

**« Des obstacles juridiques à l'action de
groupe »**

**Discours prononcé par le premier président de
la Cour de cassation au Colloque organisé le 10
novembre 2005**

**par l'association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de
véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à
la justice »**

Qu'il s'agisse d'en vanter le « charme discret » ou de la reléguer au rang des « fausses bonnes idées », d'un rêve ou d'un cauchemar, l'encre coule abondamment au sujet de l'action de groupe, nouvel avatar de recours collectif bien connu Outre-Atlantique, mais jamais consacré par le droit privé français.

De fait, cette institution suscite autant d'enthousiasme que de méfiance. Tantôt parée de toutes les vertus, l'action de groupe permettrait de remédier à la pénalisation excessive de la société française, tout en offrant aux victimes d'un préjudice de masse la chance d'établir plus efficacement la vérité et d'obtenir une meilleure réparation. Tantôt décrite comme un « monstre à la Frankenstein », la *class action* ne provoquerait qu'un encombrement des prétoires et un risque de déséquilibre majeur de l'économie, consécutif à la multiplication des procès intentés contre des entreprises aux sources de la croissance.

Nul ne s'étonnera donc que la réflexion ait pris un essor considérable, depuis l'invitation provenant du Président de la République – lors des cérémonies de vœux aux corps constitués pour l'année 2005 – à constituer un groupe de travail dont le rapport sera déposé dans les prochaines semaines. Fournira-t-il la substance d'un projet de loi ? Rien ne semble moins sûr, la presse se faisant l'écho des nombreuses hésitations qui se manifestent face à cette importation du droit américain.

Force est d'admettre que la notion d'action de groupe, dont les mérites sont discutés dans le pays même où elle fut forgée, soulève un ensemble d'obstacles sinon rédhibitoires, à tout le moins réels et sérieux. Cela étant, l'action de groupe peut se présenter sous deux aspects très différents, qui seront tour à tour évoqués cet après-midi.

La forme la plus audacieuse est sans conteste celle de l'action de groupe de type « *opt out* », qui intègre par défaut toutes les victimes potentielles d'un comportement identifié, à l'exception de celles qui manifestent la volonté de s'exclure du groupe ainsi défini. La *class action* que connaît le droit américain se présente sous cette forme, mais aussi l'action populaire introduite voici dix ans dans le droit portugais, que M Pegado Liz présentera au cours de l'après-midi. Il s'agit bien sûr de la forme la plus efficace au regard de l'objectif de réparation des préjudices de masse, mais aussi la plus innovante au regard du droit positif.

L'action de groupe de type « *opt in* », forme certainement moins éloignée des principes fondamentaux du droit français, ne concerne à l'inverse que les personnes qui manifestent

leur volonté d'être partie à l'action intentée. C'est par exemple sous cette forme que la Suède a récemment introduit l'action de groupe dans son droit interne.

Il faut s'en douter, ces deux formes ne suscitent pas tout à fait les mêmes difficultés, et appellent subséquentement un examen séparé. En effet, c'est d'une analyse circonstanciée que pourront ressortir les conditions d'une action de groupe équilibrée. Un point est en toute hypothèse acquis : c'est à la lumière des droits étrangers que la réflexion doit être désormais menée – ceci explique d'ailleurs pourquoi la Cour de cassation organisait en juin dernier un colloque exclusivement consacré à l'analyse comparatiste.

Après s'être demandé si le système de l'*opting out* est un modèle à bannir, il faudra donc chercher à savoir si le système de l'*opting in* peut constituer un modèle à retenir.

I. L'action de groupe de type *opt out* : un modèle à bannir ?

Le système de l'*opting out* serait-il donc un modèle à bannir ? Un constat s'impose à tout le moins : ce type de procédure présente des caractéristiques très éloignées de celles qu'ouvre aux justiciables le droit procédural français. « Actions frivoles » selon certains, les *class actions* comportent indéniablement le risque de dégénérer en abus : de l'aveu même de juges américains, la menace d'une action de groupe serait un chantage judiciaire répandu et quasiment incoercible. Ceci ne peut qu'inviter à une extrême prudence. Selon ses détracteurs les plus convaincus, l'encadrement d'un tel recours serait même impossible. Faut-il ainsi l'exclure, à l'instar du législateur suédois ? C'est ce qu'il conviendra de discuter cet après-midi, en examinant tour à tour sa mise en œuvre (A) et son résultat (B).

