

Université Panthéon-Assas – Institut de droit comparé



**UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
– PARIS II –**

Master 2 Recherche – Droit européen comparé

2014 - 2015

***La class action* états-unienne et l'action de
groupe à la française**

Mémoire rédigé sous la direction du Professeur Laurent CONVERT

Thibaud JUNCKER

Bibliothèques d'Assas et de l'Institut de droit comparé

Bibliothèque Langdell de l'Université de Harvard

Remerciements

J'adresse tous mes remerciements

A Monsieur le Professeur Laurent CONVERT pour son intérêt pour le sujet,

et pour ses remarques pertinentes,

A ma famille pour leur soutien moral, intellectuel et financier,

A mes amis pour leur présence et leurs encouragements,

A mon colocataire, qui involontairement, a fait prendre à mon mémoire certaines directions
inattendues.

Sommaire:

Remerciements.....	2
Résumé.....	4
Plan détaillé.....	5
Mémoire.....	6
Bibliographie.....	59
Annexes.....	65

Résumé :

La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation vient introduire en droit français une action collective au profil atypique. En effet, alors que le modèle fédéral états-unien se contente d'un nombre de conditions limitées pour admettre une *class action* dans tous les domaines, le modèle français empile les conditions : filtre associatif, champ d'application limité, préjudices concernés limités, etc.

Le législateur français a prévu par ailleurs d'introduire d'autres actions de groupe dans d'autres domaines que le droit de la consommation (et accessoirement le droit de la concurrence) : droit de la santé, droit de l'environnement, ou encore droit du travail. Celles-ci resteront a priori distinctes les unes des autres et dispersées dans les différents Codes, rendant ainsi l'exercice du droit encore plus difficile pour le particulier. Une phase transactionnelle a été prévue pour l'association actrice principale de la procédure, probablement sur le modèle de la pratique américaine, alors même que cette phase de transaction semble être la principale cause des excès outre-Atlantique.

Sur la pratique justement, les écueils américains semblent revêtir deux aspects principalement. D'une part, les pratiques rapaces de certains avocats peu scrupuleux et leurs honoraires parfois trop élevés mettent en péril la procédure et ses débouchés pour les premiers concernés en la matière : les membres de la classe. D'autre part, les dommages punitifs sont parfois bien trop élevés quand comparés aux dommages-intérêts compensatoires. Sur ce point, le ratio entre les deux est autant un indicateur qu'une voie d'issue pour réguler la pratique en la matière.

Concernant l'action de groupe française, la pratique ne peut être traitée qu'en termes de projection puisque aucun jugement ou décision n'a encore été rendu en la matière. La prévision ne peut qu'être pessimiste au regard du mécanisme proposé qui ne laisse presque aucune latitude au particulier.

Il convient donc d'imaginer une troisième voie pour le droit français. En matière d'action collective, l'Histoire est peut-être encourageante en ce qu'elle montre que le droit de la consommation est bien souvent le berceau d'un mécanisme voué à s'étendre aux autres domaines. L'Union européenne pourrait avoir une carte à jouer ici, que ce soit en créant un modèle s'appliquant à tous les États membres ou de manière moins osée par directive.

A mon sens, l'action de groupe devrait avoir plusieurs caractéristiques que le législateur français lui a pour l'instant refusées : mécanisme en *opting out*, étendu à tous les domaines, responsabilisation du particulier via l'absence de filtre associatif.

Plan :

Introduction

Titre I – Deux mécanismes d'action collective aux antipodes

Chapitre I - Les conditions limitées d'une *class action* à la procédure fonctionnelle

I- Les phases et conditions de création de la classe

A- La compétence des juridictions fédérales en matière de *class actions*

B- Les phases de pré-certification et de certification

C- Les conditions de la certification

D- Des conditions supplémentaires variables selon le *remedy* pour accéder à la certification

II- Modalités et issue de la *class action*

A- La *discovery* comme mode de preuve

B- Les phases post-certifications et l'issue de la *class action*

Chapitre II – Une action de groupe trop conditionnée limitée au droit de la consommation

I- Le mécanisme complexe de l'action de groupe à la française

II- Le champ d'application trop limité d'une action de groupe à la dispersion programmée

A- Une action de groupe réservée au droit de la consommation

B- La dispersion programmée des actions de groupe

Titre II – Pratiques de l'action collective et juste paramétrage pour le droit français

Chapitre I – La *class action* américaine et ses excès face à l'exiguë action de groupe à la française

I- La pratique américaine et ses excès

A- Entre excès critiquables et critiques excessives

B- Les honoraires des avocats dans la pratique de la *class action*

C- La rarification des dommages punitifs dans la *class action*

II- Projection pessimiste sur une action de groupe exiguë

A- L'articulation douteuse de l'action de groupe

B- Filtre associatif et autres obstacles à l'action du consommateur

Chapitre II – Pour une troisième voie en matière d'action collective

I- Itinéraire américain et itinéraire européen

A- L'itinéraire américain comme parcours probable pour toute action collective

B- L'itinéraire européen bloqué

II- Un paramétrage adaptée pour l'action collective en droit français

A- La nécessité d'un mécanisme en *opt out*

B- Pour une action collective libéralisée

Introduction

« *In medio stat virtus.* » - Locution latine populaire

Dans la Rome antique, l'*actio popularis* permettait l'action d'un citoyen lésé par un délit qui agissait tant en son nom propre qu'en celui des autres citoyens ayant subi un dommage du fait de ce même délit. L'action s'exerçait alors devant le prêteur¹. Bien plus tard, au quatorzième siècle, en Angleterre, apparaissent les premiers cas de *class action* devant les Cours d'*Equity*. Ces actions visaient à « résoudre des litiges portés par des groupes représentatifs, comme les villages ou les paroisses. »². Difficile pour autant de faire le lien entre les deux mécanismes quand on sait que le droit romain n'a eu que très peu d'influence sur le droit anglais.

C'est en 1853 que la Cour suprême des États-Unis déclarera l'effet obligatoire des jugements sur les parties absentes³. Néanmoins, il faudra attendre 1938 pour que la très fameuse Règle 23 du Code de procédure civile fédérale introduise véritablement la *class action* au niveau fédérale, règle qui sera refondue et complétée en 1966⁴.

En France, en principe, « Nul ne plaide par procureur », ce qui empêcherait *a priori* la création d'une action de groupe en droit français⁵. Ainsi, chacun devrait agir individuellement pour faire valoir ses droits.

Pourtant, le législateur français a très récemment décidé d'introduire un mécanisme d'action collective. Le sujet consiste ainsi en une analyse comparative de deux mécanismes qui s'opposent : la *class action* états-unienne et l'action de groupe à la française de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, dite aussi Loi Hamon, récemment entrée en vigueur.

Pour pouvoir traiter correctement ce sujet, il convient dans un premier temps d'établir certaines précisions terminologiques. Ainsi, le terme d'action collective désignera dans tout ce mémoire l'action menée en commun par un certain nombre de personnes ayant subi un dommage du fait d'un fait identique. Il s'agit donc d'une notion que nous utiliserons pour parler d'action collective au sens large, neutre.

En ce qui concerne l'action de groupe, on entendra par ce terme celle instituée en matière de droit de la consommation en droit français à titre principal. A titre accessoire, le terme englobera également les projets existant dans d'autres domaines tel que le droit de la santé⁶ ou encore le droit

1- Maria José Azar-Baud, *Les actions collectives en droit de la consommation*, Dalloz, 2013, pages 41-42.

2- *Ibid.*, page 17.

3- *Ibid.*, page 18

4- *Ibid.*, page 19

5- Sénat, « Les action de groupe », Les Documents de Travail du Sénat, mai 2010, page 5.

6- <http://www.argusdelassurance.com/institutions/l-assemblee-nationale-adopte-le-principe-de-l-action-de-groupe-en->

de l'environnement⁷.

Le terme de *class action* est plus ambigu, non seulement parce qu'il est plus ancien, mais également parce que le mécanisme existe sous diverses formes au niveau fédéré en plus du mécanisme fédéral. Chaque État dispose de son propre droit en la matière. Certains États comme la Virginie ou le Mississippi ne disposent même pas de règles en matière de *class action* (ce qui contraint les plaignants à s'adresser aux juridictions fédérales)⁸. Cependant, de manière générale, la réglementation de la *class action* au niveau fédéré se rapproche largement de celle fédérale. Pour exemple, la Californie dispose d'une réglementation quasi-identique à la Règle 23⁹. Les États se sont généralement inspirés du modèle fédéral pour la construction de leur propre modèle¹⁰.

Les tribunaux des États sont la juridiction de droit commun, sauf prévision contraire¹¹. Le *Class Action Fairness Act* de 2005 avait notamment pour ambition d'élargir la compétence des juridictions fédérales. En effet, bien souvent les *class actions*, de par leur nature, portent sur des problèmes supra-étatiques qui doivent être jugés au niveau fédéral¹².

Par souci de simplification et parce que la Règle 23 est la règle fédérale ayant inspiré les règles fédérées, on entendra généralement par *class action* celle instituée au niveau fédéral.

L'intérêt du sujet est pluriel. En effet, la *class action* américaine représente le modèle le plus connu d'action collective, modèle souvent mis en avant par les médias, que ce soit dans les journaux, au cinéma ou encore dans certains programmes télévisés¹³. Le modèle américain a rayonné sur tous les autres systèmes et représente un passage obligé pour qui voudrait légiférer sur les actions collectives. En effet, tout législateur voulant intervenir en la matière se positionnera systématiquement en fonction du mécanisme américain.

La *class action* américaine est un mécanisme procédural « qui a été adopté dans des buts de gains de temps, d'effort et d'argent, d'uniformité des décisions, de promotion de l'efficacité, et de justice dans la gestion d'un large nombre de demandes similaires. »¹⁴. Ainsi, *a priori*, le mouvement économique pencherait en faveur d'un mécanisme d'action collective, sauf si celui-ci vient nuire à l'économie.

sante-avec-effet-retroactif.92278

7- <http://www.actu-environnement.com/ae/news/extension-action-groupe-environnement-sante-20476.php4>

8- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 29.

9- *Ibid.*, pages 30-31.

10- *Ibid.*, pages 33-34.

11- *Ibid.*, page 39.

12- *Ibid.*, page 42.

13- Voir pour exemple la première saison de *Better call Saul* de Vince Gilligan et Peter Gould.

14- McLaughlin (2011) (In re West Virginia Rezulin Litigation, 214 W. Va. 52 (2003))

Messieurs Litwin et Feder relèvent qu'en Europe, de nombreux États ont déjà adopté des procédures d'action collective sous leurs lois nationales. Néanmoins ces procédures ont été inefficaces pour pousser les particuliers à faire valoir leurs droits via ces mécanismes¹⁵. Les auteurs relèvent pourtant tout l'intérêt d'une action collective quand de petites sommes sont en jeu, quand il est inutile économiquement de faire valoir ses droits individuellement.

Toujours dans une approche purement économique, on peut relever la notion de faute lucrative souligné par Vincent Rebeyrol. Celui-ci place l'action collective comme « un mécanisme de régulation du marché qui encourage les pratiques vertueuses. ». Selon lui, l'action collective n'est pas un monstre frappant « aveuglement » mais un mécanisme épargnant les entreprises soucieuses du respect de la législation, et qui s'attaque à celles qui s'en affranchissent, améliorant ainsi la compétitivité et l'attractivité de l'entreprise¹⁶.

Stéphane Rousseau, de son côté, évoque la notion d'asymétrie des coûts et des enjeux : lors d'une action individuelle, le défendeur (une société bien souvent) investira massivement au niveau de la faute pour éviter toute réparation, quand la victime répartira son effort (financier et temporelle notamment) pour répondre à toutes les conditions¹⁷. Ainsi, les victimes de dommages ayant une origine commune ont tout intérêt à se liquer pour rendre la répartition de cet effort efficiente.

Jusque là, le curseur a été placé principalement sur les victimes et l'organisation judiciaire. Ces deux types d'acteurs peuvent avoir intérêt à l'existence une action collective, mais il convient également de se pencher sur le troisième type d'acteur qui pour des raisons bien trop évidentes n'a lui, pas intérêt à l'existence d'une action collective effective.

Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques du Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), est omniprésente dans le débat sur l'introduction d'une action collective à la française. Le colloque du 26 mars 2015 a été la première étape de mon travail de mémoire, elle y était présente. En lisant les mémoires des années précédentes qui touchaient de près ou de loin à mon sujet on retrouve aussi certaines de ses interventions¹⁸.

15- James Langenfeld, Ethan E. Litwin et Morgan J. Feder, *The Law and Economics of Class actions*, Emerald, 2014, page 209

16- *La nouvelle action de groupe* – Vincent Rebeyrol – D. 2014. 940 : les entreprises seraient « aiguillonnées par la crainte du procès, pour qu'elles attachent une plus grande rigueur à la qualité de leurs produits, de leurs services et de leurs processus de fabrication. Cet effort renforcerait assurément, d'une part, leur compétitivité sur le marché mondial, d'autre part, leur attractivité sur les marchés financiers, à l'heure où des données comme le respect du client et de l'environnement deviennent essentielles dans le cadre d'« investissements éthiques ». ».

17- Colloque du 26/03/15 organisé par le Centre français de droit comparé – *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*

18- *Les Class actions, Étude de droit comparé entre les droits français et américain* Alexanne Bouvignies- Banque des mémoires, 2011. Page 24 : « Selon Joëlle SIMON, membre du MEDEF, l'action de groupe ne permettrait d'améliorer ni la situation des justiciables ni le fonctionnement de la justice. Il est possible de mettre exergue deux principales dérives des class actions portant soit sur la procédure, soit liées à son usage. La première est d'ordre économique (1), la seconde est d'ordre déontologique (2).»

De manière générale l'organisation patronale s'oppose à la création de l'action collective en droit français avec des arguments divers et variés. Il convient néanmoins d'être beaucoup plus critique que précédemment à l'égard des arguments avancés¹⁹. En effet, on ne peut être arbitre et joueur à la fois. Dans son mémoire de 2011, Alexandra Sieffert-Xuriguera relève opportunément : «L'hostilité des groupes d'intérêts à l'introduction de l'action de groupe vient des représentants des entreprises, le MEDEF tout particulièrement. Le Président de la République a renoncé à réformer cédant à «l'hostilité du MEDEF» selon le groupe socialiste animant le groupe de travail sur le recours collectif. Elle vient aussi de la chambre de commerce et d'industrie de Paris ou d'oppositions individuelles, comme celles des grands patrons [...]»²⁰. De manière générale, toutes les organisations et tous les organismes défendant les intérêts de l'entreprise s'opposent à la création d'une action de groupe en France²¹. On avance souvent que l'action collective serait lésionnaire de l'intérêt des entreprises²² ou de l'économie et l'on va parfois jusqu'à parler de l'intérêt du consommateur lui-même²³.

