

Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés : Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

403^e année - 25 MARS 2014 - N° 60 - 10 euros

**Numéro
SPÉCIAL**

lextenso éditions

Class actions : la France comble enfin son retard

**Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014
relative à la consommation**

Sous la direction scientifique de M^e Ozan Akyurek,
associé du cabinet Jones Day

**JONES
DAY**

One Firm WorldwideSM

www.petites-affiches.com

**ÉDITION
QUOTIDIENNE
DES JOURNAUX
JUDICIAIRES
ASSOCIÉS**

Petites  affiches

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique

12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50

LA LOI
ARCHIVES COMMERCIALES

33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

Directeur de la publication :

Bruno Vergé

Rédactrice en chef :

Emmanuelle Filiberti

Responsables de rédaction :

Valérie Boccara et Céline Slobodansky

Comité de rédaction :

Pierre Bézard, président honoraire
de la chambre commerciale de la Cour
de cassation

Jean-Pierre Camby, professeur associé
à l'université de Versailles
Saint-Quentin-en-Yvelines

Jean-Marie Coulon, premier président
honoraire de la Cour d'appel de Paris

Alain Couret, professeur à l'Université
Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Michel Grimaldi, professeur à
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Jean-François Guillemin, secrétaire
général, groupe Bouygues

Paul Le Cannu, professeur à
l'Université Paris I (Panthéon-
Sorbonne)

Jacques Massip, conseiller doyen
honoraire à la Cour de cassation

Denis Mazeaud, professeur à
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Nicolas Molfessis, professeur à
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Jacqueline Morand-Deville,
professeur à l'Université Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

Bernard Reynis, président honoraire
du Conseil supérieur du notariat
de Paris

Alain Sauret, avocat conseil en droit social,
associé Capstan LMS

Rédaction :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué

92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 51

Fax : 01 41 08 16 05

E-mail : redaction@lextenso-editions.fr

Merci de nous envoyer vos articles à :

redaction@lextenso-editions.fr

Abonnements :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué

92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 40

Fax : 01 41 09 92 10

E-mail : abonnementpa@lextenso-editions.fr

Rédaction (p. 1 à 24)

Publicité légale : Annonces pour les
départements 75, 92, 93, 94 (p. 25 à 52)

A B O N N E M E N T S

1 an France (TTC)

Journal seul 110 €

Journal + Lextenso focus 235,79 €

1 an Étranger (HT)

UE 295 €

Hors UE 595 €

Pour tarifs particuliers

(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : Agences Louisiane et Samarcande

Class actions : la France comble enfin son retard

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

Sous la direction scientifique de M^e Ozan Akyurek,
associé du cabinet Jones Day

SOMMAIRE

Ozan AKYUREK	3
La class action enfin adoptée !	
Ozan AKYUREK et Aurélien ZILBERMAN	5
L'action collective à la française : comment s'y préparer ?	
Marie-Laure CARTIER-MARRAUD	9
Class action : l'exemple du Brésil	
Anne-Laure VINCENT et Hortense de ROUX	14
Les actions de groupe, une réforme nécessaire au regard des lacunes des procédures alternatives prévues par le droit français	
Claire HABIBI et Cyril PHILIBERT	18
L'intérêt des class actions dans le traitement judiciaire des dommages de masse	
Ozan AKYUREK et Clémence de PERTHUIS	21
L'action collective à la française : étude de droit comparé entre le droit français et le droit américain	

LA CLASS ACTION ENFIN ADOPTÉE !

L'introduction d'une *class action* « à la française » intervient dans un contexte favorable à son adoption : un besoin croissant de pallier l'insuffisance du droit français dans la réparation des dommages de masse. L'influence européenne, relayant la question depuis bien longtemps discutée en droit français sur l'intérêt d'instaurer une action de groupe calquée sur la *class action* américaine, a été importante en ce sens.

Le texte définitif du projet de loi relatif à la consommation a donc été adopté le 13 février 2014 et publié au Journal officiel le 18 mars 2014. Il introduit en France une action de groupe portant sur « la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ; 1) à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ; 2) ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles ».

On peut déjà trouver en droit français plusieurs alternatives à la *class action* : l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs, l'action en représentation conjointe ainsi que des recours collectifs spécifiques. Ces actions se sont avérées insuffisantes, au regard des contraintes associées à la mise en place de chacune d'entre elles, pour réparer efficacement les préjudices subis par les consommateurs. La principale caractéristique de ces recours est qu'ils sont mis en œuvre par des associations de consommateurs agréées par l'État. Cette caractéristique a d'ailleurs été maintenue pour l'action de groupe qui voit actuellement le jour en France, ce qui constitue une différence importante avec la *class action* américaine qui est mise en œuvre par les cabinets d'avocats.

Tous ces recours n'ont pas eu pour conséquence d'instaurer une véritable *class action* au sein du système juridique français, marginalisant de fait, le droit des consommateurs d'ester collectivement en justice. La loi du 13 février 2014 a donc pour objectif de briser cet isolement des consommateurs dans la réparation collective de leurs dommages et de créer un mécanisme efficace d'indemnisation. Cette loi vise également à rationaliser le traitement judiciaire des dommages de masse en concentrant devant une seule et même juridiction un ensemble d'actions individuelles intentées à l'égard du même professionnel et en réparation d'un même type de préjudice.

L'introduction de la *class action* en droit français, bien que limitée aux préjudices causés en droit de la concurrence et de la consommation, devrait atténuer la délocalisation de ces contentieux collectifs à l'étranger sans y mettre fin, dans la mesure où le droit français ne prévoit toujours pas les dommages punitifs (« *punitive damages* »). En effet, le dispositif mis en place par la loi, s'inscrit dans la seule logique de réparation des dommages subis par les

consommateurs, et non de punition des entreprises, caractéristique pourtant prédominante de la procédure américaine de *class action*.

Le modèle libéral de recours collectif tel qu'il est en vigueur aux États-Unis s'est exporté en Europe et notamment en France, en s'adaptant aux exigences procédurales locales, celles-ci même qui avaient rendu longue et difficile l'introduction d'un tel recours en France. La principale différence entre les systèmes américain et français de *class action* repose notamment sur le mécanisme d'identification des membres du groupe. La France, comme la plupart des pays européens, à l'exception des Pays-Bas et du Portugal, a recours au système d'*opt in* qui permet de limiter la décision d'indemnisation aux seules personnes ayant adhéré au groupe.

Le législateur français a donc créé une action de groupe « sur-mesure », adaptée à ses propres règles procédurales et dont l'efficacité devrait pouvoir être constatée dans les années à venir. La *class action* américaine étant intransposable en tant que telle en droit français, c'est un recours collectif moins « libéral » qui a été transposé en droit interne, dans la mesure où seules les associations de consommateurs agréées par l'État pourront mettre en œuvre l'action de groupe.

De cette façon, le législateur a voulu éviter une forme de « judiciarisation » de la société à travers les dérives liées à l'exercice abusif de ce recours collectif. En éliminant cette asymétrie de droits et de moyens entre les auteurs et les victimes de dommages collectifs, le législateur français pourrait permettre une amélioration des rapports entre consommateurs et entreprises.

Les entreprises vont donc devoir tenir compte des risques auxquels l'introduction d'un recours collectif en France les expose afin de s'y préparer. En effet, au regard de l'impact de la procédure de *class action* sur l'activité des entreprises aux États-Unis et dans les pays où ce recours collectif est mis en œuvre, il serait bon que les entreprises situées en France puissent anticiper les risques inhérents à l'ouverture d'une action de groupe à leur encontre.

Ainsi, en renforçant les droits collectifs des consommateurs, cette loi vise à introduire un système efficace d'action de groupe en France. Cette *class action* « à la française » pourrait, au-delà de la logique d'indemnisation de ces derniers, avoir une finalité économique et sociale : le rééquilibrage des liens entre le consommateur et l'entreprise.

Ozan AKYUREK
Associé Jones Day

Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu

Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique

Le professeur Paul Le Cannu est incontestablement aujourd'hui l'un des auteurs majeurs du droit des affaires. Ce qui frappe dans sa production doctrinale, c'est d'abord la profondeur des perspectives ouvertes par un auteur qui, s'il s'est imposé comme l'un des grands noms de la doctrine en droit des sociétés, a aussi embrassé d'autres matières. Ce fut d'abord le droit des entreprises en difficulté, abordé dès 1988 à travers le prisme de la prévention à une époque où personne n'accordait encore aux dispositifs de traitement amiable des difficultés des entreprises la place qu'ils occupent aujourd'hui. Sa contribution la plus notable à cette matière sera toutefois celle qui le conduira à reprendre la rédaction du *Précis Dalloz* de Michel Jeantin, totalement réécrit au fil des rééditions pour devenir un ouvrage majeur de la doctrine faillitiste. Ce fut également l'étude du droit bancaire, vu sous l'angle des instruments de paiement et de crédit et de la titrisation, matière abordée à nouveau à l'occasion de la reprise du *Précis Dalloz*.

Mais, c'est bien en droit des sociétés que Paul Le Cannu a livré une œuvre doctrinale d'une ampleur exceptionnelle qui le place parmi les plus grands. La variété et l'ampleur de sa production éditoriale en offrent un éclatant témoignage. Qui connaît le nombre de notes et d'articles qu'il a fait paraître au *Bulletin Joly Sociétés* ou à la *Revue des sociétés* ? Il est probable que l'intéressé ne le sait pas lui-même mais le résultat est là, imposant, impressionnant, représentant une véritable œuvre doctrinale conçue comme une toile impressionniste où la doctrine se façonne au fil de ces notes parues dans les colonnes des revues spécialisées. Rien de ce qui touche au droit des sociétés, droit financier compris, ne lui est étranger, sa force ayant été d'allier la connaissance savante et académique de la matière à une maîtrise pratique acquise sur la brèche, aux côtés des praticiens. Paul Le Cannu a toujours maintenu un contact permanent avec les acteurs du droit et il a su en tirer les meilleurs avantages pour l'homme de science qu'il est. Au sein de la communauté des juristes, les étudiants ont largement profité des liens ainsi noués avec la pratique, qui rendaient ses cours passionnants car nourris d'une réflexion sans cesse vivifiée par un vécu de la réalité du droit. Tout cela s'incarnera au début des années 2000, dans son magistral ouvrage de *Droit des sociétés*, paru aux éditions Montchrestien-LGDJ. Quel étudiant ayant découvert le droit des sociétés, quel professionnel l'ayant pratiqué, n'a pas rencontré au cours de ses recherches une note signée Paul Le Cannu et qui, à l'École ou au Palais, parmi ceux fréquentant la discipline, n'a pas bénéficié de sa doctrine si sûre et éclairante ? Aussi est-ce en définitive le tribut de leur reconnaissance que les contributeurs et souscripteurs à ces mélanges paient aujourd'hui à cette belle plume par leurs contributions aux Mélanges en son honneur.