A. La mise en œuvre de l'action : un aménagement impossible ?

1° S'agissant des problèmes relatifs à la représentation à l'action, la difficulté première que suscite le mécanisme de l'action de type « *opt out* » tient à l'initiative du procès. De fait, c'est une association ou un cabinet d'avocat qui, par hypothèse, engagera une action sans avoir reçu mandat à cette fin. Ce renversement des rôles n'irait pas sans soulever des obstacles sérieux au regard du droit constitutionnel et du droit européen :

- Dans la mesure où une procédure *opting out* concernerait tous les membres d'un groupe prédéterminé, sans qu'ils aient exprimé une volonté en ce sens, n'y aurait-il pas d'abord une atteinte à la liberté d'agir ou de ne pas agir en justice ?

- L'atteinte à la liberté d'action ne s'accompagnerait-elle pas en outre d'une atteinte à la liberté de choix du représentant, s'il n'est du moins pas permis aux membres du groupe de choisir un mandataire ou un avocat propre ?

- Mais la maxime « *nul ne plaide par procureur* », presque « aussi vieille que le droit français »¹, constitue bien sûr l'obstacle le plus sérieux à l'introduction de l'action de groupe en droit positif. Bien entendu, le contexte a largement évolué depuis l'époque révolutionnaire, où la crainte des corps intermédiaires avait conduit au rejet de toute forme d'action collective. Syndicats et associations sont ainsi depuis longtemps admis. Il n'en demeure pas moins que l'introduction de l'action de groupe par le droit français ne manquerait pas de réveiller les vieux démons. D'aucuns se font fort d'agiter la peur que derrière l'intérêt des consommateurs et autres victimes de préjudices de masse, seul soit favorisé le corporatisme.

Entrer dans de telles polémiques paraît vain cependant. Le principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur* » renvoie surtout aujourd'hui à une exigence de transparence du procès, dont il faut se demander s'il convient de la faire céder devant l'impératif d'efficacité. La question se pose alors de savoir si le législateur peut écarter un tel principe. Nombre de commentateurs ont rappelé la décision rendue le 25 juillet 1989, à propos des actions intentées par les syndicats, dans des termes qui paraissent bien exclure la transposition du système de l'*opt out*. L'obstacle n'est cependant peut-être pas insurmontable – c'est sans doute ce que se proposera de démontrer tout à l'heure Mme Frison-Roche. On conviendra, à tout le moins, que ce débat appelle un véritable choix de valeurs.

2° - Une autre série d'obstacles est liée au déroulement de l'instance. Vient en premier rang le principe de l'égalité des armes, garantie essentielle du procès équitable prévue par la Convention européenne des droits de l'homme. La rupture d'égalité paraît bel et bien attestée par le fait que le défendeur ne connaîtra pas tous ses adversaires, alors que le représentant de la *class action* l'identifiera quant à lui parfaitement.

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

ce que la procédure offre aux requérants un anneau de Gygès, leur permettant d'attaquer leur adversaire de façon invisible. C'est ainsi au regard du principe de la contradiction et des droits de la défense que l'action de groupe de type *opt out* ne manque pas de soulever la difficulté la plus sérieuse. De fait, il ne faut pas oublier que dans le cadre de l'*opting out*, toutes les victimes ne sont pas identifiées précisément : il est évidemment impossible que chacune présente des observations, et que le défendeur puisse faire valoir contre chacune d'entre elles ses arguments, notamment dans l'appréciation du préjudice de chacun, en opposant par exemple le comportement fautif de certaines victimes.

B. Le résultat de l'action

L'*opting out* soulèverait enfin des difficultés au stade du dénouement de l'instance, qui conduisent à envisager avec circonspection son applicabilité en droit français...

