

Innovation et protection du consommateur : l'introduction en droit français des actions de groupe

(Plaidoyer pour une nouvelle ingénierie judiciaire au service de l'intérêt général)

Stéphanie BRUNENGO - BASSO

Avocate à la Cour. Arthéo Avocats

Maître de conférences associé. Université Aix - Marseille

Directrice adjointe de l'Institut Pluridisciplinaire de l'eau et de l'environnement (EA 4224)

1. L'innovation est définie comme l'action d'innover, d'introduire des nouveautés du changement¹. Elle vise la création originale d'un objet ou d'un service, « jamais évoqué ou vu » auparavant. L'introduction des recours collectifs en droit positif français est une nouvelle fois envisagée par le gouvernement². Au vu de la multiplicité des différents projets, propositions de lois et autres rapports parlementaires sur le sujet, on peut légitimement s'interroger sur le caractère novateur des travaux en cours³. L'introduction des recours collectifs constitue-t-elle une véritable innovation en droit processuel ? Certes, la technique procédurale ne figure pas en tant que telle dans le Code de procédure civile. Toutefois, force est de constater que la notion de recours collectif a pénétré fortement durant ces dernières années, les différents systèmes juridiques européens, et influence incontestablement, les plaideurs français⁴.

2. **Le recours collectif en Europe.** Le recours collectif est une notion large, perçue par la Commission européenne comme une « matrice », englobant tout mécanisme tendant à faire cesser ou à prévenir des pratiques commerciales illégales, affectant un grand nombre de plaignants ou encore à obtenir la réparation du préjudice causé par de telles pratiques. Selon la Commission, la procédure de recours collectif peut être extrajudiciaire et reposer sur la mise en œuvre de règlements alternatifs des

¹ « Changer par esprit et désir de nouveauté » ; mais innovation signifie aussi continuation, développement cf. « Terme de botanique applicable à la ramification des hépatiques (cryptogames caulescentes), l'innovation est la continuation de la tige et le développement d'un bourgeon, » Littré, Tome III, p. 3231.

² L'action de groupe fait partie des 60 engagements proposés pour la France par François Hollande ; M. Bellan, « Actions de groupe : Bercy veut une loi pour le printemps 2013 », 10 nov.2012, <http://www.lesechos.fr> ; Consultation publique sur l'introduction de l'action de groupe en droit français, <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/consultation-publique-sur-laction-groupe>.

³ Déjà envisagée dans les années 80 (voir infra), l'action de groupe est réapparue dans les discours politiques à partir de 2005 et a fait l'objet de nombreux rapports et autres projets ou propositions de loi : Allocution de J. Chirac à l'occasion des vœux aux forces vives de la Nation le 4 janvier 2005 ; *Rapport sur l'action de groupe*, Groupe de travail présidé par G. Cerutti et M. Guillaume, remis le 6 décembre 2005 aux Ministres de la Justice et de l'Économie ; Projet de loi n°3430, en faveur des consommateurs, enregistré à l'Assemblée nationale le 8 novembre 2006 ; Proposition de loi n°324 relative à l'introduction de l'action de groupe en France de M.A. de Montebourg, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 octobre 2007 ; Proposition de loi n°424 tendant à créer une action de groupe de M. J. Desallangre enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 novembre 2007 ; Proposition de loi n°1897 déposée par M. J.M. Ayrault relative à la suppression du crédit revolving, à l'encadrement des crédits à la consommation et à la protection des consommateurs par l'action de groupe, le 2 septembre 2009 ; Proposition de loi n°277 sur le recours collectif de Mme N. Bricq et M.R. Yung enregistrée à la présidence du Sénat le 9 février 2010. Voir aussi le Rapport d'information sur l'action de groupe n°499 présenté par L. Béteille et R. Yung, 26 mai 2010, <http://www.senat.fr> et le Rapport Attali favorable à l'introduction de groupe, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, sous la présidence de J. Attali, La documentation française, 2008.

⁴ Nous avons préalablement travaillé sur l'émergence de l'action de groupe en Europe, voir notre thèse de doctorat, S. Brunengo – Basso, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, Préface C. Prieto, Presses Universitaires d'Aix – Marseille, PUAM, 2011. La présente étude nous permet d'envisager les prémisses de sa réception en droit positif français et de formuler certaines propositions reposant essentiellement sur la fonction d'intérêt général du recours collectif.

litiges de type médiation, ou sur la saisine de juridiction par des organismes publics ou toute autre entité représentative⁵. Comme le souligne elle-même la Commission, la notion de recours collectif « n'est pas neuve » dans l'Union. Ainsi, en droit de la consommation, la directive sur les actions en cessation a conféré aux autorités de protection des consommateurs et aux associations de consommateurs, la qualité pour intenter des actions en cessation contre les pratiques illégales en la matière⁶. En droit de l'environnement, la Convention d'Aarhus en imposant aux Etats de garantir l'accès à la justice en cas d'infractions environnementales, a conduit à l'instauration de recours collectifs en cessation, permettant aux organisations non gouvernementales de contester les décisions administratives concernant ce domaine. S'agissant du recours collectif en réparation, son introduction dans la plupart des Etats européens s'est accélérée depuis le début des années 2000, mais présente une physionomie hétérogène. Ainsi, ces actions concernent souvent des secteurs spécifiques qui varient d'un Etat à l'autre (la finance en Allemagne, les pratiques anticoncurrentielles en Grande Bretagne). L'application horizontale du recours à l'ensemble des branches du droit, à l'instar du modèle américain est très limitée (voir en ce sens le modèle Portugais). La qualité pour agir est aussi attribuée de manière diverse à des personnes de droit public (tel le médiateur en Finlande) ou plus généralement à des associations de droit privé, le plus généralement de défense des consommateurs. En ce qui concerne l'effet du jugement relatif à la réparation des victimes, les solutions sont aussi diverses. Certains Etats ont choisi de limiter son effet aux victimes qui ont exprimé expressément leur volonté d'être partie à la procédure (*Opt-in*, en Suède et en Italie notamment) alors que d'autres ont retenu le mécanisme de *l'Opt-out*, de nature à rendre opposable la décision à l'ensemble des victimes de la pratique illégale, sous réserve que ces dernières aient manifesté expressément leur volonté de ne pas faire partie de la procédure (Portugal, Pays – Bas, Danemark...). Consciente des effets négatifs du caractère disparate du recours collectif dans les différents droits nationaux et des inégalités susceptibles d'en résulter pour les citoyens européens dans l'exercice de leurs droits, la Commission a lancé une grande consultation publique sur le thème du renforcement de la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs. Rien de véritablement nouveau, si on en juge par les différents travaux, livres vert, blanc publiés par la Commission sur la question depuis ces dix dernières années⁷. Ces réflexions impulsées par la Direction Générale de la concurrence ont toutefois largement incité à une véritable diffusion du recours collectif dans les différents systèmes nationaux⁸. Relayées par la Direction en charge de la protection des consommateurs, elles ont pour objectif de renforcer les droits des citoyens européens face aux abus du marché et de garantir une meilleure démocratie économique à l'heure où la démocratie politique européenne est encore inexistante.

3. Le recours collectif en France. Les premières manifestations du recours collectif en droit français résultent de l'action syndicale consacrée par la loi du 21 mars 1884 sur la liberté syndicale complétée par la loi du 12 mars 1920 qui a ouvert la voie aux actions exercées par les associations⁹. Les associations sont en effet rapidement apparues comme le véhicule juridique le mieux adapté à la défense collective d'intérêts individuels et leur action a été accueillie favorablement par le juge civil

⁵ Document de travail de la Commission SEC (2011) 173 final du 4 février 2011, « Consultation publique : renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs ».

⁶ JOL166 du 11.6.1998, p.51.

⁷ Livre vert de la Commission Européenne, *Les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*, Décembre 2005 ; Livre vert de la Commission européenne, *Les recours collectifs pour les consommateurs*, Novembre 2008 ; Livre blanc de la Commission européenne, *Les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de droit communautaire sur les ententes et les abus de position dominante*, 2008.

⁸ Pour une présentation mondiale des différents systèmes nationaux de recours collectifs : *Globalization of Class action*, Oxford Conference, Université de Stanford, December 12-14, 2007, <http://www.law.stanford.edu>.

