

Recueil Dalloz 2005 p. 2180

Une **class action** à la française ?

Serge Guinchard, Recteur de l'Académie de Rennes, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2), directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires « Pierre Raynaud », doyen honoraire de la faculté de droit de Lyon

L'essentiel

Lors des cérémonies de vœux aux corps constitués de janvier 2005, le président de la République a émis l'idée de « permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés ». Un groupe de travail mixte (chancellerie/ministère des Finances) a été constitué aux fins d'étudier les voies et moyens d'introduire une « **class action** » en droit français. Le texte reproduit ci-après est la transcription des propos tenus par l'auteur lors de son audition par ce groupe le 7 juin 2005. A la question posée d'indiquer les éventuels obstacles à l'introduction de ce type d'action dans notre système juridique et quelle pouvait être la voie française d'une action de groupe, les arguments suivants furent développés.

En théorie, le législateur peut tout faire, sous la réserve toutefois d'un double contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité :

- De constitutionnalité d'abord, contrôle dont il convient de noter qu'il se resserre dans la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel (déc. n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 , *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*), puisque le Conseil motive son exigence de lois normatives et précises par la nécessité de ne pas laisser aux autorités administratives et juridictionnelles la possibilité de se substituer au législateur. On lit en effet dans le considérant n° 9 : « le principe de clarté de la loi... et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi... imposent au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (1). La peur du juge intègre ainsi l'environnement constitutionnel français.

- De conventionnalité ensuite, à un double niveau : celui du juge national qui est le juge naturel du droit européen ; certes modeste en pratique, ce contrôle a toutefois permis à certains juges du fond d'écarter une loi pourtant validée par le Conseil constitutionnel (affaire dite du *tableau d'amortissement*) (2). Celui du juge européen qui siège à Strasbourg ensuite ; il faut pourtant être prudent dans l'évaluation d'un risque de censure, par la Cour européenne des droits de l'homme, d'un système de **class action** ; tout pronostic est difficile, tant il est vrai que les arrêts de la Cour européenne sont toujours nuancés et peuvent donner lieu à des extrapolations dans un sens ou son contraire ! Les concepts qu'elle utilise pour fixer sa jurisprudence se prêtent à bien des interprétations du fait de leur généralité (ainsi de « la prééminence du droit », des « exigences d'une société démocratique ») ou de leur originalité (par exemple, méthodes de l'autonomie des notions, du contrôle au-delà des garanties formelles, de l'approche globale des procès) (3). Le prisme du procès équitable est bien souvent un prisme déformant et l'une des méthodes utilisées à titre subsidiaire par la Cour européenne, à savoir celle de la marge d'appréciation laissée aux Etats, est elle-même appréciée par la Cour ! En d'autres termes, la Cour européenne détient les clefs et le code d'accès de la marge d'appréciation laissée aux Etats membres (4). Et ce contrôle de la Cour

européenne sur le droit procédural français n'est pas purement théorique, les exemples tirés des articles 979 et 1009-1 du nouveau code de procédure civile le prouvent, de même que la condamnation de la France quant à la place et au rôle du commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat ou de l'avocat général près la Cour de cassation.

En conséquence, si l'on veut introduire un système de **class action** en droit français, on doit nécessairement s'interroger sur sa compatibilité avec les exigences, les standards constitutionnels et européens, mais aussi, au-delà de ces standards, avec les principes généraux du droit civil et de la procédure civile. Cela suppose de se mettre d'accord sur un modèle à importer ou à construire puisqu'il en existe plusieurs en Europe, à côté des modèles américain⁽⁵⁾ et québécois⁽⁶⁾. Cela suppose aussi de ne pas perdre de vue que le droit d'un Etat est le reflet de la culture d'une société ; on ne peut se contenter ici de la référence à une « demande sociale », aux contours imprécis et aux retombées incertaines, pour justifier le bouleversement de nos normes juridiques et de nos principes fondamentaux de procédure. D'autant plus que le droit français connaît déjà des actions qui répondent en partie aux besoins d'une meilleure défense des intérêts des consommateurs⁽⁷⁾ : actions en représentation conjointe (par exemple dans les art. L. 422-1 et L. 422-3 c. consom. qui permettent aux associations de consommateurs reconnues représentatives au niveau national d'agir en réparation du préjudice subi individuellement par des consommateurs personnes physiques, à condition que ce préjudice soit le fait du même professionnel ; dans les art. L. 452-2 à 4 c. mon. et fin. pour la défense des investisseurs dans les sociétés cotées⁽⁸⁾ ; dans l'art. L. 252-5 c. rur. au profit des associations agréées de protection de l'environnement), actions en défense regroupée (jurisprudence dite des *ligues de défense*), action en défense d'un intérêt collectif sur habilitation législative voire jurisprudentielle, avec l'illustration particulière des actions visées aux articles L. 421-6 et L. 421-7 du code de la consommation en matière d'agissements illicites ou de clauses abusives, etc. A supposer que soient trouvées les conditions satisfaisantes d'introduction d'une action de groupe en droit français, il conviendra d'en délimiter le périmètre et de justifier pourquoi on entend la limiter au droit de la consommation, sans compter qu'il faudra s'entendre sur la notion de droit de la consommation et de consommateurs ; est-ce que le droit de l'environnement en est exclu ? De même que celui des marchés financiers, du contrat d'assurance, etc.

Après avoir étudié les obstacles à l'introduction en droit français d'une **class action** à l'américaine (I), nous envisagerons la possibilité de créer une action de groupe à la française, c'est-à-dire qui respecte les principes procéduraux classiques de notre système juridique (II).

