire : la santé publique, l'environnement, la qualité de la vie, la protection de la consommation de biens et services, le patrimoine culturel et le domaine public.

Peuvent exercer cette procédure tous les citoyens ainsi que les associations et fondations, et les "autarcies locales".

Cette procédure prévoit une phase d'autorisation par le juge, qui peut la refuser s'il estime "improbable" le succès de ladite procédure.

L'auteur de l'action exerce son action sans mandat et représente les titulaires des intérêts mis en cause dans l'action, à l'exception de ceux qui s'en sont exclus (opt-out). L'action fait l'objet d'annonces et de communications publiques.

Le ministère public contrôle la légalité et représente l'État ou d'autres personnes publiques quand il est partie prenante ainsi que les absents, mineurs et incapables (auteurs, défendeurs ou prévenus).

Le juge a un pouvoir d'initiative propre en matière de preuves. Les décisions sont publiées aux frais de la partie perdante dans deux journaux choisis par le juge et supposés être lus par l'univers de ceux censés s'y intéresser (publication intégrale ou points essentiels).

Il n'y a pas de consignation de frais pour le demandeur, qui en reste exempt si la demande est partiellement fondée.

En cas de rejet total de la demande, le demandeur est condamné à un montant fixé par le juge, compris entre un dixième et la moitié des coûts qui seraient normalement dus s'il avait à les payer en totalité.

Les titulaires d'intérêts identifiés ont droit à une indemnité fixée selon le droit commun. S'agissant des victimes non identifiées individuellement, l'indemnisation est fixée globalement.

Les victimes peuvent obtenir une indemnisation dans les trois ans de la décision.

d) Espagne

L'Espagne s'est dotée, par une loi du 7 janvier 2000, d'une action de classe pour faciliter la réparation des dommages et préjudices subis par les consommateurs et usagers.

L'action en responsabilité civile peut être contractuelle ou délictuelle et permet la réparation de dommages causés par des clauses abusives, une concurrence déloyale ou une publicité illicite (il existait déjà des actions collectives pour ces domaines spécifiques). Les actions peuvent être exercées pour tout type de dommages patrimoniaux ou personnels y compris moraux.

L'action peut être engagée par une association de consommateurs, un groupe spécifique ("afectados") ou des autorités publiques. Le groupe doit être constitué de la majorité des victimes donc des victimes déterminées ou facilement déterminables (la charge de la preuve pèse sur le groupe). Néanmoins, du fait de leur légitimité, les associations n'ont pas besoin de regrouper la majorité des victimes.

Cette action légalement reconnue n'interdit pas l'exercice individuel d'une action en indemnisation. Il n'y a pas de litispendance entre l'action collective et les éventuelles actions individuelles.

Le consommateur peut intervenir dans la procédure collective initiée.

La publicité préalable de l'action de classe pour que les victimes puissent faire valoir leur droit ou leur intérêt individuel est prévue, les frais de publication entrent dans les frais taxés.

Le jugement apprécie la recevabilité de la demande d'action de classe et décide si le fait dommageable est imputable ou non au défendeur. Le jugement ne produit pas d'effet de chose jugée à l'égard des demandes d'indemnisations individuelles.

Le jugement qui reconnaît une indemnisation concrète à un consommateur constitue un titre exécutoire. Si le jugement n'a pas déterminé de préjudice individuel et s'est borné à indiquer les données caractéristiques et les conditions nécessaires pour obtenir une indemnisation, une procédure est prévue. Les tiers non parties au procès pourront bénéficier du jugement de classe à condition de remplir les conditions prévues au jugement.

En pratique, la loi a trouvé peu d'application, et son impact reste limité.

e) Suède

Un modèle d'action de groupe existait depuis 1973. Elle était limitée à l'origine aux cas où le "National Board of Consumer Claim" (NBC) avait déjà examiné et recommandé une indemnisation des consommateurs, puis l'ombudsman des consommateurs est devenu compétent pour les cas qui n'avaient pas fait l'objet d'examen antérieur par le NBC. Une quinzaine d'actions ont été engagées depuis 1991.

À la suite de la loi du 30 mai 2002, une nouvelle procédure de *class action* est entrée en application le 1^{er} janvier 2003.

Son exercice doit être autorisé par le tribunal qui analysera si la *class action* est le moyen le plus adapté aux besoins du groupe par rapport à d'autres actions contentieuses.

Elle peut être initiée par toute personne physique ou morale qui a un intérêt à l'action (action de groupe privée), une association peut être créée par une "not-for-profit association" (action de groupe d'association). Des groupes ad hoc peuvent être créés par des institutions publiques accréditées par le gouvernement.

Elle peut aussi être engagée par une autorité gouvernementale (action de groupe publique). En pratique, il s'agira essentiellement de l'agence de protection de l'environnement et de l'ombudsman de la consommation.

Il n'y a pas de limitation dans le domaine d'intervention. Il concerne essentiellement les droits de l'environnement, du travail et de la consommation.