Art. L. 2132-3 du Code du travail : « Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. »

(jurisprudence des ligues de défense), pour lequel la recevabilité de l'action dépend de l'atteinte causée à l'intérêt défendu statutairement par le groupement au titre de son objet social¹⁰. Le législateur a renforcé la place prépondérante des associations en matière d'action collective en procédant par habilitations spécifiques et en allant même jusqu'à tenter une adaptation de l'action collective américaine (*Class action*)¹¹. La loi du 18 janvier 1992 dite loi Neiertz (art. L. 422-1 à L. 422-3 du Code de la consommation) a introduit en droit français l'action en représentation conjointe, inspirée du modèle américain. Les travaux initiaux de la Commission de refonte du droit de la consommation présidée par M. Calais - Auloy préalables à la nouvelle loi, avaient envisagé de permettre aux associations de consommateurs d'agir, dans un premier temps, sans mandat, contre un professionnel auteur de pratiques illicites¹². Par la suite, elles auraient pu se faire connaître et demander à bénéficier du jugement¹³. Finalement, le dispositif retenu est beaucoup plus traditionaliste en ce qu'il repose sur le mandat confié par un ou plusieurs consommateurs, victimes du même fait illicite d'un même professionnel, à une association agréée de protection des consommateurs pour engager sa responsabilité et obtenir réparation. L'objet est ici d'obtenir réparation d'une masse de « *préjudices individuels* »¹⁴. L'action se distingue de l'action exercée par les associations agréées de consommateurs, en défense de l'intérêt collectif des consommateurs. L'association exercera alors sur le fondement des dispositions des articles L. 421-1 et suivants du Code de la consommation, une action en suppression de clauses abusives, en cessation de pratiques illicites ou en réparation, en cas d'atteinte à l'intérêt collectif, qu'elle défend statutairement. Elle pourra agir dans le cadre de l'action civile ou en dehors de toute infraction pénale¹⁵. On ne reviendra pas sur l'échec judiciaire de l'action en représentation conjointe dans le domaine consumériste¹⁶. Toutefois, on ne peut que constater l'influence exercée par ce mécanisme de protection des consommateurs sur d'autres branches du droit pour lesquelles il est apparu nécessaire, de se doter d'instruments de défense de l'intérêt collectif de personnes vulnérables. Le modèle consumériste a ainsi été traduit en droit boursier et en droit de l'environnement¹⁷. Les investisseurs, considérés comme une catégorie spécifique de consommateurs, se sont vus dotés par la loi du 23 juin 1989, d'une action associative de type sociétaire (Art. L. 452.1 du Code monétaire et financier)¹⁸. Ce premier texte a ainsi permis aux associations déclarées et

¹⁰ Sur cette jurisprudence voir notamment Cass.1^{ère} civ., 27 mai 1975, D. 1976, 318, note G. Viney, et pour une présentation complète de l'action des associations L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, L.G.D.J., 1997.

¹¹ Pour une présentation de la *Class action*, voir notre thèse précit. p., 135 et s.

¹² Dès 1983, la Commission sur le règlement des litiges de la consommation déjà présidée par M. Calais - Auloy avait rendu un rapport tendant à instaurer une action de groupe en droit de la consommation. Parallèlement un autre projet rédigé par M. Caballero avait envisagé une application généralisée de ce dispositif. Il donna lieu à la proposition de loi de MM. Stasi, Proriol et Zeller au mois de janvier 1985, qui aussitôt déposée à l'assemblée fut retirée (Proposition B. Stasi, J. Proriol et A. Zeller n°2554) ; Pour un rappel historique de ces différentes tentatives d'introduction de l'action de groupe en droit français : A. Legendre, « Un point sur les débats en France », in *L'action collective ou action de groupe, se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Editions Larcier, 2010, p.11 ; S. Brunengo - Basso, *L'émergence de l'action de groupe, processus de fertilisation croisée*, Thèse, PUAM, 2011, p.245.

¹³ *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, La documentation française, 1985, p.165.

¹⁴ Art. L. 422-1 du Code de la consommation, « Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national (...) peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs (...) »

¹⁵ Art. L. 421-7 du Code de la consommation.

¹⁶ E. Putman, *Contentieux économique*, Thémis, Collection droit privé, PUF, 1998., n°306 et s.

¹⁷ Pour une présentation du besoin de réparation du préjudice collectif des consommateurs, des investisseurs et des associations de protection de l'environnement, voir notre thèse, précit. n°4, p.37.

¹⁸ *Ibid.*, n°350. Art. L. 452-1 du Code monétaire et financier : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, agir en justice devant toutes les juridictions même par voie de constitution de partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des investisseurs ou de certaines catégories d'entre eux. Lorsqu'une pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires est de nature à porter atteinte aux droits des

agrées ayant pour objet statutaire la défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers d'agir soit dans le cadre d'une action civile, en cas d'infraction pénale, soit indépendamment de toute faute pénale, en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des investisseurs ou de catégories d'entre eux. La loi du 8 août 1994 a complété le dispositif en introduisant à leur avantage une action en représentation conjointe sur le modèle de l'action consommériste (Art. L. 452-2 à L.452-4 du Code monétaire et financier). Enfin, le droit de l'environnement connaît aussi du recours collectif sous des formes associatives. Outre le mécanisme de l'action en représentation conjointe (Art. L. 142-3 du Code de l'environnement), les associations agréées de protection de l'environnement, peuvent agir en réparation du préjudice résultant d'une atteinte directe ou indirecte aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, résultant d'une infraction pénale (Art. L.142-2 du Code de l'environnement). Il est à noter que cette action est aussi ouverte aux collectivités publiques et à certains établissements publics (comme l'office de l'environnement de la Corse) ainsi qu'aux Fédérations de chasseurs et de pêcheurs¹⁹. Le droit de la santé n'ignore pas non plus ce mécanisme et permet aux associations agréées de défense des droits des usagers du système de santé d'exercer une action en réparation, dans le cadre de l'action civile, en cas d'atteinte à l'intérêt collectif des usagers (Art. L. 1114-2 du Code de la santé publique). L'action collective est donc déjà présente en droit français. Ses différentes manifestations expriment le caractère hétérogène de la notion de recours collectif, tantôt envisagé comme une somme de recours individuels (litiges de masse de plus ou moins grande ampleur financière), tantôt procès emblématiques de la défense d'intérêts catégoriels parfois très proches de l'intérêt général, comme en matière environnementale : il n'y a donc pas « un » mais « des » recours collectifs à l'instar du modèle de la Class actions²⁰.

4. De l'intérêt collectif à l'intérêt altruiste. L'intérêt collectif est généralement présenté comme un intérêt commun à une catégorie de personnes, distinct des intérêts individuels de chacun d'eux (traditionnellement cité pour exemple, l'intérêt des membres d'une profession défendu par les syndicats)²¹. La directive du 19 mai 1988 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs en livre une approche négative en éliminant la « simple accumulation d'intérêts de particuliers »²². Le droit positif ne fournit pas de définition précise de la notion. Elle est parfois appréhendée sous l'angle de sa lésion, au travers du préjudice collectif. Mais, les tentatives de définition du préjudice collectif envisagée principalement par l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription ont été purement et simplement écartées²³. En droit de la consommation, le préjudice collectif est perçu comme le préjudice subi par « un ensemble abstrait de consommateurs non individuellement désignés »²⁴. La Cour de cassation dans un arrêt du 2 mai 2006, considère qu'il résulte du risque causé à l'ensemble des consommateurs, « *exposés par les*

épargnants, les associations d'actionnaires mentionnées à l'alinéa précédent peuvent demander en justice qu'il soit ordonné à la personne qui en est responsable de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets. (...) »

¹⁹ Sur la recevabilité de l'action de l'Office de l'environnement de la Corse : CA Aix – en –Provence, 19 janvier 2009, n°79M2009. Sur le droit d'action des Fédérations de pêcheurs et des chasseurs : Art., L.421- 6 et L. 437-18 du Code de l'environnement.

²⁰ V. Magnier, « L'exemple américain : la Class action américaine » in *L'action collective ou action de groupe, se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Editions Larcier, 2010, p.47.

²¹ Vocabulaire juridique Cornu, PUF, p.560. Pour le droit d'action général des syndicats professionnels : C. trav. art.L.2132-3.

²² Directive 98/27CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998, considérant (1), JOCE, L. 166/51.