Ouvrage réalisé à l'initiative de :

Alain Couret, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Jean-Philippe Dom, Professeur à l'Université de Rouen
Bruno Dondero, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Thierry Granier, Professeur à l'Université Aix-Marseille I
Virginie Larribau-Terneyre, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
François-Xavier Lucas, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Michel Menjuq, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Bernard Saintourens, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV



SOUSCRIPTION MÉLANGES

À retourner à :

Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur
Général Félix Éboué
92 131 ISSY LES
MOULINEAUX CEDEX
Renseignements :
Tél : 01 40 93 40 28
Fax : 01 41 08 14 19

Date limite de souscription au tarif préférentiel de 89 €
3 juin 2014

Date limite de souscription pour figurer sur la liste des souscripteurs (imprimée en fin d'ouvrage)
3 mars 2014

Je commande exemplaire (s) de l'ouvrage **Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu**
prix de souscription : 89 € TTC Franco
isbn : 978-2-275-04336-4

NOM :

PRÉNOM :

SOCIÉTÉ :

ADRESSE :

CODE POSTAL :

VILLE :

Veillez indiquer le titre sous lequel vous souhaitez être mentionné dans la liste des souscripteurs :

.....
.....

Paiement par :

- Chèque à l'ordre de Lextenso éditions
 Carte Visa

Carte n° :

.....

Date d'expiration :

Cryptogramme visuel :

(3 derniers chiffres au dos de la carte)

Titulaire de la carte :

SIGNATURE :

.....

L'ACTION COLLECTIVE À LA FRANÇAISE : COMMENT S'Y PRÉPARER ?

Si les dispositions de la loi introduisant l'action de groupe en France ont fait l'objet de nombreux commentaires, les observateurs peinent cependant à cerner les enjeux pour les entreprises.

S'il est prématuré de s'avancer sur le sujet avec un ton définitif, les entreprises doivent pourtant se préparer dès maintenant à cette nouvelle méthode de traitement des contentieux consommateurs, car l'avènement des *class actions* est indéniablement porteur de risques. Ces risques peuvent notamment être évalués au regard des mécanismes similaires déjà en vigueur dans les systèmes juridiques étrangers. Cette approche de droit comparé, qui doit naturellement être nuancée, nous offre la possibilité d'évaluer les différents impacts que pourrait représenter l'apparition d'une action de groupe sur les entreprises exerçant leurs activités en France.

Le risque économique-financier couvre, par exemple, la multiplicité des contentieux et l'apparition d'une forme de « *judiciarisation* » à l'américaine des rapports économiques. L'une des conséquences directes serait l'augmentation des coûts engendrés par de telles procédures (frais d'avocats, lourdeur de la procédure, indemnisation de masse, publicité de la décision...).

Par ailleurs, et dans une approche plus macroéconomique, il a également été avancé le risque d'une baisse de compétitivité des entreprises françaises. Ainsi, dans le cadre des rapports d'information soumis au Sénat, le Mouvement des entreprises de France (Medef) et l'Association française des entreprises privées (AFEP) ont fait état de leur hostilité de principe à l'action de groupe. La Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME) dénonce la plus grande fragilité des PME et les difficultés qu'elles rencontreraient pour supporter l'impact négatif corrélatif.

Le risque financier devrait également se répercuter lourdement sur le secteur des assurances, obligeant les entreprises à renégocier leurs contrats d'assurance. Des outils ont été mis à la disposition des professionnels pour prévenir d'éventuelles actions de groupe. Il s'agit notamment de vérifier les polices d'assurances et les couvertures en prévision d'une telle procédure.

Enfin, les entreprises doivent également se préparer aux nouveaux risques relatifs à l'image. En effet, l'introduction d'une action collective en réparation d'un préjudice est susceptible d'altérer la confiance des consommateurs et peut également avoir un impact déterminant sur la réputation d'une entreprise.

Dès lors, et sans préjuger de la réalité de l'impact de la loi relative à la consommation, il semble que les entreprises doivent donc anticiper l'introduction d'un tel mécanisme juridique avec la difficulté de ne pas pouvoir encore très bien cerner l'ampleur du phénomène. Selon nous, cette préparation se manifeste à deux stades : d'une part, par le biais de rapprochements avec les associations de

défense des consommateurs et les compagnies d'assurance, acteurs essentiels de cette nouvelle procédure situés aux deux extrémités de la chaîne (I) et, d'autre part, par la mise en place de pratiques internes visant à réduire les risques d'exposition (II).

I. Un rapprochement indispensable avec les acteurs importants des actions de groupe

L'apparition des actions de groupe en droit français nécessite de la part des entreprises une attention particulière eu égard aux deux maillons essentiels de l'action de groupe : la renégociation de la police d'assurance est évidemment un enjeu majeur (A), tout autant que le rapprochement avec les associations de défense des consommateurs (B).

A. La renégociation de la police d'assurance

L'une des problématiques principales de la mise en place des actions de groupe en droit français relève très certainement de l'intégration de ce nouveau risque par les compagnies d'assurance lors de la négociation des nouvelles polices d'assurance. Or il est pour l'heure quasi impossible d'anticiper l'importance que revêtiront les actions de groupe à l'avenir sur ce point.

Cependant, il ne fait aucun doute que l'exclusion des célèbres *punitive damages* comme aux États-Unis devrait apaiser les craintes de nombreux assureurs, très certainement ravis de conserver un régime d'indemnisation classique, basé sur la réparation d'un préjudice certain, direct et déterminé, sans perte, ni profit. Peut-être n'est-il pas inutile de rappeler que les assurances américaines payent, en moyenne, quinze millions de dollars par transaction. Un monde séparera ces deux types d'action...

Nul doute également que la version édulcorée du projet de loi définitif, désignant peu d'associations de consommateurs agréées représentatives au niveau national, assumant la lourdeur processuelle de la procédure en question et excluant les dommages moraux, corporels ou environnementaux (1), devrait plaider en faveur d'une augmentation raisonnable des primes d'assurance.

Rien n'est moins sûr pour autant, et il y a fort à parier que la mise en place des actions de groupe en droit français impactera fortement le marché des assurances. La Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) (2) a estimé que l'introduction de l'action de groupe mènerait à l'augmentation substantielle du montant des primes d'assurance de responsabilité civile et professionnelle des entreprises, qui s'imputerait *in fine* sur les coûts facturés aux consommateurs.

Selon les hypothèses retenues par la FFSA (3), le nouveau projet de loi pourrait représenter 500 à 600 millions d'euros annuels de charges supplémentaires de sinistre, pour un marché français de la responsabilité civile des entreprises qui représente 2,3 milliards d'euros à ce jour (4) !

(1) Dans l'attente de l'analyse et du vote au Parlement de la proposition de loi du 14 janvier 2014, visant à instaurer une action de groupe étendue aux questions environnementales et de santé.

(2) http://www.insuranceurope.eu/uploads/Modules/Publications/1252945586_11-class-actions-rastoul.pdf.

(3) L'estimation de la FFSA repose notamment sur les hypothèses suivantes : 30 à 40 actions par an, plafond de litige de 4 000 €, développement des garanties en responsabilité civile des professionnels, tous les secteurs concernés y compris les services publics.

(4) Hors profession de santé et professions réglementées pour lesquelles il existe des dispositifs spécifiques de responsabilité civile.

La négociation des polices d'assurance par les entreprises et l'intégration de ce risque nouveau sera donc un point crucial en vue de la préparation des professionnels aux *class actions*. À cet égard, les modalités de la couverture feront très certainement l'objet de discussions importantes lors de la rédaction de nouveaux contrats : l'encadrement de la couverture selon certaines conditions, tel un nombre déterminé de consommateurs regroupés derrière l'association représentative, limitation de la responsabilité de l'assureur en cas d'atteinte trop importante aux règles générales relatives à la sécurité des produits, pouvoir décisionnaire de l'assureur quant au choix de l'avocat en charge de la défense des intérêts du professionnel lors de la procédure, etc.

Les entreprises devront veiller à cet égard à conserver un équilibre entre le montant des primes et la réalité des risques couverts.

B. Le rapprochement de l'entreprise auprès des associations agréées

Un autre enjeu sera le développement d'une étroite collaboration avec les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national.

En effet, une fois la procédure engagée par l'association de consommateurs, l'entreprise sera dans l'impossibilité de connaître le nombre de consommateurs intégrant l'action de groupe avant leur « *opt in* » et pourra d'autant plus difficilement évaluer le préjudice auquel elle est exposée.

De plus, les entreprises devront également anticiper le risque d'une multiplication des actions de groupe. Pour gérer ce risque, elles seront sujettes à passer d'importantes provisions, au détriment de leurs dépenses d'investissement. Il en résulte un danger permanent se manifestant par une pression continue exercée sur les entreprises. Aux États-Unis, les cabinets d'avocats ont même été jusqu'à se spécialiser dans le ciblage des sociétés dites « *deep pocket* », c'est-à-dire des sociétés ayant les moyens de financer des procédures juridiques lourdes.

À cette « *judiciarisation* » des rapports économiques, les milieux professionnels expriment leur préférence pour des modes de règlements amiables, qui exposent moins l'entreprise. En réalité, cette pratique des actions de groupe donnerait souvent lieu à une forme de « *chantage judiciaire* » exercée à l'encontre des entreprises. Cette menace du procès orchestrée sous la pression médiatique des associations de consommateurs ou des avocats, contraindrait le plus souvent les entreprises à transiger, sans que nécessairement leur responsabilité soit fondée ou même au final établie.

Ainsi, aux États-Unis, 95 % des *class actions* se concluent par une transaction. Pour Joëlle Simon (5), cette procédure ne constitue pas un progrès du droit mais un dévoiement de l'action en justice. Un moyen de pression voire de chantage sur l'entreprise (6).

Les entreprises doivent ainsi d'ores et déjà développer une gestion des risques qui suppose l'intégration d'un tel recours en droit français. Elles peuvent notamment chercher à développer des partenariats avec les associations de défense des consommateurs et impliquer le consommateur dans la politique commerciale de l'entreprise à travers des enquêtes qui pourraient permettre l'identification des principaux préjudices.

À ce titre, les entreprises doivent se focaliser sur la possibilité d'orienter le consommateur vers un mode alternatif de règlement des conflits et ce, dès l'échange des consentements. Il en va notamment ainsi des secteurs à risque, hautement exposés à des recours en masse en raison de la dangerosité des produits vendus (par exemple, les industriels de l'automobile, de l'électroménager), de la propension de ces produits à contenir des défauts de fabrication (comme les industriels de la téléphonie mobile) ou encore en raison d'un aléa spécifique au type de service vendu susceptible d'entraîner des conséquences néfastes d'importance pour les consommateurs (on peut ici penser aux services financiers).

Il serait dès lors particulièrement opportun pour ces entreprises d'entreprendre une refonte de leurs conditions générales de vente, afin d'y insérer par exemple une clause de conciliation, conditionnant l'adhésion du consommateur à une action de groupe par son engagement à suivre une procédure de médiation, au cours de laquelle l'entreprise aurait l'occasion d'offrir au consommateur une juste indemnisation.