I - Les obstacles à l'introduction, en droit français, d'une **class action** de type américain
Il nous semble qu'il faut raisonner davantage en termes de procédure civile que de droit de la consommation, pour peser, un à un, les obstacles que soulève, en droit français, le système américain de la **class action**. Trois entrées de pure procédure permettent d'y voir plus clair : au stade de l'introduction de l'instance (A), puis de son déroulement (B) et de son aboutissement (C). A chaque fois il faudra se demander si un préjudice de masse légitime des atteintes aux principes fondamentaux de notre procédure.

A - Les obstacles à l'introduction de l'instance
Trois questions, à tiroir, se posent.

1°) Qui est habilité à prendre l'initiative d'une **class action ?** - En pratique, aux Etats-Unis, ce sont les avocats, en fait les gros cabinets d'avocats, compte tenu du coût des procès, qui conçoivent l'action à partir de leur connaissance de l'existence supposée d'un préjudice de masse ; rien dans le droit procédural français actuel n'interdit à un cabinet d'avocats de concevoir une telle action.

Le problème est plus délicat au niveau de la mise en oeuvre de l'action. Si c'est un cabinet d'avocats qui entend fédérer les membres du groupe par une publicité appropriée il faudra d'abord lever l'obstacle de l'interdiction du démarchage pour les avocats (art. 161, al. 2, du décret n° 91-1197 du 27 nov. 1991 : « tout acte de démarchage ou de sollicitation est interdit

à l'avocat ») et, si on l'autorise pour un préjudice de masse en droit de la consommation, il faudra se poser la question de la légitimité du maintien de l'interdiction dans les autres cas ; à vrai dire, il sera difficile de justifier une entorse au bénéfice du seul droit de la consommation et/ou des préjudices de masse. Il faudra se résoudre à généraliser l'autorisation du démarchage et à accepter, en pratique, que seuls les cabinets les plus importants disposeront de la trésorerie suffisante pour supporter le coût de cette publicité et des actes de sollicitation (9). On débouche inéluctablement sur la question des honoraires d'avocats au résultat, sur le pacte de *quota litis*. Pour compenser la faiblesse ou l'inexistence du (pré)financement d'une telle action, ne faudra-t-il pas autoriser les avocats à percevoir des honoraires proportionnels au résultat, c'est-à-dire aux indemnités prononcées, sur la base d'une convention d'honoraires préalablement arrêtée ? Y est-on prêt, alors que le principe demeure inscrit à l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 « qu'est interdite toute fixation d'honoraire qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire », que la notion « d'honoraire complémentaire » n'a été introduite que tardivement en droit français (par la loi n° 91-647 du 10 juill. 1991 qui constitue aujourd'hui le texte de l'art. 10 de la loi précitée du 31 déc. 1971), après beaucoup d'hésitations, que cet honoraire ne peut représenter qu'une partie des honoraires et que la jurisprudence se montre particulièrement sévère dans l'appréciation des conditions de sa mise en oeuvre ? L'obstacle n'est pas insurmontable du point de vue de la technique juridique, mais, là encore, l'autoriser pour le cas d'une action collective fondée sur un préjudice de masse posera la question de la légitimité du maintien de l'interdiction dans tous les autres cas ; à l'autoriser pour ce type d'action, on s'expose nécessairement à le généraliser à tout type d'action ; c'est dire la révolution culturelle que cette autorisation générerait. La protection des consommateurs dans une **class action** justifie-t-elle d'introduire en France ce type de rémunération des avocats ? Est-elle à ce prix ? La France n'est pas les Etats-Unis et le marché du droit n'est pas conçu avec les mêmes repères, les mêmes valeurs. La **class action** est une technique permettant d'aborder un marché (celui du procès) pour générer de très fortes indemnités sur lesquelles les honoraires sont calculés au pourcentage. Ce n'est pas notre culture et la légitimité que la **class action** tire de ce qu'elle constitue une réponse juridique à un préjudice causé dans des conditions asymétriques de pouvoir entre des individus isolés et dispersés, sans force économique et/ou procédurale et des opérateurs qui ont, par exemple, lancé un produit avec des moyens puissants sur une cible impuissante, est-elle suffisante pour la justifier selon le modèle américain ?

Si c'est une association qui fédère les membres du groupe, la prohibition du démarchage ne se pose pas et la loi du 1er août 2003 a d'ailleurs autorisé les associations d'investisseurs, sous certaines conditions (autorisation de justice), à recourir à la publicité pour recueillir des mandats d'agir en représentation conjointe (art. L. 452-2, al. 2, c. mon. et fin.). Mais une association aura-t-elle les moyens financiers suffisants pour se lancer dans une telle opération ? Et aura-t-elle une assise assez forte pour supporter le coût éventuel d'un procès en responsabilité à son encontre (pour dénigrement) au cas où la responsabilité de l'auteur présumé du préjudice de masse ne serait pas reconnue ? Pour résoudre cette question du coût, il a été suggéré (10) de créer un fonds de préfinancement des frais de procès, un « fonds d'aide au recours collectif ». Est-ce bien réaliste, alors que l'on sait que l'aide juridictionnelle manque cruellement de ressources et que l'état des finances publiques ne permet pas d'envisager à court et même à moyen terme, un financement public ? Qui alimentera ce fonds ?