Il ne peut y avoir d'action de groupe que si les membres du groupe sont identifiés ou facilement identifiables.

Les conditions de la procédure sont les suivantes :

- l'action est fondée sur des circonstances communes ou similaires pour les membres du groupe ;
- la procédure ne doit pas apparaître comme inappropriée pour certaines réclamations quant à leur fondement, se différenciant substantiellement des autres réclamations ;
- la plupart des réclamations ne pourraient être poursuivies aussi bien par des actions personnelles ;
- le groupe est défini de manière appropriée, en fonction notamment de sa taille et de son champ d'application ;
- le demandeur, prenant en considération les intérêts des demandeurs dans l'affaire, la capacité financière du demandeur à entamer une action de groupe et les circonstances générales, est approprié à représenter les membres du groupe dans l'affaire.

Si le demandeur à l'action n'est pas débouté, la procédure doit être notifiée aux membres du groupe. Les membres qui n'ont pas confirmé leur demande dans le délai imparti par la cour sont présumés l'avoir retirée (opt-in).

Le demandeur, en conduisant l'action de groupe, a l'obligation de protéger les intérêts des demandeurs. Si cela peut être fait sans inconvénient, le demandeur peut donner la possibilité aux membres du groupe de donner leur point de vue. La cour a la possibilité de désigner quelqu'un à côté ou en remplacement du demandeur pour conduire l'action (en substitution).

Les arrangements amiables conclus par le demandeur doivent être ratifiés par la cour.

Sur des sujets particuliers, les décisions peuvent être définitives pour certains membres du groupe et ajournées pour d'autres.

Le plaignant représentant le groupe assume la responsabilité des frais de procédure et, selon le droit commun suédois, la charge définitive des frais de procédure est pour la partie qui perd l'action en justice.

S'agissant des avocats, les conventions d'honoraires au résultat ("risk agreement") ne sont opposables aux membres du groupe que si elles ont été acceptées par le tribunal.

À ce jour le nombre d'actions engagées est très limité, on en a dénombré cinq qui n'ont pas encore abouti à des solutions définitives (amiables ou judiciaires). Elles ont été engagées contre une compagnie aérienne défaillante, une société de

surveillance ne respectant pas les règles relatives aux fichiers informatiques, un fonds de pension pour sa mauvaise gestion, un organisateur de concours de pronostics de football, et une compagnie d'électricité.

IV – LA PROBLÉMATIQUE ACTUELLE DE L'INTRODUCTION DE L'ACTION DE GROUPE

L'introduction en droit français de l'action de groupe se heurte à un certain nombre d'obstacles qui sont notamment d'ordre juridique et économique. En définitive, un aménagement du droit procédural et des mesures d'encadrement de l'action devraient permettre l'introduction de cette procédure dans notre droit, étant observé que les règles relatives au fond du droit restent, elles, inchangées.

A. LES OBSTACLES ACTUELS À L'INTRODUCTION DE L'ACTION DE GROUPE

Le mécanisme de l'action de groupe se heurte à plusieurs principes généraux du droit processuel français. Toutefois, de tels "obstacles" pourraient être levés⁴¹.

1. La règle de la qualité pour agir

En vertu de la théorie du droit d'action, pour agir, il faut avoir un intérêt légitime (art. 31 NCPC). Il faut aussi avoir la qualité pour agir, c'est-à-dire être titulaire du droit litigieux. Selon l'adage «*Nul ne plaide par procureur*», personne ne peut agir pour autrui sans avoir un mandat exprès de la personne concernée⁴². Or, la *class action* déroge à cet adage car elle permet à un représentant d'exercer l'action en lieu et place de ceux qui justifient personnellement du préjudice et ce, sans mandat.

Cette qualité pour agir peut être attribuée aux personnes par la loi (art. 31 NCPC).

Un certain nombre de dispositions procédurales dérogent donc déjà à ce principe. L'exemple le plus notoire est celui des syndicats de salariés, «*dont les membres sont liés par une convention ou un accord collectif de travail*», qui «*peuvent exercer toutes les actions en justice qui naissent de ce chef en faveur de leurs membres, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer*» (soit un système d'«opt-out»), en vertu de l'article L. 135-4 du code du travail. Un tel texte «*montre que l'action de groupe n'est pas incompatible avec le système juridique français*»⁴³. Une disposition similaire, l'article L. 321-15 du code du travail, a été validée par le Conseil constitutionnel, dès lors que le salarié conserve sa liberté individuelle de mener sa propre action et de pouvoir s'opposer à l'action d'un tiers⁴⁴.

Il faut également citer les associations de consommateurs agréées qui peuvent agir au nom de l'intérêt collectif, les associations d'actionnaires ou d'investisseurs, les associations de protection de l'environnement, les associations de défense diverses intervenant pour le compte de leurs adhérents, etc.

L'action de groupe ne nécessiterait dès lors qu'une loi donnant cette qualité à agir à une personne ou à une entité qualifiée.