Naturellement, un tel mécanisme n'est pas sans poser de nombreuses questions pratiques, eu égard aux modalités encadrant cette procédure de conciliation, qui devra présenter des gages de célérité et d'efficacité, afin d'éviter que ce genre de clause ne soit considéré comme un simple moyen de temporiser, et de juguler les flux de revendications.

La procédure devra ainsi être clairement définie, et prévoir les conditions dans lesquelles le consommateur pourra décider d'y mettre fin pour se tourner vers le terrain judiciaire. À terme, il n'est très certainement pas exclu que les entreprises de taille importante nomment des conciliateurs internes pour répondre à ce type de sollicitations, et étouffer dans l'œuf les litiges de masse.

Tout cela nécessite avant tout la mise en place de procédés internes.

II. La mise en place de pratiques internes

A. Le plus grand risque des actions de groupe est le risque réputationnel

Le risque de réputation occupe désormais plus d'importance pour les entreprises que les risques réglementaires ou liés au capital humain. Il est donc primordial pour ces dernières de maîtriser leur communication, tant interne qu'externe.

(5) Directrice des affaires juridiques du Mouvement des entreprises de France (Medef).

(6) J. Simon, « L'introduction de la class action ou action de groupe en droit français, une fausse bonne idée », in V. Magnier, « L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ? », coll. Cepsisca, éd. PUF, 2004, p. 111.

Si la crise a révélé les défaillances de l'ensemble des modes de régulation du système bancaire et financier et les faiblesses issues du contrôle interne alors en place, la leçon à tirer en matière de gestion des risques s'applique aujourd'hui aux entreprises de tout secteur, désormais susceptibles d'être mises en lumière par le biais d'une action de groupe de grande ampleur.

Suivant son domaine d'activité, l'entreprise doit porter une attention particulière à la réglementation (européenne et nationale), notamment en termes de sécurité des produits placés sur le marché. À l'aune de la *class action* à la française, l'objectif est ici d'éviter tout risque d'introduction de telles actions en raison de préjudices causés par l'inobservation d'une norme réglementaire ou législative.

On l'a vu, le projet définitif, quelque peu dépouillé des dispositions qui avaient tant inquiété les professionnels (au départ du projet, où il était encore permis d'oser la comparaison avec les *class actions* américaines), n'est pas de nature à faire peur quant aux risques économiques et financiers. On rappellera pour exemple, qu'au sein de l'Union européenne, treize pays ont mis en place les actions de groupe, et l'impact sur la santé financière des entreprises s'est révélé minime puisque aucune faillite n'a été recensée à cause de cela depuis 2008.

En réalité, le principal enjeu serait tout autre. Par son caractère particulièrement médiatique, ce recours porte indéniablement une atteinte à l'image et à la notoriété des sociétés poursuivies, et ceci, même dans le cas où l'action se révèle, *in fine*, infondée. Ce risque est encore plus important en ce qui concerne les sociétés cotées, notamment dans un contexte de forte volatilité des cours de bourse (7).

La réputation peut être définie comme « *l'opinion favorable ou défavorable du public pour quelqu'un ou quelque chose* » (8). Le risque de réputation s'entend ainsi comme le risque d'atteinte à la confiance d'une entreprise, portée par ses clients, fournisseurs, actionnaires, ou autres tiers, dont la confiance est une condition nécessaire à la poursuite de l'activité. En droit français, image et réputation sont des concepts non définis, bien qu'intrinsèquement liés. Il leur est pourtant reconnu une valeur économique.

Cette menace du procès, sous la pression médiatique des associations de consommateurs ou des avocats, contraindrait le plus souvent les entreprises à transiger, sans que nécessairement leur responsabilité soit fondée ou même finalement établie. Mais une transaction, si elle témoigne souvent d'un succès sur le plan judiciaire, n'est nullement de nature à circonscrire une crise d'image.

B. Les outils indispensables à la gestion du risque réputationnel

L'introduction des actions de groupe en France implique donc nécessairement que les entreprises aient une gestion parfaite des outils de communication externe, afin d'endiguer au plus vite une crise

d'image. Cela passe donc par la mise en place d'un dispositif de veille efficace et régulier : le but étant d'améliorer les connaissances des salariés de l'entreprise en matière réglementaire afin de mettre en place des procédures de contrôle de la conformité des normes aux pratiques en vigueur dans l'entreprise. Ces pratiques doivent bien sûr être déclinées au niveau des filiales d'un groupe, dans chaque activité, et chaque département.

À cet égard, et pour sensibiliser tous les niveaux internes à l'entreprise, celle-ci doit se doter d'un ensemble de chartes listant les risques de réputation, et les pratiques à adopter pour s'en prémunir. La réputation est un actif important de l'entreprise, mais son caractère immatériel et diffus la rend extrêmement fragile, car chaque employé, à chaque niveau, peut la mettre à mal. L'image de marque est en effet le vecteur de la communication de l'entreprise, et une atteinte portée par une action de groupe globalement suivie peut suffire à créer un dommage difficilement réparable.

En outre, il est fondamental pour l'entreprise de veiller à protéger la marque et la réputation sur les réseaux sociaux ou autres supports internet, ce qu'on appelle communément la gestion de l'*e-réputation*. La protection digitale de la réputation doit se manifester par une attitude proactive de l'entreprise, passant par un référencement sur internet, un renforcement de la veille portant sur le contrôle des informations circulant à propos de l'entreprise, de son nom, de ses activités, etc.

Une autre mesure essentielle est, enfin, la création en interne de comités ou pôles dédiés aux risques d'une éventuelle action de groupe. L'intérêt est évidemment de rassembler au sein de ces comités les différents départements de l'entreprise susceptibles d'être directement impliqués par une procédure de communication de crise.

Cette appréciation continue du risque réputationnel par le biais de comités *ad hoc* est naturellement à rapprocher de l'enjeu transactionnel décrit plus haut, matérialisé par l'intégration d'une clause de conciliation dans les conditions générales de vente, et la nomination de conciliateurs internes. Ainsi, une communication interne efficace des équipes de gestion des modes alternatifs de règlement des conflits à l'endroit de ces comités de suivi est essentielle et peut rendre nécessaire un ajustement au niveau de la communication externe de l'entreprise.

Ozan AKYUREK

Associé Jones Day

Aurélien ZILBERMAN

Collaborateur Jones Day

[7] V. notamment l'affaire Vivendi ou l'information soudaine établissant la surévaluation des actions s'est couplé en 2002 avec l'annonce de l'ouverture d'une class action entraînant une chute vertigineuse des cours du titre Vivendi dans le courant de l'année 2002.

[8] M. Ratier, *L'image de marque à la frontière de nombreux concepts*, 2005, Cahier de recherche n° 2003-158, juill. 2003.

ABONNEZ-VOUS !

PETITES AFFICHES

OUI, je m'abonne pour l'année 2014

- version papier, 260 NUMÉROS DE LA REVUE
FRANCE 91,67 €HT* (110 €TTC) | UE 295 €HT* | AUTRE 595 €HT*
- version EN LIGNE, un accès illimité pendant un an à tous les articles du journal parus depuis 1993
FRANCE 185 €HT* (222 €TTC) | ÉTRANGER 185 €HT*
- version en ligne + papier
FRANCE 196,19 €HT* (235,79 €TTC) | UE 399 €HT* | AUTRE 699 €HT*
- version papier + cd-rom (l'ensemble du rédactionnel des Petites affiches publié depuis 11 ans)
FRANCE 193,14 €HT* (231,77 €TTC) | UE 395 €HT* | AUTRE 695 €HT*
- version papier + en ligne + cd-rom
FRANCE 280,94 €HT* (337,13 €TTC) | UE 500 €HT* | AUTRE 800 €HT*

* Tarifs 2014

- Je joins mon règlement par chèque à l'ordre de Lextenso éditions. Je réglerai à réception de facture.

DATE : SIGNATURE :

DÉNOMINATION SOCIALE :

NOM : PRÉNOM :

FONCTION :

ADRESSE :

CODE POSTAL : VILLE :

PAYS : n° de TVA intracommunautaire :

TÉL. : FAX :

E-MAIL :

à retourner à Lextenso éditions :
70 rue du Gouverneur Général Éboué 92131 Issy-les-Moulineaux cedex
ou par fax au 01 41 09 92 10
Pour toute information complémentaire, relations clients : 01 40 93 40 40

Petites **a**ffiches

lextenso éditions

Conformément à la loi du 06/07/1978, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Lextenso éditions - S.A. au capital de 713 076 euros - 552 119 435 RCS NANTERRE

Retrouvez les Petites affiches sur



CLASS ACTION : L'EXEMPLE DU BRÉSIL

Alors que la France vient (enfin) d'adopter sa première loi introduisant un recours collectif en droit interne (1), bien connue sous le nom de « *class action* », le Brésil l'a pour sa part, intégrée dans sa législation depuis plus de vingt-cinq ans : c'est l'« *ação coletiva* ».

Comme la France, le Brésil est un pays dit de droit civil dont les lois et les codes sont fortement inspirés de notre droit napoléonien et, antérieurement, des droits romano-germaniques (2). En dépit de cette même tradition civiliste et du fait que la « *class action* » est un pur produit de la « *common law* » anglo-américaine, le Brésil n'a pas vu autant d'obstacles que la France à l'introduction de l'action de groupe dans son système juridique.

Brièvement, on rappellera qu'une action de groupe s'entend d'une action collective introduite par le représentant d'une pluralité de personnes en vue de faire valoir un droit appartenant au groupe représenté et d'obtenir une décision qui aura autorité de chose jugée à l'égard de ses membres.

I. Bref historique de l'« *ação coletiva* » au Brésil

Alors que l'action de groupe anglo-saxonne repose sur des fondements extrêmement anciens d'équité (3), le même concept n'a trouvé d'écho dans les pays de droit civil que relativement récemment : ainsi, au Brésil, les premières réflexions sur le sujet ont démarré à partir des travaux réalisés par la doctrine italienne dans les années 1970 (4). La doctrine brésilienne est rapidement venue enrichir le débat (5) conduisant le Brésil à adopter plusieurs textes fondateurs dans les années 1980. En admettant très tôt qu'une pluralité d'individus peut aussi être titulaire de droits subjectifs, le Brésil a franchi l'obstacle que représente, pour beaucoup de pays de droit civil, la nécessité de faire valoir en justice un droit « subjectif », c'est-à-dire attaché à une seule personne (physique ou morale).

Ainsi, quinze ans après ces premières réflexions et sans doute encouragé par la fin de la dictature militaire (6), le Brésil était doté de plusieurs textes de lois régissant les actions de groupe, tous de na-

ture fédérale, applicables par conséquent dans les vingt-six États brésiliens (7).

L'acceptation effective de l'action de groupe s'est toutefois faite lentement et d'après les spécialistes (8), une génération aura été nécessaire pour que l'action de groupe se trouve véritablement intégrée dans les mentalités des juges et des justiciables brésiliens.