L'opposition du patronat est par ailleurs largement reconnue par la doctrine²⁴. Il est important cependant de différencier une approche scientifique ou juridique d'un simple positionnement politique, voire corporatiste. Il convient ensuite d'étudier la position du consommateur, qui lui a tout intérêt à faire valoir son droit le plus simplement possible.

Il semble opportun d'opérer une autre distinction ici aussi : consommateurs et associations de consommateurs sont deux choses bien différentes. Le consommateur a intérêt à une solution tranchée par un tribunal, via une procédure simple et rapide pour faire valoir son droit, quand l'association peut avoir d'autres intérêts, comme celui de faire parler d'elle. Emmanuelle Claudel

19- *Les Class actions, Étude de droit comparé entre les droits français et américain* Alexanne Bouvignies- Banque des mémoires, 2011. Page 23 : « A chaque tentative d'introduire une procédure d'action de groupe en droit français, le CNPF puis le MEDEF ont clairement pris position contre une telle réforme. Cette constance dans le refus de cette réforme s'explique par le fait qu'une telle procédure est intrinsèquement viciée. Elle repose sur une philosophie contestable et se révèle impossible à encadrer. Les expériences étrangères démontrent bien qu'elle conduit inévitablement à des abus préjudiciables aux entreprises et à l'économie en général. »

20- *Faut-il introduire des class-actions en droit de la concurrence ?* Alexandra Sieffert-Xuriguera, Banque des mémoires, 2011, Page 30

21- <http://www.un-pour-tous.net/action-de-groupe-expliquee/basique/action-de-groupe-les-acteurs/>

« Le [MEDEF](#) s'est exprimé à maintes occasions en défaveur de l'introduction de l'action de groupe en France : Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques du MEDEF s'est exprimée sur [TVDMA](#) en ce sens. La [CGPME](#) dans son [rapport sur l'action de groupe](#) se dit défavorable à l'instauration d'un tel recours collectif. La [Chambre de Commerce et de l'Industrie de Paris](#) dans une [étude datée de novembre 2012 sur l'action de groupe](#) a exprimé des réserves sur une telle introduction.. »

22- Ce qui est vrai si l'on veut que certaines puissent pratiquer des abus.

23- Joëlle Simon lors du Colloque du 26/03/15 organisé par le Centre français de droit comparé – *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*, disait regretter que les consommateurs ne soient pas assez impliqués dans l'action.

24- *La nouvelle action de groupe* – Vincent Rebeyrol – D. 2014. 940 : « La consécration de cette action de groupe est une bonne chose. Certes, elle s'est toujours heurtée à l'hostilité des organisations patronales, ce qui explique en bonne partie le temps qu'il a fallu pour l'adopter, mais des arguments incontestables militent en sa faveur. »

relève notamment que chacune des « actions de groupe introduites jusqu'ici par les associations agréées a ainsi été annoncée par un communiqué de presse et par un plan média manifestement préparés avec soin et abondamment relayés dans les médias. À titre d'exemple, on a pu comptabiliser 2 300 « retombées presse » le jour de l'introduction de la première action de groupe par UFC-Que Choisir.»²⁵. Le consommateur n'a pas besoin de toute cette attention médiatique, sauf à vouloir faire pression sur la société en question.

De même, lors du colloque du 26 mars 2015, M. Bazot avait critiqué²⁶ le site internet nommé « action civile »²⁷, alors même que ce site prétend, tout comme l'UFC Que Choisir, défendre les intérêts des consommateurs. Ce qui montre bien que même les organismes prétendant avoir un objectif commun (la défense du consommateur, ou plus largement la défense de droits des particuliers) ne sont pas forcément d'accord sur la manière de procéder²⁸.

Quoiqu'il en soit, le législateur français a finalement décidé de créer une action de groupe, ô combien distincte du mécanisme états-unien. Pour exemple, la loi Hamon a décidé de placer en filtre certaines associations. Le consommateur, pour faire valoir ses droits dépend donc de la bonne volonté de ces organismes. Un groupe d'usagers du RER A s'étant organisé autour des pannes trop fréquentes de la ligne a dû demander le soutien de l'association UFC-Que Choisir pour pouvoir faire valoir leurs droits²⁹. Le consommateur se retrouve ainsi inféodé à une association dont les objectifs diffèrent évidemment des siens. Il devient alors difficile de parler d'action collective, Vincent Rebeyrol relève d'ailleurs le problème fort à propos³⁰.

25- *La procédure d'action de groupe explicitée* – Emmanuelle Claudel – RTD com. 2015. 81

26- Colloque du 26/03/15 organisé par le Centre français de droit comparé – *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*

27- <http://www.actioncivile.com/> « Le premier site d'actions collectives pour la défense des consommateurs », site qui ne concerne pas les actions de groupe néanmoins, même s'il prétend défendre les intérêts des consommateurs.

28- En notant néanmoins que l'UFC Que choisir est une association à but non lucratif, quand le site compte se rémunérer sur les transactions opérées.

29- <http://www.franceinfo.fr/vie-quotidienne/transports/article/rer-ufc-que-choisir-refuse-l-action-de-groupe-651515>
« Agacé par les pannes récurrentes sur la ligne, un collectif d'usagers du RER A a demandé le soutien de l'association UFC-Que Choisir pour mener une action de groupe en justice. Les deux parties vont se rencontrer pour en discuter.

Exaspérés par les retards, dysfonctionnements et trains supprimés, les usagers du RER A ont décidé de prendre les choses en main. Un collectif de voyageurs de la ligne la plus fréquentée de France avaient décidé d'adresser un courrier à l'UFC Que Choisir fin janvier. Il se référait alors à [la loi Hamon de mars 2014](#) et la possibilité de lancer une action de classe.

L'association, habilitée pour saisir la justice, va rencontrer le "Collectif des voyageurs des gares de Houilles-Carières-sur-Seine et de Maisons-Laffitte" pour "étudier le dossier et les possibilités d'action" selon un tweet. »

30- *La nouvelle action de groupe* – Vincent Rebeyrol – D. 2014. 940

« D'abord, force est de constater que l'association disposera d'un pouvoir discrétionnaire pour choisir les actions de groupe qu'elle portera devant les tribunaux. L'association pourra ainsi considérer qu'une procédure est intéressante, parce qu'elle aura des retombées politiques et médiatiques, et au contraire écarter des demandes de victimes tout aussi fondées mais qui présentent moins d'intérêt pour elle. Si une telle position se comprend parfaitement du point de vue de l'association, elle est indéfendable du point de vue des victimes qui n'ont pas à faire les frais d'un « tri » stratégique opéré par les associations. »

Aux États-Unis, c'est dans les années 60 que les *class actions* ont pris tout leur sens quand l'avocat Ralph Nader a commencé à mener des actions collectives dans l'intérêt de certains consommateurs. C'est uniquement ensuite que le mécanisme de la *class action* s'est élargi à d'autres domaines tel que le droit de la concurrence, le droit boursier, les produits défectueux et les autres types de responsabilité³¹.

Les avocats sont évidemment des acteurs incontournables de l'action collective. Que ce soit en matière de droit de la consommation, droit de la concurrence, droit de la santé ou encore droit du travail, la technicité du sujet amènera inévitablement l'association française à se tourner vers un ou plusieurs avocats.

La quantité de travail pose d'ailleurs question en France au regard de la taille des cabinets français. En effet, aux États-Unis les cabinets gigantesques tel que *Baker & McKenzie* n'ont aucune difficulté à affecter les ressources humaines et financières nécessaires au traitement d'une telle charge de travail. En France, l'organisation de la profession se fait autour de cabinets de petites tailles et un cabinet ne comportant que cinquante personnes peut être considéré comme étant un cabinet de taille importante. Pour rester sur le même exemple, *Baker & McKenzie* emploie plus de 4200 avocats dans le monde. Sur ce point, on peut parfaitement imaginer une transformation de la profession d'avocat français pour répondre à certaines actions collectives dont on sait que certaines peuvent atteindre un nombre de membres colossal.

L'intérêt pour les avocats français est énorme et a été prouvé par le parcours américain. Le marché peut être extrêmement lucratif. Dans l'affaire *Enron Securities Case*, les honoraires d'avocat s'étaient élevés à 688 millions de dollars, soit 10% de ce qui avait été obtenu au total³². Néanmoins, en France, le pacte de *quota litis* (contrat permettant de fixer la rémunération de l'avocat en fonction du résultat qu'il aura obtenu pour son client, en fonction d'un pourcentage bien souvent), est interdit³³.

Pourtant ce mécanisme peut permettre aux personnes les plus pauvres d'accéder à la justice facilement. Même des personnes aux revenus moyens, inéligibles aux aides judiciaires, hésiteront bien souvent à intenter un procès du fait des frais d'avocat. Ce système permet à un cabinet d'avocats ayant suffisamment de moyens de défendre les dossiers qu'elles estiment porteurs³⁴. Il peut être vu également comme un filtre utile pour la justice étatique puisque les cabinets n'amèneront devant les juridictions que les dossiers les plus pertinents.

31- *Les class actions, Étude de droit comparé entre les droits français et américain* Alexanne BOUVIGNIES- Banque des mémoires, 2011. Page 11

32- Cheol Hee Park, *Desirable attorney's fee assessment in class action*, Harvard Law Library, 2009, page 3

33- Article 10 de la loi du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 1991

34- Mais aussi les plus susceptibles de faire gagner beaucoup d'argent

L'appréciation de ces différentes règles varient. Yann Utzschneider écrit : « Les principaux travers de la procédure de la *class action* américaine sont avant tout liés à certaines règles processuelles, expressément exclues par la recommandation précitée de la Commission, tels que les honoraires de résultats (*contingency fees*) ou les dommages-intérêts punitifs (*punitive damages*). »³⁵. Jusqu'à il y a peu, le démarchage par un avocat était aussi une différence notable entre les deux systèmes puisque la loi américaine le permettait quand la loi française l'interdisait. Néanmoins, désormais et sous certaines conditions, le démarchage est autorisé aux avocats français par un décret du 28 octobre 2014³⁶.

Le rôle des médias en France dans le cadre de l'action de groupe n'est pas encore clairement déterminé. On sait qu'ils seront utilisés comme ils le sont aux États-Unis pour informer les victimes de l'existence d'une action collective. Cependant, on sait aussi qu'ils ont intérêt à l'existence de ce mécanisme ne serait-ce que pour faire de l'audience. En effet, le nombre de plaignants, les sommes demandées et les conduites parfois excessives des entreprises constituent du pain béni pour les chaînes d'informations, sites internet et autres médias.

On peut même imaginer certaines affaires dans lesquelles les journaux ne se contentent pas d'un rôle passif observateur mais se comportent en véritables initiateurs de l'action via le journalisme d'investigation.

Le mécanisme créé par la loi Hamon est très particulier puisque celui-ci est réservé au droit de la consommation, à une relation consommateur/professionnel et nécessite l'action d'une association³⁷.

Les deux mécanismes, tant par leurs modes de fonctionnement que par leurs contextes, sont totalement différents. Le modèle américain est permissif, incitatif et accepte l'action collective au sens large. Le modèle français, par opposition, est restrictif, peu incitatif et n'a pour l'instant accepté l'action collective que dans un domaine, même si l'on a vu que le législateur prévoit de multiplier les actions de groupe. Ce dernier point est d'importance, puisqu'il témoigne de l'approche particulière choisie par le législateur français : l'atomisation programmée de l'action de groupe. En effet, au lieu de créer une action de groupe applicable à certaines matières, il a choisi de créer plusieurs actions de groupe, chacune devant trouver sa place dans son Code respectif. Lors du colloque auquel j'avais eu la chance d'assister, Loïc Cadet, dans les propos introductifs critiquait le

35- *L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en œuvre complexe* – Yann Utzschneider – Costanza Mussi – AJCA 2014. 222

36- Décret n° 2014-1251 du 28 octobre 2014 relatif aux modes de communication des avocats

37- Article L423-1 du Code de la consommation

fait que l'action de groupe, mécanisme processuel, se trouve dans le Code de la consommation au lieu du Code de procédure civile³⁸. En effet, s'il est vrai que l'action de groupe touche au droit de la consommation par son objet, rien n'interdisait de la mettre dans ledit Code, choix bien plus logique en ce qui concerne l'organisation des lois. A titre d'exemple, le législateur portugais a inclus le recours collectif dans la constitution, le considérant comme un droit fondamental, quand le modèle espagnol est introduit par la *Ley de enjuiciamiento civil* (qui réunit les règles procédurales en matière civile en Espagne)³⁹.

En réalité, ce colloque du 26 mars 2015 a été pour moi l'occasion de réaliser combien cette nouvelle loi ne faisait pas l'unanimité. Véronique Magnier, Professeur à l'Université Paris Sud, évoquait les deux écueils à éviter en légiférant en la matière : faire un texte trop réduit ou faire un texte trop large, avec selon elle un risque de faillites des entreprises dans le deuxième cas⁴⁰. Pourtant, s'il s'agit d'un risque de faillites d'entreprises n'ayant pas respecté la loi, il n'est pas permis de parler de risque : il s'agit d'un corollaire du principe selon lequel la loi doit être respectée. Bernard Vatier, Avocat à la Cour, rappelait le mécanisme de l'action en représentation conjointe qui date de 1993, soutenant que la création de l'action de groupe n'était de ce fait pas nécessaire⁴¹. Pourtant, une différence fondamentale existe entre les deux mécanismes puisque le mandat n'est pas requis pour l'introduction d'une action de groupe alors qu'il l'est pour la représentation conjointe.

Alain Bazot, Président de l'UFC Que choisir, était beaucoup moins critique de par sa position. Il rapporte notamment que la première action de groupe a été ouverte par son association le jour de l'entrée en vigueur de la loi, le premier octobre 2014⁴².