2°) Est-ce que le juge autorise l'action ? - C'est la question de la certification de l'action. Cette certification par un juge permet de dire que les conditions de réalisation d'un préjudice de masse sont réunies pour tous ceux qui se trouvent dans la même situation. A l'extrême (aux Etats-Unis) elle entraîne une déchéance du droit d'action individuelle (11). C'est en quelque sorte un contrôle de l'adéquation de la technique (la **class action**) au litige de masse. Le Québec semble aller plus loin et contrôler les chances de succès de l'action à travers une étude du sérieux des moyens. En France, on se gardera d'oublier que dans le nouveau code de procédure civile la décision favorable du juge sur la recevabilité ne vaut pas appréciation des chances de succès au fond ; la recevabilité s'apprécie au regard de l'intérêt à agir, de la prescription non encore acquise, de la chose jugée ou non, etc. Si l'on devait introduire la certification en France, deux questions se poseraient :

- Le juge français devra-t-il se contenter de ce contrôle *a minima* mais classique et qu'il connaît bien ? Auquel cas, le demandeur en certification portera le risque de l'échec. Ou bien, pourra-t-il aller plus loin et, comme le juge américain ou québécois, certifier l'adéquation de l'action au litige invoqué et évaluer ses chances de succès ?

- La seconde question est relative à la nature juridique de la décision du juge : est-ce une décision purement administrative ou un acte juridictionnel ? L'intérêt de la question n'est pas que théorique ; la réponse quant à la qualification entraîne au moins deux catégories de conséquences pratiques : si un recours est possible contre la décision de certification, il sera administratif dans le premier cas et judiciaire dans le second. En outre, si la décision du juge est de nature juridictionnelle, ne faut-il pas alors qu'elle soit précédée d'un vrai procès ? Avec respect des règles du procès équitable ? On débouche alors sur la troisième question qui se pose au stade de l'introduction de l'instance.

3°) Qui est représenté par la *class action* ? - C'est la question la plus sensible. On sait que le droit américain connaît le système de l'*opt out*, par opposition à l'*opt in*. Relevons déjà que le vocabulaire français n'a pas de traduction adéquate de ces deux expressions, ce qui confirme l'ancrage culturel du système de la *class action*.

a) Le système de l'*opt in* ne soulève pas de difficultés particulières en droit français, et c'est d'ailleurs celui que consacre la jurisprudence, quasi centenaire, sur les ligues de défense (ou en défense regroupée) : on fait à plusieurs ce que l'on aurait pu faire seul. En effet, dans ce système, ne sont membres du groupe que ceux qui choisissent d'y entrer en manifestant expressément leur volonté en ce sens. On est membre du groupe parce qu'on le veut. L'inconvénient pratique, c'est que la pression sur l'auteur du préjudice de masse est faible, pour ne pas dire inexistante, et ne permet donc pas de rétablir l'équilibre des forces. Point n'est besoin d'une notification individuelle ; on se fait connaître de l'association ou de l'avocat, soit à la suite d'une information transmise de bouche à oreille, soit à la suite d'une information dans la presse ou par tout autre moyen. Mais seuls ceux qui se font connaître sont membres du groupe.

b) Dans le système de l'*opt out* les obstacles juridiques sont multiples, au moins trois (encore que s'agissant du troisième consacré au droit européen les choses semblent évoluer favorablement au principe d'un recours collectif). On sait que dans ce système sont membres du groupe et considérées comme représentées toutes les victimes, même taisantes, à la seule exception de celles qui auront manifesté leur refus d'être membres du groupe, c'est-à-dire leur refus d'agir en justice. Les autres, en étant représentées, sont considérées comme agissant en justice, même si elles sont inconnues de ceux qui agissent et du juge. Dans le système américain de la *class action*, l'introduction de l'action et sa certification par le juge créent le groupe et valent représentation de tous à l'initiative de quelques-unes des victimes : le préjudice dit de masse légitime une dérogation au droit d'action individuel, au droit de ne pas agir.

1 - *Premier obstacle* : la règle nul ne plaide par procureur. Ce n'est pas un obstacle totalement insurmontable, car il faut bien comprendre la règle. Elle n'interdit pas la représentation à l'action (*ad agendum*) ; toute personne peut donner mandat à un autre d'agir à sa place, par un contrat. Parfois, c'est la loi qui désigne le représentant, ainsi du représentant des créanciers dans le droit des procédures collectives. Parfois, c'est le juge, pour un mineur ou un majeur incapable. Mais il faut une autorisation expresse. Or, dans le système de l'*opt out*, cette autorisation expresse n'existe pas, et il faut, si l'on souhaite introduire ce système en droit français, que le législateur vienne dire que, par dérogation à la règle, une association (ou un avocat) pourra représenter, sans mandat, des victimes qui ne se sont pas fait connaître. On mesure le saut juridique ! Tout est possible, mais encore faut-il apprécier la portée du bouleversement de la règle. *Quid* des autres contentieux ? La question se posera du pourquoi de la discrimination au seul profit des consommateurs et uniquement en cas de préjudice de masse.

La règle a une seconde face, plus formelle : le mandant doit figurer en nom dans toutes les

pièces de la procédure, sans que sa personnalité soit occultée par celle du mandataire. De nombreux textes du nouveau code de procédure civile imposent le respect de la règle (art. 56 pour l'assignation et 57 pour la requête ; art. 59 pour le défendeur, etc.).

Si, techniquement, il est possible de modifier la règle, il faudra se souvenir que son fondement se trouve dans l'idée que l'on ne peut agir en justice caché derrière une autre personne ; la légitimité de la règle, c'est la transparence du procès.

2 - *Deuxième obstacle* : la décision du Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989. Au regard du système de l'*opt out*, cette décision semble bien constituer un obstacle dirimant, sauf à espérer que la loi ne soit pas soumise au contrôle du juge constitutionnel ou que la réforme se ferait par décret (auquel cas la question se posera de savoir ce que décidera le Conseil d'Etat s'il est saisi d'un recours). Nous nous permettrons de suggérer une piste de contournement de l'obstacle, à vrai dire bien mince.

i) *L'obstacle d'abord* - - Pour bien le comprendre, il faut décortiquer la décision du 25 juillet 1989.

