



HAL
open science

Le risque judiciaire de l'introduction de l'action de groupe (class action) en France : entre mythe et réalité

Gurvan Branellec

► **To cite this version:**

Gurvan Branellec. Le risque judiciaire de l'introduction de l'action de groupe (class action) en France : entre mythe et réalité. La Revue du Financier, 2011, 189, pp.35-46. <hal-03523784>

HAL Id: hal-03523784

<https://hal.science/hal-03523784v1>

Submitted on 12 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Le risque judiciaire de l'introduction de l'action de groupe (*class action*) en France : entre mythe et réalité



Gurvan Branellec

Docteur en droit

Responsable du Département « Contrôle et Performance »

Enseignant-chercheur ESC Bretagne-Brest

Chercheur associé UMR AMURE

gurvan.branellec@esc-bretagne-brest.com

Le projet d'introduire l'action de groupe en France a provoqué un vif débat tant doctrinal, médiatique que politique. Cette nouvelle procédure devrait permettre aux consommateurs de ne plus être dissuadés d'intenter une action en justice en cas de dommages d'un faible montant.

Pour ses détracteurs et, en particulier les entreprises, l'action de groupe fait peser un risque important. Ils en veulent pour preuve la dérive américaine où s'est développée une très forte activité contentieuse de l'action de groupe, qui profite essentiellement aux cabinets d'avocats. Ces réticences expliquent pour partie la difficulté d'introduire cette action en France (1).

En réalité le risque que cette action ferait peser sur les entreprises est réduit. D'abord car l'architecture prévue ainsi que les spécificités de notre système juridique permettent d'éviter les abus connus outre-Atlantique. Ensuite car les entreprises peuvent, par leur comportement, prévenir ce risque (2).

Mots-clefs : action de groupe, risque, associations de consommateurs, concurrence, consommation

The project to introduce the class action in France has provoked heated debate not only from a doctrinal point of view but also political and on the media. This new legal procedure should enable consumers to no longer be deterred from bringing a judicial action for damages even though they are caused by a small amount of money.

To its detractors and, in particular businesses, the class action poses a significant risk. Detractors want to show the drift seen in the United States where class actions had created a very strong litigation activity, which ultimately only benefited law firms. This reluctance, partly, explains the difficulties to introduce this type of legal action in France (1).

In reality, the risk that such action would impose on businesses is quite low. On the one hand, the way to deal with class action and the specificity of the French legal system can prevent some mistakes observed overseas. On the other hand, firms themselves can prevent this kind of risk in paying attention to the way they behave when dealing with class action cases (2)

Abstract: Class action, risk, consumer's associations, competition, consumption

La *class action*, ou selon la dénomination française l'action de groupe¹ ou action collective, est un véritable serpent de mer. L'action de groupe est une « voie ouverte dans certains pays par la procédure civile, permettant à un ou plusieurs requérants d'exercer une action en justice pour le compte d'une catégorie de personnes sans en avoir nécessairement reçu le mandat au préalable ».

Pour le moment, cette procédure n'existe pas en France. Il est nécessaire soit d'intenter individuellement une action judiciaire soit de se regrouper en association pour que celle-ci puisse intenter des actions (action en représentation conjointe).

Pourtant cette idée d'une action de groupe a tout, s'agissant de son principe, pour être populaire. Elle symbolise en effet la lutte des « petits » consommateurs isolés qui se regroupent pour lutter à armes égales contre ces adversaires « de poids », les entreprises qui profitent de leur position dominante ou de contrats d'adhésions. Elle permettrait à des personnes ayant subi des dommages (non-corporels) de faible montant de se regrouper et ainsi de diviser les frais judiciaires (frais d'expertise, honoraires des avocats...) afin que le recours à la justice soit « économiquement supportable par toutes les victimes » (Mazeaud, 2008, p. 12). Les enjeux sont considérables puisque selon Joaquin Almunia, Vice-président de la Commission européenne en charge de la concurrence, les dommages liés à des violations du droit de la concurrence dépassent 20 milliards d'euros par an en Europe.

Par ailleurs, dans d'autres pays européens, comme le Danemark, l'Allemagne ou la Suède, il existe déjà des mécanismes de recours collectif. Cette introduction d'une action de groupe en droit français irait de pair avec un mouvement plus général de « juridicisation » de la société civile et une tendance à la « judiciarisation » des relations commerciales (Leimbach, 2008, p. 38).

Pour les entreprises, l'introduction de cette action créerait un risque nouveau. Celui-ci serait avant tout judiciaire : le risque qu'une entreprise fasse l'objet d'un plus grand

¹ La Commission générale de terminologie et de néologie recommande l'emploi du terme « action de groupe ». Avis CTNX0609246X, JO 13 mai 2006, p. 7072. Ce terme sera donc employé dans cet article.

nombre de procédures judiciaires. Il pourrait en découler plusieurs conséquences : des coûts de procédures alourdis, un impact médiatique négatif pour l'entreprise, un impact financier direct en cas de versement de dommages et intérêts versés suite à une condamnation ou à une transaction (le syndrome de *deep pockets* jouant).