A l'opposé, Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques du MEDEF parle d'action de groupe « sans groupe », critiquant le fait que l'on puisse faire une action de groupe à deux. En effet, si le décret du 24 septembre 2014 n'avait pas répondu sur ce point, la circulaire du 26 septembre 2014 précisait que deux consommateurs suffisaient pour une action de groupe.

Elle dit aussi regretter que les consommateurs ne soient pas assez impliqués dans l'action⁴³. Sur ce dernier point, il est vrai que l'intervention de l'association pose question. Une explication est donnée par Daniel Mainguy : l'exclusivité « de l'action des associations agréées de consommateur » permettrait de faire le filtre entre les demandes sérieuses et celles qui ne le sont pas⁴⁴. Le

38- Colloque du 26/03/15 organisé par le Centre français de droit comparé – *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*

39- *Ibid.*, Clara Hervás Hermida, avocate au Barreau de Madrid.

40- *Ibid.*

41- *Ibid.*

42- *Ibid.*

43- *Ibid.*

44- Daniel Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Lextenso éditions,

consommateur n'est donc plus seulement infantilisé dans les règles de droit matérielles, il l'est également dans les règles de droit processuelles.

Outre-atlantique, nul besoin pour les auteurs de faire de la projection pour critiquer un système qui a déjà montré ses limites via certains excès. On peut relever notamment la pratique de *predatory class actions* dans lesquelles des avocats vont chercher à monter des *class actions* dans le simple but de pousser l'entreprise à la négociation et donc au paiement des honoraires de manière rapide⁴⁵. Ainsi, le *Class Action Fairness Act* de 2005 a introduit certaines mesures pour limiter les abus de certains avocats. Le nouveau paragraphe 1712 du Titre 28 du Code des États-Unis dispose que « dans le cas où est atteint un accord pour mettre fin à une class action et la réparation du dommage de la classe consiste en la concession de coupons de discount, les honoraires de l'avocat devront se calculer sur la valeur des coupons de discount qui » ayant été obtenus⁴⁶. Ce système permet de forcer les avocats à négocier dans l'intérêt des consommateurs. Par ailleurs, l'accord consistant en la concession de coupons peut être étudié par un expert indépendant avant l'approbation judiciaire apportée par le juge, pour assurer que l'accord soit d'une certaine valeur pour les membres de la classe⁴⁷.

Le système des dommages punitifs a aussi été largement critiqué, des deux côtés de l'Atlantique. Pour exemple, une décision de 1993 établissait un ratio de 526 à 1 entre les dommages punitifs et les dommages compensatoires⁴⁸.

Ce système des dommages punitifs et leur mesure est étroitement lié au mécanisme de la *class action*. En effet, si les dommages punitifs dans une action individuelle peuvent être particulièrement dommageables pour une entreprise, ceux-ci peuvent s'avérer dévastateurs dans le cadre de *class actions* qui réunissent parfois des centaines de milliers de personnes⁴⁹. Dans l'affaire *Enron*, les dommages et intérêts se sont élevés à plus de 7 milliards de dollars⁵⁰, dont 688 millions sont passés en honoraires dus aux avocats ayant porté le dossier⁵¹. On retiendra cependant que cette somme correspondait à moins de 10% de ce qui avait été obtenu par les avocats. Néanmoins, de 2000 à 2006, les honoraires en matière de class action sont passés d'une moyenne de 3,6 millions de

2014, page 57.

45- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 57 : « Les dénonciations de chantage aux entreprises sont fréquentes, changeant le prédateur en charognard. »

46- *Ibid.*, page 59.

47- 28 U.S.C.A. 1712(d)

48- *TXO Production Corp. v. Alliance Resources (92-479)*, 509 U.S. 443 (1993). Il s'agissait en l'espèce de sanctionner une pratique volontairement nuisible.

49- *Wal-Mart v. Dukes (10-277)*, 564 U.S. (2011). Cette action incluait environ 1,6 millions de femmes travaillant ou ayant travaillé à Wal-mart.

50- <http://securities.stanford.edu/top-ten.html>

51- Cheol Hee Park, *Desirable attorney's fee assessment in class action*, Harvard Law Library, 2009, page 3.

dollars à 6 millions⁵².

Les exemples américains sont frappants et le juriste français répugne bien souvent à regarder avec intérêt les constructions états-uniennes en la matière. Pourtant, le mécanisme de la *class action* comme le pacte de *quota litis*, ou encore les dommages punitifs sont autant de mécanismes incitatifs, poussant les personnes concernées à faire valoir leurs droits. Stéphane Rousseau, professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal, retient plusieurs aspects positifs de la *class action* dans une approche économique. Il souligne tout d'abord que l'aspect collectif du dommage est un point important. Ainsi, l'action collective permet d'éviter une duplication inutile des causes et opérant ainsi une économie d'échelle. Notamment, pour les préjudices de moindre importance, on a parfois des coûts qui sont supérieurs aux potentiels dommages et intérêts. L'action collective permet de faire baisser les coûts et donc de réparer aussi les petits préjudices⁵³.

Vincent Rebeyrol relève ce concept de faute lucrative qui consiste « pour un acteur économique, à méconnaître sciemment la règle de droit en faisant le calcul qu'il en retirera un profit supérieur à celui qu'il dégagerait en appliquant cette règle (par ex., en méconnaissant des obligations contractuelles dont la violation n'a qu'une implication financière très faible pour chaque consommateur, lequel n'exercera aucune action, dissuadé par la lourdeur, la longueur et le coût d'une procédure solitaire, alors que, pour l'industriel, les profits cumulés seront colossaux) »⁵⁴. On ne peut donc soutenir que faire un recours collectif pour de petits dommages est frivole.

On peut aussi avancer le gain de temps, d'argent et d'énergie pour la justice étatique qui n'a pas à traiter des centaines de fois, des cas extrêmement similaires ayant une cause commune. De manière générale, on réalise que l'action collective a une réelle utilité. Il s'agit simplement de trouver le juste paramétrage : dommages punitifs, *contigent fee*, *opt in* ou *opt out*, moment de la constatation de la responsabilité dans la procédure, champ d'application du mécanisme (consommation, santé, environnement, etc.).

Entre *class action* états-unienne et action de groupe à la française, quel paramétrage pour une action collective équilibrée ?

52- *Ibid.*

53- Colloque du 26/03/15 organisé par le Centre français de droit comparé – *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*

54- *La nouvelle action de groupe* – Vincent Rebeyrol – D. 2014. 940 : « Enfin, l'action de groupe est, à l'évidence, un moyen de rétablir une certaine *égalité au cours du procès*. Elle permet ainsi de remédier à une disparité de ressources, par mutualisation des moyens, entre des victimes qui sont souvent de simples particuliers et les défendeurs qui sont souvent des entreprises dotées d'une surface financière beaucoup plus importante. »

Pour répondre à cette interrogation, j'ai choisi de confronter dans un premier temps les deux systèmes et d'en étudier les mécanismes. Ensuite, il s'agissait de constater les dysfonctionnements constatés ou prévisibles des deux systèmes pour commencer à imaginer le mécanisme le plus adapté pour la France.

Ainsi, dans un premier Titre seront étudiés les mécanismes des deux actions collectives (Titre I). Ensuite, en nous basant sur les problèmes posés par les deux créations juridiques dans leur pratique principalement, nous nous pencherons sur l'action collective idéale pour le système français (Titre II).

Titre I – Deux mécanismes d'action collective aux antipodes

Les conditions de la *class action* sont fixées par la *Rule 23*. Celle-ci établit une procédure fonctionnelle assez simple (I). En revanche, les conditions pour une action de groupe à la française sont multiples et sa procédure complexe (II).

Chapitre I - Les conditions limitées d'une *class action* à la procédure fonctionnelle

La procédure suivie par la *class action* est clairement expliquée et conditionnée par la Règle 23 dont la certification est certainement la phase la plus importante (I). La preuve y est régie par le système particulier de la *discovery* quand l'issue d'une *class action* est bien souvent une transaction (II).

I- Les phases et conditions de création de la classe

A- La compétence des juridictions fédérales en matière de *class actions*

Les Cours des États sont en général considérées comme étant les juridictions de droit commun en la matière⁵⁵. Il convient tout d'abord de préciser dans quelles situations les juridictions fédérales emportent la juridiction sur les juridictions fédérées. Le *Class Action Fairness Act (2005)* s'applique en fait aux classes contenant au moins 100 membres, réclamant plus de 5 millions de dollars, avec au moins un plaignant ou membre de la classe venant d'un État différent d'un des défendeurs. Si ces conditions sont remplies, les Cours fédérales ont la juridiction, sinon, la *class action* doit passer devant les Cours d'États. Ces seuils qui ont été abaissés en 2005 peuvent être problématiques pour les citoyens américains vivant dans des États ne connaissant pas de mécanisme de *class action* au niveau fédéré.

D'autant que les exceptions existent en la matière. Notamment, si plus des deux tiers des membres de la classe proposée sont citoyens du même État, qu'au moins un défendeur est citoyen

55- - Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 39.

de l'État en question, que la conduite du défendeur en question constitue une base significative à la requête, que la classe recherche une compensation significative de ce défendeur, que les préjudices principaux se sont déroulés dans l'État concerné et qu'au moins une *class action* a été faite dans les trois dernières années avec des faits similaires contre ces défendeurs, alors l'exception s'applique et il n'y a pas de compétence pour les juridictions fédérale mais compétence pour la juridiction fédérée⁵⁶.

Bien plus simple, si plus des deux tiers des membres de la classe proposées sont citoyens d'un État en particulier et que le ou les défendeurs principaux sont citoyens de l'État en question, alors l'exception s'applique aussi et la *class action* devrait être faite devant une juridiction d'État et non une juridiction fédérale⁵⁷. D'autres exceptions existent en la matière et la réforme de 2005 pousse les plaignants comme les défendeurs à établir des stratégies poussées en la matière du fait d'une législation probablement trop complexe⁵⁸. Certains auteurs⁵⁹, parlent sur ce point de « jungle » quand il s'agit d'approcher les exceptions créées par le *Class action Fairness Act*, tant leur compréhension en est difficile.

Pour exemple, on trouvera des situations dans lesquelles le plaignant essaiera de montrer que le montant de la controverse est inférieur à 5 millions de dollars et le défendeur essaiera de montrer que le montant est supérieur à cette somme⁶⁰. Jeu dangereux pour le défendeur qui risque de voir ressortir ses propres arguments ultérieurement s'il parvient à faire passer l'affaire devant des juridictions fédérales. Une autre tactique consiste, en tant que plaignant, à soutenir devant la juridiction que les seuils ne sont pas atteints (notamment le seuil des 5 millions de dollars), pour pousser la partie adverse à soutenir le contraire et s'en servir contre elle ultérieurement⁶¹.

De même, sur la condition de nombres de plaignants (100 membres), l'articulation avec la phase de certification (ultérieure) pose problème puisque cette dernière peut parfaitement amener à la certification d'une classe de moins de 100 membres. Dès lors, la juridiction se retrouverait compétente pour une classe certifiée de moins de 100 membres qu'elle avait initialement acceptée justement parce qu'elle pensait que la classe serait égale ou supérieure à ce nombre. En général sur ce point les Cours répondent de manière pragmatique : le résultat de la certification n'a pas d'effet sur l'attribution antérieure de la compétence fédérale⁶².

56- 28 U.S.C § 1332(d) (4) (A)

57- 28 U.S.C § 1332(d) (4) (B)

58- Gregory C. Cook et Jocelyn D. Larkin, *The Class Action Fairness Act, Law and Strategy*, American Bar Association, Section of Litigation, 2013, page 18

59- Jordan Elias, Dean Harvey, Glenn Merten et Ben Seessel, *The Class Action Fairness Act, Law and Strategy*, American Bar Association, Section of Litigation, 2013, page 149

60- Gregory C. Cook et Jocelyn D. Larkin, *The Class Action Fairness Act, Law and Strategy*, American Bar Association, Section of Litigation, 2013, page 120

61- *Ibid.*, page 135

62- *Ibid.*, page 132

C'est probablement la condition de diversité qui pose le moins de problème, car c'est la moins subjective⁶³. Il s'agit en effet simplement de démontrer qu'au moins un membre de la classe est citoyen d'un autre État que celui d'un des défendeurs.

Outre les trois conditions posées par le législateur américain, existe une quatrième condition qui semble évidente certes, mais qui a posé de nombreux problèmes tant au législateur qu'au juge outre-Atlantique. En effet, pour que la juridiction fédérale soit compétente en la matière, l'action doit être une *class action*. La définition est donnée par le Code états-unien mais n'a pas empêché les tergiversations en la matière⁶⁴. De même pour ce qui est d'atteindre le seuil des cinq millions de dollars, les différentes juridictions ont des opinions divergentes en la matière. En général, seront inclus principalement dans le montant de la controverse : les dommages actuels et consécutifs, les dommages punitifs, les honoraires des avocat⁶⁵. A l'inverse, en seront exclus les intérêts notamment.

En général, les plaignants préfèrent passer devant des juridictions fédérales quand les défendeurs privilégient les Cours des États. Pour le plaignant, la certification est parfois plus facile à obtenir devant une juridiction fédérale que devant la Cour de son État. Les Cours fédérales seraient également plus rapides et la gestion de la procédure de *discovery* y serait également plus efficace⁶⁶. Par ailleurs, et ne serait-ce que pour la mauvaise publicité, il est préférable pour une société d'éviter la couverture médiatique nationale, favorisée par le prestige des Cours fédérales.

Une fois la compétence fédérale reconnue, la classe voulant faire valoir ses droits doit être reconnue en tant que telle. C'est ce que l'on appelle la phase de certification.

B- Les phases de pré-certification et de certification

Le mécanisme de la *class action* commence véritablement par la phase de pré-certification. Il s'agit de vérifier que la classe a été définie de manière précise (définition littéraire qui ne doit être ni trop large au risque d'inclure des personnes non concernées, ni trop étroite au risque de ne pas avoir assez de poids devant la juridiction) et que la demande soit administrativement faisable⁶⁷. En effet, dans l'hypothèse où la *class action* implique un fardeau impossible à porter pour l'administration ou la Justice américaine, les juridictions peuvent décider de refuser la *class action*⁶⁸. Une *class action* incluant de nombreuses personnes n'ayant pas subi de dommage du fait du

63- *Ibid.*, page 142

64- *Ibid.*, page 72-73

65- *Ibid.*, page 98

66- *Ibid.*

67- Marcy Hogan Greer, *A Practitioner's Guide to Class Actions*, American Bar Association, 2010, pages 47-48

68- *Ibid.*, page 51.

défendeur sera également écartée⁶⁹.