Aujourd'hui, il n'est pas de doute que la « *class action* » connaît un grand succès au Brésil : on dénombre ainsi une quantité importante d'actions de groupe, avec des objets très différents, la loi brésilienne admettant l'action de groupe dans tous les domaines (environnement, consommation, concurrence, fiscalité, etc.) (9). Ces actions sont de surcroît initiées contre des défendeurs eux aussi très divers : municipalités, entreprises publiques ou privées, écoles privées, sociétés d'assurance, etc.

Un exemple récent — médiatisé au-delà des frontières brésiliennes — est celui relatif aux nombreuses actions, pour la plupart collectives, lancées fin 2011 et début 2012, contre des filiales brésiliennes de la société américaine Chevron Corporation après la survenance de deux fuites de pétrole au large des côtes de Rio de Janeiro en novembre 2011 et mars 2012 (10).

L'action de groupe brésilienne ne se trouve pas réglementée dans une seule loi mais par plusieurs textes régissant chacun différents types d'actions :

En 1985, la loi d'action civile publique (« *Lei da Ação Civil Pública* ») (11) a été adoptée afin de protéger l'environnement, le consommateur ainsi que tous les biens de valeur artistique, esthétique, historique et touristique. La portée de cette loi s'est trouvée étendue par la suite (12), devenant ainsi le texte de référence de protection des droits collectifs.

En 1988, la nouvelle Constitution fédérale brésilienne a érigé au rang constitutionnel une protection des droits substantiels et procéduraux sous la forme d'une action collective en garantie d'un

(1) La loi Consommation (n° 1015) qui prévoit des actions de groupe dans le domaine du droit de la consommation a été définitivement adoptée par le Parlement le 13 février 2014. Une autre proposition de loi en date du 14 janvier 2014 et enregistrée sous le numéro 1692 vise à étendre aux questions environnementales et de santé, la loi précitée.

(2) Il n'est rien d'étonnant à cela, le Brésil étant demeuré une colonie portugaise jusqu'en 1822.

(3) « Bills in equity ».

(4) Pour la doctrine italienne, les auteurs les plus influents sont : Mauro Cappelletti, Michele Taruffo et Vincenzo Vigoriti.

(5) J. Carlos Barbosa Moreira, *A Ação Popular de Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos*, *Temas de direito Processual, Terceira Serie* (1977) ; A. Pellegrini Grinover, *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, 14 *Revista dos Tribunais* 25 (1979) ; W. Mariz Oliveira Junior, *Tutelar Jurisdicional dos Interesses Coletivos*, 2 *Estudos sobre o Amanha* (1978).

(6) On rappellera que la dictature militaire a pris fin en 1985 et que la dernière constitution, toujours en vigueur, a été adoptée en 1988.

(7) À la différence des textes américains pour partie adoptés au niveau des États et donc susceptibles de varier d'un État à l'autre.

(8) A. Gidi, *Class action in Brazil : a model for civil law countries* : 51 *AM. J.COMP.L.* 11 (2003).

(9) Publicité trompeuse, pollution, produits défectueux, défaut d'information, clauses abusives dans les contrats d'adhésion, augmentations illégales de tarifs des transports, etc.

(10) Dans cette affaire, outre les actions pénales, le ministère public brésilien a initié deux actions de groupe à l'encontre des sociétés Chevron Brasil, Chevron Latin America marketing LLC et Transocean Brasil Ltda afin d'obtenir la cessation des forages en haute mer, une indemnisation à hauteur de 20 millions de Reais brésiliens (dans chaque instance). Parallèlement, l'État de Rio de Janeiro, des associations de pêcheurs, de travailleurs de l'industrie pétrolière ont eux aussi diligenté des actions collectives.

(11) L. 24 juill. 1985.

(12) L. n° 8078/90.

droit (« *mandaço de segurança coletivo* »), permettant de lutter notamment contre les abus des pouvoirs publics (13).

La Constitution définit par ailleurs plusieurs actions de nature collective permettant d'assurer la constitutionnalité des lois (v. *infra*, 3) (14).

Enfin et surtout, le Brésil a mis en place en 1990, le Code de défense du consommateur (« *Código de Proteção e Defesa do Consumidor* ») (15) : celui-ci prévoit plusieurs actions de groupe pour les droits collectifs dits homogènes (v. *infra*, 3 sur cette notion).

En pratique, ce sont la loi d'action civile publique de 1985 précitée et les règles du Code de défense du consommateur qui, par leur jeu combiné, régissent la plupart des actions de groupe : ces deux textes forment en quelque sorte le code brésilien des actions de groupe (16).

II. Quelques spécificités de l'action de groupe brésilienne par rapport à la « *class action* » américaine

La législation brésilienne relative aux « *class actions* » est unique : en particulier, la loi brésilienne présente l'avantage de couvrir toutes les typologies d'actions de groupe en définissant précisément les différents droits susceptibles de donner lieu à une action de groupe (v. *infra*, 3) (17).

Le droit brésilien de la « *class action* » se différencie à plusieurs égards nettement de son pendant américain : il est, à ce titre, la preuve qu'il est possible d'adopter la « *class action* » sans importer nécessairement le contentieux « à l'américaine » et ses travers (« *pre-trial discovery* », frais d'avocats démesurés, « *punitive damages* », etc.).

De telles différences s'expliquent facilement : les spécificités du Brésil dans les domaines sociaux, culturels et économiques ont largement influé sur la définition des « *class actions* » lors de leur adoption. En effet, à l'exception de leur dimension continentale (18) et de l'immense puissance agricole qu'ils représentent, les États-Unis et le Brésil n'ont pas grand-chose en commun : une population brésilienne moins importante (19), une maîtrise très différente de leur territoire, un rayonnement moindre des mégapoles du Brésil, des

grandes entreprises brésiennes moins nombreuses, une société encore fortement inégalitaire au Brésil en dépit de l'extension de la classe moyenne (20), un niveau d'éducation et de développement économique éloignés (21), etc. En bref, autant de différences qui expliquent que le Brésil ne pouvait pas importer telle quelle la « *class action* » américaine.

À cela, s'ajoutent les caractéristiques de la procédure civile brésilienne, formaliste et codifiée, laissant peu de place à la liberté des parties et à l'intervention du juge, qui excluaient tout « copié-collé » des règles américaines.

C'est pourquoi, l'action de groupe au Brésil ne coûte en pratique pas beaucoup plus cher qu'une action introduite individuellement ; elle n'est pas non plus beaucoup plus compliquée dans sa mise en œuvre qu'une procédure « classique » individuelle ; enfin, les risques de condamnation encourus par les défendeurs restent raisonnables, ou à tout le moins prévisibles, puisqu'ils sont proportionnels au dommage souffert par chacune des victimes, multiplié par le nombre de plaignants.

Par ailleurs, tandis qu'aux États-Unis, le droit d'initier une « *class action* » appartient à toute personne physique (22), le droit brésilien définit limitativement les organes et personnes morales juridiquement habilités à introduire une action de groupe et à le représenter ensuite en justice. Les personnes physiques n'y sont pas autorisées.

Enfin, la décision rendue dans la « *class action* » américaine affectera tous les membres du groupe, qu'elle leur soit favorable ou non, et qu'ils y aient volontairement participé ou non, sauf pour celui qui aura expressément demandé son exclusion (« *opt out* ») tandis qu'au Brésil, la décision rendue qui serait défavorable au groupe, ne pourra pas préjudicier à celui qui n'a pas entendu participer à l'action collective : il lui sera possible d'intenter à nouveau personnellement une action sur le même fondement.

En dépit de toutes ces différences de forme, l'action de groupe telle qu'elle est définie au Brésil reste néanmoins proche sur le fond de la « *class action* » des États-Unis.

[13] Article 5 - LXIX : « *conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por « habeas-corpus » ou « habeas-data », quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público ;*

LXX - *o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por :*

a) *partido político com representação no Congresso Nacional ;*

b) *organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados ».*

[14] Art. 102 et 103 de la Constitution de 1988.

[15] L. n° 8078 de 11 de setembro de 1990.

[16] A. Gidi, *Class action in Brazil : a model for civil law countries* : 51 AM. J.COMP.L.11 (2003).

[17] Ce qui n'est pas le cas de la loi française qui vient d'être adoptée.

[18] 8,5 millions de km² pour les États-Unis et un peu plus de 9 millions de km² pour le Brésil.

[19] 200 millions d'habitants contre 317 millions aux États-Unis.

[20] Dite classe C.

[21] Une super puissance pour l'un, un pays encore émergent pour l'autre...

[22] Sa possibilité de représenter valablement le groupe sera contrôlée a posteriori.

III. Quelques mots sur les différentes actions de groupe au Brésil, leurs régime et spécificités

Le droit brésilien définit trois types de droits susceptibles de donner lieu à des actions de groupe. L'article 81 du Code de défense du consommateur distingue ainsi (23) :

— Les droits dits « diffus » (« *interesses ou direitos difusos* »), dont les titulaires sont un nombre indéterminé de personnes liées entre elles par des circonstances factuelles identiques (telles que les habitants d'une même ville, les riverains d'un même fleuve). Le groupe est préalablement non identifié et son intérêt indivisible se confond en pratique avec celui de la société au sens large. À ce titre, les titulaires de droits diffus pourront faire valoir leur droit à un environnement sain, à des publicités loyales, à des notices de médicaments exhaustives sur les risques encourus, etc. Le fait qu'un droit soit de nature diffuse n'empêche pas que les membres du groupe ayant souffert un préjudice personnel puissent parallèlement introduire une action individuelle : ce serait par exemple le cas d'une personne qui subirait un dommage direct du fait de la pollution d'une rivière.

— Les droits dits « collectifs » (« *interesses ou direitos coletivos* ») : également indivisibles, ils sont détenus par « un groupe, une catégorie ou une classe de personnes liées entre elles ou contre la partie adverse par une relation juridique de base » (24). Le groupe est là encore non identifié mais ses membres sont reliés entre eux par un lien juridique commun (par exemple, les signataires du même contrat d'adhésion, les titulaires de la même carte de crédit, les actionnaires d'une société, les copropriétaires d'un immeuble, etc.).

— Enfin, les droits dits « individuels homogènes » (« *interesses ou direitos individuais homogêneos* ») sont définis par la loi comme « étant ceux d'origine commune ». Il s'agit de droits divisibles, apparus à l'occasion d'un même événement ou facteur déclenchant et dont les titulaires sont certains, tels que les victimes d'un médicament ou d'un accident d'avion (25).

Il existe deux principaux types d'actions de groupe au Brésil, celles tendant tout d'abord au contrôle de la constitutionnalité des lois

brésiliennes, celles ensuite visant à sauvegarder collectivement des droits subjectifs.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes normatifs au Brésil est confié aux tribunaux étatiques et peut être exercé de deux manières : (i) par voie incidente (26) ou (ii) par voie principale. Le contrôle par voie principale qui est une action de groupe, consiste en la possibilité d'intenter une action devant la Cour suprême brésilienne (27) afin de discuter en dehors d'une instance concrète de la constitutionnalité d'une loi. La décision adoptée dans cette hypothèse de contrôle par voie directe est obligatoire et produit des effets à l'égard de tous (*erga omnes*) (28).