2. L'autorité relative de la chose jugée

Selon l'article 1351 du code civil, «*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de qui a fait l'objet d'un jugement*». En conséquence, une décision ne peut s'imposer à une personne qui n'a pas été partie à l'instance.

Or, la décision rendue dans le cas d'une action de groupe de type opt-out, qu'elle soit positive ou négative, s'imposerait aux personnes membres du groupe qui ne s'en seraient pas exclues. Selon le professeur Frison-Roche, l'autorité de chose jugée pourrait se définir par le fait qu'une personne qui n'est pas partie à une instance doit pouvoir saisir un juge pour faire juger la même chose. Il s'agit donc plus de la question de la privation d'instance que de la question de l'opposabilité de la décision rendue. Dès lors, en vertu de ce principe, seules les *class actions* obligatoires seraient contraires à ce principe.

3. La prohibition des arrêts de règlement

L'article 5 du code civil pose le principe de l'interdiction des arrêts de règlement, prohibition liée au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Selon ce texte, «*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*».

L'arrêt de règlement se définit comme celui qui impose une solution qui vaut pour l'avenir. Or, dans l'action de groupe, la décision ne vaut que pour des situations passées, ce qui ne lui conférerait donc pas la valeur d'arrêt de règlement.

4. Les principes de la liberté d'agir et des droits de la défense

L'action de groupe est considérée par certains comme portant atteinte à la liberté d'agir en justice car le représentant de la classe agit pour des justiciables qui n'auraient pas eux-mêmes envie d'agir ou, à l'inverse, qui veulent agir individuellement⁴⁵. Or, dans la *class action* telle qu'existant dans les pays, le consommateur peut s'exclure (principe de l'«opt-out») ou s'inclure (principe de l'«opt-in») et garder ainsi sa liberté d'agir à titre individuel.

Le droit de la défense est un principe constitutionnel selon lequel tout défendeur doit avoir la garantie de pouvoir faire valoir ses moyens de défense. Or, dans l'action de groupe, les victimes ne sont pas nécessairement individualisées. Le défendeur se retrouve ainsi face à des plaignants qu'il ne connaît pas et contre lesquels il ne pourra pas faire valoir des moyens de défense particuliers qu'il pourrait faire valoir autrement (tels que la faute de la victime).

À ces arguments, il convient de signaler également que certaines procédures constituent déjà une entorse au principe du contradictoire. Il s'agit, par exemple, des procédures non contradictoires au départ, telles les procédures d'injonction de payer. Rappelons également que l'accès au droit et à la justice est aussi un principe constitutionnel.

B. QUELQUES ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION SUR LES CONTOURS DE LA FUTURE PROCÉDURE

Quels que soient les contours de la future procédure, tous les acteurs s'accordent à dire qu'il conviendra de l'encadrer strictement, comme l'ont d'ailleurs généralement fait les pays qui l'ont adoptée, afin d'éviter des excès et "effets pervers" tout

en répondant aux besoins de justice exprimés par les consommateurs. Sans oublier que le droit français permet de sanctionner les abus du droit d'agir par une amende civile, sans préjudice des dommages et intérêts qui seraient réclamés (art. 31 NCPC).

1. Créer une nouvelle action

Compte tenu de l'échec de la procédure d'action en représentation conjointe, la création d'une nouvelle action procédurale est préférable au "toiletage" de la première. L'amélioration de cette action, notamment par l'élargissement des possibilités de recherche des mandats paraît en effet être à écarter, ne serait-ce que parce qu'elle bénéficie aux seules personnes qui ont donné mandat pour être membres du groupe. En outre, « *l'exigence d'un mandat préalable fait qu'elle peut s'adapter à des petits groupes, mais qu'elle ne peut guère s'adapter à des groupes importants et c'est pour cela surtout que l'action de groupe serait utile*⁴⁶ ».

2. Le champ d'application de l'action

Le discours du président de la République et la déclaration du ministre de la consommation semblent limiter l'action aux seuls litiges de la consommation. Des voix s'élèvent pour considérer qu'une telle action est possible dans d'autres domaines : infractions liées à la concurrence, litiges liés à l'environnement, à la santé ou aux placements boursiers.

Certains vont encore plus loin. Selon le rapport du Conseil national des barreaux, outre les droits de la concurrence et de la consommation, l'action pourrait être intentée en droit bancaire, droit de la responsabilité (catastrophes collectives, produits défectueux – ces derniers étant, selon nous, déjà inclus dans le périmètre du droit de la consommation), en droit des sociétés (actions en responsabilité des dirigeants), en droit des contrats (référence aux recalculés de l'Assédic), en droit social (contentieux des conventions collectives, contentieux de problèmes identiques à plusieurs salariés).

La limitation du périmètre de l'action au seul domaine des litiges de consommation nécessite alors de s'interroger sur ce qui relève ou non de la consommation. Qu'en serait-il par exemple des personnes victimes d'un médicament? De tels contentieux devraient pouvoir bénéficier de l'action de groupe. Mais faut-il pour autant l'autoriser pour tous les domaines, tel celui des litiges boursiers?