²³ *Avant - projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport au Ministre de la justice, La documentation française, 22 septembre 2005 ; sur les arguments pour refuser l'introduction du préjudice collectif en droit français au regard de l'imprécision de la notion voir A. Anziani, L. Bêteille, *Rapport d'information par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, <http://www.senat.fr>

²⁴ J. Calais – Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz 2006, 7^{ème} édition, p.2 et s.

agissements illicites du professionnel qui perturbent la vie économique et les relations commerciales, à un danger, chacun étant susceptible de subir directement ou indirectement le contrecoup des infractions commises »²⁵. En droit de l'environnement, le préjudice collectif est désormais appréhendé dans sa dimension humaine (prenant en compte l'individu mais aussi collectivement l'espèce) et dans une approche environnementale pure, au regard de l'atteinte au milieu, devant être réparée de manière autonome²⁶. L'intérêt général est relatif à ce qui correspond au bien pour tous, à l'avantage de tous²⁷. La défense de l'intérêt général est dans un Etat de droit confiée à l'Etat et à ses représentants (ministère public) alors que l'intérêt collectif, intérêt spécialisé peut être défendu par d'autres personnes principalement de droit privé (associations, organisations non gouvernementales...).²⁸ La frontière entre les deux notions n'est pas toujours aisée à tracer. Ainsi, certaines personnes publiques peuvent défendre un intérêt collectif spécial distinct de l'intérêt de l'Etat. En matière environnementale, l'affaire Erika illustre l'existence pour les collectivités territoriales d'un préjudice collectif environnemental propre à chacune d'elles et distinct de celui de l'Etat : « *l'intérêt de la Nation ne se confond pas avec celui de la commune, du département ou de la région, qui peuvent avoir des intérêts contradictoires en matière d'environnement. L'exemple le plus caractéristique est celui de l'implantation sur le territoire d'une commune d'une usine de traitement des déchets ou des eaux usés d'un département ou d'une communauté d'agglomérations* ». ²⁹ L'intérêt collectif est donc celui d'une catégorie de personnes, ou d'un territoire. Il est celui commun à une pluralité d'individus qui peut être abstraite.³⁰ Il se distingue en cela de l'intérêt commun, intérêt de chacun poursuivi par tous, intérêt immanent qui correspond à des intérêts individuels partagés ou convergents. L'intérêt commun est par exemple celui des obligataires réunis dans la masse dotée du droit d'agir en réparation³¹. L'intérêt collectif dans une approche transcendantale implique une identité dans les intérêts lésés des victimes mais aussi une dimension d'intérêt général, le dommage subi par le groupe ayant des répercussions au-delà. En matière de droit de la consommation ou encore de droit la concurrence, la pratique illicite va causer un dommage matériel d'ordre pécuniaire à un grand nombre d'individus mais causer aussi par là même un dommage à l'économie. Le préjudice environnemental n'échappe pas à ces ambiguïtés. En effet, la confusion est fréquente entre les notions de préjudice collectif, de préjudice propre à l'association et de préjudice moral de cette dernière du fait de la dégradation de l'environnement. De nombreuses décisions considèrent que le dommage écologique « *portant atteinte aux intérêts collectifs qu'elle défend est constitutif d'un préjudice propre à l'association ouvrant droit à réparation* »³². L'amalgame est aussi fait entre le préjudice collectif et l'atteinte à l'intérêt moral de l'association, les juges retenant que l'atteinte à l'environnement porte atteinte gravement à l'objet social de l'association et lui cause de ce fait un préjudice moral³³. L'intérêt collectif n'exclut pas la diversité qui peut se situer dans la nature et l'ampleur du dommage subi par

²⁵ Cass.crim., 3 mai 2006, n°05-85.715, voir note E. Bazin, « De la nature des préjudices indemnisables en présence d'une action civile exercée par une association de consommateurs », *Revue Lamy Droit des affaires*, octobre 2006, n°9, p. 46.

²⁶ Voir en ce sens, Le rapport du Club des juristes, « Mieux réparer le préjudice environnemental », « les préjudices collectifs résultent de la distinction entre les préjudices causés à l'environnement et les atteintes aux services que ces services fournissent aux hommes. Ceux –ci représentant la « diminution des bienfaits ou des bénéfices que les êtres humains retirent des éléments de l'environnement ou de leurs fonctions écologiques » Etude par B. Parance, « La clarification du rôle des parties au procès environnemental, Commentaires des propositions 8 et 9 du rapport » Mieux réparer le dommage environnemental » remis par le Club des juristes, Environnement n°7, Juillet 2012, dossier 9.

²⁷ Ibid., p. 561.

²⁸ G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3éd. 2006, n°303-5.

²⁹ CA Paris, pôle 4, 11^e ch., 30 mars 2010, RG 08/02278 ; D. 2010, p. 2238, obs. L. Neyret.

³⁰ Il peut se limiter à la seule prise en compte de l'intérêt personnel et de celui de l'Autre, le droit autorisant la création d'une association par deux personnes physiques.

³¹ Art.293 de la loi du 24 juill.1966, « les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs, en une masse qui jouit de la personnalité civile. »

³² CAA Lyon, 23 avril 2009 Ass. Club Mouche Saumon Allier, req. 07LY02634.

³³ Voir notamment CA Pau, 17 novembre 2009, RG 08/04394 ; CA Paris, pôle 4, 11^e ch., préc.

chaque victime³⁴. Dans le domaine sanitaire, la mise sur le marché d'un médicament présentant un défaut majeur de sécurité va occasionner des lésions qui peuvent différer d'un individu à un autre, nécessitant une évaluation « personnalisée » du préjudice. Finalement, l'intérêt collectif est mixte empreint de spécificité et de généralité, rendant peu éclairante la notion et expliquant peut-être le fait qu'aucune définition du collectif n'ait encore véritablement émergé³⁵. La notion d'intérêt altruiste ne serait-elle pas plus pertinente ? Sous tendu par un idéal de bienveillance, l'intérêt altruiste consisterait en une considération d'ordre moral, éthique, écologique, constitutive de la cause judiciaire³⁶. Utopie ? Pas tout en fait, si l'on en juge par le renouveau de l'action en justice des associations et de l'émergence de nouveaux concepts en faveur d'une plus grande prise en compte par les entreprises de leur impact sur la société tant sur le plan national qu'international (Responsabilité sociétale des entreprises)³⁷. Le recours collectif serait alors le recours permettant la défense d'un intérêt altruiste susceptible de corriger les excès du marché et les manquements des entreprises en matière de santé et d'environnement. En tout état de cause, sa dualité doit être prise en compte aussi bien au niveau du droit d'action pour autrui que de la réparation pour autrui, en distinguant les notions d'intérêt et de préjudice collectif³⁸.

5. La réception amorcée du recours collectif. L'examen du droit européen et des droits nationaux montre que la réception du recours collectif dans le système juridique continental est largement amorcée même si la prise en compte de la dimension collective de l'action en justice est plus ou moins avancée selon les dispositifs. En France, l'opinion publique est aujourd'hui largement favorable à l'introduction d'un mécanisme plus abouti de recours³⁹. L'autorité de la concurrence a clairement pris position en faveur de l'adoption d'un mécanisme de cette nature ouvert aux consommateurs et aux PME victimes de pratique anti-concurrentielles⁴⁰. La notion d'intérêt collectif est présente dans un certain nombre d'affaires emblématiques touchant à des catastrophes écologiques ou sanitaires. Sans être inscrit dans le Code civil, le préjudice collectif est reconnu au travers de la consécration par la jurisprudence Erika du caractère autonome du préjudice écologique⁴¹. Les plaideurs tentent d'organiser la saisine collective des juridictions par les victimes notamment dans le domaine de la santé (ainsi les victimes du Médiateur ont procédé conjointement à plusieurs citations directes des Laboratoires Servier devant les juridictions pénales pour tromperie et blessures et homicides involontaires). Cependant, elles se heurtent incontestablement à l'impréparation de l'appareil judiciaire face à ce type de demandes, constitutifs d'un frein manifeste à leur action. Ainsi, dans l'affaire du Distilbène, certaines plaignantes déboutées en appel sont particulièrement

³⁴ Collectif : « Qui contient un ensemble de personnes et de choses ; terme de grammaire qui exprimant la réunion de plusieurs individus de la même espèce présente à l'esprit l'idée d'une collection », Dictionnaire Littré Vol. I, p. 1961.

³⁵ P. Catala (dir), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Documentation française, 2006 ; F. Terré (dir.) Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, art.8.

³⁶ Voir la définition du vocabulaire juridique Capitaine de l'intérêt, « Ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification) : considération d'ordre moral (affection, honneur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui dans une affaire (contrat, procès...), concerne attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe) » ; « L'altruisme est défini comme un ensemble de penchants bienveillants », Dictionnaire Littré Vol I., p. 178.

³⁷ Communication de la Commission (2011) 681, 25 oct.2011, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour les années 2011- 2014 ; Voir les actions en justice des associations France Nature Environnement ou encore Sherpa présentées dans leurs rapports annuels d'activités, disponibles sur leurs sites internet.

³⁸ Voir pour une distinction entre l'intérêt commun et le préjudice commun des obligataires, C. Nicod, « L'action en justice pour la défense des intérêts communs des obligataires », Revue des sociétés 2000, p.491.

³⁹ 85 % des français y seraient favorables : *La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation*, Rapport X. Gabaix, A.Landier, D. Thesmar, Conseil d'analyse économique, La documentation française, 2012, p. 46.

⁴⁰ Aut.conc., communiqué 25 mai 2011 ; V. réc. L'avis de B. Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, Dalloz actualité, 18 juill.2012.