Le mécanisme de contrôle de la constitutionnalité par action directe ne peut être déclenché que par un nombre limité de personnes (29), la plupart étant des personnes morales de droit public. Parmi celles-ci, figurent également les confédérations syndicales et les entités bénéficiant d'une représentativité nationale.

La principale action pour assurer la sauvegarde collective de droits subjectifs est celle offerte par la loi précitée d'action civile publique (la loi n° 7347/85 complétée par la loi n° 8078/90 figurant dans le Code de défense du consommateur). L'action civile publique, dont les contours ont été affinés par la jurisprudence est fréquemment utilisée et dans de nombreux domaines, tels que l'environnement, le droit de la consommation, la protection du patrimoine public et des biens de valeur artistique, esthétique, historique, touristique et naturel, la conduite et la moralité de l'Administration.

La possibilité d'introduire une action civile publique est conférée à un nombre limitatif de personnes, à savoir seulement quelques personnes morales de droit public ou encore des organes publics dotés d'autonomie, c'est-à-dire : (i) le ministère public, (ii) les associations constituées depuis plus d'un an dont l'objet social est cohérent avec le droit dont la protection est demandée et (iii) les entités et organes de l'administration publique incluant l'Union fédérale, les États et les municipalités (30).

[23] Article 81 : « *Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de :*

I. interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato ;

II. interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base ;

III. interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum ».

[24] Article 81, op. cit.

[25] Cette dernière catégorie est identique à celle des titulaires de la « class action for damages » du droit américain.

[26] Dans cette hypothèse, un juge ou tribunal peut, face à un cas concret, décider de ne pas appliquer une loi s'il la considère inconstitutionnelle.

[27] Le STJ (Supremo Tribunal Federal).

[28] Article 102 de la Constitution.

[29] Le président de la République, le Sénat fédéral, la chambre des députés, l'Assemblée législative fédérale, les gouverneurs, etc.

[30] Article 82 : « *Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente :*

I. o Ministério Público ;

II. a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal ;

III. as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código ;

IV. as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear ».

En pratique, le ministère public est l'organe qui déclenche le plus grand nombre d'actions de groupe. Le ministère public est en tout état de cause toujours informé de la mise en œuvre de ce type d'actions et pourra toujours y participer en tant que « superviseur » afin de garantir que les intérêts des « absents » représentés sont respectés.

Dans l'affaire *Chevron* évoquée plus haut, le ministère public a initié deux actions civiles collectives relativement à chacune des fuites de pétrole intervenues en mer afin d'obtenir l'interdiction de poursuivre les forages et la réparation des dommages environnementaux (31). En sus de ces actions, l'Agence nationale du pétrole (« ANP »), l'Agence nationale pour l'environnement (« Ibama »), l'État de Rio de Janeiro ainsi que des associations de pêcheurs et de travailleurs dans l'industrie du pétrole ont également lancé des poursuites à caractère collectif à l'encontre de la société Chevron.

Il est à noter également que la loi d'action civile publique a mis en place, sous les auspices du ministère de la Justice, un fonds spécial de protection des droits diffus, permettant de consigner le montant des amendes ou des condamnations prononcées et de s'assurer ainsi de la bonne utilisation des fonds pour réparer le dommage (32).

La procédure de l'action civile publique pour la défense des droits individuels homogènes se divise en deux étapes : dans la première,

l'intéressé requiert avec le groupe une décision se prononçant sur la responsabilité du défendeur ; la décision rendue s'impose à tous les membres du groupe pour autant qu'elle leur soit favorable (33) ; dans la seconde étape, chaque victime (ou ses ayants droit) devra quantifier individuellement son dommage et tenter d'obtenir une réparation à titre personnel. Il devra démontrer que les conditions d'une indemnisation à son égard sont réunies.

Les parties ont également la possibilité de parvenir à un accord amiable une fois la procédure lancée, le « TAC » (34) : les parties peuvent en effet trouver un compromis dans lequel la partie poursuivie prendra des engagements. Cet accord est soumis à l'homologation du juge et emportera par la suite la même autorité qu'une décision judiciaire. Cela a été le cas pour une grande partie des actions de groupe (de nature civile) initiées contre les sociétés du groupe Chevron amiablement résolues dans un « TAC » en date du 13 septembre 2013 (35).

Enfin, afin de ne pas décourager les actions de groupe, la règle selon laquelle la partie perdante devra prendre en charge les frais d'avocat adverses ne s'applique pas dans une action collective sauf si la mauvaise foi de la partie concernée est établie (36).

Marie-Laure CARTIER-MARRAUD ()*

*Avocate au barreau de Paris
Counsel, Jones Day*

[31] Action du 13 décembre 2011, n^{os} 002561-36.2011.4.02.5103 et action du 2 avril 2012, n^o 0000558-74.2012.4.02.5103.

[32] Article 13 de la loi d'action civile publique.

[33] En cas de décision défavorable, la décision rendue ne nuira pas à celui qui n'a pas entendu participer à l'action de groupe.

[34] « Termo de Ajustamento de Conduta ».

[35] Chevron ayant accepté de verser la somme de 42 millions de US dollars en réparation des différents préjudices collectifs allégués.

[36] Code de défense du consommateur, art. 87.

[*] Non inscrite à l'Ordre des avocats brésilien (OAB).

FORUM

Joël
MORET-BAILLY

Les conflits d'intérêts

Définir, gérer, sanctionner

VIENT DE
PARAÎTRE

“ Un ouvrage transversal
et synthétique, instrument
de compréhension
et de questionnement
d'une problématique
non stabilisée. ”

LGDJ
lextenso éditions



Disponible
sur

librairie
Lgdj.fr
www.lgdj.fr

LES ACTIONS DE GROUPE, UNE RÉFORME NÉCESSAIRE AU REGARD DES LACUNES DES PROCÉDURES ALTERNATIVES PRÉVUES PAR LE DROIT FRANÇAIS

À l'heure de l'adoption par le Parlement de la loi sur la consommation instaurant en droit français l'action de groupe, traduction de la fameuse *class action* américaine, il est utile de s'interroger sur la portée de cette réforme au regard notamment des recours qui étaient jusqu'alors — et qui sont toujours — à la disposition des justiciables. Depuis 1973, le droit français met en effet à la disposition des victimes de dommages ayant une origine commune un certain nombre d'outils judiciaires. Toutefois, au regard des contraintes associées à chacune d'entre elles, l'intérêt de ces différentes actions apparaît pour le moins limité (I). Même si le législateur a pris soin d'étendre à certains domaines les recours initialement réservés aux seuls consommateurs, ces actions ne permettent pas pour autant d'indemnisation individuelle (II). L'action de groupe, dont c'est le principal apport, pourrait donc utilement combler les lacunes du système existant, à considérer que l'engouement médiatique qu'elle suscite soit à la hauteur du projet.

I. L'insuffisance des recours collectifs ouverts aux consommateurs

L'analyse des outils juridiques à la disposition des consommateurs illustre la frilosité du législateur français quant à la possibilité, pour les associations, d'agir en défense d'un intérêt collectif distinct de leur intérêt personnel.

A. L'action dans l'intérêt collectif des consommateurs

Depuis 1973 (1), les associations de consommateurs agréées se sont vu reconnaître le droit d'exercer plusieurs formes d'actions dans l'intérêt collectif des consommateurs.

Tout d'abord, l'article L. 421-1 du Code de la consommation leur permet de passer outre l'inertie du ministère public en cas d'infraction pénale en leur reconnaissant « l'exercice des droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

Deux conditions doivent être réunies pour exercer cette action civile : d'une part, la constatation d'une infraction pénale et, d'autre part, l'existence d'un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs, préjudice qui doit être distinct et caractérisé par rapport au préjudice personnellement subi par les victimes de l'infraction.

En pratique, même lorsque ces deux conditions sont satisfaites, ces actions restent limitées pour trois principales raisons :

1. Tout d'abord, l'association doit être en mesure de justifier de l'agrément auquel elle est assujettie par la loi. Or seules seize associations bénéficient aujourd'hui de ce statut et les conditions d'agrément sont telles que leur nombre n'augmentera pas ou peu.
2. Ensuite, l'objet même de l'action limite l'intérêt qu'elle peut susciter : seul le préjudice collectif des consommateurs, général et abstrait, est pris en considération par le juge, à l'exclusion de leurs

préjudices individuels. Seule l'association a donc vocation à obtenir des dommages-intérêts pour des faits intéressant au premier plan les consommateurs dont elle représente les intérêts.

3. Enfin et sauf dans certains cas limités (assassinats, viols, lutte contre la toxicomanie et trafic de stupéfiants), l'association doit obtenir l'accord exprès de la victime ayant subi le dommage, ce qui rend la mise en œuvre de l'action laborieuse.

Ces actions n'ont donc que peu d'intérêt pour les victimes.

Les associations bénéficient ensuite d'un droit d'intervention devant les juridictions civiles institué par l'article L. 421-7 du Code de la consommation les autorisant à « demander notamment l'application des mesures prévues à l'article L. 421-2, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale ».

Ce droit permet à l'association de participer à l'instance civile, par voie d'intervention volontaire à l'instance introduite par un consommateur ou par voie d'action conjointe avec ce dernier. L'association reste toutefois limitée dans son objectif : elle ne peut obtenir réparation que du préjudice causé à l'intérêt collectif, ce qui se traduit généralement par une condamnation à quelques euros symboliques. Cette procédure peut donc s'avérer aussi coûteuse que peu motivante.

B. L'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives

Cette action est efficace pour la protection des intérêts des consommateurs mais ne permet aucune indemnisation directe. Ainsi, sur le fondement des articles L. 421-2 à L. 421-6 du Code de la consommation, les associations de consommateurs agréées, ainsi que les organismes, publics ou privés de défense des intérêts des consommateurs des autres États membres de l'Union européenne peuvent obtenir, devant les juridictions civiles, la suppression des clauses illicites et abusives dans les contrats proposés aux consommateurs.

Entre autres mesures, le tribunal pourra ordonner la suppression des clauses non conformes aux dispositions législatives ou réglementaires, dans tous les contrats concernés, quand bien même le caractère illicite de ces clauses trouverait son origine dans un État membre et produirait ses effets dans un autre État membre.

À la différence des autres actions, celle-ci peut être exercée de façon autonome, en l'absence de tout dommage individuel subi par un consommateur et sans qu'aucun préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs ne soit établi.

C. L'action en représentation conjointe

Codifiée aux articles L. 422-1 et suivants du Code de la consommation, cette action a été instituée par la loi *Neiertz* n° 92-60 du 18 janvier 1992 et constitue le recours le plus proche, en droit français, de la *class action* américaine.