En définitive, le périmètre peut aussi être défini par référence à la personne bénéficiaire de l'action, soit le consommateur⁴⁷. Tous les préjudices dont il est victime seraient alors inclus dans le périmètre de l'action – à savoir, outre le droit de la consommation, les litiges liés à la santé et à l'environnement.

3. L'objectif de l'action

Le domaine privilégié de l'action de groupe est celui de l'action en réparation. Mais comme cela existe dans d'autres systèmes juridiques, il peut s'agir aussi de l'obtention d'une injonction de faire ou de ne plus faire. Par exemple, une entreprise ayant pollué un cours d'eau se verrait enjoindre d'effectuer des travaux pour faire cesser cette pollution. Concernant l'octroi de réparations financières, celles-ci pourraient aller aux particuliers mais aussi servir à la réalisation d'une action concrète bénéficiant à tous, telle la remise en état d'un site voire, pourquoi pas, la remise de fonds à une œuvre caritative⁴⁸.

4. Les personnes habilitées à intenter l'action

Qui pourra intenter l'action et représenter le groupe? Faut-il en réserver la possibilité aux organisations nationales (et/ou

locales) de consommateurs agréées, qui « *ont fait la preuve, à travers les droits qu'elles détiennent actuellement, qu'elles avaient utilisé les procédures législatives avec discernement*⁴⁹ »?

Si l'action est ouverte dans d'autres domaines que celui de la consommation, faut-il aussi réserver l'action aux seules associations agréées (telles les associations d'environnement, les associations d'usagers de santé, les associations de protection des épargnants et des investisseurs)?

Ou faut-il ouvrir plus largement l'action, comme cela existe dans la grande majorité des pays, à toute personne physique ou morale (institutionnelle comme l'ombudsman en Suède ou les chambres consulaires comme dans le projet de loi italien). Faut-il ouvrir l'action aux avocats, en tant que représentants des membres du groupe, ce qu'ils revendiquent aussi⁵⁰?

Le fait d'ouvrir largement le droit d'action permet de mettre en œuvre l'objectif d'accès à la justice afin d'obtenir réparation. Mais cela ne risquerait-il pas de favoriser la multiplication des procédures, facteur d'éventuelles dérives? L'ouverture aux avocats en tant que représentants des demandeurs ne risquerait-elle pas de favoriser la constitution de cabinets spécialisés, "à l'affût" de ce type d'action, risque accentué s'ils étaient autorisés à faire de la publicité et à demander uniquement des honoraires de résultat (voir infra)? Comme cela est démontré notamment aux États-Unis, cette solution peut engendrer un conflit d'intérêts entre l'avocat et les membres du groupe (par exemple, l'intérêt de transiger pour l'avocat avec une solution qui n'est pas pertinente pour les consommateurs).

5. La composition du groupe : opt-in ou opt-out?

Deux systèmes permettent de déterminer les personnes qui appartiennent au groupe : l'opt-in ou l'opt-out.

- **En cas de procédure "opt-in"**, seules deviennent membres du groupe les personnes qui ont manifesté expressément la volonté d'en faire partie, avant une date fixée, par exemple, par le jugement autorisant l'action (si une telle étape existe). Si elles ne se sont pas manifestées, elles pourront alors agir à titre individuel. Ce système a été très rarement choisi par les pays disposant d'une action de groupe ou d'une action similaire (Suède, Allemagne).

Le système présente l'avantage que l'on soit certain que les membres ont une réelle volonté de faire partie du groupe, de l'action engagée en leur nom. Mais il présente deux inconvénients. D'une part, les victimes potentielles du dommage peuvent ne pas être touchées par l'information sur l'existence de l'action. D'autre part, elles peuvent ne pas vouloir effectuer les démarches d'adhésion au groupe, notamment lorsque le dommage subi est d'un montant peu élevé. Une telle solution ne permettrait pas dès lors d'atteindre pleinement l'objectif recherché.

- **Dans la procédure "opt-out"**, les personnes qui entrent dans la définition du groupe (par exemple, les acheteurs du véhicule d'une marque déterminée) en feront automatiquement partie sauf si elles manifestent la volonté de s'en exclure avant la date fixée dans le jugement autorisant l'action. Si elles ne s'excluent pas, elles seront alors liées par la décision à intervenir. Si elles s'excluent, elles retrouveront leur droit d'agir à titre individuel.

L'inconvénient du système, évoqué par les opposants à l'action de groupe, est que des actions peuvent être engagées au nom de personnes qui peuvent aller jusqu'à ignorer leur état de victimes (ou présumées victimes).

Par contre, il présente l'avantage de permettre un réel accès à la justice, une réparation pour des victimes qui, autrement, n'agiraient pas, soit par crainte soit par inertie. Sans compter également qu'une telle action participe également de l'assainissement des pratiques puisque l'entreprise concernée pourra être amenée à devoir réparer les préjudices subis.