Ainsi, l'introduction d'une action de groupe aurait un impact négatif sur l'entreprise qui se traduirait par une destruction de valeur (Collard, 2008, p. 26) que cette valeur soit matérielle ou immatérielle (image, réputation...). L'entreprise serait donc en péril du fait de l'introduction d'un risque qui pourrait l'empêcher de créer de la valeur et d'atteindre ses objectifs. Cette action viendrait encore renforcer la « fragilité » des entreprises vis-à-vis du droit. L'entreprise, et au-delà de celle-ci : « ses produits, ses offres, ses relations avec ses partenaires ou ses ressources internes ou externes, ont ceci en commun qu'ils doivent être conformes à une norme juridique pléthorique, parfois incertaine et dont la sanction est aléatoire » (Verdun, 2008, p. 47).

L'introduction en France d'une action de groupe fait donc l'objet d'un vif débat ; celle-ci a d'ailleurs été repoussée à plusieurs reprises. Il est pourtant possible de se demander si ce risque annoncé par les entreprises est bien réel ?

I - Le mythe de l'introduction de l'action de groupe en France : un risque contesté par les entreprises

La question de l'introduction en France d'une *class action* revient régulièrement à l'ordre du jour depuis plus de 25 ans. Ce projet est à chaque fois repoussé (1.1). L'opposition ferme des entreprises qui considèrent que cette action est une menace pour elle en est un des facteurs d'explication (1.2).

1 - Une entreprise repoussée : l'introduction de l'action de groupe en France

Les pouvoirs publics français ont essayé à plusieurs reprises d'introduire en France une action de groupe. Son introduction en droit interne a plusieurs fois échouée (1.1.1). Il a toutefois été envisagé qu'elle soit introduite en France par le biais du droit communautaire (1.1.2).

1.1 - Une impossible introduction de l'action de groupe en France par le droit interne

Le 4 janvier 2005, lors de ses vœux aux forces vives de la nation, Jacques Chirac avait demandé à ce que la législation soit modifiée « afin de permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations de lancer des procédures collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés ».

Ce souhait a abouti à la mise en place d'un groupe de travail chargé d'étudier et de transmettre des propositions au gouvernement (groupe présidé par Messieurs Cerutti et Guillaume). Celui-ci a rendu son rapport le 16 décembre 2005 au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de la justice.

Deux propositions de loi sur l'action de groupe ont été déposées en avril 2006 (dont une proposée par Luc Chatel le 26 avril 2006) ainsi qu'un projet de loi élaboré par le gouvernement à l'automne 2006 et qui a *in extremis* été retiré de l'ordre du jour du Parlement (le motif invoqué étant un trop grand nombre d'amendements et un calendrier trop serré). Cette promesse de Jacques Chirac n'aura donc pas été accomplie.

Le 6 septembre 2007, le Président de la République Nicolas Sarkozy a annoncé que Rachida Dati, Ministre de la justice, avait constitué un groupe de travail sur le droit des affaires et notamment sur l'introduction de l'action de groupe en droit français. Le rapport du groupe de travail (rapport Coulon) a été remis le 20 février 2008 à Rachida Dati. Celui-ci préconise la création d'une nouvelle procédure inspirée des *class actions* américaines.

Malgré cela, le recours collectif a été supprimé de la loi sur la modernisation de l'économie adoptée par le Parlement le 23 juillet 2008. Le secrétaire d'État à la consommation et porte-parole du gouvernement, Luc Chatel, s'était engagé à présenter aux députés un nouveau projet de loi sur l'action de groupe avant la fin de l'année 2008, sans en préciser la date.

En 2009, dans le cadre du projet de loi de dépenalisation du droit des affaires, un texte devait être déposé au Parlement au premier semestre, ce ne fut pas le cas. La Commission des lois du Sénat a toutefois mis en place un groupe de travail en octobre 2009 (les rapporteurs étant les sénateurs Laurent Beteille (UMP) et Richard Yung (PS), pour étudier l'opportunité d'une *class action* à la française. Leur rapport (rendu le 26 mai 2010) « estime nécessaire d'instituer une procédure d'action de groupe à la française ».

Suite à ce rapport, deux sénateurs PS (Richard Yung et Nicole Bricq) ont déposé le 9 février dernier une proposition de loi au Sénat prévoyant l'introduction d'une action de groupe en France. Celle-ci a été rejetée le 24 juin.

Il y a deux dernières tentatives d'introduction en France de l'action de groupe, la première est le dépôt d'une proposition de loi tendant à la création d'une action de groupe à l'Assemblée nationale le 24 juin 2010 par le député UMP Pierre Morel-A-L'Huissier ; la seconde est le dépôt le 9 juillet 2010 d'une proposition de loi au Sénat par le sénateur Laurent Bêteille et portant réforme de la responsabilité civile qui contient une disposition relative à l'action de groupe. Ces propositions sont à l'heure actuelle à l'étude.

Il semble toutefois que le gouvernement ait l'intention de renvoyer le débat de l'introduction en France de l'action de groupe à l'après-présidentielle de 2012. Le Secrétaire d'Etat aux PME Hervé Novelli a en effet annoncé le 20 octobre 2010 l'installation de la Commission de la médiation de la consommation avec pour objectif que « l'accès à la médiation soit généralisé au 1^{er} juillet 2012 aux différents secteurs concernés par les litiges de la consommation ». La médiation existe déjà dans les

domaines des banques, des assurances, du transport et des communications électroniques et devrait être étendu notamment dans le secteur de la construction des maisons individuelles, dans celui de la franchise, du tourisme, de l'hôtellerie ou de la restauration. Pour les représentants de deux associations de consommateurs il s'agit d' « une riposte »² ou d' « un palliatif »³ à l'introduction en droit français de l'action de groupe.