Outre la contrainte majeure que représente le principe d'autorité relative de la chose jugée, une difficulté apparaît également au stade de la fixation des dommages-intérêts dus aux victimes du préjudice de masse. Dans le cadre de l'action de type *opt out*, le nombre de victimes n'est pas connu et celles-ci ne sont pas identifiées précisément... La solution la plus évidente serait de donner à l'indemnisation un caractère automatique et forfaitaire, égalitaire. Le problème tiendrait alors à l'absence de détermination individuelle du préjudice subi par chacune des victimes, en contradiction avec le principe selon lequel un préjudice doit être évalué individuellement, en fonction des considérations propres à chacune des victimes. En outre, l'indemnisation consistant en l'attribution d'une somme globale variera selon le nombre final des victimes qui se seront fait connaître après le jugement, ce qui n'est évidemment pas satisfaisant, et risque de conduire à une réparation partielle du dommage subi par certaines victimes, en contradiction avec le principe de réparation *in integrum*. Il faut enfin se demander si par le biais de l'action de classe, l'on ne risque pas, à l'inverse, d'arriver au système américain des « *punitive damages* », que le droit français n'a encore jamais accueilli, malgré de récentes propositions en ce sens (rapport Catala).

Force est par ailleurs d'observer que la réparation la plus adéquate ne consistera pas toujours en l'allocation de dommages-intérêts aux victimes, parce que le préjudice individuel est minime – ainsi dans nombre de litiges de droit de la consommation. Certains systèmes

étrangers admettent une sorte de réparation en nature, ainsi par exemple, en cas de litige relatif à une augmentation indue ou à une surfacturation illégale, une diminution corrélative, pendant un certain temps, des tarifs pratiqués par l'opérateur économique. Qui ne voit que la « réparation » prononcée ne profitera alors pas nécessairement aux victimes réelles du comportement incriminé ? On peut objecter, en revenant finalement au choix de valeurs déjà évoqué, que sans doute l'intérêt collectif des consommateurs y trouverait son compte. Des solutions peuvent en outre être imaginées, et l'ont d'ailleurs déjà été, pour qu'un enrichissement illicite puisse être restitué, par exemple à un fonds public. Si l'atteinte à l'effet relatif de la chose jugée est ici patent, ne doit-elle pas être mise en perspective avec l'effet vertueux qui peut être attendu de la certitude de devoir réparer, d'une façon ou d'une autre, le préjudice causé ?

II. L'action de groupe de type *opt in* : un modèle à retenir ?

Le système de *l'opting in* semble plus respectueux des principes fondamentaux des droits continentaux, ce qui explique que les pistes de réflexion, à l'échelle européenne, s'orientent surtout vers ce type de recours. De fait, M. Pélisson se proposera d'en faire tout à l'heure le plaidoyer – quoique le point d'interrogation ne nous ait pas échappé... Divers obstacles sont cependant communs à toute action de groupe, qu'elle prenne la forme de *l'opt out* ou de *l'opt in*. Ceci invite à une réflexion approfondie des conditions dans lesquelles une action de groupe « à la française » pourrait être consacrée : un examen de la procédure concevable (A) précédera donc de brèves observations relatives au domaine de l'action (B).

A. La procédure : obstacles et aménagements

1° - Au stade de l'introduction de l'instance, il faudra tout d'abord répondre à la question de savoir si le demandeur à l'action de groupe devra être représentatif ou non des membres de la classe. Sur ce point comme sur tant d'autres, il sera sans doute utile de revenir au projet présenté en 1990 par la Commission de refonte du droit de la consommation, que son président, le professeur Calais-Aulois, évoquera tout à l'heure pour notre plus grand intérêt. Faudra-t-il ainsi attribuer à des associations agréées une compétence réservée en la matière ? L'ouvrir plus largement à toute association de défense ? En fait, il s'agira surtout de déterminer si les avocats pourront prendre l'initiative du procès, avec le risque largement

dénoncé que l'action de groupe ne se transforme en une poule aux œufs d'or entre les mains de cabinets spécialistes.

- Qu'il s'agisse d'action de groupe de type *opt out* ou *opt in*, il sera nécessaire d'informer les membres potentiels du groupe, ainsi les victimes du préjudice de masse allégué : dans le système *opt out*, pour permettre aux victimes de sortir du groupe, dans le système *opt in*, pour leur permettre de manifester leur volonté de se joindre à l'action. Dans le but d'informer les victimes, une mesure de publicité sera de fait inéluctable. S'il est admis que l'initiative du procès revienne à un cabinet d'avocats, il faudra alors lever l'obstacle de l'interdiction des actes de démarchage ou de sollicitation.