L'opt-out donne ainsi un plein effet à l'objectif recherché. C'est d'ailleurs le modèle traditionnellement retenu dans les États dotés d'une procédure d'action de groupe⁵¹.

Si le système d'opt-in était retenu, la publicité de l'action envisagée ou autorisée devrait pouvoir être la plus large, adaptée au type de problème, et pouvoir utiliser les médias, y compris Internet, afin de pouvoir atteindre le plus possible de consommateurs potentiellement concernés. En cas d'opt-out, outre un contrôle adéquat de la procédure, une bonne information des membres du groupe serait à faire sur la possibilité de s'exclure et sur la décision rendue pour qu'ils puissent demander à bénéficier effectivement des résultats de l'action.

Quel que soit le système retenu, se pose la question de savoir à quel moment les membres du groupe seront-ils prévenus pour s'exclure ou s'inclure au groupe : avant l'engagement de l'action, après la décision statuant sur l'autorisation de la procédure voire après le prononcé de la décision ? Le système le plus fréquent est celui de l'information après obtention de la décision de recevabilité ou d'autorisation, les mesures de publicité étant alors encadrées par le juge.

6. Les juridictions compétentes

Plusieurs questions se posent quant à la compétence des tribunaux. Les juridictions civiles, pénales et administratives pourraient-elles connaître de telles actions ? ou faut-il les réserver aux juridictions civiles ? Pour ces dernières, l'action est-elle à réserver au tribunal de grande instance pour éviter les problèmes de détermination de la compétence quant au montant du litige ? ou faut-il créer une juridiction ou un corps de magistrats spécialisés pour connaître de ces actions ?

En ce qui concerne la compétence territoriale, la juridiction compétente sera-t-elle celle du lieu du siège social de l'entreprise incriminée ? Ou alors, le demandeur pourra-t-il choisir une juridiction dans le ressort duquel il est situé (siège de l'association, domicile de l'une des victimes, etc.) ?

Mais, quelle que soit la juridiction compétente, celle-ci devrait disposer des moyens nécessaires pour que l'action de groupe soit efficiente.

7. Les étapes de la procédure

a) L'autorisation préalable du tribunal

Faut-il ou non prévoir, comme dans la plupart des pays, une procédure d'autorisation préalable du tribunal ? Doit-elle être systématique, quel que soit le demandeur, ou être mise en œuvre uniquement lorsque l'action n'est pas exercée par une organisation agréée ou autre entité qualifiée ?

Une telle étape permet de se prononcer sur la recevabilité du recours et sur son caractère sérieux (en quelque sorte un "contrôle de l'opportunité"), sur la représentativité du demandeur. Elle permet aussi de déclencher la publicité de l'action à destination des membres putatifs du groupe. Plusieurs associations de consommateurs se sont prononcées en ce sens⁵², y compris lorsque l'action est exercée par une organisation nationale de consommateurs agréée. Le Conseil national des barreaux (CNB) préconise également une telle étape.

Si une telle étape était prévue, un équilibre serait à trouver entre une procédure trop relâchée pour jouer le rôle de filtre et une procédure trop lourde (consistant en quelque sorte en un premier procès). Sa mise en œuvre ne devrait néanmoins pas

être facteur de rallongement des délais et d'augmentation des coûts, sous peine d'être contraire à l'objectif de rationalisation des moyens judiciaires et à l'objectif d'un meilleur accès à la justice (voir l'exemple du Québec précité).

b) La détermination des réparations

À la lumière des projets français (voir partie II) et des exemples étrangers, plusieurs étapes sont possibles quant à la détermination des réparations : obtention d'une décision de principe, puis procédure de réclamations individuelles pour la fixation du préjudice et sa réparation ; décision de principe avec fixation d'un montant global d'indemnisation puis recouvrement collectif et/ou individuel.

La gestion de la distribution des réparations peut aussi se faire selon divers modèles : par le tribunal, par un tiers sous le contrôle du tribunal, le modèle de la gestion par l'entité à l'origine de l'action pouvant sembler-t-il d'ores et déjà être écarté tout en reconnaissant le cas échéant un rôle d'accompagnement à cette entité, voir partie II.

8. Encadrer la procédure jusqu'au bout du processus

Les exemples étrangers démontrent l'importance d'un bon encadrement de la procédure par les juges, y compris sur la question des honoraires des avocats et de l'approbation d'une transaction. Cet encadrement s'impose depuis l'introduction jusqu'à l'exécution de la décision, notamment en cas de recouvrement individuel des dommages et intérêts, y compris pour les mesures de publicité si celles-ci incombent aux demandeurs.

9. La question des frais de justice

Actuellement, les consommateurs ou leurs associations font l'avance des frais de justice. Les avocats ne peuvent pas se rémunérer exclusivement sur les honoraires de résultat (sur ce point, voir infra).