(1) L. 27 déc. 1973, d'orientation du commerce et de l'artisanat : JO 30 déc. 1973.

Aux termes de ce texte, lorsque plusieurs consommateurs personnes physiques ont subi des préjudices individuels du fait du comportement d'un même professionnel, deux d'entre eux au moins peuvent donner mandat à une association agréée et reconnue représentative au plan national afin qu'elle agisse en leur nom, devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif.

Ce mandat doit être donné, par écrit, par chaque consommateur ; son objet doit être clairement identifié et doit conférer à l'association le pouvoir d'accomplir, au nom du consommateur, tous les actes de procédure. Il peut être révoqué à tout moment par le consommateur si ce dernier décide de poursuivre seul l'instance engagée (2).

L'encadrement draconien de ce dispositif, pourtant attractif en théorie, est tel que dans la pratique, il n'a rencontré qu'un succès extrêmement marginal.

L'une des principales faiblesses de l'action réside dans le fait que l'association ne peut solliciter de mandat par voie de publicité, d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Seule la voie de presse est possible, ce qui limite drastiquement la capacité de l'association à rassembler un nombre significatif de consommateurs. Malgré les tentatives du Conseil national de la consommation, cette contrainte n'a jamais été abrogée.

De surcroît, l'action en représentation conjointe ne bénéficie qu'aux consommateurs ayant expressément donné mandat à l'association. Il s'agit là d'une illustration du système dit de l'« *opt in* » : les consommateurs victimes doivent expressément manifester leur volonté de participer à l'action. À l'inverse, selon le système américain de l'« *opt out* », les personnes susceptibles d'être dans le groupe en font toujours partie, à moins qu'elles n'opposent leur refus explicite une fois le jugement rendu.

Le travail en amont de l'action est donc primordial : les associations doivent identifier les consommateurs lésés sans pouvoir recourir à une quelconque forme de publicité, conscientes que les consommateurs qui ne se seraient pas manifestés initialement ne pourront ultérieurement bénéficier de l'action.

En pratique, il s'est inévitablement révélé que la lourdeur de la gestion des mandats, ainsi que son coût, paralysaient le recours à l'action conjointe. De plus, en qualité de mandataires, les associations sont soumises à de nombreuses obligations d'information et doivent assurer les formalités nécessaires à l'ensemble des actes de procédure ; elles doivent également supporter les responsabilités afférentes à ce statut. Compte tenu des moyens limités dont elles disposent généralement, de telles contraintes rendent quasiment impossible la prise en charge des contentieux de masse.

II. Le développement de recours collectifs spécifiques

Si le droit de la consommation a été le terrain privilégié pour l'expérimentation des premières actions en défense de l'intérêt collectif, le législateur a ouvert cette possibilité à d'autres secteurs bien précis. Ceci étant, on reste bien loin de l'action de groupe : ces recours très spécifiques et strictement encadrés ne dispensent pas la victime d'exercer une action individuelle pour obtenir une réparation propre.

A. Les recours des associations de santé

À la suite du récent scandale sanitaire du Médiateur, la question de l'introduction, en droit français, d'une action collective par les associations de santé s'est trouvée largement relancée.

La jurisprudence reconnaît de longue date la faculté pour les associations de consommateurs de se constituer partie civile afin d'obtenir réparation du préjudice qui leur a été causé lors de la commission d'une infraction pénale en matière médicale (3). Aussi le législateur est-il venu conforter l'acquis prétorien en octroyant aux associations de santé le droit de défendre les intérêts collectifs des usagers du système de santé et d'obtenir réparation du préjudice collectivement subi.

Toutefois, eu égard à la spécificité du secteur de la santé, le recours des associations de patients apparaît particulièrement limité : si elles sont autorisées à exercer les droits de la partie civile en cas d'infraction pénale, elles ne sont pas habilitées — contrairement aux associations de consommateurs — à exiger la suppression de clauses abusives ni, le cas échéant, à intervenir dans le cadre de litiges individuels ou encore à agir dans le cadre de l'action en représentation conjointe.

B. Les recours des associations œuvrant pour l'environnement

L'article L. 142-2 du Code de l'environnement dispose que « les associations agréées mentionnées à l'article L. 141-2 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement ».

Là encore, le droit d'ester en justice est exclusivement réservé aux associations agréées dont l'objet social porte sur la défense et la protection de l'environnement. En outre, l'association devra justifier de trois années d'ancienneté ainsi que d'un nombre « suffisant » de cotisants (4).

À l'instar des associations de consommateurs, le droit d'agir de l'association est subordonné à l'existence d'une infraction pénale et

(2) C. consom., art. R. 422-1 et s.

(3) Cass. crim., 15 mai 1984 : D. 1985, inf. rap., p. 401, obs. J. Penneau ; D. 1986, 106, note G. Mémeteau – Cass. crim., 6 juill. 1994 : Bull. crim. n° 267 ; D. 1994, inf. rap., p. 201.

(4) C. env., art. R. 141-2.

d'un accord écrit des victimes concernées, qui ne peuvent être que des personnes physiques.

La jurisprudence s'est départie de ce cadre strict en autorisant de telles actions devant les juridictions civiles (5) et en reconnaissant la possibilité d'une action en responsabilité de l'association en matière civile, en dehors de toute habilitation législative, dès lors qu'il existe une atteinte à un intérêt collectif, en rapport avec son objet social (6). Cette atteinte pourra notamment constituer un préjudice moral extrapatrimonial pour l'association. Cette précision a son importance lorsque l'on sait que le préjudice moral est détourné par les tribunaux pour indemniser les atteintes à l'environnement, indépendamment des répercussions sur les personnes.

C'est ainsi que, dans la triste célèbre affaire « Erika », le tribunal de grande instance de Paris a admis la réparation d'un préjudice écologique autonome, indépendamment de toutes répercussions sur les intérêts humains (7). La cour d'appel de Paris a confirmé cette analyse, définitivement entérinée par la Cour de cassation le 25 septembre 2012 (8). Celle-ci a ainsi retenu que « la cour d'appel a (...) justifié l'allocation des indemnités propres à réparer le préjudice écologique, consistant en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction ».

Ceci étant, du point de vue du droit à réparation de la victime individuelle, l'ouverture de ces actions aux associations n'a qu'un intérêt limité.

C. Les recours des associations d'actionnaires

L'article 225-120 du Code de commerce prévoit que l'association d'actionnaires d'une société détient le droit de représenter en justice les actionnaires et d'« intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués ».

L'association des investisseurs financiers en valeurs mobilières regroupe, quant à elle, une variété spécifique de consommateurs qui bénéficient davantage de droits.

La loi du 23 juin 1989 leur a en effet donné, s'agissant des associations agréées, la possibilité « d'agir devant toute juridiction, 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 ». Toutefois, à la différence des précédents recours, l'action en réparation de l'atteinte à l'intérêt collectif des actionnaires n'est pas subordonnée à l'existence d'une infraction pénale (9).

Enfin, l'article L. 452-1 du Code monétaire et financier étend l'action en représentation conjointe prévue à l'article L. 422-1 du Code de la consommation aux investisseurs. À une exception près : les associations agréées d'investisseurs en valeurs mobilières bénéficient d'un droit de sollicitation, prérogative non reconnue aux associations de consommateurs. En outre, le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance peut autoriser, en référé, une association agissant en réparation d'un préjudice à l'intérêt collectif des investisseurs, à solliciter publiquement des mandats pour agir, par voie d'appel public télévisé, radiophonique, d'affichage, de tract ou encore de lettre personnalisée.

Finalement, s'il existe bel et bien des recours ouverts aux consommateurs et à certains groupements spécifiques, ceux-ci s'avèrent particulièrement inadaptés aux litiges opposant de nombreuses victimes à un même professionnel. Le principe d'individualisation de la réparation demeure donc : seules les personnes parties à l'action bénéficient de la décision rendue. Ces insuffisances sont perçues par de nombreux observateurs comme autant d'indices illustrant des carences dans l'accès à la justice, la mauvaise efficacité de celle-ci, ainsi qu'une certaine impunité des entreprises. Aussi, l'introduction de l'action de groupe, procédure par laquelle une personne ou une association peut saisir les juridictions françaises pour le compte d'un groupe d'individus ayant subi un même préjudice, semble être une véritable avancée : enfin, l'action collective permet une indemnisation individuelle. Mais les limites qu'elle affiche déjà ne vont-elles pas en faire — encore — une action incomplète ? Le plus simple, après tout, ne serait-il pas pour les victimes de mêmes faits de recourir aux services d'un même avocat — grand laissé pour compte de la réforme ?

Anne-Laure VINCENT

Counsel Jones Day

Hortense de ROUX

Collaboratrice Jones Day

(5) Cass. 2^e civ., 7 déc. 2006, n^o 05-20297.

(6) Cass. crim., 12 sept. 2006, n^o 05-86958 – Cass. 1^{re} civ., 18 sept. 2008, n^o 06-22038.

(7) TGI Paris, 16 janv. 2008 : JCP G 2008, 2, 10053.

(8) Cass. crim., 25 sept. 2012, n^o 10-82938.

(9) C. mon. et fin., art. L. 452-1.



Vient de
paraître



Tome 1 :
Le contrat, le consentement



Tome 2 :
L'objet et la cause, les nullités

“ Le traité de Jacques Ghestin sur
la formation du contrat enfin réédité ! ”

Disponible
sur **Lgdj.fr**
www.lgdj.fr

L'INTÉRÊT DES CLASS ACTIONS DANS LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES DOMMAGES DE MASSE

La loi « *Hamon* » relative à la consommation, définitivement adoptée le 13 février 2014 et publiée au JO du 18 mars 2014 après le recours devant le Conseil constitutionnel qui a confirmé la constitutionnalité de l'action de groupe, entend répondre à un impératif général d'accès à la justice en permettant aux consommateurs ayant subi un dommage de masse d'agir collectivement en réparation de leurs préjudices individuels.

Ces dommages de grande ampleur peuvent se définir comme les « atteintes aux personnes, aux biens ou au milieu naturel, qui touchent un grand nombre de victimes à l'occasion d'un fait dommageable unique, ce dernier pouvant consister en un ensemble de faits dommageables ayant une origine commune » (1).

Or, le dommage de masse, qui peut être majeur dans sa globalité, est spécifique en ce qu'il entraîne potentiellement des préjudices individuels de faible importance. Face aux coûts et à la complexité des procédures judiciaires, les victimes sont donc très souvent conduites à renoncer à exercer toute action en réparation.

Cette spécificité n'était, jusqu'à présent, pas prise en compte par le droit français qui ne disposait pas d'outil juridique adéquat et efficace incitant les victimes à agir en justice en dépit de la faiblesse du préjudice subi. Les recours collectifs existant en droit français (2) ne permettaient pas à chaque consommateur, partie à l'action, d'obtenir la réparation individuelle de leur préjudice.