- Le rôle du juge apparaît ainsi déterminant, ne serait-ce que pour exercer ce contrôle de la représentativité du demandeur ou pour autoriser la sollicitation des victimes. Une scission du procès en deux phases apparaît de fait inexorable : une première phase relative à la recevabilité de l'action, l'autre à l'examen de son bien-fondé. Il n'est cependant guère évident que l'examen de la recevabilité de la demande prenne une forme classique.

Le mécanisme de l'action de groupe appelle sans doute, en effet, une certification de l'action, qui permettrait au juge de vérifier que les conditions de réalisation d'un préjudice de masse sont réunies par tous ceux qui se trouvent dans la même situation. La question est alors de savoir si le juge devra se contenter d'un contrôle classique de la recevabilité, au regard de l'intérêt à agir, de la prescription, de la chose jugée, etc., ou si, à l'instar du juge québécois, il devra se livrer à un examen du sérieux des moyens invoqués par le groupe. Compte tenu de l'ampleur des frais que peut occasionner l'exercice d'une *class action*, il semble primordial d'évaluer les chances de succès du recours. Il faut cependant se garder d'une sorte de jugement avant procès...

2° De même, des questions se posent au stade du déroulement de l'instance. Faut-il le souligner, l'introduction de la *class action* dans le droit français a pu paraître à certains une alternative au dévoiement de la procédure pénale, trop souvent engagée sur la présupposition que la preuve sera rendue plus aisée par les investigations conduites sous le contrôle du juge d'instruction.

Un tel phénomène conduit certains à appeler de leurs vœux la création d'une action de groupe qui permettrait d'éviter ce recours excessif au juge pénal. Il faut alors prendre la mesure de ce que cette innovation n'atteindrait son but qu'autant que serait prévu le mécanisme qui constitue l'élément clef de la procédure de *class action* en droit américain : la technique de la *discovery*, qui permet notamment de pratiquer des *fishing expeditions*.

Faut-il pour autant redéfinir, aux seules fins de l'admission de l'action de groupe, les grands équilibres de la procédure civile ? Pour l'heure, l'on ne peut que mesurer combien notre droit est éloigné de ce système, nonobstant l'accroissement des pouvoirs du juge de la mise en état et des recours à diverses expertises. C'est sans doute sur ce point que l'imagination doit être à l'œuvre, et qu'une réflexion approfondie doit être conduite sur le rôle et les pouvoirs du juge dans une configuration procédurale que l'on pourrait envisager comme spécifique à l'action de groupe.

3° - S'agissant de la réparation du préjudice, il faudra prévoir les modalités concrètes de l'indemnisation de chacune des victimes ? Faut-il exiger une réparation individuelle, donnant lieu à une indemnisation versée directement par le défendeur succombant ? Faut-il prévoir un fonds d'indemnisation, sous l'égide de l'Etat ? M. Lauzon, qui nous présentera le modèle québécois, nous suggérera à n'en pas douter d'intéressantes pistes de réflexion à ce sujet.

- Mais la question des frais du procès et des honoraires des avocats, liée à la précédente, est sans doute la plus problématique. Une action de groupe est, par hypothèse, au départ d'une procédure complexe, imposant une recherche coûteuse des preuves établissant la responsabilité du défendeur. Dans le cadre d'une action de groupe, les frais du procès ne sauraient être assumés par des personnes qui, par hypothèse, ne sont jamais toutes identifiées – système de l'*opt out* – ou ne le seront qu'en cours de procédure – système de l'*opt in*. L'initiative du procès peut certes revenir à une association représentant le groupe, mais la surface financière relativement faible de la plupart des structures associatives ne leur permet pas de supporter le coût de la publicité consécutive à l'exercice de cette action, ni de rémunérer par avance les avocats qui plaideront dans l'affaire. La seule solution économiquement viable serait selon certains de prévoir une rémunération de l'avocat assise sur le produit de cette action judiciaire, ce qui heurte directement le principe de prohibition des pactes de *quota litis*. Est-il sage, cependant, de rompre avec un tel principe ? Le risque ne serait-il pas de créer alors un « jackpot justice », qui fait depuis longtemps le bonheur des avocats américains ?