- Dans son considérant 22, le Conseil constitutionnel commence par autoriser le législateur à conférer à un syndicat « des prérogatives susceptibles d'être exercées en faveur aussi bien de ses adhérents que des membres du groupe social dont il estime devoir assurer la défense ». Ce premier considérant nous renseigne sur deux points : le syndicat peut agir non seulement pour ses adhérents, mais aussi pour les membres du groupe social qu'il estime représenter. Mais - et c'est le second apport qui limite la portée du premier - ce sont les syndicats qui sont habilités, pas les associations, ni les avocats ; certes, la question de l'association n'était pas posée au Conseil, mais on se souviendra de la méfiance historique des pouvoirs publics en France depuis la Révolution ; les textes de 1789 traduisent cette profonde méfiance, à commencer par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui ne vise que les personnes physiques, car seules celles-ci ont une âme ; la liberté d'association n'avait pas été consacrée par la Déclaration de 1789 au titre des droits de l'homme, sans doute parce que les constituants étaient fidèles à une conception métaphysique des droits de l'homme. Fondamentalement, la méfiance envers les personnes morales (pas seulement les associations) vient de là : les droits de l'homme et du citoyen ne se conçoivent pas, à cette époque, en dehors du cercle des êtres en chair et en os et qui possèdent une âme (12) ! Certes, ces éléments ont aujourd'hui perdu de leur force ; il reste que le syndicat présente l'avantage sur l'association, même agréée, *a fortiori* sur un cabinet d'avocats, d'être l'interlocuteur institutionnel des pouvoirs publics : il dépose des préavis de grève, il négocie les conventions collectives, il présente des candidats aux élections professionnelles, etc. Bref, il a un statut, il est reconnu et ce que le législateur lui accorde en dérogation de certains de nos principes n'est pas automatiquement transposable aux associations.

- Dans le considérant 23 on lit que le syndicat ne peut agir ainsi qu'à condition « de respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle ». Ainsi, la liberté personnelle a la même valeur que la liberté syndicale et l'égalité de traitement signifie que l'une ne peut l'emporter sur l'autre. *Quid, a fortiori*, pour une association face à un individu isolé ? Et ces deux libertés ont valeur constitutionnelle ; on remarquera que c'est aussi le cas de la liberté d'association. Enfin, si le Conseil constitutionnel utilise l'expression de « liberté personnelle » et non pas de « liberté individuelle », sans doute pour mieux la distinguer de la liberté d'aller et venir, cette distinction n'a pas persévéré et n'a pas eu de suite.

Dans le considérant 24, « le législateur peut permettre à un syndicat représentatif d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié, mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel une action collective », mais « c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause [système du *opt in*] et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action ». On retrouve bien ici les trois temps de l'action, son introduction, la conduite de l'instance et l'extinction de l'action. Si l'on estime que la **class action** relève de ce type d'action, ces trois

dernières conditions posées par le Conseil constitutionnel ne peuvent convenir à la transposition du système de l'*opt out*.

- D'autant plus que le Conseil constitutionnel a ajouté deux fortes réserves d'interprétation : s'il commence par admettre (considérant 25) qu'il n'est pas nécessaire d'adhérer au syndicat pour être défendeur et que le consentement de l'intéressé peut être tacite (silence gardé pendant quinze jours sur une notification de l'action envisagée), le Conseil exige (considérant 26) que ce consentement soit suffisamment éclairé « pour pouvoir respecter la liberté du salarié vis-à-vis des organisations syndicales », ce qui implique « que soient contenues dans la lettre adressée à l'intéressé 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 ». En outre, le Conseil exige que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre ; sinon, l'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise : c'est la condamnation du système de l'*opt out*. C'est cette jurisprudence constitutionnelle qui explique que, à peine trois ans plus tard, dans le domaine des actions en représentation conjointe des associations de consommateurs, les auteurs de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 ont voulu que l'association ne puisse agir que si elle avait obtenu un mandat écrit à agir en leur nom d'au moins deux consommateurs concernés.

Comment surmonter l'obstacle ?

ii) Peut-on surmonter l'obstacle constitutionnel ? - A supposer que l'on souhaite autoriser le système de l'*opt out* dans le cadre d'une **class action** qui serait introduite en droit français, existe-t-il un moyen de surmonter, de contourner l'obstacle constitutionnel qui le condamne, qui plus est au détriment des syndicats, pourtant mieux traités que les associations ? Remarquons d'abord que le contexte n'est pas favorable à un revirement ; ainsi que nous l'avons déjà indiqué (13), la décision du 21 avril 2005 sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école marque un net recul quant aux pouvoirs du juge, traduit même une véritable peur du juge. Derrière l'interrogation du Conseil sur la normativité de cette loi, on relève le considérant n° 9 (cf. *supra*) qui expose que la loi doit être normative et précise pour que le juge ne puisse pas faire jouer son pouvoir d'interprétation ! Or, dans le système de la **class action**, le juge a un rôle important à jouer : vérification que l'action est justifiée par un préjudice de masse (certification) et que la publicité a été correctement faite.