⁴¹ Cass.crim.25 septembre 2012, n°10-82.938.

découragées de poursuivre la procédure face notamment aux montants de frais judiciaires à engager. Leurs conseils et les associations de défense des victimes attendent avec espoir l'introduction des actions de groupe permettant de mutualiser les frais et de relancer les procédures en cours⁴². Les difficultés matérielles de faire face à ces « séries » de plaintes se manifestent encore dans l'organisation du procès des prothèses PIP qui se tiendra devant le Tribunal de grande instance de Marseille au printemps prochain. Dans le domaine de la santé, l'action de groupe devient à l'instar de ce qui peut exister devant le juge administratif, un impératif de bonne administration de la justice⁴³.

6. Si le processus de réception de l'action de groupe en droit français paraît engagé, la question des modalités de l'introduction de cette technique en droit processuel demeure entière. Sa réception sera-t-elle cantonnée au droit de la consommation et éventuellement au droit de la concurrence ?⁴⁴ La notion d'intérêt collectif sera-t-elle précisée ? L'action sera-t-elle réservée aux associations ? Le droit processuel sera-t-il profondément modifié et à quel stade de la procédure, l'instance, le jugement, l'exécution ? Avec quelles incidences sur la pratique judiciaire ? Or, l'enjeu du caractère véritablement innovant de l'introduction de l'action de groupe en droit français réside précisément dans les modalités du dispositif retenu et de leur capacité à lui permettre de remplir sa fonction sociale. La prise en compte de la finalité altruiste de l'action de groupe pourrait s'exprimer d'une part au niveau des principes directeurs de l'action avec l'introduction d'un droit d'agir pour autrui sans mandat exprès de représentation (I), et d'autre part au niveau des conséquences de l'action par le choix de techniques de réparation et d'exécution d'intérêt général (II)⁴⁵.

I. L'action de groupe, l'action pour autrui

7. La dimension altruiste de l'action de groupe a vocation à s'exprimer au travers de l'élargissement du droit d'agir. La qualité pour agir doit être déconnectée de l'existence d'un mandat formel de représentation à l'action (A) et ne saurait faire l'objet d'un monopole au profit notamment des associations (B).

A. L'action pour autrui sans mandat de représentation à l'action

8. L'action de groupe, dans sa version américaine et originelle est celle par laquelle un représentant agit ou nom et pour le compte de personnes identifiées, ou non identifiées, afin d'obtenir la réparation des préjudices qu'elles ont subis⁴⁶. La Commission générale de terminologie et de néologie a proposé une définition comparable de l'action collective ou action de groupe en la présentant comme « la voie ouverte dans certains pays par la procédure civile permettant à un ou

⁴²L. Clavreul, A. Garric, « Les conditions d'indemnisation des victimes du Distillbène se précisent », Le Monde 29 octobre 2012, p.8 : l'une des avocates des plaignantes témoigne de « ce qu'il faut trouver le moyen de faciliter la tâche aux victimes qui n'ont pas les moyens de payer sans cesse de nouvelles procédures » ; A noter qu'en France le vocable retenu est celui d'action de groupe par la Commission générale de terminologie et de néologie, Avis, Vocabulaire du droit : oui à l'action de groupe et non à la class action !, Avis, NOR, CTNX0609246X, J.O., 13 mai 2006, p.7072.

⁴³Sur l'intérêt d'introduire l'action collective en droit administratif pour faire face aux phénomènes des « séries », requêtes individuelles contre le même acte administratif : P. Cassia, « Vers une action collective en droit administratif », RFDA 2009, p.657.

⁴⁴Le garde des sceaux, Madame C. Taubira a évoqué une action de groupe élargie, ouverte au droit de la consommation mais aussi au droit de l'environnement, voie qui semble abandonnée par le lancement d'une consultation sur l'action de groupe par le ministre délégué de l'économie sociale et solidaire et de la consommation, A. De Blauwe, <http://www.ufcquechoisir.org>, 10 nov.2012.

⁴⁵La présente étude n'envisagera pas les mécanismes de reconnaissance de la responsabilité du professionnel.

⁴⁶Règle 23 a) du Code de procédure civile fédéral. Voir en ce sens J. Barthélemy, L. Boré, « Constitution et action de groupe (Cons. Const., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC).

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 »⁴⁷. A priori, elle semble exclusive de tout mandat de représentation mais en y regardant de plus le mécanisme du mandat est présent dans la plupart des systèmes, toutefois sans formalisme préalable. Admettre l'action de groupe revient à revisiter les règles gouvernant le pouvoir d'agir dans l'intérêt d'autrui et la représentation à l'action⁴⁸.

9. La règle « Nul ne plaide par Procureur », ou l'exigence formelle du mandat de représentation à l'action. Souvent présentée par les opposants à l'action de groupe comme un obstacle de valeur constitutionnelle à l'introduction de ce dispositif en droit français, la portée de la règle doit être rappelée aux fins de ramener comme l'ont déjà fait d'éminents auteurs sa valeur dirimante, à de plus justes proportions⁴⁹. A l'origine, l'adage selon lequel « *Nul en France ne plaide par procureur* » s'opposait à toute représentation en justice, à l'exception du Roi, seul autorisé à ne pas comparaître en personne. Au fil du temps, l'autorisation de ne pas comparaître en personne et de se faire représenter a été accordée à tout plaideur. La règle s'est transformée et a eu vocation à interdire les pratiques de certains seigneurs qui cachaient leur identité derrière un prête nom ; elle a donc déclaré impossible pour le *dominus litis* de faire disparaître sa personnalité derrière celle de son mandataire, sans le faire savoir. Aujourd'hui, c'est une condition de forme qui impose à celui qui veut mandater autrui pour agir en justice en son nom et pour son compte, de faire figurer son nom dans tous les actes de la procédure et de revêtir la qualité de partie à l'instance⁵⁰. Le droit français reconnaît donc la possibilité pour un individu de confier à autrui la mise en œuvre d'une action en justice en son nom et pour son compte, à condition que l'identité du mandant apparaisse dans tous les actes de procédure. Le mandat doit être écrit et spécial et en pratique, il sera communiqué au juge⁵¹. Il existe quelques exceptions à cette obligation de transparence sur l'identité du mandat lorsque le pouvoir de représentation à l'action résulte de la loi comme dans l'hypothèse de la représentation du mineur ou⁵². Le mandat de représentation à l'action pourra être d'origine légale, le droit d'agir dans l'intérêt d'autrui étant souvent motivée par la vulnérabilité ou la défaillance du titulaire de l'action. La représentation interviendra alors par substitution à une personne défaillante⁵³. Ainsi, l'article L. 225-252 du C.com permet à un (*action sociale ut singuli*) ou à plusieurs associés (*action sociale ut plures*) de demander réparation du préjudice subi par la société à laquelle ils appartiennent du fait de ses mandataires sociaux. L'associé dispose d'un droit propre à défendre l'intérêt d'autrui, celui de la société. Mais le mandat de représentation à l'action peut aussi être conventionnel. En pratique, face au risque d'une fin de non-recevoir de l'action, il s'est peu développé, sauf peut-être sous la forme des clauses de direction de procès insérées dans les contrats d'assurances et dans les engagements de garantie de passif. Les avocats n'ont pas non plus développé ce type de mandat, sans doute pour des questions de responsabilité et pour éviter toute confusion avec leur mandat légal de représentation à

⁴⁷ Avis, Vocabulaire du droit : oui à l'action de groupe et non à la class action !, Avis, NOR, CTNX0609246X, J.O., 13 mai 2006, p.7072.

⁴⁸ Sur la distinction entre représentation à l'action et représentation à l'instance, V. S. Guinchard, Procédure civile, Droit interne et communautaire, Précis Dalloz, 28^{ème} édition, 2006, n°610 et s. .

⁴⁹ P. Jourdain, G. Viney, précit. ; F. Caballero, « Plaidons par procureur ! de l'archaïsme procédural à l'action de groupe », RTDciv. 1985, p. 247.

⁵⁰ « la règle prohibe la présence au procès d'une personne physique ou morale agissant pour défendre, non ses droits, mais ceux d'une autre personne dont elle refuserait l'identité, privant ainsi son contradicteur de la possibilité de contester en toute connaissance de cause les droits de cette véritable partie, absente du procès » : CA Paris, 11 mars 2005, Rev. crit. DIP 2005/4.627; V. aussi sur la portée de l'adage Nul ne plaide par Procureur, P. Jourdan, G. Viney précit.

⁵¹ Civ., 9 juin 1896, DP 1897, 1.512. Versailles, 6 juin 1996, D.1998, 83, note Bergoin (point1).

⁵² Art. 464 al.1^{er} C.Civ, le tuteur peut sans autorisation préalable exercer une action en justice relative aux droits patrimoniaux du mineur.