B. Le domaine de l'action de groupe :

Un dernier volet de questions concerne le domaine de l'action de groupe qui serait éventuellement introduite.

Il importe de le rappeler, la réflexion initiée par le Président de la République concerne essentiellement le droit de la consommation. A cet égard, l'on attend avec impatience l'intervention de M. Guillaume Cerutti, qui nous livrera tout à l'heure les principales orientations du groupe de travail constitué au début de l'année.

Relevons seulement pour l'heure qu'à restreindre l'action de groupe aux recours exercés par des associations de consommateurs, la question pourrait se poser à nouveau de définir ce qui relève précisément de l'atteinte aux intérêts qu'elles défendent. La définition du préjudice réparable pourrait ainsi donner lieu à une réforme de certaines règles de fond : un débat pourrait s'engager sur la modification unilatérale des tarifs, la facturation de frais non contractualisés, la restriction non déclarée de l'usage de certains produits (ainsi par exemple le blocage de CD Rom, la protection anti-copie des CD et DVD, etc.). On le voit, l'admission des *class actions* pourrait produire un « effet domino » non négligeable. Il ne faut pourtant pas nécessairement le craindre. Dans une certaine mesure, n'est-il pas opportun que soient définies des techniques juridiques adaptées aux phénomènes de globalisation des marchés et de développement technologique ?

L'introduction de la *class action* fait d'ailleurs l'objet de revendications d'autres personnes en situation d'infériorité économique. Des préjudices subis par des actionnaires minoritaires aux dommages causés à l'environnement, les préjudices ne manquent pas, qu'une action de groupe serait censée permettre de réparer plus efficacement. Il ne suffit pas cependant qu'un ensemble de personnes s'estime lésé par un comportement donné : encore faut-il que puisse être retenu une atteinte à un intérêt protégé par le droit.

Il faudrait ainsi réfléchir aux incidences d'un recours collectif en droit des sociétés, où l'intérêt individuel à agir des associés est traditionnellement entendu de façon restrictive.

Il est en outre intéressant de le souligner, la *class action* peut, dans certains pays, être intentée contre des administrations ou des entreprises qui relèvent, en France, du secteur public, ainsi en matière de transport, de fourniture d'électricité, etc. Faudra-t-il admettre l'action de groupe devant la juridiction administrative, et prévoir un régime propre ? La notion de groupe pourrait ainsi porter le germe d'une nouvelle mise à l'épreuve de la distinction française entre droit public et droit privé, ou, à tout le moins, susciter des problèmes de délimitation de compétence juridictionnelle. Sans prêter trop attention aux Cassandres, la réception de l'action de groupe pourrait donc augurer une période de profonds bouleversements de l'ensemble du droit.

La consécration d'une action de groupe permettrait en revanche de mettre un terme aux hésitations suscitées par les recours ayant pour but la protection des intérêts collectifs. L'admission des actions de groupe permettrait par exemple de ne plus distinguer entre ce qui relève de l'intérêt général de tout consommateur, proche de l'intérêt public, et ce qui relève de l'intérêt individuel d'un ensemble de victimes, dans la mesure où la *class action* permettrait de réparer tout préjudice de masse, appréhendé dans toutes ses dimensions.

Conclusion

« *Plaidons par procureur !* », invitait audacieusement le professeur Caballero dans un article paru voici vingt ans déjà. L'introduction de ce « corps étranger » que représente la *class action* n'irait pourtant pas sans susciter une profonde évolution de nos principes de procédure et de certaines règles de fond, évolution qui appelle une réflexion mesurée, mais ouverte, à laquelle il s'agit d'apporter une pierre aujourd'hui. De ce point de vue, le recensement des obstacles, qui donne nécessairement un prisme, sinon négatif, du moins prudent à l'analyse, ne doit pas être un frein à la réforme. Si la conviction est acquise que, dans la hiérarchie des valeurs que j'évoquais tout à l'heure, le principe selon lequel tout dommage doit être réparé doit être placé au premier plan, les obstacles devront être levés. Si la voie est étroite, rien ne dit qu'elle soit impraticable.