L'AMF, s'est également penchée sur l'introduction en France lors de d'un rapport sur « L'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs »⁴. L'AMF envisage son introduction comme une piste de réflexion tout en précisant que le groupe de travail était divisé sur ce point (les épargnants et investisseurs étant favorable à l'introduction alors que les sociétés cotées et les établissements financiers y sont opposés).

Cette difficulté à adopter une *class action* à la française par le biais du droit interne ne signifie pas pourtant qu'elle ne sera pas introduite en France par le biais du droit communautaire.

1.2 - Une possible introduction de l'action de groupe en France par le droit communautaire

La Commission européenne (CE) a travaillé sur une directive relative à l'action collective, qui s'imposerait dans tous les Etats membres mais pour un domaine précis. Dans son livre blanc du 02 avril 2008 sur « les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position

² Alain Bazot, Président de l'UFC-Que Choisir, cité par Claire Gatinois in *Médiation contre class actions*, Le Monde, 23/10/2010.

³ Reine-Claude Mader, Présidente de la CLCV, citée par Claire Gatinois in *Médiation contre class actions*, Le Monde, 23/10/2010.

⁴ Rapport relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs", Autorité des marchés financiers, groupe de travail présidé par Jacques Delmas-Marsalet et Martine Ract-Madoux, 25 janv. 2011, 46 p.

dominante », la CE estimait « qu'il existe un besoin évident de mécanismes permettant le regroupement des demandes d'indemnisation individuelles de victimes d'infractions aux règles de concurrence ». La Commission avait appelé les parties intéressées à formuler des observations sur ces recommandations pour le 15 juillet 2008 au plus tard. Elle a par la suite examiné les mesures concrètes à prendre, en fonction des réactions suscitées par le livre blanc. En mai 2009, elle a proposé une directive dans laquelle les Etats membres étaient tenus de mettre en place une action de groupe (*group action*) permettant aux victimes d'une entente ou d'un abus de position dominante dans le marché intérieur d'être indemnisées du préjudice subi par les tribunaux nationaux. Il s'agissait de limiter l'ouverture d'une action collective aux situations dans lesquelles le principe de libre concurrence était entravé ou quand les entreprises abusaient d'une position dominante. Cette directive aurait pu s'appliquer par exemple, si les opérateurs téléphoniques s'étaient encore entendus sur les prix.

Il semble toutefois que l'Europe ait pour le moment reportée l'idée d'introduire en droit européen un recours collectif sur le modèle de la *class action* américaine. La Commissaire européen à la justice Mme Reding a effectivement déclaré en septembre au Financial Times Deutschland « j'ai eu de longues conversations avec les milieux économiques américains et ils m'ont mise en garde contre un tel mécanisme »⁵. Il est évident que cette décision de la Commission européenne s'explique par le fait que l'économie européenne sort difficilement de la crise et qu'elle pourrait être fragilisée par le coût subi par les entreprises visées par de tels recours.

Il ne s'agit toutefois pas d'un abandon de cette question par la Commission européenne qui a annoncé son intention d'ouvrir une consultation publique dans l'optique d'une proposition législative en 2011.

⁵ <http://fr.euronews.net/2010/09/20/les-class-actions-a-l-europeenne-passent-a-la-trappe/>

Ainsi, à l'heure actuelle, l'action de groupe n'existe toujours pas en France. La lenteur du processus s'explique principalement par le rejet des entreprises qui considèrent que cette action créerait un risque judiciaire pour elles.

2 - Les entreprises repoussant l'introduction de l'action de groupe en France

Les entreprises, tant les PME que les grands groupes, ne sont pas favorables à l'introduction en France de l'action de groupe. Leurs organisations patronales, la CGPME ou le MEDEF, ont pressé le gouvernement de renoncer à cette nouvelle action. Elles appuient ce refus en se fondant d'une part sur l'inutilité de ce mécanisme (1.2.1) et d'autre part sur sa dangerosité pour les entreprises (1.2.2).

2.1 - Un mécanisme inutile

En premier lieu ce mécanisme serait inutile. Ses détracteurs invoquent le fait que la *class action* s'est développée aux Etats-Unis dans un cadre particulier, celui d'une économie libérale et dans un contexte où la réglementation est moins importante. La *class action* sert alors d'instrument de régulation privé. Le contexte français serait lui bien différent. Il y a d'abord le fait que nous évoluons dans une « économie de marché contrôlée et régulée » (Badinter, 2006). Il y a ensuite le fait que 90 % des litiges de la consommation (il n'y a pas d'études chiffrées précises sur les contentieux concernant la concurrence qui ne trouvent pas réparations) sont réglés directement à l'amiable avec le professionnel concerné⁶ (en Europe) et qu'il aurait été possible d'instituer des mécanismes permettant de développer encore davantage les modes de règlement alternatifs des conflits (des mécanismes existent déjà : conciliateurs de justice, juridictions de proximité...). S'agissant des 10 % qui feront l'objet d'une action