⁵³ Sur les différents faits générateurs de représentation à l'action voir S. Guinchard, *Procédure interne, droit civil et droit communautaire*, Précis Dalloz, 28^{ème} édition, 2006, n°609 et s.

l'instance⁵⁴. Le droit d'agir dans l'intérêt d'autrui existe donc bel et bien dans notre droit mais est limité dans sa mise en œuvre par l'exigence de la présence « formelle » du titulaire de l'action dans la cause. Cette règle ancienne cantonne indéniablement l'action en justice pour autrui mais présente l'avantage de préserver le principe consacré par la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 selon lequel, aucune action individuelle ne peut être introduite contre la volonté de la personne concernée⁵⁵. Elle permet également d'écarter toutes les questions tant théoriques que pratiques relatives à la détermination du groupe de plaignants. Toutefois, le respect de la liberté individuelle de chacun des plaignants peut être préservée par d'autres mécanismes tenant notamment comme l'a proposé le Recteur Serge Guinchard à la décomposition du recours en plusieurs étapes ; la constitution du groupe de plaignants et le choix exprimé individuellement par chacun de faire partie de la procédure n'intervenant qu'après un premier jugement statuant sur le fond, sur la responsabilité du professionnel⁵⁶. Une réception innovante de l'action de groupe en droit français consisterait en conséquence, à consacrer un droit d'action pour autrui, en dehors de toute habilitation légale ou conventionnelle préalable. L'édifice juridique pour être solide mériterait une véritable définition du recours collectif entendu sous le vocable d'action de groupe et une inscription dans le Code de procédure civile de la portée réelle de la règle « *Nul ne plaide par Procureur* ». Tout individu pourrait donc engager une action en justice de nature à bénéficier à autrui, sans que cette action repose sur un mandat à l'action, exprès et préalable.

10. Qualité à agir du représentant des plaignants et détermination du groupe de plaignants.

Le pouvoir accordé à un individu d'engager une action en justice susceptible de bénéficier à une pluralité de plaignants indéterminés n'élimine pas toute question relative à la source et aux fondements juridiques de ce droit. Dans le système américain, le pouvoir de représentation résulte de la capacité du représentant à justifier de son intérêt personnel à agir et du préjudice personnel subi du fait du comportement fautif du défendeur. Lorsque le représentant est une association, sa qualité de représentant du groupe sera aussi subordonnée à la caractérisation de son intérêt personnel à agir⁵⁷. Les demandes du représentant devront être similaires à celle des autres membres du groupe (condition de *typicality*) : mêmes faits générateurs, mêmes fondements juridiques de responsabilité. Le fondement du pouvoir de représentation résulte donc de l'atteinte à un intérêt personnel représentatif d'une pluralité d'intérêts personnels lésés. Le représentant va conduire le procès sur le fondement d'une forme de mandat ad litem à l'instance dont la particularité est que le ou les mandants peuvent être inconnus⁵⁸. C'est à notre sens l'écueil majeur à l'introduction de l'action de groupe en ce qu'il met à mal la liberté personnelle sous différents aspects, liberté d'agir ou non en justice mais aussi liberté de contracter en décidant de confier un mandat de représentation à autrui. En effet, si l'on retient la technique de *l'Opt out*, le risque pour la victime d'être engagée dans une procédure contre son gré ou qui in fine, ne la remplira pas de ses droits est réel. La technique de *l'Opt in* qui repose sur

⁵⁴ Cette hypothèse peut être interdite par la loi ; le syndic peut seul agir en justice pour la copropriété sur autorisation de l'assemblée générale (loi du 10 juillet 1965, art.15 al.1 et décr.17 mars 1967, art.55 ; il ne peut pas donner mandat à un avocat d'agir en justice à la sa place : Civ., 3^{ème}. 5 avr. 1995, Bull.civ.III, n°97.

⁵⁵ Déc. Cons. Const., du 25 juillet 1989 (n°89-257 DC), « s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié, mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action ».

⁵⁶ S. Guinchard, « Une class action à la française », D 2005, p.2180.

⁵⁷ *La Mar v HB Novelty Loan Co*, 489 F2d 461, (9 th cir. 1973). *Dockside Association v Detyens, Simmons and Carlisle*, 330 SE.E.2d 537 South Carolina Court of Appeals 1985.

⁵⁸ Vocabulaire juridique Cornu, Association Capitant, PUF, 2011, p.634. « Le mandat ad litem est défini comme le mandat par lequel un plaideur confie à autrui une mission de le représenter en justice qui emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes ordinaires de procédure (article 411 du Code de procédure civile) ainsi que sauf disposition ou convention contraire, la mission d'assistance (Article 413 du Code de procédure civile).

l'adhésion individuelle des victimes à l'action en justice, permet d'écartier tout engagement « contraint ou non éclairé » dans le procès mais aussi d'éliminer in fine d'éliminer tout mandat de représentation à l'action. Il apparaît qu'une voie de conciliation pourrait résulter dans la technique du mandat ad litem à l'action, support de la technique de *l'Op out*⁵⁹. Les victimes potentielles seraient présumées avoir confié un mandat de représentation au premier plaignant révocable dans un certain délai lié à l'exercice du droit de sortie⁶⁰. La recherche et la détermination du groupe serait établies par ce dernier sous le contrôle judiciaire. Dans cette approche, l'introduction de l'action de groupe implique la création d'un régime spécial de représentation à l'action reposant sur un mandat tacite entre le représentant et les représentés.

B. L'action pour autrui sans monopole de représentation à l'action

11. Quelle justification au monopole des associations ? Les différents projets d'introduction de l'action de groupe en droit français attribuaient principalement le pouvoir d'action collective aux associations. En quoi la forme associative est-elle la plus adaptée pour fédérer un groupe indéterminé de victimes ? La question mérite d'être posée dans la mesure où sur le plan pratique tout d'abord les limites de leurs moyens d'action sont systématiquement dénoncées. Elles même se plaignent des contraintes en matière de démarchage qui les empêchent d'utiliser les moyens de communication les plus modernes pour toucher le plus grand nombre de plaignants, ou encore de leurs faibles ressources financières et administratives pour faire face au traitement des contentieux de masse⁶¹. Quant à la défense même de l'intérêt collectif sont-elles exemptes de tout reproche ? Les griefs formulés à l'encontre des Class actions américaines permettant le développement de pratiques agressives des avocats, véritables chasseurs de primes, déclenchant des procédures tout azimut dans l'objectif d'obtenir des honoraires de résultats exorbitants ne peuvent-ils leur être opposés ?⁶². L'activisme judiciaire dont certaines associations font montre, n'est-il pas sous-tendu par des objectifs indirects de financement alors même que leurs demandes en indemnisation ne reposent souvent notamment dans le domaine environnemental, sur aucune justification matérielle objective. L'action en réparation est souvent engagée de manière intempestive, l'action pénale mise en œuvre par citation directe alors même que la mise en conformité aux dispositions réglementaires aura eu lieu à l'heure où les débats judiciaires débiteront.⁶³ Sur un plan strictement juridique, la forme associative présente sans nul doute un intérêt du fait de la simplicité de sa constitution et de la possibilité d'agréger facilement de nouveaux sociétaires par simple adhésion, ce qui facilite la constitution d'un groupe dont les membres sont au départ indéterminés. Toutefois en matière de réparation, la prohibition de tout partage de bénéfices entre ses membres est constitutive d'un frein majeur. L'association ne peut prétendre la qualité de véhicule juridique ad hoc pour garantir l'efficacité de l'action de groupe.

12. Quelle justification à l'existence d'un monopole en matière de représentation à l'action ?

La critique formulée à la place prépondérante consacrée traditionnellement aux associations et plus particulièrement aux associations agréées en matière de représentation du groupe, ne doit pas masquer la

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ C'est la voie retenue par l'action populaire portugaise, qui institue un régime spécial de représentation ; le représentant sous la surveillance du ministère public peut être remplacé en cas de défaut d'accomplissement de certaines diligences ou de conflits d'intérêts : article 14 de la loi 83/95 sur l'action populaire.

⁶¹ Sur la prohibition du recours à un site internet pour fédérer les victimes de l'entente des opérateurs de téléphonie, Civ., 1^{ère}, 26 mai 2011, n°10-15.676, RTD com.2011, p.627, note B. Bouloc.

⁶² V. en ce sens, Position de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg sur le document de consultation de la Commission sur les recours collectifs pour les consommateurs.