C'est dans ce contexte que la loi « *Hamon* » a ajouté au titre II du livre IV du Code de la consommation un chapitre III intitulé : « Action de groupe ». Les nouveaux articles L. 423-1 et suivants ainsi adoptés limitent toutefois le champ d'application des actions de groupe aux seuls consommateurs victimes de préjudices patrimoniaux, à l'exclusion des dommages moraux ou corporels en raison de leur caractère trop personnalisé. Les dommages devront, en outre, résulter d'un manquement du professionnel à ses obligations contractuelles à l'occasion de la vente de biens ou de services, ou résulter de pratiques anticoncurrentielles.

En outre, afin de ne pas décourager les consommateurs de s'engager dans une procédure judiciaire longue et coûteuse, alors que le dommage subi est modeste, la loi a confié le pilotage des actions de groupes à des associations nationales agréées de consommateurs.

La loi introduisant la *class action* en France vise donc à permettre une meilleure prise en compte des dommages de masse en facilitant l'action en justice des consommateurs (I) tout en cherchant à rationaliser leur traitement judiciaire (II).

I. Un accès à la justice facilité pour les consommateurs

La spécificité du dommage de masse résulte du très grand nombre de consommateurs susceptibles d'avoir subi un préjudice à cette occasion. Tous les consommateurs lésés par un même professionnel disposent dorénavant du droit de se joindre à une action de groupe afin de réparer un préjudice entrant dans le champ d'action de la loi. Cette mesure encourage les consommateurs à introduire une action en justice aux fins de réparation, même lorsque le préjudice est faible. Afin de rationaliser l'action des consommateurs, demandeurs profanes, la loi a attribué un pouvoir de représentation aux associations nationales agréées de consommateurs (3). Le monopole d'action leur a notamment été octroyé afin d'éviter les dérives du système américain des *class actions*.

Le système mis en place permet ainsi une économie de moyens qui bénéficiera tant aux consommateurs qu'aux entreprises assignées. En premier lieu, les consommateurs qui ont mandaté une association aux fins de réparation de leur préjudice, n'auront pas à supporter les coûts d'une procédure qui leur paraîtrait d'autant plus inutile que les sommes en jeu sont parfois dérisoires. Sur ce point, les associations qui ne bénéficient pas forcément des moyens humains et financiers pour assurer la gestion d'une procédure de grande ampleur, auront la possibilité, aux termes de la loi, de s'appuyer sur des sommes consignées à cet effet par le professionnel et déterminées par le juge.

Le Gouvernement, en confiant aux associations de consommateurs le droit d'agir au nom des consommateurs, a entendu s'appuyer sur l'agrément qui leur est délivré, supposé être une garantie de leur indépendance. Reste cependant que les conditions d'introduction de l'action de groupe par les associations ne sont pas encore connues et devront être fixées par décret en Conseil d'État.

Une fois l'action engagée auprès d'un tribunal de grande instance (4), qui aurait *a priori* une compétence exclusive, la procédure se déroulera en deux étapes. Dans un premier temps, un jugement statuera sur la responsabilité du professionnel mis en cause (5). Afin d'apprécier au mieux les conditions de mise en jeu de cette responsabilité, le juge devra définir au préalable les consommateurs susceptibles d'appartenir à l'action de groupe. À ce titre, la loi a prévu que les consommateurs devront manifester expressément leur consentement pour faire partie de l'action de groupe (*opt in*), mécanisme contraire à celui du droit américain (*opt out*), dans lequel les personnes susceptibles d'appartenir à l'action de groupe sont présumées en faire partie, sauf refus explicite de leur part.

Une fois que le juge aura statué sur la responsabilité, il ordonnera des mesures d'information des consommateurs potentiellement

(1) « Dommage de masse et responsabilité civile », P. Jourdain (ss dir.), Paris I, nov. 2004. chron. P. Brun : RTD civ. 2005, p. 211.

(2) V. C. consom., art. L. 421-2 à L. 421-7 ; v. également C. consom., art. L. 422-1.

(3) C. consom., art. L. 423-1.

(4) C. org. jud., art. L. 211-15.

(5) C. consom., art. L. 423-3.

concernés, aux frais du professionnel (6). Les mesures de publicité de la décision envers les consommateurs ne pourront toutefois intervenir qu'une fois les voies de recours ordinaires épuisées. Dans cette même décision, le juge fixera le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer à l'action de groupe, délai compris entre deux et six mois à compter de l'achèvement des mesures de publicité (7).

La liquidation des préjudices individuels et l'exécution de la décision n'interviendront que dans un second temps. La loi reste cependant silencieuse quant aux méthodes d'évaluation de l'indemnisation, énonçant simplement que le juge déterminera « le montant ou tous les éléments permettant l'évaluation des préjudices » (8) ainsi que leur indemnisation. La réparation, qui pourra le cas échéant être en nature, s'effectuera par la voie judiciaire ou amiable. À cet égard, la loi a prévu qu'un accord portant sur une indemnisation pourra être négocié entre l'association de consommateurs et le professionnel, accord qui devra cependant être homologué par le juge. Les consommateurs qui auront reçu une indemnisation de leur préjudice matériel dans le cadre d'une action de groupe bénéficieront également de la possibilité d'agir, à titre individuel, en réparation des dommages exclus du champ d'application de la loi, et en particulier de dommages moraux ou corporels (9).

Tout en ouvrant l'accès à la justice aux consommateurs subissant un dommage de masse, le projet de loi vise à pallier un manque d'efficacité des moyens actuels de recours collectifs.

II. L'efficacité dans le traitement judiciaire des dommages de masse

Le nombre important de victimes susceptibles d'être impliquées dans un dommage de masse pose des défis en termes d'organisation pour l'institution judiciaire que la loi « *Hamon* » a tenté de prendre en compte dans un but d'efficacité et de rationalisation, sans toutefois totalement y parvenir.

Ainsi, la nouvelle action de groupe doit permettre de désengorger les juridictions, en rassemblant le nombre de procédures intentées contre un même professionnel. De ce fait, le processus judiciaire devrait gagner en célérité et permettre d'éviter un éparpillement des saisines ou leurs délocalisations (*forum shopping*). Éviter la multiplication des procès exercés à titre individuel et partant, générer une gestion des procédures à moindre coût, est un gage potentiel d'efficacité dans le traitement de la procédure.

De plus, en instituant les associations de consommateurs requérant uniques, la loi « *Hamon* » a manifestement facilité tant l'accès des

consommateurs à la justice que le travail des juridictions qui auront dès lors un seul introducteur, facilitant d'autant les formalités procédurales et leur traitement.

C'est également dans ce but que la loi a prévu que seule l'association de consommateurs requérante pourrait participer à une médiation judiciaire (10).

Toutefois, la loi adoptée le 13 février 2014 n'a pas permis de mener à bien le processus de rationalisation tel qu'il était prévu dans le projet de loi initial. En effet, le traitement des dommages de masses requiert, en raison de leurs spécificités, une certaine harmonisation dans les décisions de justice, ce qui militait pour une réorganisation des juridictions compétentes. C'est dans cette optique que le projet de loi visait à modifier le Code de l'organisation judiciaire en désignant des tribunaux de grande instance spécialement dédiés au traitement des procédures d'actions de groupe.

On peut donc regretter que n'ait pas été retenue, lors de l'adoption définitive de la loi, cette réorganisation judiciaire.

*
* *

L'action de groupe ouvre ainsi la voie à une reconnaissance et une réparation efficace des préjudices individuels des consommateurs. Poursuivant le but d'une concurrence plus saine et d'un rééquilibrage du rapport de force entre les consommateurs et les entreprises, le champ d'application de la loi se limite aux préjudices causés en droit de la concurrence et de la consommation et permet ainsi d'encadrer le dispositif qui s'inscrit dans une logique de réparation, et non de punition des acteurs économiques. C'est en ce sens que les « *punitive damages* » à l'encontre des entreprises, bien connus en droit américain, n'ont pas été prévus. Ceci étant, ce dispositif devrait avoir un effet dissuasif pour les entreprises. En effet, plus le recours impliquera de consommateurs, plus les répercussions à la fois financières et en termes d'image et de réputation des entreprises, seront importantes.

La question reste toutefois de savoir si les consommateurs sauront exploiter cette procédure nouvelle, afin de permettre à l'action de groupe de déployer tous ses effets, ce que seule la pratique judiciaire des années à venir permettra de déterminer.

Claire HABIBI

Counsel Jones Day

Cyril PHILIBERT

Collaborateur Jones Day

(6) C. consom., art. L. 423-4.

(7) C. consom., art. L. 423-5.

(8) C. consom., art. L. 423-3.

(9) C. consom., art. L. 423-22.

(10) C. consom., art. L. 423-15.

Rémy LIBCHABER

L'ordre juridique et le discours du droit

Essai sur les limites de la connaissance du droit

LGDJ
lextenso éditions

Nouveauté

“ L'OJNI* de l'année : ouvrage magistral,
fondamental, original, incroyablement
stimulant ”

Félix ROME

* Objet juridique non identifié



Disponible
sur **Librairie
Lgdj.fr**

www.lgdj.fr

L'ACTION COLLECTIVE À LA FRANÇAISE : ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT AMÉRICAIN

L'introduction d'une action collective intervient après plusieurs années de débats sur l'opportunité d'introduire un tel recours en France et s'inscrit dans la lignée d'une tendance européenne visant à introduire les actions de groupe (1) au sein des États membres. Thomas Clay écrivait en 2010 : « L'introduction d'une action de groupe en France est désormais inévitable parce que c'est le sens de l'histoire et parce qu'elle est reconnue presque partout ailleurs » (2).

La *class action* américaine a influencé l'adoption du recours collectif en France. Cependant, il a fallu prendre en compte certaines règles procédurales spécifiques du droit français, différentes de celles applicables aux États-Unis, pour que l'action de groupe puisse être effectivement intégrée en droit interne.

En outre, le projet de loi s'est construit avec une volonté certaine d'éviter les dérives de la *class action* américaine notamment en offrant un monopole aux associations de consommateurs agréées par l'État pour mettre en œuvre le recours collectif.

C'est pourquoi, la loi introduisant l'action de groupe en France limite le champ d'application des actions de groupe, met en place un système d'*opt in* et limite les dommages réparables aux seuls dommages matériels.

Cette étude vise à comparer le régime de la *class action* américaine à l'action de groupe mise en œuvre par la loi adoptée le 13 février 2014 et publiée au JO le 18 mars 2014.

I. Du large champ d'application américain à un champ d'application français limité au droit de la consommation et au droit de la concurrence

La loi introduisant les actions de groupe en France limite celles-ci aux affaires de consommation et de concurrence en prévoyant expressément que l'objet de l'action de groupe est d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par les consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles à l'occasion de la vente de biens ou de fourniture de services, ou lorsque les préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles.