judiciaire, il faut relever qu'il existe déjà des outils permettant tant aux clients qu'aux consommateurs de faire respecter leurs droits face aux entreprises. Il existe en particulier deux actions qui permettent à des plaignants de se regrouper, la première étant l'action ouverte aux associations de consommateurs et la seconde celle en représentation conjointe (il existe également une action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites et abusives ainsi qu'un droit d'intervention des associations de consommateurs agréées devant les juridictions civiles). S'agissant de l'action ouverte aux associations de consommateurs, celle-ci ne permet pourtant pas la réparation de préjudices individuels mais uniquement la réparation du préjudice de l'association du fait d'un préjudice collectif de ses membres. S'agissant de l'action en représentation conjointe, elle a été introduite par la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 et est aujourd'hui régie par les articles L.422-1 et suivants et R.422-1 et suivants du Code de la consommation. Cette action permet à « toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national [...], si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, [d'agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs] ». Ainsi, les associations agréées dûment mandatées bénéficient d'une « exclusivité ». Cette action est réservée aux associations agréées reconnues représentatives sur le plan national, excluant ainsi les associations locales et les associations non agréées, et d'autre part, elle ne peut être exercée que pour le compte des personnes ayant expressément mandaté l'association, et n'a donc pas vocation à lier toutes les victimes d'un même comportement. Enfin, les associations peuvent, en tant que mandataire, voir engager leur responsabilité civile. Ces différentes caractéristiques permettent d'expliquer la raison du peu de succès de l'action en représentation conjointe.

Les opposants aux actions de groupe mettent également en avant le fait que les actions de groupe, censées profiter aux consommateurs, sont des procédures longues,

⁶ European Union Citizens and access to justice, European Commission, October 2004.

complexes et coûteuses qui profitent en fait principalement aux avocats. Ainsi, si l'action de groupe simplifie la procédure au début de l'action en justice par un regroupement des actions individuelles, les juges devront toutefois, en cas de condamnation, vérifier chaque créance individuelle et établir une clé objective de calcul des indemnisations. Par ailleurs, cette action dont l'objectif assigné est la réparation, paraît davantage proposée pour sanctionner les entreprises qui portent atteinte aux intérêts des consommateurs. En effet, une personne privée n'est pas à même de défendre l'intérêt général. Par ailleurs, en cas de préjudice « diffus » (trop minime pour être réparé au niveau individuel), l'action de groupe permettrait de sanctionner l'entreprise fautive, ce que permet déjà l'action en représentation conjointe.

2.2 - Un mécanisme dangereux

En second lieu, les associations qui représentent les entreprises rejettent l'idée de l'introduction en France de l'action de groupe qui, selon elles, pourrait nuire aux entreprises. Cette action serait d'abord un redoutable outil à la disposition de consommateurs ou de concurrents peu scrupuleux⁷ qui pourraient être tentés d'utiliser la menace d'une action de groupe afin de mener des opérations de déstabilisation ou de se livrer à des chantages à la transaction⁸ (transaction par bons d'achats ou *coupon settlements*), les entreprises visées étant les plus saines (car les plus solvables) et les plus soucieuses de leur image. Le déclenchement d'une action collective risquant de nuire à leur image, celles-ci pourraient préférer transiger plutôt que de passer du temps à organiser leur défense et de courir le risque que le déclenchement d'une action

⁷ Mme Simon, directrice des affaires juridiques du MEDEF, cite comme exemple pour illustrer ce danger les affirmations mensongères à l'encontre du manufacturier Kleber ayant abouti à son rachat par Michelin (colloque organisée par l'AFDD sur les *class actions* du 12 décembre 2008).

⁸ Cycle de conférences de la Cour de cassation, Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ? 3 juillet 2006, De nouveaux instruments sont-ils utiles ou nécessaires pour permettre aux consommateurs de faire respecter le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Animé par Frédéric Jenny et avec la participation de Joëlle Simon, Gaëlle Patetta et Claude Lucas de Leyssac.

collective porte atteinte à leur réputation. L'introduction de cette action pourrait également fragiliser voire condamner des entreprises. Le droit français, tant de la consommation que de la concurrence, comporte une multitude d'obligations à respecter pour les entreprises qui sont autant de sources potentielles d'actions de groupe et de condamnations.

Une étude réalisée par le Congrès américain considère que les actions de groupe coûteraient 16,5 milliards d'euros aux entreprises françaises⁹. Ces actions pouvant peser tant sur les grands groupes que sur les PME (beaucoup de domaines d'activité sont concernés : la voiture, l'équipement de la maison, la téléphonie, internet, les voyages, les banques, les assurances...). Les PME peuvent être particulièrement affectées en cas d'actions collectives de consommateurs car elles ne disposent pas des mêmes moyens financiers que les grands groupes pour organiser leur défense. Les entreprises de toute taille devront alors se prémunir des risques d'éventuelles actions de groupe en s'assurant contre ce risque, ce qui engendrerait une hausse des primes d'assurances (estimée à 20 % : Valory, 2009) répercutées sur le prix des biens et des services. Les entreprises peuvent également être dissuadées d'innover car la crainte d'une action de groupe les empêchera de commercer une nouvelle technologie qui ne serait pas parfaitement sûre (et de ce fait d'améliorer celle-ci grâce aux bénéfices engendrés).