L'action de groupe, comme toute procédure, soulève la question de l'avance des frais de justice et celle de savoir qui supportera les frais en cas d'échec. L'avance sera-t-elle faite par le représentant du groupe, par l'ensemble des membres du groupe (si le groupe est alors déterminé) ? L'aide juridictionnelle serait-elle applicable ? Qu'en serait-il des contrats d'assurance protection juridique⁵³ ?

Le coût est considéré comme un obstacle réel à l'exercice des actions de groupe (voir l'exemple du Québec). C'est pourquoi la création d'un fonds collectif de financement des actions serait une solution appropriée. Ses ressources pourraient être constituées à partir de condamnations pécuniaires prononcées par les tribunaux à l'encontre des professionnels ayant porté atteinte à l'intérêt des consommateurs, et plus particulièrement de la confiscation de profits illicites⁵⁴.

L'établissement d'une convention entre les membres du groupe eux-mêmes sur la répartition des frais, et avec leur avocat sur la fixation de la rémunération, surtout si celui-ci intervient en tant que représentant du groupe, ainsi qu'un contrôle du juge seraient utiles.

10. L'action de groupe et la déontologie des avocats

Le démarchage des clients et la rémunération par les seuls honoraires de résultats sont interdits. La publicité est fortement encadrée. La question posée est alors de savoir s'il convient d'assouplir ces règles, notamment pour permettre aux avocats de bénéficier d'un "pacte de quota litis". Au sein de la profession, le débat n'est, semble-t-il, pas tranché⁵⁵.

a) Sur la publicité

Le démarchage ou la sollicitation, ainsi que certaines formes de publicité, sont interdits à l'avocat. «*Par démarchage il faut entendre le fait d'offrir ses services, notamment en se rendant personnellement ou en envoyant un mandataire au domicile, à la résidence d'une personne, sur les lieux de travail, de repos, de traitement ou dans un lieu public.*

Par sollicitation, il faut entendre une proposition personnalisée de prestations de services effectuée par un avocat sans qu'il y ait été préalablement invité.

Ces dispositions [...] concernent également les offres de services et les propositions personnalisées de prestations de service faites par tous moyens techniques de communication à distance.

La publicité en vue de donner des consultations et/ou de rédiger des actes, par voie de tracts, lettres, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées est prohibée⁵⁶».

La publicité permise est fortement encadrée. Concernant les sites web, ils ne peuvent «*comporter aucun encart ou bannière publicitaire pour quelque produit ou service que ce soit.*

Selon le rapport du Conseil national des barreaux (CNB), «*la réussite d'une action collective dépend évidemment de la publicité qui peut être faite autour d'elle*». Il propose toutefois de la limiter à des encarts dans la presse écrite qui indiqueraient que tel avocat envisage de mener telle action et que les personnes intéressées peuvent se rapprocher de son cabinet.

La question de la publicité se pose, selon nous, uniquement si les avocats peuvent engager l'action en tant que représentants du groupe. Si l'action n'est pas introduite par eux en tant que représentants, les mesures de publicité et de notification seront faites soient par le tribunal soient par les demandeurs selon des modalités fixées par le tribunal et sous son contrôle.

b) Sur les honoraires de résultat

La règle qui interdit la rémunération aux seuls honoraires de résultat devrait, selon le rapport du CNB, également être levée en cas d'action collective⁵⁷ car «*la commission a estimé que la prohibition du pacte de quota litis ne pourrait que faire*

échouer la réforme envisagée de l'action collective. Le contrôle du juge, et bien entendu de l'autorité ordinale, qui conserve tout son pouvoir, devrait permettre de lutter contre les abus éventuels».

Aux États-Unis, les honoraires de résultat sont justifiés par le risque économique pris par l'avocat qui engage la procédure en tant que représentant du groupe, en assume les frais, ainsi que la perte définitive de ces frais en cas d'insuccès de l'action. Tel n'est pas le cas des avocats français s'ils ne sont pas les représentants du groupe et si les frais sont en définitive supportés par les membres du groupe.

Quelle que soit la décision finale adoptée sur ce sujet, comme cela se pratique au Québec, un contrôle du tribunal sur les honoraires serait opportun.

CONCLUSION

Le débat n'en est qu'à ses débuts, les conclusions du groupe de travail sont prévues pour octobre 2005. Vingt-cinq ans après les premiers débats, l'action de groupe connaîtra-t-elle enfin une consécration dans notre droit procédural?

Patricia Foucher
Jean-Michel Rothmann

¹ Pour une vision globale, rapport préparé pour le "OECD Workshop on consumer dispute resolution and redress in the global marketplace", Washington, 19-20 avril 2005, <www.oecd.org>.

² En ce sens, voir le rapport Chatel.

³ Sur ces actions, voir <securities.stanford.edu/index.html>; l'une des plus connues étant l'affaire Enron.

⁴ P. Hastings, "Les actions de groupe aux États-Unis et au Québec", citant l'exemple de l'amiante. En France, un fonds d'indemnisation public a été créé. Aux États-Unis, plusieurs *class actions* sont en cours. Concernant la responsabilité civile (par exemple, pour un produit défectueux), l'action en responsabilité pallie l'absence de véritable système d'assurance sociale.