Les affaires relatives à la santé et l'environnement ne sont donc aujourd'hui pas concernées par les actions de groupe. Aux États-Unis, le champ d'application est au contraire extrêmement large, puisque des actions de groupe peuvent être menées dans de nombreux domaines : non seulement en droit de la consommation, mais également dans d'autres domaines : boursier, sanitaire, environnemental, en cas de discrimination, en droit des affaires, ou encore lors d'atteinte aux droits fondamentaux.

Cette limitation du champ d'application est l'objet de nombreuses critiques des défenseurs de l'action de groupe, qui y voient un frein à l'indemnisation des victimes, notamment en cas de grandes catastrophes sanitaires (affaires *PIP* et *Mediator*) ou environnementales (exposition à l'amiante, *AZF*).

Cependant, la loi prévoit d'ores et déjà une ouverture possible à d'autres domaines, et notamment à la santé et à l'environnement, puisqu'elle précise que : « trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires.

Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement » (3).

Il semble donc que l'introduction d'actions de groupe dans les domaines du droit de la consommation et du droit de la concurrence soit une première étape et que le système français ait vocation, comme le système américain, à s'élargir à d'autres domaines.

II. De l'avocat américain omniprésent à l'avocat français exclu

Une des craintes régulièrement invoquée quant à l'adoption des actions de groupe en France a été le rôle des avocats dans la procédure.

Montrant du doigt la pratique de certains avocats aux États-Unis, qui ont fait leur fonds de commerce du démarchage de victimes en vue d'initier des actions de groupe, certains ont considéré que les avocats ne devaient pas gérer directement la procédure.

C'est donc bien pour répondre à cette crainte et éviter qu'un nouveau marché de l'action de groupe se développe en faveur des avocats principalement, que la loi prévoit le monopole des seize associations de consommateurs agréées pour introduire une action de groupe. En France, seule une association de consommateurs agréée au niveau national pourra initier une action de groupe au nom des victimes.

Bien évidemment, l'association de consommateurs initiant l'action pourra être représentée par un avocat. Mais les consommateurs seront eux-mêmes représentés par l'association de consommateurs initiant l'action, et non par un avocat.

L'association de consommateurs aura alors un rôle essentiel dans la procédure, puisqu'elle décidera d'initier l'action, représentera les consommateurs et prendra acte de leur participation une fois la responsabilité du professionnel reconnue.

Elle aura même un rôle *a posteriori*, puisque l'association de consommateurs requérante aura également compétence pour représenter

(1) De nombreux pays européens ont introduit une forme d'action de groupe au cours des dernières années : le Portugal en 1995, le Royaume-Uni en 2000, la Suède en 2002, l'Allemagne et les Pays-Bas en 2005 et l'Italie en 2009.

(2) T. Clay, « Class actions or not class action ? » : D. 2010, p. 1776.

(3) Projet de loi adopté le 13 février 2014, chapitre I, article 2, VI.

les consommateurs membres du groupe aux fins d'exécution forcée du jugement d'indemnisation.

En droit américain, la procédure est très différente, puisque les actions de groupe ne sont pas introduites par les associations de consommateurs, mais directement par un groupe de consommateurs représenté par un avocat. Les avocats américains sont donc directement à l'origine de la procédure.

Les craintes des dérives, quant au rôle des avocats dans la gestion des actions de groupe, qui ont conduit à la mise à l'écart des avocats français par la loi introduisant les actions de groupe en France, nous semblent tout à fait injustifiées, dans la mesure où ces dérives ne seraient pas possibles en France en raison de certaines règles déontologiques françaises strictes, et méconnues du droit américain.

En effet, aux États-Unis, les avocats peuvent être rémunérés uniquement sur la base du résultat (*contingency fee*). Ainsi, un avocat peut avancer les fonds nécessaires à l'introduction de l'action de groupe et se rémunérer sur la base d'un pourcentage du montant total de la somme allouée à la victime.

En France, la rémunération des avocats uniquement en fonction du résultat judiciaire est interdite en vertu de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.

La mise à l'écart des avocats français du régime des actions de groupe paraît donc totalement injustifiée. Le Conseil national des barreaux s'est d'ailleurs prononcé contre la mise en place du monopole accordé aux associations de consommateurs agréées dans l'initiative de l'action de groupe et considère ce monopole comme un « signe de défiance inacceptable à l'égard de la profession d'avocat, qui offre toutes les garanties liées à sa déontologie » (4).

III. De l'*opt out* américain à l'*opt in* français

Une différence majeure entre les deux systèmes est l'adoption d'un système d'*opt in* en France, à l'inverse du système d'*opt out* qui existe aux États-Unis.

L'action de groupe qui repose sur l'*opt in* ne réunit que les victimes qui font le choix de participer à l'action. Les victimes souhaitant être parties à l'action de groupe doivent donc en manifester expressément la volonté. Dans le système de l'*opt out*, c'est le contraire. Toute victime correspondant à la classe identifiée par le tribunal est automatiquement partie à la procédure, même si elle ne s'est pas manifestée.

Il faut, en revanche, que la victime fasse connaître son choix de ne pas participer à l'action de groupe pour ne pas y être partie.

Ainsi, n'importe quelle victime répondant aux critères dégagés par le juge pourra réclamer le paiement de dommages et intérêts au professionnel responsable, alors même qu'elle n'était pas partie à la

procédure, et même si elle n'était pas au courant de l'existence de l'action de groupe.

Le système qui repose sur l'*opt in* était le seul système compatible avec notre système juridique. En effet, le système de procédure civile français est basé sur le droit individuel d'agir en justice qui implique que personne ne peut agir en justice pour les intérêts d'autrui sans mandat. Il s'agit de l'adage « *Nul ne plaide par procureur* », qui n'existe pas aux États-Unis.

L'*opt out* américain n'étant pas transposable en droit français, la loi française a prévu un régime basé sur l'*opt in*, en plusieurs étapes.

Tout d'abord, le juge prononce un jugement sur la recevabilité de l'action de groupe qui définit le groupe de consommateurs à l'égard duquel la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement. Le juge détermine ensuite les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque catégorie de consommateurs, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices.

S'il juge que la responsabilité du professionnel est engagée, le juge ordonne alors les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe. Le juge fixe également le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice, ce délai ne pouvant être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois.

Seuls les consommateurs qui auront manifesté leur intention d'adhérer au groupe dans le délai prévu par le juge pourront ensuite se prévaloir du jugement de condamnation et réclamer au professionnel jugé responsable le paiement des dommages et intérêts dus. C'est précisément lors de cette étape que l'*opt in* entre en jeu.

Les victimes potentielles qui n'auront pas manifesté leur intention de faire partie de l'action dans ce délai ne pourront plus se prévaloir du jugement de condamnation.

Le système est donc très différent du système de l'*opt out* américain, qui permet à des consommateurs n'étant pas partie à la procédure de se prévaloir du jugement.

IV. Des *punitive damages* américains aux dommages et intérêts strictement limités en droit français

Une autre particularité du droit américain réside dans l'existence de *punitive damages* (dommages et intérêts punitifs). Les *punitive damages* sont alloués par un juge à la victime pour sanctionner un comportement fautif.

Ainsi, en droit américain, un défendeur peut être condamné à payer aux victimes des *punitive damages* visant uniquement à sanctionner son comportement fautif, en plus des dommages et intérêts visant à compenser le préjudice subi par les victimes du fait des agissements du défendeur.

(4) Résolution du Conseil national des barreaux relative à l'action de groupe, assemblée générale des 24 et 25 mai 2013.

Le système juridique français ignore les dommages et intérêts punitifs et permet seulement à une victime d'obtenir des dommages et intérêts visant à compenser strictement le préjudice qu'elle a subi.

Le système américain des *punitive damages* entraîne parfois l'allocation de dommages et intérêts exorbitants.

À titre d'exemple, un juge californien a accordé 460 000 dollars de *punitive damages* à une femme qui avait porté plainte contre McDonald's après s'être renversé du café brûlant sur les genoux (5).

Les montants exorbitants de dommages et intérêts alloués aux États-Unis sont source de critiques de la part de certains auteurs français, qui y voient un risque trop important pour les entreprises françaises, mais également une cause de la judiciarisation de la société et un important risque de dérive des actions de groupe, certains pouvant tenter des actions sans avoir subi de réel préjudice en cherchant simplement à profiter de dommages et intérêts punitifs.

Le régime français des actions de groupe a au contraire été strictement limité quant aux dommages et intérêts pouvant être alloués, puisque, d'une part, les dommages et intérêts punitifs n'ont pas été introduits en droit français, et d'autre part, seuls les préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs pourront être réparés dans le cadre d'une action de groupe.

Cette limitation des préjudices réparables aux dommages matériels s'explique par l'essence même des actions de groupe : par définition, les dommages corporels ou moraux nécessiteraient des évaluations

différenciées pour chaque membre du groupe et ne peuvent donc être réparés dans le cadre de la procédure d'action de groupe.

*

* *

Il ne fait nul doute que l'introduction des actions de groupe en droit français est une avancée pour la protection des consommateurs, même si beaucoup craignent les dérives américaines qui ont été exposées dans cette étude.

C'est justement pour éviter ces dérives que le système français a été strictement défini et est aujourd'hui bien plus restrictif que le système américain. On peut d'ailleurs se poser la question de l'efficacité des actions de groupe à la française, au vu de toutes les restrictions qui ont été posées par la loi, en comparaison avec le système américain. Seule la pratique des actions de groupe nous permettra d'évaluer l'efficacité du système français.

C'est d'ailleurs dans cette optique que la loi prévoit d'ores et déjà de telles évolutions, en fonction du rapport qui devra être remis par le Gouvernement au Parlement trente mois au plus tard après la promulgation de la loi introduisant les actions de groupe.

Ozan AKYUREK
Associé Jones Day

Clémence de PERTHUIS
Collaboratrice Jones Day

[5] S. de Silguy, « Faut-il craindre les actions collectives ? » : *RLDC* déc. 2012, p. 55.

Restez en ligne avec **LES PETITES AFFICHES**

Tous les numéros en ligne depuis 1993



4 941 numéros

19 602 articles

775 000

décisions de jurisprudence
dans tous les domaines
du droit

Sur lextenso.fr, retrouvez tous les numéros des Petites affiches **depuis 1993**.

Grâce à un moteur de recherche juridiquement pertinent et une multitude de liens vers les décisions de jurisprudence, vos recherches deviennent immédiatement beaucoup plus rapides et efficaces.

Alors pour faire appel... aux Petites affiches en permanence, **abonnez-vous en ligne sur www.lextenso.fr ou au 01 40 93 40 40.**

Tarif annuel pour les abonnés à la revue : 104,52€ HT
pour les non-abonnés : 185 € HT

185 € HT
pour les abonnés
à la revue

RENDEZ-VOUS SUR
lextenso.fr

Droit des sociétés, droit de la famille, droit boursier, droit public, droit des contrats... Lextenso.fr vous offre un champ unique d'investigation en ligne parmi **20 revues juridiques** de référence, chacune experte dans son domaine. Avec lextenso, vous avez aussi tous les droits.