Le coût, voire le risque, de ces actions pourrait ainsi avoir un impact non négligeable sur les entreprises, pour beaucoup déjà affectées par la crise économique et financière, et de ce fait avoir des effets directs sur l'économie dont elles sont un acteur incontournable.

Ces différents risques brandis par les entreprises permettent de comprendre pourquoi le MEDEF et la CGPME rejettent l'idée de l'introduction en France d'une action de groupe.

⁹ Les « class actions », une nouvelle menace pour l'entreprise ? , 24 juillet 2006, rédaction de NetPME, www.netpme.fr

Ces différents risques sont-ils avérés ?

II - La réalité de l'introduction de l'action de groupe en France : un risque contestable pour les entreprises

Les Etats Unis ont été pionniers s'agissant de l'introduction de recours collectifs puisque le premier recours engagé a eu lieu suite à l'explosion du navire cargo SS Grandcamp à Texas City le 16 avril 1947 lors de laquelle 581 personnes périrent (recours en vertu du Federal Tort Claims Act). Cette procédure a amené une «judiciarisation» importante de la vie économique américaine. La procédure qui existe aux Etats-Unis permet à tout individu d'intenter une action au nom d'un groupe (la *class* ou *putative class*), sans mandat express. Le ou les requérants vont devoir présenter une requête d'homologation qui permettra au juge de contrôler si le groupe est cohérent, les plaignants suffisamment représentatifs du groupe... Puis le juge va définir les conditions d'appartenance à la class ; suite à cela l'action peut faire l'objet d'une large publicité dans les médias. Si une personne ne souhaite pas faire partie de la *class* elle doit l'indiquer expressément : c'est le système de l'*opt-out*. S'agissant de la phase de jugement, c'est un jury populaire qui statue sur les responsabilités éventuelles et le montant des indemnités dues. Ce système a généré des abus aux Etats-Unis puisque des cabinets d'avocats se sont faits une spécialité de ces *class actions* (ceux-ci sont même parfois à l'origine de *class actions*). Ils se rémunèrent ensuite sur les résultats de l'action. Il en résulte que les *class actions* profitent souvent principalement aux avocats qui peuvent toucher 50 % du montant de la réparation allouée, les dommages et intérêts alloués à chaque plaignants étant si minimes qu'ils ne les réclament parfois même pas (Méar, 2006).

Il est dès lors légitime que l'introduction en France d'un recours collectif engendre des craintes de la part des entreprises. Pourtant ces craintes apparaissent non fondées tant

au regard des spécificités de notre système juridique (2.1) qu'à travers la possibilité pour les entreprises de prévenir ce risque (2.2).

1 - Un risque diminué du fait des modalités de son introduction en France

L'utilisation des *class actions* aux Etats-Unis a donné lieu à de nombreuses dérives. Pour éviter celles-ci les différents projets d'introduction de l'action de groupe prévoient tous de l'encadrer (2.1.1). Par ailleurs, notre système juridique présente de nombreuses différences par rapport au système américain (et de façon plus générale anglo-saxon), qui nous préserverons, en cas d'introduction de cette action, des dérives américaines (2.1.2).

1.1 - Un risque diminué par un encadrement de ces actions

S'agissant de l'action en elle-même, son champ d'application serait préalablement bien défini tant sur le plan financier que matériel. Les derniers projets réservaient l'ouverture d'une action de groupe aux litiges de faible importance (la somme de 2000 euros était évoquée dans le projet Breton) et uniquement aux réparations des préjudices matériels des consommateurs nés d'un manquement d'un professionnel à des obligations contractuelles. Ainsi, cette action se limiterait au domaine de la consommation (ce domaine reste quand même très large et très malaisé à délimiter), au champ contractuel et encore elle ne s'appliquerait même pas aux actions en réparation de préjudices corporels ou moraux. Cette limitation du périmètre de l'action de groupe ne se retrouve toutefois pas dans le Rapport de la Commission des lois du Sénat sur l'action de groupe à la française (enregistré à la présidence du Sénat le 26 mai 2010). Les rapporteurs préconisent d'étendre l'action de groupe au droit de la consommation, au droit de la concurrence ainsi qu'au droit boursier et financier. Une telle extension, si

elle est envisagée, devrait toutefois être encadrée eu égard à au caractère spécifique de ces matières. En effet, les contentieux dans ces matières font souvent l'objet d'investigations importantes et d'analyses économiques poussées. Il faudrait ainsi associer pleinement les autorités régulatrices spécifiques à ces domaines : l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité de contrôle prudentiel. Celles-ci pourraient jouer un rôle d'expert et être consultés par le juge civil saisi d'une action de groupe. Par ailleurs, il faudrait prévoir que lorsque, pour des mêmes faits, une entreprise fait l'objet d'une procédure à la fois devant une autorité régulatrice et un juge civil, ce dernier sursoit à statuer dans l'attente de la décision de l'autorité.

Il était également envisagé que l'introduction de cette action ne pourrait qu'être le fait d'associations de consommateurs agréées, cette limitation apparaissait justifiée dans une logique d'équilibre des rapports de marché. Les consommateurs qui ne font pas partie d'une de ces associations et qui auraient subi un préjudice peuvent toujours, soit y adhérer, soit agir individuellement.