Pour autant, on remarquera que, dans la décision du 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel raisonne dans le cadre d'un litige individuel (celui du salarié) pour un salarié isolé, sans préjudice de masse. Au contraire, dans la **class action**, si le préjudice de chacun reste individuel, il n'est plus isolé, puisqu'il s'agit, par hypothèse, d'un préjudice de masse. On peut donc se demander si le Conseil statuerait de la même façon pour exiger une notification individuelle, alors que les circonstances de l'action ne sont pas identiques à celles du cas qui lui a été soumis en 1989. Les solutions données dans une affaire particulière ne valent que si tous ses éléments constitutifs sont égaux par ailleurs et ce n'est pas le cas ici. En droit social, si l'accord est refusé, le procès n'aura pas lieu ; n'est-ce pas parce que le Conseil a voulu protéger le salarié contre le syndicat, plutôt que de consacrer, dans l'absolu, un droit d'action purement individuel, la liberté de ne pas agir en justice ? Dans le droit de la consommation et d'un préjudice de masse, l'absence d'accord d'un ou plusieurs consommateurs n'empêchera pas le procès de se dérouler puisqu'on peut penser que d'autres victimes n'hésiteront pas à agir ; en quelque sorte, l'adhésion expresse de toutes les victimes serait accessoire à l'existence même du procès ; dès lors, faut-il accorder la même importance à la liberté individuelle du consommateur de ne pas agir en justice que dans le cas du salarié ?

L'argument - reconnaissons-le - est ténu, car il est d'opportunité politique : l'admettre, c'est reconnaître que l'action de groupe *opt out* trouverait sa légitimité d'atteinte au principe de la liberté individuelle de ne pas agir en justice dans l'atteinte collective aux droits des consommateurs ; l'individuel céderait devant le collectif ; l'action collective de tous serait, en quelque sorte, supérieure au droit individuel de chacun de ne pas agir en justice, pour la raison essentielle que ce qui compterait c'est le droit d'accéder réellement et concrètement à un juge (et on y accède mieux à plusieurs dans un système judiciaire onéreux comme celui des Etats-Unis, sans compter la force de frappe que représente l'*opt out* dans un procès qui va

concerner des centaines, voire des milliers de consommateurs). On arrive finalement à l'argument de l'effectivité du droit à un juge, argument que l'on va retrouver en droit européen, dans une jurisprudence récente (de 2004).

iii) La **class action** au regard du droit européen - Est-ce que l'on peut trouver dans le droit européen des obstacles à la **class action** ? On pense immédiatement à la loi Verdeille sur les associations de chasse agréées, la Cour européenne des droits de l'homme ayant jugé, le 29 avril 1999, dans l'arrêt *Chassagnou c/ France*, que l'adhésion forcée à une telle association « d'opposants éthiques à la chasse » n'est pas proportionnée au but poursuivi ; c'est la condamnation de l'adhésion forcée à une association. Par ailleurs, la jurisprudence européenne ne s'est pas toujours montrée favorable aux actions des associations devant ses propres organes de contrôle : « ne peut se prétendre victime celui qui est incapable de montrer qu'il est personnellement affecté par l'application de la loi qu'il indique » (14) ; ou encore, « la Convention ne permet pas l'*actio popularis*, mais exige, pour l'exercice du droit de recours individuel, que le requérant se prétende de manière plausible lui-même victime directe ou indirecte d'une violation de la Convention résultant d'un acte ou d'une omission imputable à un Etat contractant » (15).

Mais une évolution semble se dessiner à partir de 2001 et, surtout, 2004. Déjà, en 2001, la Cour estime que « des associations pouvaient être considérées comme victimes au sens de l'article 34 de la Convention, car elles avaient été parties à la procédure qu'elles avaient engagée devant les juridictions internes pour défendre les intérêts de leurs membres » (16). Elle est encore plus nette en 2004, avec une motivation qui tient compte des déséquilibres économiques entre les parties pour garantir un droit d'accès effectif aux tribunaux : « dans les sociétés actuelles, lorsque le citoyen se voit confronté à des actes administratifs spécialement complexes, le recours à des entités collectives telles que les associations constitue l'un des moyens accessibles, parfois le seul, dont il dispose pour assurer une défense effective de ses intérêts particuliers. Cette **qualité à agir** des associations dans la défense des intérêts de leurs membres leur est d'ailleurs reconnue par la plupart des législations européennes... Une autre approche, par trop formaliste de la notion de victime, rendrait inefficace et illusoire la protection des droits garantis par la Convention » (17). Il est important de souligner que ce dernier arrêt fait allusion à la législation des Etats membres et que le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède connaissent des actions de groupe qui n'ont pas été condamnées par la Cour européenne des droits de l'homme. Surtout, la Cour fait allusion, dans cet arrêt, à l'effectivité de la protection des droits garantis par la Convention ; on revient à l'arrêt fondateur *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979 et à l'argument que nous avons développé à propos de l'obstacle constitutionnel : est-ce que la **class action** n'est pas l'instrument de cette effectivité, fût-ce, dans le système de l'*opt out*, au détriment de la liberté individuelle ? Mais on prendra garde de relever que la Cour européenne ne se prononce pas sur l'exigence ou non d'un droit individuel de ne pas agir en justice ; en consacrant le droit d'action des associations en défense regroupée, elle ne dit rien d'une telle action qui serait exercée au nom de consommateurs inconnus.

B - Les obstacles dans le déroulement de l'instance
Pour l'essentiel, on peut en identifier trois.

1°) Obstacle dans la recherche des preuves - Dans le système américain de la **class action**, la recherche des preuves constitue l'élément clef de cette procédure, avec la technique de la *discovery* qui permet de pratiquer des *fishing expeditions*. Sommes-nous prêts, culturellement parlant, à introduire ce système en droit français, à supposer qu'on le juge essentiel, voire consubstantiel, à l'effectivité d'une action collective pour préjudice de masse ? De tradition, en France, c'est le parquet et le juge d'instruction qui sont seuls autorisés, en matière pénale, à procéder ainsi. Mais, en matière civile, notre système juridique est à cent lieues du système américain, malgré l'accroissement des pouvoirs du juge de la mise en état.