On notera que la *discovery* existe déjà au stade de la pré-certification. Elle permet d'évaluer la pertinence de la *class action* en vue d'une certification (phase suivante)⁷⁰.

La phase de certification est centrale puisqu'elle est soit rejetée, et dans ce cas, s'en est finie de la *class action*, soit acceptée et la pression sur le défendeur devient très importante, les possibilités d'appel étant par ailleurs réduites⁷¹. Le plaignant aura donc tout intérêt à banaliser la phase de la certification, en soulignant notamment que la dé-certification reste une possibilité, quand la certification va être soulignée comme un phase cruciale par le défendeur⁷². Ainsi, dans la pratique, bien que vérifiant une par une les conditions, le plaignant soulignera combien il est facile pour son affaire de remplir les différentes conditions posées par la loi américaine⁷³. Dans son opposition à la certification, le défendeur soutiendra la diversité des cas des membres de la classe, quand le plaignant soulignera l'unicité. A l'inverse du plaignant, le défendeur cherchera à rejeter point par point les différentes conditions qui doivent être remplies pour la certification⁷⁴.

Quoiqu'il en soit, le rejet de la certification via la Règle 23 ne signifie pas l'impossibilité de faire une action à titre individuel⁷⁵. En effet, la certification consiste à déterminer non les mérites de la cause mais ceux de la classe à exister en tant que telle.

En réalité, la certification d'une *class action* peut être bénéfique au défendeur (tout comme au système judiciaire) puisque celui-ci a intérêt à ne pas atomiser ses efforts sur des milliers de fronts pour pouvoir assurer correctement sa propre défense⁷⁶. Cette phase connaît un certain nombre de conditions.

C- Les conditions de la certification

En principe, lors de la phase de certification dont les conditions seront exposées ci-dessous, les Cours ne doivent pas se pencher sur les mérites de la *class action*⁷⁷. Pourtant, dans la pratique, les tribunaux de circuits se pencheront bien souvent sur ces mérites, en faisant par exemple appel à

69- *Ibid.*, page 52.

70- Brian Anderson, Andrew Trask, *The class action playbook*, Oxford, 2010, page 115.

71- *Ibid.*, page 134.

72- *Ibid.*, page 137.

73- *Ibid.*, pages 141 à 148.

74- *Ibid.*, page 151.

75- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 27.

76- Brian Anderson, Andrew Trask, *The class action playbook*, Oxford, 2010, page 14.

77- *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* 417 U.S. 156 (1974)

différents experts au cours de cette phase⁷⁸.

La Règle 23 des Règles fédérales de procédure civile (Règle 23) dispose que pour qu'un membre d'une classe ou plusieurs, agissent en défense ou en action pour le compte de toute une classe il faut :

- Que la classe soit si nombreuse que joindre tous les membres soit impossible (*Numerosity*).
- Qu'il y ait des questions de droit ou de fait qui soient communes à toute la classe (*Commonality*).
- Que les prétentions (en défense ou en action) des représentants de la classe soient les mêmes que celles de la classe dans son ensemble (*Typicality*).
- Que les représentants représentent de manière adéquate et juste les intérêts de la classe (*Adequacy of representation*).

Il s'agit d'un mécanisme souple puisque les demandeurs comme les défendeurs peuvent former une classe.

Sur le critère de *Numerosity*, on relèvera que selon les circuits et les contextes, des *class actions* de 13 personnes ont été acceptées quand d'autres de 300 ont été refusées⁷⁹. Le critère est donc assez flou.

En ce qui concerne la condition de *Commonality*, les sociétés ou autres personnes faisant l'objet d'une *class action* essaieront bien évidemment de prouver que cette condition n'est pas remplie. On essaiera de démontrer notamment que les situations sont si différentes qu'elles nécessitent chacune un traitement différencié. L'entreprise a intérêt à agir ainsi pour de petits dommages car si elle parvient à ses fins, l'action une fois devenue individuelle perd généralement tout intérêt économique.

La condition de *Typicality* permet de s'assurer que l'action pour protéger le « droit individuel de l'acteur servira à la protection du problème commun qui affecte le groupe. »⁸⁰ On notera sur ce point que le fait que les membres de la classe recherchent la réparation de dommages différents n'empêchera pas la certification de la classe⁸¹. Par ailleurs, il est beaucoup plus complexe pour la personne qui fait l'objet d'une *class action* de jouer sur cette condition. En effet, la partie représentative peut toujours « être substituée par un autre membre de la classe »⁸².

78- Marcy Hogan Greer, *A Practitioner's Guide to Class Actions*, American Bar Association, 2012
supplement, pages 8 et 9

79- Marcy Hogan Greer, *A Practitioner's Guide to Class Actions*, American Bar Association, 2010, pages 58 et 59

80- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, pages 20-21

81- http://www.dgslaw.com/images/materials/Rule23_ClassActions.pdf

82- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 21

Enfin, l'*Adequacy of representation*, constitue sans doute le vrai critère de contrôle concernant la partie prétendant représenter les intérêts de la classe dans son ensemble. En effet, il ne s'agit pas seulement de contrôler la capacité du représentant à mener à bien cette action mais on tiendra aussi compte des « facteurs exogènes » qui peuvent intervenir dans la recherche d'une « défense zélée des intérêts de la classe »⁸³.

A ces conditions s'ajoutent d'autres conditions variables selon le type de *class action* choisi par la classe.

D- Des conditions supplémentaires variables selon le *remedy* pour accéder à la certification

Le paragraphe (b) de la Règle 23 porte lui sur les différents types de *class actions* qui connaissent chacune des conditions spécifiques. Il existe ainsi trois types de *class actions*.

Le premier paragraphe de la Règle 23 (b) dispose qu'une *class action* peut être maintenue si poursuivre des actions séparées créerait un risque de décisions incohérentes ou différentes pour les membres de la classe établissant ainsi des standards de conduite incompatibles pour la partie s'opposant à la classe ou un risque de décisions qui léseraient les intérêts des parties ne prenant pas part aux actions individuelles exercées par les autres ou qui gêneraient ou empêcheraient leur action en la matière. C'est donc la contrariété de différentes décisions que l'on cherche ici à éviter.

Le deuxième type de *class actions* est assez évocateur en cela que c'est la simple nécessité du *remedy* qui est posé comme condition au maintien de la *class action*. Il faut que la partie s'opposant à la classe ait agi ou refusé d'agir sur un terrain légal particulier de manière à rendre nécessaire une injonction de faire ou de ne pas faire.

Le troisième type de *class actions* concerne celles dans lesquelles les plaignants recherchent une réparation sous forme de dommages et intérêts (la plus prisée donc). Il s'agira dans ce cas de prouver la prédominance des questions communes (légales ou factuelles) sur les questions individuelles. Il faudra également démontrer que la *class action* est supérieure à toute autre méthode pouvant être utilisée pour résoudre ce conflit⁸⁴. Cette dernière condition est d'importance quand il s'agit de certifier une classe multinationale. En effet, la certification devient alors plus difficile puisqu'il s'agira de montrer que la *class action* états-unienne est supérieure non pas seulement à tous les mécanismes existant aux États-Unis, mais également dans le ou les pays concernés par la procédure⁸⁵.

83- *Ibid.*, page 22

84- Brian Anderson, Andrew Trask, *The class action playbook*, Oxford, 2010, page 38

85- *Ibid.*, page 264

Ces conditions supplémentaires permettront évidemment à la personne faisant l'objet d'une *class action* d'essayer d'éviter la formation de la classe.

Sur ce point, le choix du *remedy* est important puisque le fait de choisir une injonction plutôt que les dommages-intérêts place la situation sous la Règle 23 (b) (2) plutôt que sous la (3) que nous avons pu détaillée. Il n'y a donc pas à remplir les conditions plus tôt évoquées de prédominance et supériorité⁸⁶. Cependant, la classe ne pourra alors plus prétendre à une réparation pécuniaire mais seulement à une injonction, alors même que l'argent est le nerf de la *class action* américaine. Il s'agit donc d'un tournant important de la certification à double titre : les conditions et la difficulté à remplir chacune d'entre elles varient selon ce que la classe aura choisi, mais c'est également le *remedy* qui changera selon le paragraphe que l'on choisira pour faire certifier la *class action*. Les avocats payés au pourcentage auront tout intérêt à choisir le paragraphe (3) et de convaincre les membres de la classe de son utilité. A l'inverse, les avocats payés à l'heure auront peut-être intérêt à choisir le paragraphe (2) si celui-ci répond à la situation puisque ces conditions semblent moins difficiles à remplir que celles du paragraphe (3).

Enfin, on peut relever un dernier type de classe, différente des trois autres non parce qu'elle poserait des conditions supplémentaires comme les trois premières mais parce qu'elle est constituée des défendeurs et non des plaignants. Dès 1853, la Cour suprême des États-Unis accepte une *defendant class action*⁸⁷. Le nombre de *defendant classes* est bien entendu inférieur aux classes composées par les plaignants. Néanmoins, la pratique est assez commune en matière financière ou encore dans le domaine administratif⁸⁸. Pour exemple, en 2005, l'archidiocèse de Portland était mis en faillite et c'est ainsi que de nombreuses personnes (notamment les donateurs) s'étaient regroupés dans une classe unique en vue d'exclure leurs biens collectifs des procédures à venir de la part des crédateurs⁸⁹.

Il convient de souligner que cette pratique, bien que ne correspondant pas à l'image que peut se faire le néophyte de la *class action*, est soumise aux mêmes conditions qu'une *class action* formée de plaignants et ses membres conservent bien évidemment la possibilité de s'exclure de la classe en *opting out*⁹⁰.

86- *Ibid.*, page 79

87- *Smith v. Swormstedt*, 57 U.S. 288, 16 How. 288, 14 L. Ed. 942 (1853)

88- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 107

89- <http://www.thefreelibrary.com/Archdiocese+of+Portland+to+Notify+Parishioners+of+Class+Action...-a0135431266>

90- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 109

Une fois ces conditions remplies, la *class action* peut être certifiée et l'on passe alors à la phase de jugement. En réalité, la grande majorité des *class actions* n'iront pas jusqu'au jugement mais simplement en transaction car les avocats comme les entreprises ont intérêt à cette pratique largement admise outre-atlantique.

II- Modalités et issue de la *Class action*

A- La *discovery* comme mode de preuve

La *discovery* est omniprésente dans la *class action*. En effet, celle-ci peut intervenir avant la certification, pendant la certification, et après la certification. Elle permet plusieurs points pour ses auteurs : obtenir des informations de l'adversaire qui sont nécessaires pour gagner l'affaire, tester par les faits les allégations de son opposant, faire dépenser de l'argent à l'adversaire (dans un sens ou dans l'autre), etc. Ce dernier point permet d'ailleurs aux plaignants de faire pression sur le défendeur quand le nombre de plaignants est véritablement élevé⁹¹. Ainsi, le défendeur étant bien souvent une entreprise, celle-ci aura intérêt à donner le moins d'informations possible, et donc à définir le plus largement la notion d'information confidentielle. A l'inverse, les plaignants étant souvent des particuliers ont plus intérêt à noyer le défendeur dans l'information⁹². Cette dernière technique est très souvent utilisée par les deux parties.

La *discovery* implique des questions, des demandes de documents (très intéressantes pour le plaignant face à une entreprise), des requêtes en admission (demander au défendeur d'admettre certains faits ou de les nier), déposition des parties, de témoins ou d'experts. La *discovery* est un jeu risqué pour le défendeur, c'est lui qui a plus à craindre de la découverte d'informations⁹³.

La *discovery* a cela de particulier qu'elle accepte la preuve et la recherche de preuves de manière très large. Elle inclut ainsi la recherche de preuves qui ont seulement comme potentialité d'être pertinente pour l'affaire. Certains aspects échappent tout de même à la *discovery*. C'est le cas notamment de tout le travail ayant été fait en préparation de l'affaire en question mais aussi de toutes les communications entre l'avocat et son client. Une recherche de preuve peut par ailleurs être refusée si elle suppose des coûts trop élevés.

Toujours est il que la *discovery* états-unienne est si large qu'elle détermine bien souvent l'issue de la cause. En effet, à la fin de la *discovery* les deux parties connaissent leurs forces et leurs faiblesses, celles de leur adversaire et savent que l'adversaire sait. C'est ainsi que bien souvent ce

91- Brian Anderson, Andrew Trask, *The class action playbook*, Oxford, 2010, page 116

92- *Ibid.*, pages 116-117

93- *Ibid.*, pages 118 à 128

mécanisme amène les parties à transiger directement pour éviter le coût d'un procès qui s'avère dès lors inutile⁹⁴.

Au niveau fédéral, dans la pratique bien souvent, ce sont les parties qui dirigent une *discovery* qui ne sera que supervisée par le juge (nous sommes dans un système accusatoire)⁹⁵. La principale critique apportée au système de *discovery* n'est peut-être pas combien cette recherche de preuve peut être large comparée à d'autres pays tel la France, mais bien son aspect dilatoire. Ainsi, ce sera bien souvent la partie la plus faible (en termes d'arguments) qui utilisera largement la *discovery* pour faire gagner du temps à son camp, en faire perdre à l'autre ainsi qu'éventuellement de l'argent. La partie en question aura intérêt à produire le plus d'éléments possibles, non pertinents bien évidemment, et à demander de l'autre côté des informations de tous genres, massivement⁹⁶.

Dans la situation plus précise de la *class action*, on aura bien souvent opposés une entreprise à un certain nombre de consommateurs. Les informations détenues par le consommateur seront minimales quand celles détenues par l'entreprise seront d'importance. L'entreprise tentera donc systématiquement de noyer les avocats de la classe dans l'information pour gagner du temps et multiplier les fausses pistes. La *discovery* peut même être vue à certains égards comme un levier pour le défendeur, une manière d'accéder à la transaction via le poids de l'information. C'est ainsi que bon nombre des *class actions* ne passeront pas par la phase du procès mais par celle de la transaction, puis de l'accord.