Outre ces limitations du champ d'application de cette action et des personnes pouvant l'introduire, les spécificités de notre système juridique permettent également d'éviter les dérives américaines.

1.2 - Un risque diminué par les spécificités de notre système juridique

« La subordination des pays latins ou de droit romano germanique au monde économique anglo-saxon » ne signifie pas que peuvent se développer en France des pratiques contraires à notre droit (Delga, 2008, p. 28). En effet, notre système juridique diminue les risques de dérive des actions de groupe.

Ainsi, s'agissant de l'ampleur de la procédure, celle-ci sera limitée par l'impossibilité d'introduire en France le système de l'*opt-out*. En effet, ce dernier serait, pour des auteurs, contraire aux normes constitutionnelles (Guinchard 2005, p. 2180). Par ailleurs, il porte atteinte au principe selon lequel « nul ne plaide par procureur ». Il

porte également atteinte à l'autorité relative de la chose jugée puisqu'un consommateur peut bénéficier d'une action en justice sans avoir été partie à la procédure. Les droits de la défense ne sont pas non plus respectés puisque le défendeur ne connaît pas tous ses adversaires. Le système de *l'opt-in* garantit à une entreprise mise en cause une plus grande prévisibilité quant au montant d'une éventuelle condamnation. En outre, l'intérêt et la qualité pour agir sont appréciés en France au début de l'instance, ce qui est impossible avec ce système. Le système de *l'opt-in* est donc préféré (adhésion volontaire au groupe). Le droit français en connaît d'ailleurs déjà des exemples avec l'action en représentation conjointe. Il est ainsi nécessaire pour le consommateur d'avoir une démarche active. Le caractère collectif de l'action passera donc par la publicité de celle-ci qui sera, a priori, contrôlée par le juge. Celui-ci contrôlera le sérieux de l'action et fixera sans doute les modalités de publications. Le Rapport de la Commission des lois du Sénat sur l'action de groupe (Rapport d'information enregistré à la Présidence du Sénat le 26 mai 2010) envisage que les associations agréés pourront agir sans mandat des particuliers ayant subi un préjudice, elles devront toutefois soumettre au juge un nombre limité de « cas exemplaires » permettant à celui-ci de délimiter le groupe possible de plaignant et de contrôler la constitution de ce groupe. Afin d'éviter les effets néfastes pour une entreprise d'une action de groupe abusive, le Rapport de la Commission des lois du Sénat indique que le jugement sur la responsabilité doit précéder la constitution du groupe. Le choix du modèle de l'action déclaratoire de responsabilité permettrait d'éviter une des dérives de la *class action* américaine dans laquelle la recevabilité de l'action, et donc la constitution du groupe de plaignants est jugée avant même le fond de l'affaire. Les entreprises n'ont donc pas à craindre le déclenchement de procédures intempestives (d'autant plus que dans ce dernier cas, l'entreprise visée pourra engager la responsabilité délictuelle de l'association fautive).

S'agissant ensuite des craintes exprimées au sujet du comportement des avocats, celles-ci sont infondées eu égard aux règles de déontologie françaises. D'une part car il

est interdit pour les avocats de démarcher des clients, cela constitue même un délit. Ensuite, le pacte de *quota litis* étant interdit, il n'est pas possible pour les avocats d'avancer les frais de procédure en prévoyant que le client paiera simplement un pourcentage sur les dommages et intérêts qu'il touchera. Une partie de la rémunération de l'avocat français peut être constituée par des honoraires de résultat mais il faut qu'il y ait également une partie d'honoraire forfaitaire qui ne soit pas symbolique (Valory, 2009). Ainsi, le plaideur doit accepter le risque de plaider sans gagner (Lucas de Leyssac, 2006). Par ailleurs, le juge a le pouvoir de réduire la partie des honoraires fixée par référence au résultat de l'action s'il l'estime excessive. Enfin, le juge n'est pas obligé de condamner la partie perdante à payer l'intégralité des frais d'avocat. Le très célèbre article 700 du NCPC, qui est le fondement de la condamnation aux dépens, prévoit que le juge « tient compte de l'équité » ; ceux-ci seront donc réticents à admettre une lourde facture des avocats eu égard aux condamnations pécuniaires. Les spécificités de notre système juridiques empêchent ainsi les abus annoncés par les entreprises, celles-ci peuvent également prévenir tout risque par leur comportement.

2 - Un risque minoré du fait de sa prévention par les entreprises

Les entreprises pourront se prémunir du risque juridique que constitue pour elle le déclenchement d'une action de groupe soit a priori en modifiant leurs comportements litigieux qui peuvent donner lieu à un conflit (2.2.1) soit a posteriori en gérant ces conflits afin d'éviter un règlement judiciaire (2.2.2).

2.1 - Un risque minoré par une anticipation des conflits

L'idée véhiculée selon laquelle les entreprises se trouveraient démunies face à une action de groupe est largement erronée. Avant tout il faut quand même rappeler que les entreprises qui respectent le droit, et notamment le droit de la consommation et celui

de la concurrence, et dont les offres produits sont irréprochables n'ont rien à craindre de l'introduction de cette action. Elles peuvent même y gagner beaucoup car l'action de groupe peut avoir un rôle de dissuasion ou de sanction à l'égard de concurrents peu scrupuleux qui ne se livrent pas à leur égard à une concurrence loyale.