Sommes-nous prêts aussi, financièrement parlant, à faire supporter le coût, énorme, de la *discovery* au perdant du procès ? Et *quid* de la surface financière des associations ?

Pour être complet, il faut relever que la **class action** peut exister sans *discovery*, mais elle perd en efficacité ce qu'elle gagne en compatibilité avec le système français. Et si l'on introduit ce type de recherche de la preuve, il faut, là encore, s'interroger sur son cantonnement aux procès pour préjudice de masse.

2°) L'égalité des armes - Le procès en **class action** est un procès comme un autre au regard des garanties du justiciable. En particulier, il devra respecter le principe de l'égalité des armes que le droit européen, depuis 1968, place au fronton du procès équitable : « l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (18).

Or, dans le système de l'*opt out*, les membres représentés mais inconnus ne pourront pas faire valoir leurs arguments ; on peut lever l'obstacle en remarquant que, précisément, ils sont représentés (mais sans leur accord exprès). Inversement - et l'obstacle est plus fort -, le défendeur ne peut-il pas prétendre, dans ce système de l'*opt out*, qu'il ne connaît pas tous ses adversaires, alors que le représentant de la **class action** connaît son adversaire ? La rupture d'égalité est inhérente au système de l'*opt out*. Et elle va heurter les droits de la défense.

3°) Au regard du principe de la contradiction - La Cour européenne des droits de l'homme rappelle constamment qu'une procédure n'est pas contradictoire si « le président n'a pas entendu le requérant et ne l'a pas invité à présenter ses observations » (19). Le défendeur à une **class action** ne peut-il pas légitimement prétendre qu'il n'a pas pu obtenir du demandeur inconnu qu'il présente ses observations et qu'il n'a pas pu faire valoir ses arguments contre chacun des demandeurs, notamment dans l'appréciation du préjudice de chacun (par exemple en opposant le comportement fautif de certaines victimes) ? Pour le moins, le juge devra vérifier que tous les protagonistes ont été à même de bénéficier du droit d'être entendus. Mais cette exigence ne porte-t-elle pas en elle-même la condamnation de l'*opt out* ? Pour contourner l'obstacle, il a été (astucieusement) proposé (20) que la **class action** soit, au moins dans un premier temps, limitée, en droit français, aux hypothèses de contentieux objectifs (celles des stipulations contractuelles et de la sécurité des biens mis en circulation), à l'exclusion de contentieux de la responsabilité civile qui, lui, est un contentieux subjectif ; si la proposition est séduisante, elle réduit à néant ou presque (ce que son auteur reconnaît) l'intérêt d'introduire en France une **class action** avec le système de l'*opt out*, car ces actions sont d'abord faites pour obtenir des dommages-intérêts, manifestation concrète de l'indemnisation d'un préjudice de masse ; au demeurant, pour les stipulations contractuelles, le droit français connaît déjà, on l'a dit, des actions spécifiques en suppression de clauses abusives.

C - Obstacles dans l'aboutissement de l'instance

a) En cas d'échec de l'action, qui paye les frais de l'instance ? Au regard des principes français, le demandeur, et il s'y ajoutera d'éventuels dommages-intérêts au profit du défendeur si celui-ci estime avoir subi un préjudice économique important du fait de la **class action**. Et ceux-ci risquent d'être élevés si le demandeur avait procédé à une large publicité sur la responsabilité supposée du défendeur avant même de lancer son action.

b) En cas de réussite de la **class action**, deux questions se posent.

- Il y a d'abord la question de savoir à qui le jugement profite. Aux parties et aux personnes représentées certainement : par conséquent, si l'on admet le système de l'*opt out*, il faut absolument considérer que les victimes inconnues sont néanmoins représentées pour que l'effet relatif de la chose jugée ne leur soit pas opposable.

- Il y a aussi la question de la fixation des dommages-intérêts aux victimes du préjudice de masse et de leur paiement. Comment fixer l'indemnisation ? Avec un caractère automatique et forfaitaire, égalitaire, mais sans individualisation individuelle du préjudice subi par chacun ? On porte alors atteinte au principe que le préjudice doit être évalué individuellement, au cas par cas. Si on le fixe par l'attribution d'une somme globale au fonds créé à cet effet ou à

l'association, l'indemnisation variera selon le nombre final de victimes qui se feront connaître après le jugement, ce qui n'est guère satisfaisant et pose la question de la diffusion de ce jugement ? A quel coût ? Se posera ensuite la question du mode de paiement des indemnités, question à laquelle les juristes français sont peu habitués : faudra-t-il fixer un délai à l'expiration duquel les victimes ne pourront plus se faire connaître ? Faut-il accepter l'idée d'un fonds pérenne, dans l'attente que des victimes aujourd'hui inconnues se manifestent même tardivement ? Il semblerait qu'au Québec cette question de l'attente de la distribution des fonds soit cruciale.

On constate que, sur ce dernier point, comme sur bien d'autres déjà rencontrés, le système américain de la *class action* est inadapté aux besoins et aux contraintes français. Sans doute est-ce dû à une différence culturelle essentielle relevée par Monique Bandrac dans le Précis Dalloz de *Droit processuel* : «une telle procédure, et le rôle qu'elle suppose donné au juge, constitue, à la disposition des groupes de pression, l'instrument d'une action politique plutôt que juridictionnelle » (21). De fait, la *class action n'est pas une action* adaptée à notre droit privé, car « le juge français n'est investi d'aucun pouvoir réglementaire et n'est pas un organe de l'action politique.... Seul le recours pour excès de pouvoir s'apparente aux *class actions*, dans la mesure où le juge administratif reconnaît qualité à tous les membres d'une catégorie abstraite pour contester la légalité d'un acte portant atteinte à l'intérêt catégoriel et obtenir ainsi un jugement quasi réglementaire puisqu'il annule un règlement » (22). Tout est là et il est temps d'envisager un modèle à la française, qui respecte nos principes fondamentaux de procédure, sans perdre en efficacité.