B- Les phases post-certifications et l'issue de la *class action*

Le paragraphe (c) précise que la juridiction doit décider « dès que possible » si la *class action* doit être maintenue ou non. Par ailleurs, il est précisé que la décision de maintenir une *class action* peut être amendée ou modifiée à l'avenir (avant la décision sur le mérite cependant).

Notification doit être faite à tous les membres de la *class action* qui peuvent être identifiées avec des efforts raisonnables. La notification leur précise qu'ils peuvent s'exclure de la classe (mécanisme d'*opting out*) dans un délai limité. Le jugement concernera donc tous les membres de la classe qui n'ont pas signifié leur volonté d'être exclu de la classe et dont la Cour a décidé qu'ils étaient membres de la classe. On notera par ailleurs que la subdivision en sous-classes est permise, quand la situation le requiert.

Sur ce point, on doit relever que la *class action* est un mécanisme d'*opting out* que je qualifierais de potentiellement exclusif : la classe inclut toutes les personnes ayant subi un

94- http://en.wikipedia.org/wiki/Discovery_%28law%29

95- *Ibid.*

96- *Ibid.*

dommage par le fait commun, à l'exception de celles ayant fait savoir dans les délais qu'elles ne voulaient pas en faire partie. La limite du système est évidente : ces « efforts raisonnables » sont les seuls acceptables pour que le système ne devienne pas trop onéreux. Pourtant, il apparaît évident qu'ils seront bien trop souvent insuffisants pour atteindre toutes les personnes concernées et leur laisser le choix de s'exclure de la classe ou non.

Les paragraphes (d) et (e) précisent que la Cour reste maîtresse du procès et peut donner les ordres qu'elle veut pour assurer son bon déroulement tel que : imposer certaines conditions aux représentants ou intervenants ou encore déterminer de manière générale le cours de la procédure. Seule la Cour peut décider du sort de la *class action* une fois initiée.

Le paragraphe (f) précise que les parties disposent de dix jours pour faire appel auprès d'une Cour d'appel d'une décision accordant ou rejetant la certification de la *class action*.

Enfin, les paragraphes 23.1 et 23.2 prévoient des *derivative actions* pour les actionnaires et les actions liées à des associations immatriculées. Il s'agit de deux mécanismes dérivés de la *class action* mais qui diffèrent par leurs objectifs et conditions.

Un auteur relève que « la solution habituelle dans les procès états-uniens est l'accord ». En se penchant sur les dix plus gros montants alloués dans le cadre d'une *class action*⁹⁷, on constate en effet qu'un seul seulement l'a été via un jugement.

Il est rare de devoir passer par un verdict pour mettre fin au procès. Cette règle concerne aussi le système de la *class action* et fait donc de la phase de certification précédemment étudiée un moment crucial⁹⁸. Ainsi, les « *defendant classes* »⁹⁹ demandent la certification simplement pour parvenir à un accord de réparation censé recouvrir la majorité des personnes ayant subi un dommage¹⁰⁰. C'est une manière de prendre les devants pour une entreprise ou toute autre entité qui voit la vague arriver. La certification est tellement cruciale que l'appel opéré contre son refus ou son acceptation par la juridiction est quasi systématique. Le plaignant a plus intérêt à une *class action* qu'à une poursuite individuelle, et le défendeur de son côté souhaite évidemment éviter le mécanisme à tous prix¹⁰¹.

Le problème posé par la pratique du *settlement* est que son contenu s'applique à toutes les parties : aux parties n'ayant pas participé à sa négociation et aux parties n'ayant aucune

97- Annexe n°3 : Les 10 montants les plus élevés obtenus dans le cadre d'une *class action* ou de sa menace

98- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 135

99- *Ibid.*, page 105

100- *Ibid.*, page 142

101- Brian Anderson, Andrew Trask, *The class action playbook*, Oxford, 2010, page 168

connaissance de l'accord¹⁰². Un exemple d'accord peut être le *claims-made settlement*. Celui-ci consiste à constituer un fonds par le défendeur ayant perdu la cause. Par la suite, les membres de la classe disposent d'une période donnée pour réclamer cet argent, passée la période, l'argent revient au défendeur¹⁰³. Le problème posé par ce mécanisme est évident : l'argent revient au défendeur. Il existe donc d'autres mécanismes, tel le *Cy pres fund*, qui est similaire au premier, excepté qu'à la fin de la période donnée pour réclamer l'argent, la somme ne revient pas au défendeur mais à un organisme à but non lucratif qui serait proche de l'affaire par sa cause¹⁰⁴.

La décision ou l'accord peut aussi imposer au défendeur de cesser un comportement ou même imposer un comportement : restructuration, engager un certain type de personnel, etc¹⁰⁵

Le droit français s'est inspiré de cette pratique de la transaction systématique (qui n'est pas prévue par la loi états-unienne), pour inclure un système de médiation dans sa toute nouvelle action de groupe.

Chapitre II – Une action de groupe trop conditionnée limitée au droit de la consommation

Dans le projet de loi relatif à l'action de groupe adopté le 8 novembre 2006 en Conseil des ministres, on trouvait un mécanisme d'action de groupe assez similaire à celui adopté en 2014. Les préjudices matériels y étaient plafonnés par décret cependant. De même, en étaient exclus les dommages faits à la concurrence alors même que la loi actuelle tente de créer un mécanisme de *private enforcement*.

Une proposition de loi du 2 septembre 2009 créait un mécanisme beaucoup plus large, intégré au Code civil. Tout préjudice civil pouvait être réparé dans les domaines de la consommation, la santé, l'environnement, et la concurrence.

Le mécanisme finalement adopté par le législateur fonctionne en trois phases. Dans la première phase, le juge statue sur la responsabilité du professionnel. La seconde phase concerne les indemnisations et se déroule sans le juge. La dernière phase est une phase de liquidation des préjudices. Les conditions pour mener à bien l'action de groupe à la française sont légions (I). On déplorera par ailleurs l'atomisation programmée de ce mécanisme bancal dans les différents

102- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 114

103- Brian Anderson, Andrew Trask, *The class action playbook*, Oxford, 2010, page 216

104- *Ibid.*, page 217

105- *Ibid.*, pages 222-223

domaines concernés (II).

I – Le mécanisme complexe de l'action de groupe à la française

Le texte français diffère totalement du texte américain. En effet, l'article L423-1 du Code de la consommation institue comme acteur principal de l'action non le consommateur ou le professionnel mais une association de consommateur agréée représentative au niveau national. Nous avons déjà eu l'occasion de donner une explication à ce système et nous aurons l'occasion de le critiquer plus tard. Il se peut que le législateur ait choisi ce filtre par peur des dérives américaines. Il s'agirait ainsi d'une méfiance tournée principalement vers les avocats puisque ce sont eux les principaux acteurs des *class actions* aux États-Unis.

L'action doit se dérouler devant une juridiction civile pour l'obtention de préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique, ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles.

Ce manquement doit avoir eu lieu lors de la vente de biens ou de la fourniture de services, ou lorsque les préjudices ont résulté de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le texte précise que l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation de préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels subis par le consommateur.

Soit une dizaine de conditions fixées par l'article central de ce mécanisme. Pour bien souligner combien le texte français est restrictif on relèvera qu'il exclut notamment : une action menée par une autre personne que l'association (définie de manière très drastique), la réparation de dommages subis par un groupe de non-consommateurs, la réparation de dommages subis par un groupe de consommateur ayant été le fait d'un non-professionnel, la réparation de préjudices non patrimoniaux. Ce premier article peut donc être qualifié de très timide et même mystique sous certains aspects tant les explications manquent pour justifier certains aspects du mécanisme français.

L'article L423-3 du Code de la consommation prévoit un traitement de l'action de groupe par une décision unique : pas de pré-certification, pas de certification non plus. Dans la même décision, le juge définit le groupe, vérifie les conditions de recevabilité et statue sur la responsabilité du professionnel.

La réparation peut être adaptée pour chacun des consommateurs ou certaines catégories. La division en sous-catégories est possible. Ici, l'inspiration du droit américain est autant évidente qu'opportune. En effet, on a pu voir précédemment que traiter en groupe un ensemble de cas similaires permet un gain d'efficacité notamment, mais il n'en demeure pas moins que la réparation doit être proportionnée au dommage propre à chacun, dans la mesure du possible.

Le troisième alinéa du même article porte sur les pouvoirs d'instructions du juge, qui se limitent sans surprise à la pratique habituelle, moins puissante que la *discovery*.

On remarque néanmoins que le législateur français a cherché à se positionner par rapport au législateur américain en opérant ce rappel : il a défini clairement les contours d'un mécanisme qu'il a voulu résolument différent de celui américain. En effet, dans le mécanisme de *discovery*, la règle veut que toutes les preuves, même celles défavorables soient fournies et produites quand l'article 145 du Code procédure civile français entend la recherche de preuve de manière plus restreinte.

L'article L423-4 du Code de la consommation prévoit la publicité pour tous les consommateurs potentiellement victimes du fait, cette publicité ne pouvant intervenir qu'une fois la responsabilité du professionnel établie. De plus, cette publicité ne peut être mise en œuvre que quand l'action n'est plus susceptible de recours ordinaire ou de pourvoi en cassation. Le professionnel aura donc tout intérêt à faire durer la procédure via les recours énoncés en espérant que le gros des consommateurs oublie, perdent leurs preuves, etc. Cette publicité devra trouver la juste mesure entre information du consommateur et préservation de l'image de l'entreprise qui va déjà devoir payer pour son manquement relève M. Rebeyrol¹⁰⁶. Il convenait selon moi de mieux définir les modalités d'application de cette publicité qui risque selon les cas d'être souvent trop insuffisante, parfois trop large et rarement adaptée. En réalité, la publicité doit nécessairement intervenir après la reconnaissance de responsabilité, bien évidemment mais il me semble qu'essayer de la contenir à certains médias est superflu en ce que celle-ci se doit d'être la plus massive possible pour atteindre le plus grand nombre.

L'article L423-5 du Code de la consommation prévoit un système d'*opting in* que j'appellerai potentiellement inclusif : les personnes concernées disposent d'un délai fixé par le juge pour signifier leur volonté d'adhérer à l'action de groupe¹⁰⁷.

Les articles L423-8 et L423-9 prévoient que l'association peut s'adjoindre l'aide de toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée¹⁰⁸ et le juge peut décider du paiement des frais afférents à cette aide par les professionnels.

106- *La nouvelle action de groupe*, Vincent Rebeyrol, D. 2014. 940

107- Délai d'adhésion nécessairement compris entre deux et six mois

108- L'article R423-5 du Code de la consommation précise que les personnes mentionnées à L423-9 sont les huissiers de justice et les avocats.

L'article L423-10 du Code de la consommation prévoit une procédure d'action de groupe simplifiée lorsque l'on a affaire à des situations de préjudices subis par le consommateur sensiblement identiques. Il n'est pas certain qu'il était nécessaire de complexifier un mécanisme déjà peu simple d'approche. Cependant, cette procédure a cela de bon qu'elle semble se rapprocher d'un mécanisme en *opt out*. En effet, lorsque certaines conditions sont réunies, le juge statue sur la responsabilité du professionnel et dispose ensuite de la possibilité de le condamner à « les indemniser directement » (entendre par là les consommateurs). Ensuite, les consommateurs concernés sont simplement informés de la possibilité qui leur est offerte d'être indemnisés.

L'article L423-14 prévoit lui, que les frais de procédures seront payés par le professionnel perdant.

Les articles L423-15 et L423-16 du Code de la consommation sont intéressants en cela qu'ils prévoient une possibilité de médiation. Celle-ci ne peut être faite qu'à l'initiative de l'association requérante. L'accord est évidemment homologué par le juge qui vérifie notamment que l'accord est conforme aux intérêts de ceux à qui il a vocation à s'appliquer.

Ici, il est évident que le législateur français s'est encore inspiré de la pratique américaine qui pratique largement ces accords comme il a été dit plus haut. Pour autant, ce mimétisme aurait pu être évité. M. Bazot, président de l'UFC Que Choisir, avait posé la question de la nécessité de la transaction dans la procédure : pourquoi transiger quand bien souvent la mesure du dommage est établie¹⁰⁹ ou facile à établir. Si 23 euros ont été prélevés frauduleusement, il convient de rembourser ces 23 euros, au moins. En outre, la médiation ne permet pas une reconnaissance totale de la faute par la justice étatique et la protection du professionnel en la matière est difficilement justifiable. La privatisation de la justice en la matière est regrettable, elle ôte par ailleurs tout le symbolisme et la solennité qui s'attachent au procès civil.

Les règles spécifiques à l'action de groupe en matière de concurrence (aux conditions identiques à l'action de groupe en pur droit de la consommation) se trouvent aux articles L423-17 à L423-19 du Code de la consommation. Il y est précisé qu'une action de groupe en la matière ne peut être intentée qu'après une décision d'une autorité de la concurrence nationale ou européenne venant sanctionner un comportement anticoncurrentiel. La décision ne doit plus être susceptible de recours. Ici, il est certain que les professionnels ne seront que rarement, sinon jamais inquiétés, grâce aux délais. Les indemnisations¹¹⁰ interviendront dix, vingt, trente ans après les faits. Le mécanisme en la matière n'est pas insuffisant, il est impraticable.

109- Colloque du 26/03/15 organisé par le Centre français de droit comparé – *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*

110- Seulement pour ceux qui l'auront demandée, puisque l'on se situe dans un système d'opt in.

L'article L423-20 du Code de la consommation dispose que l'action de groupe menée par l'association suspend la prescription des actions individuelles qui pourraient être faites en réparation des préjudices résultant des manquements constatés par le jugement.

L'article L423-23 applique la règle de *non bis in idem* à une seconde action de groupe identique à la première, ayant déjà fait l'objet d'un jugement ou d'un accord homologué.

Enfin, pour en terminer avec la législation en la matière, l'article L423-25 du Code de la consommation est probablement le seul où le législateur français aura mieux opéré que le législateur américain. L'article en question dispose qu'est réputée non écrite toute clause interdisant au consommateur de participer à une action de groupe. En droit américain, avant même la phase de certification, le défendeur peut tenter d'éviter la class action en faisant valoir une clause d'arbitrage qui aurait été incluse dans le contrat, le liant ainsi au plaignant par une relation contractuelle¹¹¹.