⁵ Note de la mission économique de l'ambassade de France aux États-Unis, janvier 2005, <www.missioneco.org/etatsunis>.

⁶ M. Orange, "La *class action* fait peur aux patrons français", *Le Monde*, 22 janvier 2005.

⁷ À titre d'illustration, voir le site "Class Action America Online", <www.classactionamerica.com>.

⁸ F. Laroche-Gisserot, "Sur la voie de la justice de masse. La possible adoption des procédures collectives très répandues aux États-Unis inquiète en France", *Libération*, 11 février 2005.

⁹ H. Dion, "Un poids sur l'estomac pour McDonald's", *La Tribune*, 27 janvier 2005, évoquant le procès intenté par des adolescents qui accusent la société d'être responsable de leur obésité.

¹⁰ Rapport Chatel, p. 115.

¹¹ P. Hastings, art. précité.

¹² F. Laroche-Gisserot, art. précité.

¹³ Public Law n° 109-2; <frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_public_laws&docid=f:publ002.109>.

¹⁴ Rapport Chatel, p. 116 et suivantes.

¹⁵ Pour consulter une liste non exhaustive des recours en cours, voir <www.avocat.qc.ca/public/iirecourscollectifsduquebec.htm>. Sur les recours collectifs pilotés par l'Union des consommateurs, voir <www.consommateur.qc.ca/union/123.htm>.

¹⁶ Une réforme entrée en vigueur en 2003 a considérablement limité les droits de la défense : suppression du droit de recours contre l'autorisation, etc. Un recours en inconstitutionnalité a été déposé par un professionnel mais a été rejeté par la cour d'appel du Québec dans sa décision du 29 avril 2005.

¹⁷ Existence d'un registre national des demandes d'autorisation d'exercer un recours collectif tenu par le greffe de la Cour supérieure.

¹⁸ Voir le site du ministère de la justice du gouvernement du Québec, <www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/organisation/organisme.htm#recours>.

¹⁹ Cf. note 15.

²⁰ Pour une vision plus globale, voir A. Riendeau, *L'exercice du recours collectif au Québec, un examen rétrospectif du contentieux*, 2002, Anagram Edition.

²¹ L. Baribeau, avocat; "Le recours collectif a 25 ans. Est-il devenu trop accessible?", *Le Journal du barreau*, volume 36, n° 6, 1^{er} avril 2004, <www.barreau.qc.ca/journal>.

²² R. Lewandowski, "Épidémies de recours collectifs!", *Droit des affaires*, 2004.

²³ En ce sens, cf. l'intervention de M. Lauzon, Paris, 10 mai 2005.