II - La faisabilité juridique d'un modèle français de recours collectif

La réponse à la question posée par le président de la République n'est-elle pas dans une adaptation des règles de procédure civile française pour garantir que les préjudices de masse seront traités autrement que les préjudices isolés, tout en respectant l'essentiel de nos principes de procédure ? Après d'autres auteurs (23), mais en prenant résolument un angle procédural, nous pensons être en mesure de proposer un système de recours collectif « à la française » que nous soumettons à la sagacité des membres de la commission et de tous ceux qui liront ce texte, car nul ne détient la vérité.

A - Le schéma proposé d'une action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse
En fait, ce que nous proposons, c'est d'introduire une action déclarative en responsabilité pour préjudice de masse, avec obligation ou faculté (selon le cas) pour le juge de suspendre le procès une fois acquise cette déclaration, pour permettre aux autres victimes de se faire connaître et d'intervenir selon la technique de l'intervention volontaire.

a) On peut en effet concevoir que, dans une première phase, une personne qui se prétend victime d'un préjudice de masse (ou une association agréée de consommateurs ou les deux) commence par introduire une action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse à son détriment et à celui de victimes indéterminées (mais déterminables par la nature de l'événement ayant causé le préjudice) ; les deux demandes devront être formulées dans l'assignation pour pouvoir bénéficier des particularités de ce type d'action et prendre conscience que ce genre de procès est plus long qu'un procès ordinaire. L'action aura pour objet d'établir la faute du défendeur et d'aboutir à un jugement en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse. Le juge devra donc à la fois vérifier l'existence d'un préjudice de masse et identifier la faute du défendeur, la définir. Ce genre de procès ne suppose aucun aménagement de nos règles de preuve ; c'est un procès normal en responsabilité, avec le respect de toutes les garanties du procès équitable mais limité à la déclaration de la faute à l'origine d'un préjudice de masse préalablement identifié ; il ne nécessite pas, *a priori*, de tribunaux spécialisés, sauf si le législateur souhaitait, comme il est de mode aujourd'hui, centraliser ce type de contentieux sur quelques grands tribunaux de grande instance (ou cours d'appel). Si l'on souhaite introduire, à ce stade de la procédure, une voie de recours (au demeurant assez normale s'agissant d'une déclaration de responsabilité

pouvant entraîner de graves conséquences pour le défendeur), il conviendra de prévoir une procédure accélérée afin de ne pas retarder inutilement et déraisonnablement l'issue du procès.

b) Le jugement déclaratif de cette responsabilité permettra d'entrer dans une deuxième phase judiciaire en fixant un délai de suspension de l'instance, délai qui sera mis à profit par le demandeur à une telle action pour procéder à une publicité, ordonnée par le juge (ce qui couvre la responsabilité du demandeur, puisque la faute a été reconnue par le juge), aux frais du défendeur et payable sur le montant d'une provision demandée au défendeur dont la responsabilité aura été reconnue et déclarée par un juge. Les aspects financiers d'une **class action** sont ainsi résolus par le jeu des mécanismes classiques du procès civil.

Pendant cette phase, les victimes qui se reconnaîtront dans ce préjudice se feront connaître du tribunal, soit directement par la technique bien connue de l'intervention volontaire (art. 328 et s. NCPC), soit en rejoignant une association de défense regroupée qui sera déjà partie à l'instance et que l'on autorisera, pendant cette période, à s'ouvrir à d'autres adhérents qu'au début du procès, sous la condition de porter leur identité à la connaissance du tribunal.

c) L'instance reprend à l'expiration du délai fixé, sans que la question de l'*opt out* se pose puisque, par hypothèse, il n'y aura, à l'instance, que des victimes connues et qui se seront manifestées. On verra plus loin comment résoudre la situation des victimes qui se feraient connaître hors du délai fixé par le juge. Au cours de cette instance, il sera procédé à l'évaluation individuelle des préjudices de chaque victime (avec, au demeurant, des situations vraisemblablement très proches), ce qui entraînera la fixation personnalisée de dommages-intérêts et dont l'attribution se fera sans passer par un fonds créé à cet effet, selon les règles classiques d'attribution de dommages-intérêts. La question des honoraires d'avocat payés sur le fonds, avec un pacte de *quota litis*, ne se pose donc pas.

d) Reste la situation des victimes qui ne se feraient connaître que tardivement, en tout cas après l'expiration du délai fixé par le juge pour former une intervention volontaire. Elles ne seront pas dans le groupe indemnisé et ne pourront bénéficier du jugement. Mais rien ne leur interdira, sous la réserve traditionnelle que leur droit ne soit pas prescrit, d'intenter une action individuelle en responsabilité civile contre l'auteur de leur dommage, action dont le résultat sera facilité par la production, à l'appui de leur demande et à titre d'information du juge, du jugement rendu sur l'action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse. On échappe ainsi à la prohibition des arrêts de règlement posée par l'article 5 du code civil et le risque de divergence de jurisprudence est écarté par le mécanisme régulateur du pourvoi en cassation.

B - Le champ de l'action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse
Rien ne nous semble devoir imposer de limiter ce type d'action au droit de la consommation. C'est la notion de préjudice de masse qui en détermine l'existence et en fixe les modalités. Ainsi seront résolues les questions, toujours délicates, du contenu du droit de la consommation. Quant au préjudice de masse, on peut l'appréhender sous l'angle « de préjudices individuels multiples nés d'un même fait et concernant des victimes connues ou indéterminées, mais déterminables ».