⁶³ Pour une reconnaissance du préjudice de l'association de protection de l'environnement alors même que la mise en conformité réglementaire avait été réalisée rapidement par le défendeur voir notamment CA Versailles, 9 décembre 2008, RG 07/07073.

véritable question de savoir qui peut fédérer efficacement un groupe de plaignants dans une telle procédure. Les textes européens font référence à la notion d'entité qualifiée définie par la Directive relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs, comme « *tout organisme ou organisation dûment constitué conformément au droit d'un Etat membre, qui a un intérêt légitime à faire respecter les dispositions visées à l'article 1^{er} (relative à la protection des consommateurs) et en particulier, a) un ou plusieurs organismes publics indépendants, spécifiquement chargés de la protection des intérêts visés à l'article 1^{er} (...) b) les organisations dont le but est de protéger les intérêts visés à l'article 1^{er}* ». Sont ainsi visés des groupements dotés de la personnalité juridique mais sans exclusive à l'égard de la forme associative. En réalité, l'action en représentation de l'intérêt d'autrui doit pouvoir être confiée à un grand nombre d'acteurs. Il en va d'une part de la vivacité de l'action mais aussi du respect du principe d'accès au juge. Ainsi, en droit de la concurrence, il est important de permettre aux PME d'engager une action en réparation. Or, il est évident que l'association de protection des consommateurs ne sera pas leur interlocuteur privilégié en termes de coordination de l'action. La possibilité de confier la représentation d'intérêts collectifs à d'autres représentants que les associations existent déjà en droit des affaires. Ainsi, en droit des procédures collectives, le représentant des créanciers a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers sur le fondement de l'article L. 622-20 du Code de commerce, et d'engager des actions pécuniaires comme des actions en responsabilité contre les tiers⁶⁴. Dans le domaine du droit des sociétés, le phénomène de regroupement au service d'une meilleure défense des petits porteurs se traduit au travers des droits conférés sur la base de seuils de participation détenus individuellement ou collectivement par les actionnaires. Ces derniers peuvent agir collectivement pour faire valoir leur droit sans avoir recours à un véhicule juridique ad hoc représentant le groupe. Ils peuvent aussi confier à l'un d'entre eux mandat de les représenter à condition que ce mandat soit express et que leur qualité de parties à la procédure figure individuellement sur les actes judiciaires. Le représentant de la masse des obligataires de la même manière peut intervenir pour agir en réparation du préjudice subi par les obligataires. Le droit positif est donc prêt à confier la défense des intérêts d'autrui à d'autres personnes juridiques. L'ouverture de la qualité pour agir en représentation des intérêts d'autrui sera certainement gage de sécurité et d'efficacité de l'action de groupe, chacune des entités habilitées pouvant exercer une forme de surveillance sur l'exercice de sa mission par les autres représentants. C'est d'ailleurs une des voies proposées par le Club des juristes en matière de préjudice collectif environnemental qui propose, de maintenir le pluralisme en matière de personnes habilitées à agir en réparation du dommage environnemental, et de confier l'action civile environnementale à l'ADEME en réparation du préjudice écologique pur⁶⁵. Acteurs privés et acteurs publics ont aujourd'hui vocation à engager des actions présentant un intérêt collectif, aucun ne paraît devoir être privilégié dans la conduite d'une telle démarche. Cette appréhension large du fédérateur du groupe ne doit pas écarter tout mécanisme de contrôle notamment sur les groupements susceptibles d'exercer cette mission. Pour éviter le développement d'officines animées d'objectifs purement spéculatifs, les conditions d'intervention des représentants du groupe devront être précisées par la loi (objet social, agrément, ancienneté) et soumises à l'appréciation du juge à l'instar du système américain qui vérifie la capacité du représentant à défendre le groupe⁶⁶.

⁶⁴ C. Saint Alary – Houin, Droit des entreprises en difficulté, Domat droit privé, 7^{ème} édition, Montchrestien, n°762 et s.

⁶⁵ Etude par B. Parance, « La clarification du rôle des parties au procès environnemental, Commentaires des propositions 8 et 9 du rapport » Mieux réparer le dommage environnemental » remis par le Club des juristes, Environnement n°7, Juillet 2012, dossier 9.

⁶⁶ Un avocat ou un groupe d'avocats sélectionné pour représenter le groupe doit être capable de le représenter convenablement, sont pris en compte sa qualification, son expérience l'existence de conflits d'intérêts potentiels : S. Brunengo –Basso, précit. n°226, p.149

13. Pour le monopole de la représentation à l'instance de l'avocat. En réalité, la coordination de l'action de groupe va impliquer plusieurs missions à la fois judiciaires (établir et transmettre les actes de procédure : assignation, conclusions, signification des pièces) mais aussi extra-judiciaire (recherche des membres du groupe, réunion, information, collecte des pièces et autres éléments de preuve détenus par les plaignants). La représentation du groupe à l'instance doit être réservée à l'avocat qui apportera son expertise dans le cadre d'un système procédural assez complexe. Sa déontologie sera garante du respect de l'intérêt collectif mais aussi des libertés individuelles des plaignants. Dès lors, une répartition des rôles efficace peut être réalisée entre le représentant du groupe à l'action, le fédérateur ou coordonnateur qui pourra être une personne physique ou une personne morale et l'avocat qui devra bénéficier d'un monopole de représentation à l'instance. Cette répartition des rôles assurera une certaine distance à l'avocat qui pourra se dévouer pleinement à sa mission d'auxiliaire de justice notamment dans la recherche et la mise en œuvre du mode de réparation le mieux adapté aux intérêts du groupe.

II L'action de groupe, le jugement pour autrui

14. L'efficacité de l'action en justice se traduit lors de son dénouement d'une part par la portée du jugement et la nature de la réparation allouée mais aussi par le succès de la phase d'exécution et la mise en œuvre effective des mesures prononcées par le juge. Le dispositif a incontestablement besoin d'intégrer de nouveaux modes de réparation et de sélectionner d'autres véhicules d'exécution dont la mission altruiste sera garantie par la tutelle judiciaire (A). Ces mécanismes peuvent permettre l'émergence d'un renouveau de l'ingénierie sociétaire au service de l'intérêt général (B).

A. La réparation et l'exécution pour autrui

15. La réparation dans l'action de groupe, distinction entre intérêt et préjudice collectif. Une critique récurrente contre l'action de groupe consiste à souligner ses effets nuisibles aux intérêts personnels de certains plaignants. Ces griefs retiennent une impossibilité pratique et théorique à prendre en compte la diversité des préjudices individuels. Elles procèdent toutefois d'une confusion entre l'intérêt pour agir collectif qui va rassembler les intérêts individuels de plaignants victimes d'un même fait illicite, et le caractère collectif du dommage qui ne saurait se réduire en toute hypothèse à la somme de préjudices individuels identiques. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cette distinction en matière de recevabilité de l'action du représentant des obligataires. Dans sa décision du 3 septembre 1996, la Cour d'appel de Paris rejette la recevabilité de l'action en l'absence de préjudice commun. Elle considère en effet que le préjudice commun résulte de l'addition de tous les préjudices individuels des obligataires, qui en l'espèce ne sont pas strictement identiques. En effet, ceux-ci demandent réparation du préjudice qui leur a été causé par la faute de la banque émettrice, laquelle leur a donné des informations erronées sur la situation financière de la société emprunteuse. Toutefois, tous n'ayant pas acheté leurs titres au même moment, ils ne subissent pas le même préjudice du fait de cette information trompeuse. La Cour d'appel fait une confusion entre l'identité de l'intérêt à agir des obligataires sur le plan processuel, et l'identité de leurs droits sur le plan substantiel. La Cour de cassation censure cette analyse et retient la recevabilité de l'action dans la mesure où tous les obligataires demandent réparation de la même faute, fondatrice de leur intérêt commun à demander réparation. Ce qui importe c'est que l'action soit de « nature à intéresser l'ensemble des obligataires, même s'ils ne subissent pas tous dans les faits, le même préjudice »⁶⁷. Ce

⁶⁷Cass.com., 15 juin 1999, commentaires par Y.Guyon, Rev. sociétés, 3/1999, p.640 ; Y.Reinhard, RT com., 4/1999, p.904 ; H.Croze, Procédures, 1999, n°197, M. Viandier, JCP E d. E, 1999, n°38, p.1488 et Ph. Merle, Bull.Joly, 1999, p.915.

faisant, l'amalgame opéré par les juges du fond montre bien la nécessité de décomposer le procès collectif en différents temps, celui de l'examen de la recevabilité de l'action et l'existence d'un véritable intérêt altruiste, et celui de l'examen de la responsabilité et du bienfondé de la demande au fond et de la détermination des modalités de réparation du préjudice collectif.