- ²⁴ Rapport annuel 2003-2004 du Fonds d'aide aux recours collectifs.
- ²⁵ L. Ducharme, "Le financement des recours collectifs a permis un meilleur accès à la justice", *Le Monde juridique*, vol. 15, n° 3, 2003.
- ²⁶ Federal Law n° 7,347 of July 24, 1985 : disciplines the public civil lawsuit for damages caused to the environment, the consumer and goods and rights of artistic, aesthetic, historical, touristic or natural value, and takes other measures; "Class actions in Brazil, a model for civil law Countries", A. Gidi, site web Judicium, Italie : < www.judicium.it >. Voir également < www.humbertodalla.pro.br/artigos/artigo_69.htm >.
- ²⁷ En 1988, la question a même été inscrite dans la constitution fédérale brésilienne (référence au "mandat collectif commun" et à la *class action*).
- ²⁸ La procédure est intitulée "representative or group proceedings". Elle existe également devant la cour de la province de Victoria. Sur l'Australie, voir S. Stuart Clark and C. Harris, "Multi-plaintiff litigation in Australia : a comparative perspective", site de l'université Duke Law, Caroline du Nord, < www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L.+289 >.
- ²⁹ Rapport de l'European Consumer Law Group, "The need for group action for consumer redress", février 2005; et les rapports nationaux sur le site < www.europeanconsumerlawgroup.org >.
- ³⁰ Doc. COM (93) final du 16 novembre 1993.
- ³¹ Directive 98/27/CE du 19 mai 1998, *JOCE L* n° 166 du 11 juin 1998 existant en version codifiée COM (2003) 241 final du 12 mai 2003.
- ³² Doc. COM (1999) 396 final du 28 juillet 1999, p. 29-31.
- ³³ Responsabilité du fait des produits défectueux : rapport de la Commission concernant la mise en œuvre de la directive 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux; COM (2000) 893 final du 31 janvier 2001, < www.europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2000/com2000_0893fr01.pdf >.
- ³⁴ Avis du Comité économique et social européen : "La politique des consommateurs après l'élargissement de l'UE" (avis d'initiative), 10 février 2005, < eescopinions.esc.eu.int/viewdoc.aspx?doc=\\esppub1\esp_public\ces\int\int203\fr\ces141-2005_ac_fr.doc >.
- ³⁵ Spécialement p. 35 à 39, < europa.eu.int/comm/consumers/redress/reports_studies/eurobarometer_11-04_fr.pdf >.
- ³⁶ M. Kyprianou, Speech/05/237; "Actions by a group of consumers, by consumer organisations representing a group of consumers, or even by public authorities, can be a major discentive to unlawful conduct and can be useful in tackling rogue traders".
- ³⁷ Cf. < www.europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005_0115fr01.pdf >.
- ³⁸ Une telle suggestion est faite dans une étude, réalisée sur demande de la Commission, concernant les conditions des réclamations en cas de violation des règles de concurrence européennes; étude devant servir à l'élaboration d'un livre vert attendu courant 2005; cf. < europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html >, spécialement p. 42 à 47.
- ³⁹ Un projet de loi sur les actions représentatives a été approuvé par la Chambre des députés. Elle se trouve devant le Sénat.
- ⁴⁰ Deux projets législatifs ont été élaborés en 1992 et 1996 mais n'ont pas été présentés au Parlement. Un nouveau rapport a été publié en avril dernier. La procédure serait fondée sur le système de l'opt-in comme en Suède, voir infra.
- ⁴¹ Intervention du professeur Frison-Roche lors du colloque "Les *class actions* devant le juge français : rêve ou cauchemar?", organisé par l'université d'Évry et l'ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, le 18 novembre 2005; voir synthèse de C. Lacroix, site du Centre européen de recherche sur le droit des accidents collectifs et des catastrophes, de l'IUT de Colmar, < www.iutcolmar.uha.fr/internet/recherche/Jcerdacc.nsf/0/5dd249778545fa80c1256f6a002fb1b5?OpenDocument >.
- ⁴² Sur ce principe, cf. P. Glenn, "À propos de la maxime 'Nul ne plaide par procureur'", *Rev. trim. droit civil*, n° 1, janvier-mars 1988, p. 59; et F. Caballero, "Plaidons par procureur! de l'archaïsme procédural à l'action de groupe", *Rev. trim. droit civil*, n° 2, avril-juin 1985, p. 247.
- ⁴³ Rapport précité en partie II, "Pour un nouveau droit de la consommation", 1984.
- ⁴⁴ Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, statuant sur la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.
- ⁴⁵ Ce qui suscite une interrogation au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit le droit au procès équitable.
- ⁴⁶ J. Calais-Auloy, discours lors de la table ronde organisée par Droit et Démocratie, "Pour mieux réparer les préjudices collectifs – Une *class action* à la française?" ; *Gaz. pal.*, 28-29 septembre 2001.
- ⁴⁷ Sauf là aussi à se poser la question de la définition du consommateur!
- ⁴⁸ Ce qui est le cas en Pologne. Dans les cas de concurrence déloyale, le défendeur peut être condamné à payer une somme dans un « *but charitable* » lorsqu'il est démontré qu'il a agi intentionnellement; cf. rapport OCDE précité.
- ⁴⁹ En ce sens, cf. CLCV, "L'édito de la semaine", février 2005; et l'interview de R.-C. Mader, "Il faut laisser les actions de groupe à l'initiative des organisations agréées", *Les Échos*, 13 avril 2005.
- ⁵⁰ Cf. rapport d'étape du CNB, précité.
- ⁵¹ Cf. rapport OCDE, p. 28.
- ⁵² CLCV, UFC-Que Choisir.
- ⁵³ En Suède, les contrats excluent l'application de la garantie pour les *class actions*.
- ⁵⁴ Rapport Chatel 2003, une idée similaire étant reprise dans le rapport d'étape de la mission d'information sur les relations commerciales de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du travail de l'Assemblée nationale, présenté en février dernier par L. Chatel. Les amendes pour infraction à la loi Galland abondent un « *fonds destiné à financer les associations agréées de consommateurs pour financer leurs frais d'action en justice et leurs actions d'information des consommateurs* ».
- ⁵⁵ V. de S., "Class actions : les avocats se montrent prudents", *Les Échos*, 24 janvier 2005. Ces deux points du rapport du CNB n'ont pas été votés lors de l'assemblée générale du CNB de janvier 2005.
- ⁵⁶ Le démarchage est explicitement interdit par l'article 161 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, et par l'article 10 du règlement intérieur unifié (RIU) des barreaux de France (décision à caractère normatif n° 2004-001).
- ⁵⁷ Art. 10 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 11.3 du règlement intérieur unifié (RIU) des barreaux de France (décision à caractère normatif n° 2004-001) : « *Il est interdit à l'avocat de fixer ses honoraires par un pacte de quota litis.* » C'est « *une convention passée entre l'avocat et son client avant décision judiciaire définitive, qui fixe exclusivement l'intégralité de ses honoraires en fonction du résultat judiciaire de l'affaire, que ces honoraires consistent en une somme d'argent ou en tout autre bien ou valeur* ».