Quant au décret d'application que j'ai déjà eu l'occasion de citer¹¹², on relèvera notamment que son article R423-15 prévoit que pour une même action il puisse y avoir plusieurs associations requérantes. Qu'il y ait une seule association impliquée dans le mécanisme se justifiait, dit-on, par une volonté de filtrer les demandes inopportunes, mais pourquoi avoir admis l'action de plusieurs associations ?

Enfin, M. Molfessis relève de manière opportune que dans la plupart des systèmes d'actions collectives, l'adhésion au groupe intervient avant la fixation du préjudice. C'est le cas au Québec, mais également dans le système états-unien. Le mécanisme permet une délimitation du groupe qui servira autant l'entrepreneur (qui a le droit de connaître ses adversaires), que le juge qui peut ainsi déterminer les dommages-intérêts. Or, le système français inventé par le législateur fonctionne de manière totalement contraire puisque le juge se prononce d'abord sur les dommages-intérêts, et c'est ensuite seulement que les contours du groupe seront déterminés¹¹³. Ainsi donc, le juge se prononcera sur des situations individuelles sans même les connaître d'une part et l'entrepreneur se verra opposé à un groupe aux contours flous d'autre part.

Outre des conditions mystiques trop nombreuses, l'action de groupe à la française se limite pour le moment au droit de la consommation.

111- Brian Anderson, Andrew Trask, *The class action playbook*, Oxford, 2010, page 92

112- Décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation

113- *L'exorbitance de l'action de groupe à la française* – Nicolas Molfessis – D. 2014. 947

II – Le champ d'application trop limité d'une action de groupe à la dispersion programmée

A- Une action de groupe réservée au droit de la consommation

« Aucun secteur ou domaine d'activité n'est exclu du champ d'application du dispositif d'action de groupe. Les locataires, en tant que personnes physiques agissant à des fins non professionnelles, sont bien des consommateurs. Rien ne s'oppose à ce que, par l'exercice d'une action de groupe et sous réserve de sa recevabilité, ils puissent ainsi obtenir réparation des préjudices économiques subis du fait des manquements d'un même bailleur professionnel ou d'un même syndic à ses obligations légales ou contractuelles. »¹¹⁴

Pourtant, l'action de groupe à la française est limitée à une relation entre consommateur et professionnel, relation dans laquelle s'immisce une association de consommateur définie drastiquement. Les préjudices doivent avoir pour contexte une vente de biens ou une fourniture de services, et peuvent résulter de pratiques anticoncurrentielles. On notera qu'en ce qui concerne ce dernier point¹¹⁵, on se situe toujours dans le champ du droit de la consommation : en réalité le législateur semble avoir voulu créer un mécanisme de *private enforcement* dans lequel le consommateur vient lui aussi demander des comptes à la société n'ayant pas respecté certaines dispositions du droit de la concurrence. Cependant, comme il a été dit précédemment, l'association ne peut agir qu'une fois que toutes les voies de recours ont été épuisées pour la décision prononcée en matière de manquements. Outre l'inefficacité procédurale déjà relevée, Nicolas Molfessis relève sur ce point que le juge se retrouve ainsi soumis à une décision d'une autorité administrative indépendante¹¹⁶.

En outre, la démarche du législateur laisse perplexe quand aux projets en cours en matière de recours collectif. En effet, décider de limiter l'action de groupe au domaine de la consommation pouvait permettre de justifier de créer un mécanisme propre au droit de la consommation. En revanche, il devient difficile d'expliquer l'éparpillement prévu par le législateur en matière d'action

114- Rép. min. no 38849: *JOAN Q 10 juin 2014, p. 4696; BRDA 2014, n° 12, p. 12*

115- Que l'on a déjà qualifié de chemin impraticable.

116- *L'exorbitance de l'action de groupe à la française* – Nicolas Molfessis – D. 2014. 947 : « Sur le modèle de la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état, l'article L. 423-10 introduit donc un nouveau principe selon lequel l'autorité administrative tient le juge judiciaire en l'état. Alors qu'en principe la « qualification d'organisme administratif entraîne la soumission des AAI au juge »(29), voilà désormais le juge soumis à l'autorité administrative indépendante (AAI) (30). Il restera à envisager les revendications similaires que pourront faire d'autres autorités de régulation, et notamment celle des marchés financiers. C'est la logique d'un droit qui cherche à être efficace au mépris des principes qui le fondent. »

collective.

B- La dispersion programmée des actions de groupe

« Cette procédure d'action de groupe est entrée en vigueur le 1er octobre 2014. À peine quinze jours plus tard, le ministre de la santé déposait sur le bureau de l'Assemblée nationale son projet de loi relatif à la santé, qui prévoit l'introduction d'une action de groupe en matière de produits de santé. »¹¹⁷. On l'a déjà noté, le législateur prévoit d'étendre l'action de groupe à d'autres domaines, tel que : la santé, le droit du travail, l'environnement et même le secteur financier.

D'ailleurs, sur ce point la loi Hamon prévoit dans son article 2, VI : « Trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le gouvernement [...] 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 »¹¹⁸.

Le 27 mai 2015, la commission des lois de l'Assemblée Nationale a adopté une proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination. Cette proposition implique le même mécanisme associatif mais inclut également les organisations syndicales représentatives, compétentes pour agir en la matière. Le texte en la matière sera discuté le 10 juin 2015, en séance publique¹¹⁹.

L'analyse de la pratique de l'action de groupe dans le domaine de la consommation est actuellement impossible car quasiment inexistante et les actions sont trop peu nombreuses pour le moment. Un bilan en la matière semblait pourtant nécessaire¹²⁰.

Pour la plupart des auteurs, cette extension atomisée programmée ne semble poser de problème qu'en ce que l'extension en elle-même semble inopportune. En matière de droit du travail par exemple, il a été relevé que l'action de groupe encourra le risque d'être concomitante à une action publique, en plus de devoir traiter des dommages nécessairement différents, et donc difficiles à traiter collectivement¹²¹. Pourtant, concernant la spécificité de chacun des dommages, cette différence des situations existe également aux États-Unis et les juridictions semblent avoir réussi à

117- *La procédure d'action de groupe explicitée* – Emmanuelle Claudel – RTD com. 2015. 81

118- *De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail* – Béatrice Lapérou-Schneider – Droit social 2015. 256

119- Dalloz actualité 28 mai 2015, *Les députés adoptent l'action de groupe contre les discriminations, Proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination*, Caroline Fleuriot

120- *L'action de groupe « santé » soulève de nombreuses difficultés* – Kami Haeri – Benoît Javaux – D. 2015. 584

121- *De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail* – Béatrice Lapérou-Schneider – Droit social 2015. 256

passer outre. Selon moi, la mise en place d'une action collective passe forcément par une simplification relative des situations individuelles. Il est impossible de ne pas abandonner certains détails qui font la complexité de chacune des situations.

Sur l'atomisation des actions de groupe en droit français, le principal problème me semble être que la complexification du droit doit à tout prix être évitée en matière de droit procédural. Pourquoi donc créer des actions de groupes différentes pour un mécanisme qui devrait être unitaire dans l'intérêt même du particulier ? Par ailleurs, Daniel Mainguy relève à juste titre le risque de conflits dans l'hypothèse d'une multiplication annoncée de ce type d'action de groupe par le législateur¹²². En effet, il apparaît évident que la distinction entre certains domaines sera éminemment complexe à opérer. Pour exemple, la distinction entre consommateur et patient ne sera pas toujours claire. Il conviendra alors de créer de nouvelles règles (jurisprudentielles probablement) pour dessiner les contours de tous ces domaines pour savoir quel type d'action de groupe envisager. Un casse-tête qui pourrait être évité si l'on décidait de créer une action de groupe générique.

D'autant que le projet d'action de groupe en matière de santé semble assez bancal. Tout d'abord, concernant la qualité à agir, un mécanisme associatif est également prévu pour ce domaine, mais cette fois-ci, l'association ne doit pas nécessairement être représentative au niveau national. Ce qui, comme le relève Emmanuelle Claudel, est incohérent avec l'action de groupe telle qu'on la connaît en matière de droit de la consommation, mais également avec le Code de la santé publique qui exige cette représentativité au niveau national pour pouvoir « exercer les droits de la partie civile »¹²³ pour certaines infractions. Le nombre d'associations compétentes en matière d'action de groupe en droit de la santé sera beaucoup plus important que celui des associations compétentes en droit de la consommation et cette différence est difficilement explicable : Mme Claudel en compte 469 potentiellement compétentes, alors même que le droit de la consommation est plus souvent appliqué que le droit de la santé.

Les enjeux en matière de recours collectif sont énormes, selon le paramétrage que l'on choisit pour le mécanisme procédural. Un mécanisme en *opting out* étendu à tous les domaines aurait été bien plus intéressant pour le citoyen lambda, bien plus dangereux pour les entreprises. En l'état actuel des choses, l'action de groupe tel qu'imaginé par le législateur français ne fait pas craindre grand chose aux sociétés, professionnels et autres entités comme ce peut être le cas outre-Atlantique.

122- Daniel Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Lextenso éditions, 2014, page 50

123- *La procédure d'action de groupe explicitée*, Emmanuelle Claudel, RTD com. 2015. 81

Titre II – Pratiques de l'action collective et juste paramétrage pour le droit français

Le système français semble largement critiquable par son exigüité, mais le système américain n'est pas exempt de critiques tant son mécanisme d'action collective a fait l'objet de dérives (Chapitre I). Il convient de trouver le juste milieu en la matière, et cette démarche passe nécessaire par un positionnement personnel (Chapitre II).

Chapitre I – La *class action* américaine et ses excès face à l'exiguë action de groupe à la française

Dans le système américain, la facilité avec laquelle le particulier peut agir en groupe est frappante et connaît de nombreux excès (I). A l'inverse, le système français apparaît comme un véritable chemin de croix pour le consommateur (II).

I – La pratique américaine et ses excès

A- Entre excès critiquables et critiques excessives

La pratique américaine en matière d'action collective présente de nombreux écueils mais il importe d'opérer une distinction entre les critiques objectives motivées par la recherche d'un équilibre et les critiques subjectives motivées par la simple peur des sanctions de certains comportements ou omissions.

Pour exemple, les *representative fees* représentent un écueil important de la pratique américaine. Ici, dans le cadre de la transaction, l'entité mise en cause va proposer de l'argent aux représentants de la classe (qui sont parties au procès), pour les récompenser de leur temps et autres dépenses¹²⁴. Le conflit d'intérêts est ici évident puisque le représentant va recevoir un traitement différent des autres membres de la classe.

La pratique de *predatory class actions* a déjà été évoquée auparavant. C'est peut-être la pratique de la médiation aux États-Unis qui est problématique, en ce qu'elle permet de s'éloigner

124- Marcy Hogan Greer, *A Practitioner's Guide to Class Actions*, American Bar Association, 2012 supplement, page 34. Le conflit d'intérêts est largement souligné par l'auteur qui ne valide pas la pratique pourtant généralement validée par la jurisprudence américaine.

d'un encadrement de la compensation déjà très libéral. Les avocats savent combien la procédure transactionnelle sera plus rapide que la procédure judiciaire et donc qu'il seront payés plus rapidement à ce stade qu'au stade de la décision judiciaire.

Sur l'acception des conditions par les juridictions américaines, notamment celles amenant à la certification, Marcy Hogan Greer relève que les juridictions américaines mélangent parfois les deux notions distinctes que sont la *Commonality* et la *Typicality*¹²⁵. Elles traitent ainsi deux conditions différentes ensemble alors même que leurs objectifs de sélection diffèrent totalement, d'autant que les conditions énumérées par le droit américain en la matière ne sont pas nombreuses (quatre conditions principales en tout et pour tout).

D'ailleurs sur le traitement des *class actions* par les juridictions américaines dans la pratique, le laxisme est parfois bien trop flagrant. En effet, suite à une conversation avec un ami habitant aux États-Unis depuis quelques années, j'ai été amené à faire quelques recherches sur les sites proposant des *class actions*. En effet, celui-ci avait réclamé une indemnisation pour un produit défectueux et n'avait dû fournir aucun justificatif d'aucune sorte pour obtenir le chèque qu'il avait pu me montrer par ailleurs.

Les sites en la matière sont légions¹²⁶. Sur l'un d'entre eux on peut justement lire qu'aucune documentation n'est requise pour demander l'indemnisation¹²⁷. Le problème est de taille : n'importe qui peut donc demander l'indemnisation et la notion de preuves semble totalement exclue d'au moins une partie du processus. Même si les montants en jeu pour les consommateurs concernés sont minimes, le préjudice pour l'entreprise, mais aussi pour l'intégrité de la Justice américaine est évident. Il apparaît nécessaire de poser une limite claire en la matière entre publicité au sens judiciaire du terme et publicité commerciale, cette dernière pouvant ouvrir la porte à tous les opportunistes.

Cependant et de manière plus générale, la critique la plus souvent faite au système américain est d'amener à la mort des entreprises du fait de la taille des actions engagées. Bien souvent, des milliers de personnes sont concernées et les dommages-intérêts finalement dus à chacune d'entre

125- *Ibid.*, page 65

126- Quelques exemples :

<http://dramclaims.com/>

<https://www.facebook.com/ClassNotice>

<http://www.digitaltrends.com/gaming/ps-vita-class-action-claimant-site/>

127- <http://dramclaims.com/>

Le 09/05/15 sur ce site je peux lire sur ce site: « You qualify for money if you bought DRAM or products containing DRAM (computers, printers, video game consoles or other electronic devices) between 1998 and 2002. No documentation is required to file a claim. ».

elles sont parfois colossaux¹²⁸. Cependant, cette critique semble peu pertinente. En effet, une entreprise qui crée de multiples dommages par manque de prudence ou en ne respectant pas certaines règles s'élimine elle-même de la vie économique. En l'espèce, ce n'est pas la *class action* qui est nocive à la vie économique mais la pratique de l'entreprise qui l'est pour elle-même, attention aux inversions donc. En outre, si l'on admettait un mécanisme dans lequel l'indemnisation afférente à une *class action* devait être inférieure à ce qui serait payé dans le cadre d'actions individuelles pour protéger l'entreprise, on rendrait plus intéressants les dommages de masse qu'ils ne le sont déjà. En revanche, il est important de relever qu'un mécanisme efficace d'action collective amène inévitablement des dommages collatéraux peu souhaitables, touchant notamment les actionnaires ou encore les salariés.