C - Le code devant accueillir l'action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse
On peut penser à introduire cette nouvelle action dans le code de la consommation. Au-delà du symbole et du « signal » fort qui serait ainsi donné aux consommateurs et à leurs associations de défense agréées, ce procédé ne nous paraît pas justifié pour deux raisons :

- l'une de fond, à savoir, comme nous venons de l'indiquer, que ce type d'action est justifié par la nature du préjudice (de masse) et non pas par le domaine dans lequel la faute se réalise. L'optique de cette action, c'est de faciliter la réparation d'un préjudice de masse, peu important le champ de l'activité du défendeur.

- l'autre de pure procédure : si le système que nous proposons ne bouleverse aucun des principes fondamentaux de notre procédure civile, il suppose néanmoins que soient bien transcrits, dans un code de procédure civile, les quelques aménagements de règles techniques qu'il suppose (par exemple, la formalisation de la demande en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse ; le régime juridique du premier jugement qui tout à la fois reconnaît qu'il y a préjudice de masse, déclare la responsabilité du défendeur et suspend l'instance ; le régime juridique de la suspension de l'instance et des modalités d'intervention volontaire ; les conditions de la publicité ordonnée par le juge et son financement par une provision versée par le défendeur condamné ; la reprise de l'instance et la question des voies de recours). De plus, un livre entier du nouveau code de procédure civile attend tout naturellement la description technique de cette action, à savoir son livre III, qui contient un titre IV sur « les obligations et les contrats » ; il suffirait d'ajouter un chapitre VII avec cet intitulé : « L'action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse ».

A titre de mesure de proposition médiane, on pourrait, tout en conservant cette action, à titre principal, dans le nouveau code de procédure civile, créer un article-renvoi dans le code de la consommation, comme c'est déjà le cas entre le nouveau code de procédure civile et d'autres codes, par exemple le code de l'organisation judiciaire.

Mots clés :

ACTION EN JUSTICE * Action collective * **Class action** * Droit français * Introduction * Obstacle

(1) C'est nous qui soulignons.

(2) Sur cette jurisprudence, Vincent et Guinchard, Procédure civile, Dalloz., 23e éd., 2003, n° 183 ; S. Guinchard et *alii*, Droit processuel/ Droit commun et droit comparé du procès, Dalloz, 3e éd., 2005, n° 131 et 293.

(3) S. Guinchard et *alii*, *op. cit.*, n° 71 s.

(4) S. Guinchard et *alii*, *op. cit.*, n° 80.

(5) Sur lequel, V. en dernier lieu, F. Laroche-Gisserot, *in* Les « **class actions** » devant le juge : rêve ou cauchemar, Petites affiches, 10 juin 2005, p. 7.

(6) Sur lequel, V. en dernier lieu, P.-C. Lafond, *in* Les « **class actions** » devant le juge : rêve ou cauchemar, *ibid.*, p. 11.

(7) V. Vincent et Guinchard, Procédure civile, préc., n° 125 s.

(8) V. V. Magnier, Les **class actions** d'investisseurs en produits financiers, *in* Les « **class actions** » devant le juge : rêve ou cauchemar, préc., p. 33.

(9) L'art. 15 du décret n° 2005-790 du 12 juill. 2005 (JO 16 juill., p. 11688) ; D. 2005, Lég. p. 1991) relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat ne modifie pas cette problématique, puisque le démarchage reste interdit (al. 2).

(10) N. Faussat, vice-présidente du TGI de Paris, *in* Petites affiches, 25 mai 2005, p. 7.

(11) Il semble qu'aux USA aucune certification n'ait été confirmée par un juge d'appel d'Etat ou fédéral (cf. *Le Monde* du 6 juin 2005).

(12) V. Vincent et Guinchard, Procédure civile, *op. cit.*, n° 129.

(13) *Supra*, dans l'introduction à ces propos.

(14) Comm. EDH 6 avr. 1995, *Fédération grecque des commissionnaires en douane*.

(15) Comm. EDH 4 déc. 1995, *Taura et alii c/ France*.

(16) CEDH 10 juill. 2001, *Association et ligue pour la protection des acheteurs d'automobiles c/ Roumanie*.

(17) CEDH 27 avr. 2004, *Gorraiz Lizzarraga et alii c/ Espagne*.

(18) Comm. EDH 16 juill. 1968 ; 27 oct. 1993, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas* ; 23 oct. 1996, *Ankerl c/ Suisse*.

(19) CEDH 9 mai 1986, *Feldbrugge c/ Pays-Bas*.

(20) M.-A. Frison-Roche, Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la **class action** : obstacles et compatibilités, in Les « **class actions** » devant le juge : rêve ou cauchemar, préc., p. 22, spéc. n° 40.

(21) M. Bandrac, in S. Guinchard et alii, *op. cit.*, n° 710, p. 1165.

(22) *Ibid.*

(23) En dernier lieu, D. Mainguy, A propos de l'introduction de la **class action** en droit français, D. 2005, Point de vue p. 1283 , qui expose aussi le système jadis retenu par ce grand spécialiste du droit de la consommation qu'est notre collègue Jean Calais-Auloy, système que l'on trouvera résumé par cet auteur in Les « **class actions** » devant le juge : rêve ou cauchemar, préc., p. 29 ; H. Temple, « **Class actions** » et économie de marché, JCP 2005, Actual. 284, p. 992. V. aussi Petites affiches, 10 juin 2005, p. 3 s., préc., qui reproduit le texte des contributions au colloque organisé à Paris, le 18 nov. 2004.