S'agissant des entreprises défaillantes, celles-ci peuvent développer des comportements opportunistes grâce aux faibles montants des litiges qui ne sont pas assez incitatifs et ainsi tirer profit de situations de monopoles ou d'ententes (Cadet et Smida, 2008, p. 84). L'introduction de l'action de groupe devrait pousser ces entreprises à modifier leurs comportements. Elles devront prendre un soin particulier tant aux produits qu'elles commercialisent (santé, sécurité, impact sur l'environnement...), qu'à la rédaction du contrat qui les lie avec le client (insertion de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité). Elles devront également proscrire les comportements délictueux susceptibles de causer de petits préjudices individuels pour leurs clients mais qui pourraient aboutir à des réparations importantes. Une illustration peut être donnée s'agissant du secteur de la téléphonie mobile. En 2001 un opérateur de téléphonie mobile a augmenté de façon illicite le montant d'un abonnement qui concernait 400 000 clients. Le préjudice individuel pour chaque abonné était de l'ordre de 18 euros alors que le bénéfice frauduleux était estimé à 7 320 000 euros (Patetta, 2006). L'association de consommateurs UFC-Que choisir a saisi la justice et obtenu 1524 euros de dommages et intérêts au titre de l'intérêt collectif et deux consommateurs joints à l'action 100 euros (TGI Nanterre, 15/10/2001, Versailles, 16/05/2002). Le bénéfice frauduleux étant largement supérieur à la condamnation judiciaire, l'entreprise n'est pas incitée à modifier son comportement. Elle n'est pas non plus incitée à transiger avec les consommateurs et à essayer de régler à l'amiable la question des indemnités.

2.2 - Un risque minoré par une gestion des conflits

Une entreprise défaillante pourra toujours éviter une action de groupe en réglant les litiges à l'amiable. L'entreprise pourra ainsi mettre en place des mesures d'indemnisation des victimes (remise en état, remplacement de produit, mise à disposition d'une ligne verte...). Une telle chose n'est possible qu'avec des collaborateurs formés à la prévention des litiges ainsi qu'aux techniques de règlement amiable. Le souhait du gouvernement de généraliser l'accès à la médiation va d'ailleurs en ce sens. L'entreprise a d'ailleurs tout intérêt à favoriser la conciliation qui présente les vertus de la discrétion pour l'entreprise et son image, la médiation lui permet également de garder le contrôle de la procédure puisque généralement les médiateurs sont des salariés.

L'entreprise peut également améliorer son fonctionnement interne notamment par la mise en place d'outils efficaces de gestion documentaire.

De toute façon les entreprises auront toujours la possibilité, en dernier lieu, de se prémunir des effets d'une action de groupe soit en anticipant une éventuelle condamnation par la constitution d'une provision soit en assurant ce risque (les compagnies d'assurance pourraient développer des garanties spécifiques aux actions de groupe : garantie « perte d'image », garantie des frais de retrait d'un produit, garantie « gestion de crise »...). L'introduction en France de l'action de groupe pourrait également permettre à des entreprises de voir le montant de leur condamnation minorée car comme le suggère le Doyen Beignier « il est préférable de se trouver face à un seul jugement plutôt qu'à une multitude de jugement »¹⁰.

Enfin, l'introduction de l'action de groupe en France peut être l'occasion pour les dirigeants d'entreprises qui ne l'ont pas encore fait d'engager une réflexion sur la responsabilité sociale et environnementale de leur structure et sur les risques qu'ils font encourir à celle-ci en négligeant ces aspects.

¹⁰ Intervention au cours du colloque sur les *class actions* organisé par l'AFDD le 12 décembre 2008.

En conclusion, il est possible de constater une dissonance entre les risques invoqués par les entreprises afin de rejeter l'introduction de l'action de groupe en France et la réalité de ceux-ci.

Ce qui est surtout manifeste c'est que le débat sur l'action de groupe et notamment la crispation qu'il révèle entre les associations de consommateurs et celles de dirigeants d'entreprises dépasse le seul cadre de l'action juridictionnelle. Aux Etats-Unis les *class actions* sont un instrument de régulation qui met le consommateur au cœur de l'action, celui-ci ayant ainsi un rôle actif dans le respect de l'ordre public. En France, le consommateur est davantage perçu comme une partie faible qu'il faut protéger. L'introduction de l'action de groupe, que ce soit au niveau national ou plus probablement au niveau communautaire, pourrait ainsi constituer un « instrument d'action politique » (Duclos, 2009) abstrayant le consommateur de son statut de victime en instituant une « démocratie sociale et économique ».

Enfin, même si les entreprises rejettent l'introduction d'une action de groupe en droit français ou en droit européen, les actions de groupe produisent déjà leurs effets en France. En effet, des entreprises françaises ou européennes font déjà l'objet de *class actions* dans des Etats étrangers dans lesquels ces actions sont possibles (Vivendi, Alstom, Lagardère, Thalès, Société Générale, Barclays, UBS, Crédit Suisse...).