Il convient désormais se pencher plus en profondeur sur certains écueils rencontrés dans la pratique américaine.

B- Les honoraires des avocats dans la pratique de la *class action*

Concernant les honoraires des avocats, l'*American rule* impose normalement à chaque partie de payer son propre avocat, peu importe que la partie en question ait perdu ou gagné la cause. Il existe néanmoins deux exceptions à cette règle : la *statutory fee-shifting provisions* permet aux Cours de faire payer à une partie les honoraires d'avocat de l'autre quand l'une d'elle réussit dans certaines actions. C'est un système qui est censée inciter les citoyens à faire valoir certains droits.

L'autre système est la *common fund doctrine* qui permet aux Cours de distribuer les honoraires des avocats en prenant dans le fonds commun créé pour payer les membres de la *class action*. C'est un système qui sert les intérêts des avocats car ils ne seront pas seulement payés par les membres présents de la classe mais par la totalité de ce qui aura été obtenu de la partie adverse. Il s'agit là d'une règle d'équité¹²⁹. Pourtant, il convient de relever la différence principale entre les deux systèmes, puisque dans le premier c'est le perdant qui paye les honoraires quand dans le second, ce sont les gagnants. La somme ainsi obtenue en réparation est atteinte par ce dernier mécanisme¹³⁰.

La part trop grande réservée aux honoraires des avocats sur la somme totale obtenue est un autre problème rencontré dans la pratique américaine. Bien trop souvent, le pourcentage récupéré par ceux-ci est bien trop élevé et ne restent que des miettes pour les parties désabusées¹³¹. Dans l'accord obtenu dans l'affaire *Ford explorer SUV*, les avocats s'étaient vus attribuer 25 millions de

128- *Ibid.*, page 127

129- Cheol Hee Park, *Desirable attorney's fee assessment in class action*, Harvard Law Library, 2009, page 6

130- *Ibid.*, page 7

131- Daniel Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Lextenso éditions, 2014, page 35

dollars quand les parties n'avaient obtenu que des coupons, qu'ils étaient supposés utiliser chez l'entreprise en question. Pire encore, dans l'affaire *IPO Securities*, les avocats avaient gagné 170 millions de dollars d'honoraires quand les membres de la classe n'obtinrent qu'un centime par dollar réclamé¹³²...

La pratique des *coupon settlements* pose elle aussi effet problème. Celle-ci consiste en des accords passés entre les défendeurs et les plaignants : un paiement en cash des frais des avocats d'une part et un paiement au rabais pour les membres de la classe, par exemple : une réduction sur les voitures vendues par l'entreprise attaquée. Ces accords sont critiqués d'une part car insuffisants au niveau de la quantité du dédommagement mais aussi parce que ces coupons n'ont de valeur seulement si les personnes lésées les utilisent chez l'entreprise même qui s'est vue condamnée aux dommages-intérêts¹³³. Par ailleurs, l'atteinte à l'impartialité des avocats est évidente puisque ceux-ci ont tout intérêt à ce genre d'accords dans lesquels ils sont payés très rapidement : leur intérêt est ainsi totalement dissocié de celui-ci des parties qu'ils sont censés représenter.

Ainsi, le *Class Action Fairness Act* de 2005 a dû intervenir à ce niveau en introduisant certaines mesures pour limiter les abus des avocats. Le nouveau paragraphe 1712 du Titre 28 du Code des États-Unis¹³⁴ dispose que « dans le cas où est atteint un accord pour mettre fin à une *class action* et la réparation du dommage de la classe consiste en la concession de coupons *discount*, les honoraires de l'avocat devront se calculer sur la valeur des coupons ayant été obtenus ». Le mécanisme est très pertinent puisqu'il force l'avocat à négocier dans l'intérêt du consommateur en liant son sort à celui de son client. Il s'agit, à mon sens, d'un bel exemple prouvant que la pratique peut être valablement encadrée, même si l'indemnisation en coupons continue à poser question.

Dans la pratique, les Cours utilisent principalement deux méthodes pour calculer les honoraires des avocats : la méthode « *Lodestar* » et la méthode du pourcentage déjà évoquée. La méthode « *Lodestar* » consiste à fixer les honoraires en fonction du temps passé sur la cause¹³⁵. Le problème de cette méthode est que le juge augmente ou diminue comme il l'entend les heures qui lui sont soumises par l'avocat ou le cabinet, selon ce qu'il juge raisonnable. Il sera donc difficile pour un avocat de savoir ce qui, à la fin, sera considéré comme raisonnable ou non¹³⁶.

Les honoraires excessifs accordés dans le cadre de ces deux méthodes sont la conséquence de pratiques rapaces de certains avocats d'une part, mais également d'un contrôle insuffisant des

132- http://en.wikipedia.org/wiki/User:Toocostly/draft_article_on_class_action_lawyers

133- Marcy Hogan Greer, *A Practitioner's Guide to Class Actions*, American Bar Association, 2012 supplement, page 33

134- *United States Code*

135- Brian Anderson, Andrew Trask, *The class action playbook*, Oxford, 2010, pages 238-239

136- Cheol Hee Park, *Desirable attorney's fee assessment in class action*, Harvard Law Library, 2009, page 13

Cours. Il est en effet évident que les juridictions américaines ont un rôle à jouer en la matière. Sur ce point d'ailleurs, il est vrai que les *class actions* sont parfois « tranchées par des jurés populaires, dont la proximité avec le consommateur est indéniable. »¹³⁷. Ainsi selon l'auteur cité, certains montants records seraient dus à la proximité entre le consommateur plaignant et le juré. Pourtant, il est bon de rappeler que les juges professionnels tranchant les litiges sont autant consommateurs que les membres d'un jury, mais aussi que la plupart des *class actions* se terminent en transaction et non par une décision des jurés.

Les juridictions américaines ont créé une méthode intermédiaire à la méthode *Lodestar* et celle du pourcentage : le *cross-check*. Celle-ci consiste simplement à combiner les deux méthodes exposées ci-dessus en calculant les honoraires avec celles-ci, puis à calculer le ratio entre les deux qui sera ensuite jugé raisonnable ou non par la juridiction¹³⁸. En réalité, peu importe la méthode utilisée, bien trop souvent les honoraires des avocats en matière de *class action* sont trop élevés¹³⁹. Si l'on veut éviter l'existence d'une classe d'avocats tourné exclusivement vers le profit dans ce domaine, il conviendrait d'établir une méthode de calcul bien plus restrictive et bien moins subjective que celles ici présentées.

Pour encore souligner combien il est important de fixer des critères simples et objectifs pour la rémunération des avocats on se doit d'évoquer les *Johnson factors*, établis par le Cinquième circuit aux États-Unis qui permettent de déterminer les honoraires raisonnables, douze en tout. Parmi ceux-ci on peut trouver : le temps requis, le travail requis, le montant impliqué, les résultats obtenus, le talent requis pour que le service légal soit rendu correctement, etc¹⁴⁰. La subjectivité des critères exposés (le talent notamment semble on ne peut plus subjectif) ainsi que leur nombre rend le calcul de la rémunération de l'avocat totalement aléatoire et prévoir ce qui sera gagné par celui-ci relève alors de la divination.

La méthode du pourcentage reste sans doute la meilleure : le montant de la rémunération est facile à calculer, les avocats savent à quoi s'attendre sans avoir d'attentes excessives, les risques de conflits ultérieurs sont réduits par la simplicité du système. Il convient néanmoins de fixer drastiquement les pourcentages maximums pouvant être fixés. En 1996, aux États-Unis, 27 à 30% des fonds obtenus dans le cadre d'une *class action* servaient à payer les avocats¹⁴¹. Ces chiffres ne sont pas aberrants si appliqués à des dommages punitifs puisque la réparation sera majorée par rapport à une réparation intégrale à la française. En revanche, un tel pourcentage serait inacceptable

137- *L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en œuvre complexe*, Yann Utzschneider, Costanza Mussi, AJCA 2014. 222

138- Cheol Hee Park, *Desirable attorney's fee assessment in class action*, Harvard Law Library, 2009, page 21

139- *Ibid.*, page 22

140- Cheol Hee Park, *Desirable attorney's fee assessment in class action*, Harvard Law Library, 2009, pages 13 et 14

141- *Ibid.*, page 17

dans un système sans *punitive damages*, tel que le système français.

C- La rarification des dommages punitifs dans la *class action*

Le mécanisme de la *class action* aux États-Unis est ancien. Pourtant, un rapide coup d'œil aux montants records alloués en la matière¹⁴² permet de se rendre compte que ceux-ci l'ont été sur ces vingt dernières années seulement, et l'inflation ne suffit pas à expliquer le phénomène.

Le problème posé par les dommages-intérêts punitifs aux États-Unis est triple. Tout d'abord, ceux-ci posent le problème d'une indemnisation du dommage au delà de ce qui a été subi. Il est vrai que si les dommages-intérêts peuvent être vu comme une sanction pour celui qui n'aurait pas respecté les droits d'autrui, alors ceux-ci pourraient être augmentés, comme c'est le cas aux États-Unis. Mais comment justifier qu'un individu soit rémunéré pour la faute d'autrui ?

Par ailleurs, la question du ratio a déjà été évoquée : ratio effectué entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts punitifs. On sait que les Cours interviennent de manière plutôt changeante sur le sujet. Dans la décision *Philip Morris USA v. Williams*¹⁴³ de la Cour suprême des États-Unis, il était soutenu que la notion de procès équitable du Quatorzième amendement limitait les dommages-intérêts punitifs et ordonnait ainsi à la Cour inférieure de réévaluer les dommages qu'elle avait pu allouer en la matière, mais des décisions ultérieures viennent à contre-courant de cette décision et empêchent une utilisation raisonnée du ratio qui semble pourtant être un outil efficace.

Le troisième problème est à mon sens trop peu souvent évoqué. Il s'agit de l'individualisation des dommages-intérêts punitifs, qui bien que différents de la compensation elle-même, conservent leur nature d'indemnisation et sont sans aucun doute attachés aux dommages-intérêts compensatoires (cf ratio). C'est Catherine M. Sharkey qui souligne l'ambiguïté de la nature des dommages punitifs¹⁴⁴. En effet, si les dommages-intérêts compensatoires ont une nature exclusivement individuelle, concentrée sur le dommage subi par le plaignant, les dommages punitifs de leur côté comprennent un élément social évident puisqu'ils tiennent compte du dommage « holistique causé à la société »¹⁴⁵. D'où le problème posé par la concomitance de l'action collective et des dommages-intérêts punitifs, car ces derniers dédommagent-ils le préjudice individuel ou le

142- Annexe n°3 : Les 10 montants les plus élevés obtenus dans le cadre d'une *class action* ou de sa menace

143- 549 U.S. 346 (2007), 556 U.S. 178 (2009)

144- *The Future of Classwide Punitive Damages*, Catherine M. Sharkey New York University School of Law
University of Michigan Journal of Law Reform Volume 46 | Issue 4, 2013

145- *Ibid.*, page 1129

préjudice sociétal ?

Dans la décision *Hilao v. Estate of Marcos*¹⁴⁶, le neuvième circuit avait décidé d'établir les dommages-intérêts, punitifs et compensatoires confondus en se basant sur un échantillon statistique de la classe, sans opérer aucune audition individuelle. La position est très critiquable puisqu'elle peut donner l'impression à l'observateur que les dommages-intérêts punitifs sont bien collectifs (car non individualisés) mais sont tout de même traités comme les dommages-intérêts compensatoires qui sont d'ailleurs traités ensemble. Ou sont-ce les dommages-intérêts compensatoires qui seraient traités comme les dommages-intérêts punitifs ? Quoiqu'il en soit, la décision est discutable en ce qu'elle définit de la même manière la quotité de deux dédommagements complètement différents.

Plus tard, une Cour fédérale de l'Arkansas rejeta l'approche sociétale des dommages punitifs, dans la décision *Nelson v. Wal-Mart*¹⁴⁷, en soutenant notamment qu'une décision d'allouer des dommages-intérêts punitifs devaient inclure dans la plupart des cas une étude des situations individuelles pour pouvoir déterminer le montant de dommages-intérêts punitifs qui doit être alloué à chaque plaignant. La nature holistique des dommages-intérêts punitifs était donc ici nié et le juge se devait de se pencher sur chacune des situations pour pouvoir déterminer chaque montant.

Ces tergiversations des différentes Cours américaines montrent bien combien il est difficile pour ces juridictions d'établir la nature même des dommages punitifs et de les appliquer aux situations en conséquence.

Une décision à cheval entre les deux précédemment exposées était d'ailleurs rendue en 2003 par une Cour fédérale de district de l'Illinois¹⁴⁸. Le juge reconnaissait alors que dans la plupart des cas, allouer des dommages punitifs requérait une étude spécifique de chacune des situations individuelles, mais que quand l'attention était focalisée sur la conduite du défendeur et non sur les préjudices subis par les membres de la classe, et que la compensation était « recherchée pour la classe comme un tout », la preuve individuelle n'était pas nécessaire requise. Il soulignait ainsi combien il était difficile pour le juge de décider si l'attention devait être portée plutôt sur les dommages subis par le particulier ou sur la conduite du défendeur et sa potentielle gravité.

Quoiqu'il en soit, les dommages punitifs tout comme les *class actions* souffrent de leur image et combinés il est souvent difficile d'obtenir des dommages-intérêts punitifs dans le cadre d'une *class action*. Depuis quelques décennies, de nombreuses barrières jurisprudentielles sont venues limiter, et même empêcher l'existence de dommages punitifs dans le cadre de *class actions*¹⁴⁹. Comme critère pour l'allocation de dommages-intérêts punitifs on peut dénombrer

146- 103 F.3d 767 (9th Cir. 1996) .