16. La réparation dans l'action de groupe et la sauvegarde de la communauté d'intérêts.

L'action collective va conduire à déterminer un mode de réparation pour le groupe de plaignants. La première option consiste à un mécanisme de réparation individuel. Elle pourrait reposer sur un système de requête en paiement (envisagé par l'article 275 du projet Calais –Auloy)⁶⁸. Chaque victime, créancière en paiement dépose une victime au greffe du Tribunal qui a rendu la décision sur la responsabilité. La requête peut être aussi déposée par le coordinateur de l'action. Le Tribunal rend une ordonnance se prononçant pour chaque victime sur le montant de la réparation et sa modalité qui peut être individualisée (dommages et intérêts mais aussi obligation de faire...). L'ordonnance est notifiée et peut faire l'objet d'un recours en opposition alors que la décision sur la responsabilité du professionnel est susceptible d'appel. Ce mécanisme permettrait de respecter la règle selon laquelle la réparation doit être intégrale mais strictement proportionnée au préjudice subi aux fins de respecter la nature même des dommages et intérêts compensatoires. Elle implique un travail considérable et n'est pas sans rappeler le mécanisme du traitement de la déclaration de créances en droit des procédures collectives, dans lequel les droits individuels des créanciers sont reconnus après déclaration et admission de la créance. La deuxième option consiste en l'adoption d'un mécanisme de réparation collectif. Comme aux Etats Unis, il s'agit d'évaluer une somme globale correspondant aux profits illicites réalisés par le professionnel et de les affecter dans un premier temps à la réparation des victimes⁶⁹. Les dommages et intérêts sont envisagés sous un angle restitutoire⁷⁰.

17. La réparation fluide ou la sauvegarde de l'altruisme dans la répartition de l'indemnisation.

L'une des critiques souvent formulées à l'encontre du modèle américain consiste à souligner le risque d'enrichissement personnel en cas de surplus d'indemnisation lié à une impossibilité de répartir la totalité des fonds à l'ensemble des plaignants. Ce grief rejoint d'ailleurs les remarques négatives formulées à l'encontre de *l'Opt Out*. Or, le droit anglo saxon connaît un mécanisme permettant de pallier ce risque. Ainsi, le règlement au sens de paiement *Cy-près* permet d'attribuer les fonds résiduels à un autre qu'un membre de la classe. Il s'agit d'un mécanisme de réparation pour autrui, dérivé du droit français. La notion de réparation fluide ou de doctrine *Cy-près* est issue du droit médiéval et signifie « *aussi près que possible du résultat à atteindre* »⁷¹. Fondée sur le principe anglo -saxon de l'équity, elle a émergé dans le contexte des trusts de bienfaisance (*charitable trusts*) avant de se développer dans le domaine processuel et les *Class actions*⁷². Elle désigne initialement le pouvoir conféré au Tribunal de rediriger les objectifs d'un trust caritatif aussi près que possible des fins initialement visées. Ainsi, lorsque l'objectif initial du constituant ou du testateur ne peut pas être exactement respecté, qu'il est devenu impossible, irréalisable voire illégal, la doctrine *cy près* permet au tribunal d'interpréter les termes du trust de bienfaisance afin que l'intention générale des donateurs soit au mieux prise en compte. L'exemple marquant est celui résultant de l'affaire *Jackson c Phillips* dans laquelle, le testateur avait légué de l'argent à un trustee afin de créer

⁶⁸ H. Temple, « Actions collectives et actions de groupe : les mécanismes de réparation », in Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Editions Larcier, 2010, p.47.

⁶⁹ G. Viney, « L'influence de l'admission d'une action de groupe sur la réparation des atteintes aux intérêts collectifs », *Lamy Droit civil*, déc. 2006., n°33, p.60 &s.

⁷⁰ C. Lacroix, « Action collective : si loi, cy –près », in Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Editions Larcier, 2010, p.47.

⁷¹ C. Lacroix, précit., p.103.

⁷² Ibid, Elle est aussi présente en droit québécois.

une opinion publique qui mettra un terme à l'esclavage des noirs dans ce pays ». L'esclavage aboli par le treizième amendement de la Constitution américaine, le trust devenait sans objet. Les tribunaux lui ont assigné un nouveau but aussi proche que possible de l'originel consistant en l'utilisation des fonds en faveur des personnes nécessiteuses d'ascendance africaine dans la ville de Boston et de ses environs⁷³. Les fonds résiduels pourront aller à une association caritative ou encore à un trust. Ainsi la Cour suprême de Californie dans une affaire *Etat c Levi Strauss & Co* a suggéré la constitution d'un trust de consommateurs ayant comme objectif de s'engager dans des projets de protection des consommateurs. Finalement, le projet trop coûteux a été abandonné et les juges ont décidé de l'affectation du surplus indemnitaires à des organisations déjà existantes⁷⁴. Mais, il faut accepter l'idée qu'un débat puisse s'installer sur l'utilisation appropriée des fonds résiduels. Une affaire *Folding Carton* donne un exemple des contestations possibles en la matière. Dans cette affaire, 6 millions de dollars n'avaient pas été réclamés après la distribution de plus de 200 millions de dollars de règlement aux membres du groupe. Le Tribunal de district avait ordonné qu'une partie des fonds soit utilisée pour établir une Fondation de recherche et développement antitrust. La United States Court of Appeals for Seventh circuit a rejeté cette solution, considérant qu'elle serait inefficace au regard du grand nombre d'institutions déjà en charge d'une telle mission. Les parties ont finalement transigé et décidé de distribuer la moitié des fonds restants d'une part à tous les membres de la classe préalablement payés, et l'autre moitié à des facultés de droit de Chicago pour financer des projets de recherche ou pour aider les élèves nécessiteux. Suite au recours du gouvernement, la Cour eu l'occasion de confirmer sa position et de confier au Tribunal de district le pouvoir d'arbitrer sur l'allocation des fonds reliquataires. Plus d'une dizaine d'organisations caritatives et d'intérêt public déposèrent des demandes d'attribution des fonds sous forme de subvention. Après un examen de ces demandes, le Tribunal ordonna que la totalité de fonds reliquataires soit versée à l'association nationale des marchés publics afin de financer un programme de bourses nationales afin de donner aux jeunes juristes la possibilité de travailler au sein d'organismes d'intérêt public et fournir des services juridiques aux pauvres.⁷⁵ La doctrine *Cy près* permet aussi une autre forme de réparation par équivalent, plus avantageuse pour le défendeur, celui-ci pouvant substituer à l'indemnisation une action caritative, ainsi la distribution de repas à des associations par une firme alimentaire. Le juge nord-américain est circonspect face à ce type de pratiques et exige que le « *Cy près payment* » corresponde à une véritable perte, un véritable effort (*losses*) pour le défendeur⁷⁶. L'affectation des fonds alloués à la réparation par le juge remplit donc une fonction éthique de nature à promouvoir le bien public.⁷⁷ Plusieurs formules sont concevables : l'indemnité reliquataire peut être affectée à des fins d'intérêt général pour le bien être du consommateur (fonds de gestion des actions de groupe)⁷⁸, ou encore, à l'Etat suivant le régime des biens en déshérence⁷⁹. La question du surplus indemnitaires est en tout cas majeur car elle a vocation à se poser quel que soit le mécanisme de réparation individuel ou collectif retenu. Le projet Calais – Auloy avait d'ailleurs envisagé son versement à un Fonds d'aide chargé de rechercher les éventuelles victimes retardataires et de leur verser une quote-part du surplus indemnitaires⁸⁰. Elle soulève aussi la question de l'apparition de tiers au groupement de plaignants et de leur rôle éventuel en matière de réparation mais aussi de financement du procès collectif.

⁷³ Jackson c.Philips, 96 Mass.539 (1867) cité in C. Lacroix, op.cit n°48., p.104.

⁷⁴ (715P.2d 564(Cal.1986) cité in C. Lacroix, Ibid.

⁷⁵ C. Lacroix, op.cit., n°48, p.108.

⁷⁶C. Jones, Theory of Class actions, Irwin Law Incorp., 2003, p.90

⁷⁷ C. Lacroix, op.cit. n°48, p.111.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ L. Boré, Rapport de synthèse in Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Editions Larcier, 2010, p.117

⁸⁰ (Projet Calais – Auloy, article 280), in H. Temple, op.cit. n°47.