Une bonne illustration nous est donnée par la *class action* déclenchée en 2002 contre Vivendi devant le Tribunal fédéral du district sud de New York. Vivendi a essayé de s'opposer à la participation d'actionnaires français à la *class action* en introduisant contre deux petits porteurs une action en abus de droit d'ester en justice (dans cette affaire Vivendi 60% des actionnaires intéressés sont français). La 1^{ère} Chambre du TGI de Paris a débouté Vivendi de son action dans un jugement du 13 janvier 2010 en considérant que cette participation était fondée puisque « le juge américain s'est déclaré compétent pour statuer sur une demande d'indemnisation incluant les actionnaires français de Vivendi ». Vivendi a donc provisionné 550 millions d'euros

dans ses comptes de 2009 pour faire face à une éventuelle condamnation¹¹. De leur côté les avocats des demandeurs, suite à la décision rendue par le Tribunal fédéral le 29 janvier 2010, considéraient qu'ils pourraient récupérer une somme de 6,6 milliards d'euros¹². Cette estimation positive a toutefois été remise en cause par un arrêt rendu le 24 juin 2010 dans l'affaire « Morrison v. National Australia Bank ». Dans cet arrêt la Cour suprême des Etats-Unis a décidé que la loi américaine ne s'appliquait qu'aux actions cotées sur les bourses des Etats-Unis, ou pour les actions non cotées aux Etats-Unis, à l'achat et à la vente d'actions effectués aux Etats-Unis. Il en résulte que des acheteurs d'actions n'étant pas cotées aux Etats-Unis et n'ayant pas été achetées aux Etats-Unis ne peuvent y agir en justice pour obtenir réparation (Servan-Schreiber et Boulon, 2010). Le Tribunal du district sud de New York vient d'ailleurs de suivre la position des juges suprêmes puisque dans une décision du 22 février 2011 il a exclu de la procédure tous les actionnaires ayant acheté leurs actions à la Bourse de Paris. Cette décision vient réduire de plus de 80 % le montant des dommages potentiels qui pourraient être versés et a amené Vivendi à réviser le montant de ses provisions. Il ne faudrait pas en conclure que les sociétés françaises sont à l'abri d'une *class action* américaine puisque la société Vivendi pourrait être condamnée à indemniser les actionnaires ayant acheté des certificats de dépôts à la Bourse de New-York. Par ailleurs, le Congrès américain a adopté le 15 juillet 2010 le Dodd-Frank Act qui vise à réguler le système financier américain (qui a été signé par le Président Obama le 21 juillet 2010). Le Dodd-Frank Act prévoit que les juridictions américaines seront compétentes pour des *class actions* contre des sociétés dont le comportement au sein des Etats-Unis a constitué une étape significative dans la violation d'une réglementation ou dont la conduite hors des Etats-Unis a eu un effet substantiel prévisible aux États-Unis.

¹¹ Jean-Bernard Lévy, Président du directoire de Vivendi, entretien du 4 mars 2010, www.boursier.com

¹² www.vivendiclassaction.com

Il prévoit également qu'une étude sera menée sur les possibilités d'extension du champ des *class actions*. Celle-ci sera présentée au Congrès dans 18 mois.

En définitive, les entreprises françaises semblent avoir un ressenti négatif sur l'action de groupe et la question de l'introduction de cette action en France demeure plus que jamais un véritable serpent de mer.

- Badinter R. (2006), Auditions publiques de la Commission des lois du Sénat, 1^{er} février 2006.
- Cadet F. et Smida A. (2008), Le droit communautaire européen face aux comportements anticoncurrentiels des entreprises : quelle (ir)rationalité ?, La Revue du Financier, n° 172, juillet-août 2008.
- Collard C. (2008), Le risque juridique existe-t-il ? Contribution à la définition du risque juridique, Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, 2008 p. 24-29.
- Delga J. (2008), Incohérence et illégalité en matière de *corporate governance* et d'administrateur indépendant, La Revue du Financier, n° 172, juillet-août 2008.
- Duclos L. (2009), La *class action* : un nouvel instrument d'action politique ?, 15/09/2009, www.metiseurope.eu
- Guinchard S. (2005), Une *class action* à la française, D. 2005, p. 2180 et s.
- Leimbach M. (2008), Le management juridique : la maîtrise du risque juridique comme critère de la performance de la fonction juridique d'une banque, Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, 2008 p. 38-42.
- Mazeau P. (2008), Allocution d'ouverture du colloque sur « L'action de groupe, quelles opportunités pour les consommateurs et les professionnels du droit ? » du 12 décembre 2008, Revue Droit et économie, octobre 2009.
- Méar S. (2006), « *Class action* » à la française : rapport du groupe de travail ad hoc et nouvelle consultation, Revue Lamy droit des affaires, 2006.
- Servan-Schreiber P. et Boulon O. (2010), La Cour suprême limite les « *class actions* » pour les groupes étrangers, 01/07/2010, Les Echos.
- Valory S. (2009), L'action de groupe : une introduction « inévitable » en droit français, Revue Lamy droit des affaires, n°34, 2009, p. 67-69.
- Verdun F. (2008), Gestion des risques juridiques : quelques propositions méthodologiques, Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, 2008 p. 47-51.