18. La crainte des Third – Party Funding. La participation de tiers dans le mécanisme de l'action de groupe paraît incontournable mais suscite des craintes liés à l'instrumentalisation à des fins spéculatives du procès. Ces inquiétudes s'expriment particulièrement en ce qui concerne le financement des recours. Né en Australie dans les années 1990, le mécanisme de financement de procès par des tiers à l'action s'est développé depuis ces dernières années aux Etats Unis, au Royaume Uni mais aussi dans certains pays de droit romano – germanique (Allemagne, Autriche, Suisse), où les sociétés de financement de procès (SFP) sont cotés en bourse pour la plupart⁸¹. Leur intervention se manifeste principalement en matière de financement de l'arbitrage international. Les contrats de financement qu'elles proposent, prévoit leur rémunération par le versement d'un pourcentage de la condamnation obtenue ainsi que le remboursement des sommes avancées. Le contrat n'emporte normalement aucune transmission de l'action en justice. Le code de conduite de l'association of Litigations funders of England and Wales interdit expressément toute cession du contrôle de l'action en justice au financeur⁸². La société de financement de procès ne doit pas chercher à influencer l'avocat sur la conduite du procès. Leur expertise est reconnue en matière de recouvrement de créances et notamment en phase d'exécution des condamnations à réparation souvent difficiles à mettre en œuvre pour les avocats. Elles sont alors considérées comme plus efficaces et mettent en œuvre de manière indépendante leurs propres stratégies de recouvrement⁸³. L'examen des contributions des associations à la consultation de la Commission européenne relative aux recours collectifs montre bien l'importance de la question du financement des actions de groupe quel que soit le secteur concerné. Ainsi, l'association France Nature environnement, indique « *pour le financement de l'action (notamment l'avancement des frais de procédure), il est nécessaire de rendre possible l'assurance juridique du recours collectif (elle est actuellement possible en France uniquement pour les professionnels du droit, pas pour les associations mandatées)*⁸⁴ ». L'association pour la défense des actionnaires minoritaires (ADAM) fait elle aussi état des difficultés des organismes de représentation des épargnants/investisseurs en matière de financement. Elle évoque la possibilité de financer les frais de procédure et d'avocats par la création d'un fonds au niveau européen ou national permettant de faire l'avance de ces frais. Ce fonds pourrait être financé par une partie des amendes infligées par les autorités administratives. Le fonds serait remboursé par le défendeur succombant qui serait condamné à supporter les frais de procédure et les honoraires des deux parties. En revanche, l'ADAM exclut tout mécanisme de financement par un tiers privé, « en raison du risque qu'il comporte d'instrumentalisation par la concurrence ». Elle envisage aussi la mise en place d'un mécanisme d'assurance protection juridique dédié⁸⁵. Le financement du recours collectif par un fonds public est retenu par certains Etats comme par exemple au Canada et dans plus particulièrement dans la province du Québec⁸⁶. Le Parlement européen a aussi clairement exprimé ses réticences sur la recherche de mécanismes de financement par les tiers, très peu pratiqués par les Etats membres⁸⁷.

⁸¹M. De Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », Revue des sociétés 2012, p.279.

⁸²Code of conduct for Litigation Funders, Association of litigation funders of England and Wales, nov.2011.

⁸³ De Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », Revue des sociétés 2012, p.279.

⁸⁴Contribution de France Nature Environnement à la consultation de la commission européenne relative aux recours collectifs, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress.

⁸⁵ Consultation sur le recours collectif, réponse de l'ADAM, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress.

⁸⁶P. C. Lafond, « Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité », Colloque Cour de cassation, 2 juin, p.138.

⁸⁷Résolution du Parlement européen 2011/2089(INI) du 2 février 2012, « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif ».

Il semble que ces réticences puissent être vaincues par la recherche de financement auprès de véhicules sociétaires dont l'objet social ne serait pas spéculatif, mais tourné vers la satisfaction d'un intérêt général.

B. L'émergence de l'intérêt social altruiste

19. La mutation de l'intérêt social. A l'aune de la crise économique l'intérêt social est soumis à de nouvelles interprétations entre partisans d'une finalité financière à court terme de la société, et les défenseurs d'une vision à long terme de la politique sociétaire susceptible de prendre en considération des valeurs extra financières⁸⁸. Le développement de la Responsabilité sociétale des entreprises qui impose à tout le moins la communication des sociétés sur leurs engagements environnementaux et sociétaux influence incontestablement le débat relatif au rôle social des entreprises.

20. L'intérêt social altruiste ou le *Benefit corporate*. La prise en compte de l'intérêt d'autrui, s'exprime en droit des affaires au travers de certains types de contrats tels que la, gestion d'affaires, ou encore le Trust. Selon les dispositions de l'article 2011 du Code civil, « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs à un ou plusieurs fiduciaires qui les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Mais au-delà, le constat est celui d'une évolution de la gestion pour autrui vers la prise en compte d'un intérêt général. Ainsi, les liens entre doctrine *Cy-près* et fiducie sont consacrés par le Code civil québécois. L'article 1294 du Code civil québécois dispose, « *lorsqu'une fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossibles ou trop onéreuses la poursuite du but de la fiducie, le tribunal peut à la demande d'un intéressé mettre fin à la fiducie ; il peut aussi dans le cas d'une fiducie d'utilité sociale, lui substituer un but qui se rapproche le plus possible du but original (...)*⁸⁹. Bien plus, la notion d'intérêt général pénètre le contrat de société, en conférant au groupement sociétaire des objectifs altruistes (voir ainsi les modèles belges ou encore britannique de la *Community Interest Company* ou américain de la *Low profit limited liability company*) et la poursuite un but social⁹⁰. Les secteurs concernés sont les suivants : énergie alternative, financement de l'art, services sociaux. Mais, les Etats Unis ont déjà sauté le pas vers une nouvelle forme de gouvernance privilégiant davantage les intérêts des stakeholders sur la recherche des profits. Ainsi, certains Etats comme la Californie le Maryland ou encore l'Etat de New York ont adopté une nouvelle forme juridique, la *Benefit corporation* à mi-chemin entre l'association et la société anonyme, entre la « *for-profit* » et la « *non-profit organization* ». Les statuts visent la poursuite d'un intérêt collectif, sans pour autant exclure la recherche de profits qui peuvent être illimités, ou la conciliation entre bienfaits à la communauté et profits pour les actionnaires⁹¹. L'innovation réside dans le fait que leur objet social a pour finalité une action positive sur le plan environnemental et sociétal. Il s'agit d'offrir un véhicule ad hoc pour ces *for-profit companies* ayant une mission sociale. En effet, les systèmes de certification ont paru du fait du développement de ces entreprises, insuffisants (*B corporation certification*)⁹². Ses opposants ne manqueront pas de souligner le risque de *Benefit washing*.⁹³

⁸⁸ D. Poracchia, D. Martin, « Regard sur l'intérêt social », *Revue des sociétés* 2012, p.475.

⁸⁹ C. Lacroix, *op.cit.*, n°48, p.103

⁹⁰ D. Poracchia, D. Martin, « Regard sur l'intérêt social », *Revue des sociétés* 2012, p.475.

⁹¹ *Op. cit.* n°81.

⁹² Cette forme juridique présente 3 caractéristiques majeures : un objet social résidant dans une action positive en matière sociétale et environnementale (a corporate purpose to create a material positive impact on society and the environment ; 2) expanded fiduciary duties of directors which require consideration of non-financial interests ; and 3) an obligation to report on its overall social and environmental performance as assessed against a comprehensive, credible, independent and

21. L'intérêt altruiste au service du bien-être du consommateur. L'action en justice pour autrui n'est-elle pas le carrefour de rencontre entre de nouvelles techniques sociétaires et une nouvelle approche de la responsabilité des entreprises ? Dans sa dimension d'intérêt public, n'est-elle pas de nature à assurer la défense de certaines valeurs de bien-être, de sécurité voire de bonheur qui émergent en économie et en droit international. Ainsi l'assemblée générale de l'ONU a adopté le 19 juillet 2011, une résolution sur le bonheur comme une approche globale du développement pour saluer la démarche du Bouthan (pays de l'Asie du Sud Est, proche de la Chine et du Bangladesh), ardent défenseur du Bonheur national brut. L'indice repose sur les 4 principes fondamentaux auxquels le Bouthan attache une part égale : la croissance et le développement économique, la conservation et la promotion de la culture, la sauvegarde de l'environnement et l'utilisation durable des ressources, la bonne gouvernance responsable⁹⁴. Instrument de vérité, l'action de groupe assurerait l'effectivité du droit, garant du bien-être au profit de tous et facteur de responsabilisation et de redistribution du profit illicite⁹⁵. Les class actions sont d'ores et déjà perçues comme un outil émergent de responsabilisation notamment des entreprises multinationales comme le révèle l'action récente de plusieurs milliers de mineurs d'ord sud-africain atteints de silicose⁹⁶. L'action de groupe apparaît ainsi comme instrument innovant de développement du marché notamment européen orienté vers « le bien-être général »⁹⁷.

transparent third-party standard W. H. Clark, Jr., Drinker Biddle & Reath LLP ; Larry v ranka ,(principal Authors) *White paper, The need and rationale for the benefit corporation*, January , 2012.

⁹³D. Arrivet, « B Corp, un plan B venu d'Amérique », Le Point 18 octobre 2012, p.34. Le terme de benefit renvoie à la notion de bienfait.

⁹⁴<http://www.un.org>.

⁹⁵ L. Boré, Rapport de synthèse in Actes du Colloque du 2 octobre 2009, Lille 2, sous la direction d'A. Legendre, Editions Larcier, 2010, p.117.

⁹⁶ T. Lescuyer, « Afrique du sud : l'industrie de l'or menacée par une class action historique », <http://www.novethic>, 2 avr.2012.

⁹⁷ C. Prieto, « Recours collectifs : une quête d'harmonisation ... au sein de la Commission européenne », Revue Trimestrielle de droit européen 2011, p.1.