147- 245 F.R.D. 358, 376-78 (E.D. Ark. 2007)

148- *Palmer v. Combined Insurance*, 217 F.R.D. 430, 438 (N.D. Ill. 2003)

149- http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2762&context=faculty_scholarship

notamment : le type de *class action* engagé, la nature de la conduite du défendeur, l'objectif poursuivi par cette demande de dommages punitifs, le préjudice subi, la relation entre les différents éléments (le fait générateur et le dommage par exemple), les causes de l'action. Des études montrent sur ce point que les dommages-intérêts punitifs sont de moins en moins alloués par les juridictions américaines et que les Cours d'appel ont tendance à les diminuer. En réalité, aujourd'hui, les dommages-intérêts punitifs servent plus d'épouvantails aux entreprises dans le cadre des transactions. Celles-ci vont payer une indemnisation plus élevée au moment de l'accord pour éviter d'ultérieurs dommages punitifs qui seraient alloués par un jury lors d'un procès civil¹⁵⁰.

Il convient donc de nuancer les propos de ceux qui parlent de dommages punitifs dévastateurs en matière de *class action*, puisque ceux-ci se sont faits véritablement rares. C'est la peur des dommages-intérêts punitifs qui va mener les entreprises à transiger certes, mais c'est la peur de ne rien avoir du tout (ou seulement des dommages-intérêts compensatoires) qui va amener les classes à transiger également.

Dans la pratique, la *class action* est donc autant efficace qu'elle est perfectible. A l'inverse, l'action de groupe à la française semble beaucoup trop complexe d'utilisation et peu incitative pour connaître la même réussite que le mécanisme américain.

II – Projection pessimiste sur une action de groupe exigüe

A- L'articulation douteuse de l'action de groupe

L'ordre dans lequel se succèdent les phases de l'action de groupe à la française diffère de l'ordre organisé par le droit américain, et cela principalement parce que le législateur français a choisi un système d'*opt out* : recevabilité, responsabilité, définition des contours du groupe et fixation du préjudice¹⁵¹. Vincent Rebeyrol relève sur ce point que la mission confiée au juge en la matière est nouvelle à deux égards au moins : déterminer le groupe et déterminer les préjudices pour des cas parfois différents¹⁵².

Sur la détermination du groupe et donc l'intervention du consommateur, le législateur a imaginé un système en deux temps¹⁵³, dans lequel le professionnel indemnise dans un premier

150- *Ibid.*

151- *La nouvelle action de groupe* – Vincent Rebeyrol – D. 2014. 940

152- *Ibid.*

153- *L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en œuvre complexe* – Yann

temps le consommateur pour lequel il n'entend pas contester le préjudice puis, dans un second temps seulement, le juge décide de « toutes les demandes auxquelles le professionnel n'a pas fait droit ». C'est tout le problème posé par le système en *opt in* qui doit inclure des phases supplémentaires par rapport à un système en *opt out*. Le même auteur¹⁵⁴ relève d'ailleurs que la majorité des pays européens ayant adopté un mécanisme d'action collective l'ont créé en *opt in* (seuls les Pays-Bas et le Portugal l'ont voulu en *opt out*). Seulement sept des douze pays ayant l'action collective ont connu une mise en œuvre du mécanisme¹⁵⁵, de là à faire un lien avec le système d'*opting in*, il n'y a qu'un pas.

Bien d'autres obstacles se dressent entre le consommateur et ses droits dans le nouveau mécanisme d'action collective français.

B- Filtre associatif et autres obstacles à l'action du consommateur

Le filtre de l'association constitue un autre frein pour le consommateur souhaitant faire valoir ses droits. Le parallèle peut d'ailleurs être fait avec l'action du ministre de l'article L442-6 III du Code de commerce puisque c'est le ministre lui-même qui agit pour la réparation du préjudice subi, même contre la volonté de du fournisseur concerné¹⁵⁶¹⁵⁷. Dans ce mécanisme, c'est le ministre qui a l'initiative de l'action, tout comme l'association dans l'action de groupe, mais l'association ne peut tout de même pas agir pour la réparation d'un préjudice, contre la volonté même de la victime. On peut même imaginer des situations inverses dans lesquelles le consommateur voudra faire valoir son droit et l'association s'en abstiendra pour des considérations politiques ou encore financières. D'où le problème d'appeler le mécanisme une action de groupe, quand l'action est principalement associative.

Sur le préjudice justement, la loi semble beaucoup trop restreinte puisque la réparation est limitée aux dommages matériels. La position est difficilement justiciable puisque la règle exclue les

Utzschneider – Costanza Mussi – AJCA 2014. 222.

154- *Ibid.*

155- *Ibid.* : « Le succès de cette procédure semble toutefois mitigé et le recours à l'action de groupe n'est pas fréquent en pratique. ».

156- Daniel Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Lextenso éditions, 2014, page 31.

157- « L'action du ministre chargé de l'économie, exercée en application des dispositions de l'art. L. 442-6-III, qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs. » *Com. 8 juill. 2008: Bull. civ. IV, n° 143; D. 2008. Chron. C. cass. 2752, obs. Salomon*

préjudices moraux alors même que ceux-ci sont acceptés par la jurisprudence tant civile qu'administrative. Le législateur a probablement cherché à éviter les situations subjectives où la notion de préjudice morale effleure celle de simple appât du gain. Néanmoins, le texte en ressort encore un peu plus exigü et un peu moins attractif.

De plus, le législateur français, aux articles L423-15 et L423-16 a jugé bon de prévoir une médiation à l'initiative de l'association. Il avait cherché dans son approche générale à s'éloigner du système américain qu'il craignait pour ses excès. Pourtant, comme on a pu le voir dans la partie précédente, c'est cette même médiation ou phase de transaction qui permet une grande partie des dérives aux États-Unis. On comprend donc difficilement cette inspiration ponctuelle du système outre-atlantique qui permettra par ailleurs aux entreprises concernées de sortir par la petite porte et d'éviter ainsi un procès civil.

Concernant le droit de la concurrence, dans une décision du 18 décembre 2014, l'autorité de la concurrence est venue sanctionner de deux amendes records des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps¹⁵⁸. L'intérêt de cette décision pour ce mémoire est double. D'une part, les montants des amendes sont extrêmement élevés (605,9 millions d'euros pour la plus élevée des deux), du fait du dommage important causé à l'économie et de la taille des marchés concernés, principalement. D'autre part, le préjudice causé aux consommateurs a été admis dans la décision à plusieurs reprises. Dans le communiqué de presse de l'autorité de la concurrence sur cette décision¹⁵⁹, on peut lire notamment : « Les ententes ont modifié, au profit des fournisseurs, le déroulement normal des négociations avec les distributeurs. Elles ont permis de maintenir des prix de vente aux distributeurs à un niveau artificiellement élevé, ce qui s'est répercuté ensuite sur les prix de vente aux consommateurs. ».

Ainsi, la décision reconnaissait le préjudice causé au consommateur, de même que le dommage causé à l'économie, mais ne sanctionnait que le second dommage pour la bonne et simple raison qu'il n'est pas permis à l'autorité de la concurrence d'aller au-delà. La loi Hamon a tenté de répondre sur ce point, en introduisant un mécanisme de *private enforcement*.

Pourtant, on peut dire sans trop s'avancer que cette voie sera une impasse pour l'action de groupe ainsi conçue et l'on ne reviendra pas outre mesure sur ce point.

A peu près aussi grave, Nicolas Molfessis relève fort à propos que l'absence « de décision ne

158- Décision de l'autorité de la concurrence n° 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps

159- Annexe n°4 : Communiqué de presse de l'autorité de la concurrence sur sa décision du 18 décembre 2014 sur des ententes en matière de produits d'entretien et d'hygiène vendus en grande surface

résultera pas nécessairement du fait que le manquement ne serait pas caractérisé ; elle peut aussi tenir au fait que l'Autorité n'aura pas estimé utile de poursuivre, ou encore qu'elle protège l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle dans le cadre d'une procédure de clémence.»¹⁶⁰. Procédure judiciaire et décisions de l'autorité de concurrence se retrouve ainsi fort malhabilement mêlées et empêcheront donc le consommateur dans son bon droit de faire valoir celui-ci, bloqué par une procédure négociée. D'autant que les conditions de la procédure négociée tournent tout le temps autour de la notion de coopération, coopération qui sera mise à mal par la peur de communiquer des informations qui amèneront à une potentielle double sanction (dommages-intérêts et amende de l'autorité de la concurrence). Non pas que ce cumul soit critiquable, mais l'ensemble risque de très mal s'articuler.

On ne peut donc, comme on pu le faire certains¹⁶¹, parler de renforcement des décisions de l'Autorité de la concurrence à travers la sanction du dommage à l'économie et l'indemnisation des consommateurs, puisqu'il est très probable que le système imaginé soit une véritable impasse.

M. Bazot disait difficile de faire une action de groupe en droit de la concurrence puisque le préjudice subi serait douteux selon lui¹⁶². Sur ce point pourtant, le préjudice semble évident en matière d'ententes sur le prix par exemple si l'entente en question provoque une hausse des prix pour le consommateur.

Outre une pratique qui semble-t-il sera laborieuse, le mécanisme français semble manquer cruellement d'attractivité pour les personnes concernées.

C- Le manque d'attractivité du mécanisme français pour les acteurs concernés

On sait déjà que le système est beaucoup moins attractif qu'en France du fait de l'absence de dommages-intérêts punitifs, mécanisme ô combien incitatif quand la compensation est doublée, triplée ou parfois même décuplée. Un autre problème semble être la rémunération de l'acteur principal : l'association. En effet, en cas d'échec, celle-ci ne recevra aucune indemnisation mais en

160- *L'exorbitance de l'action de groupe à la française* – Nicolas Molfessis – D. 2014. 947. Il poursuit ainsi « C'est d'ailleurs là l'objectif même de la règle posée par la loi : éviter les contradictions de décisions et, dans le même temps, ne pas affaiblir les « vertus » de la clémence - bref, ne pas dissuader les dénonciations. Mais, dans toutes ces hypothèses, alors même que la faute civile pourrait être caractérisée, le consommateur sera privé de la possibilité d'agir sur le fondement de l'article L. 423-3. Le texte provoque donc une rupture d'égalité entre consommateurs identiquement victimes de pratiques anticoncurrentielles, au profit du professionnel qui cause le préjudice. Les consommateurs victimes du dénonciateur de l'entente, déjà privés de l'accès au dossier et des preuves qui y figurent (art. L. 462-3 c. com.), se trouvent désormais également privés de la voie de l'action de groupe, ouverte aux seuls consommateurs pouvant se prévaloir d'une décision de l'Autorité de la concurrence. ».

161- *L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en œuvre complexe* – Yann Utzschneider – Costanza Mussi – AJCA 2014. 222

162- Colloque du 26/03/15 organisé par le Centre français de droit comparé – *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères*

cas de victoire la situation n'est guère meilleure¹⁶³. Ainsi, leur part se limitera à « l'indemnisation de leurs frais non compris dans les dépenses »¹⁶⁴. L'acteur potentiel de l'action a donc été défini de manière plus restrictive que constaté auparavant puisque ladite association, en plus de devoir répondre à tous les critères précédemment exposés, devra avoir assez de moyens pour engager une action qui devra être porteuse en terme de probabilité pour s'assurer une compensation à la fin de la cause. Elles devront aussi s'assurer pour le risque élevé d'engagement de leur responsabilité civile dans le cadre de leur action en justice au nom des consommateurs¹⁶⁵, probabilité élevée vu le nombre de certaines actions collectives dont l'assurance sera certainement beaucoup trop élevée pour les petits moyens des associations en question.

Quant aux avocats, le mimétisme ponctuel dont a fait preuve le législateur français en ce qui concerne la possibilité d'une médiation poussera très probablement les professionnels à chercher la transaction qui leur assurera d'être payés¹⁶⁶. Il n'est pas certain que cette mesure serve les intérêts du consommateur. Ce risque de conflit d'intérêts pour l'avocat vis-à-vis de son client existe néanmoins également dans le cadre d'une action individuelle¹⁶⁷. Est ainsi posé le problème plus général des modes alternatifs de règlement des conflits en droit civil.

Sur un terrain un peu plus comparatiste le problème posé par l'introduction d'une action de groupe en droit français est l'énorme différence entre procédure civile américaine et procédure civile française. On sait que les *class actions* aux États-Unis sont susceptibles de passer devant un jury qui, dit-on, se sentira éminemment proche du consommateur de par sa composition et son éventuel manque de professionnalisme. La *discovery* américaine ne connaît aucun équivalent en France si ce n'est en matière de procédure pénale. Cette puissance de la procédure pénale par rapport à la procédure civile est justement soulignée par M. Manguy¹⁶⁸. C'est elle seule qui permettrait d'avoir une équivalence relative par rapport au système américain. En effet, en matière de preuves notamment, la procédure pénale est beaucoup plus permissive et large que la procédure civile. L'auteur critique cet automatisme qui nous fait nous tourner facilement vers le pénal. Il est vrai que l'action de groupe aurait pu permettre de déplacer le curseur sur le civil dans certains

163- *La nouvelle action de groupe* – Vincent Rebeyrol – D. 2014. 940

164- *Ibid* : « Sans changement de politique drastique en la matière, qui nécessiterait une vraie évolution culturelle, l'action de groupe coûtera donc cher aux associations. »

165- *Ibid* : L'auteur poursuit : « On peut ainsi avancer que l'un des raisons majeures de l'échec de l'action en représentation conjointe a précisément résidé dans le filtre associatif voulu par le législateur, et rien n'indique que les choses soient différentes pour la nouvelle action de groupe. »

166- Joëlle Simon elle-même le relevait lors du Colloque du 26/03/15 organisé par le Centre français de droit comparé – *L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères.*

167- 2011 *Faut-il introduire des class-actions en droit de la concurrence ?* Alexandra Sieffert-Xuriguera
Banque des mémoires

168- Daniel Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Lextenso éditions, 2014, page 22

domaines où la réparation individuelle est suffisante. Cependant, la force de la procédure pénale et l'insuffisance de la procédure civile risque de maintenir le *statu quo*¹⁶⁹.

En relation à la matière pénale, Mme Lapérou-Schneider estime qu'il existe un risque de « redondance »¹⁷⁰ entre action de groupe et action publique, soulignant « la nature vindicative et préventive » de la première qui viendrait empiéter sur le terrain pénal. Ainsi, alors même que le législateur a tenté d'articuler droit de la concurrence et droit de la consommation, il n'aurait pas su faire preuve de la même présence d'esprit en ce qui concerne le droit pénal. Selon moi, le risque d'une double peine dans cette relation sera bien plus réel le jour où les dommages-intérêts punitifs seront introduits dans le système français, ceux-ci étant d'ailleurs parfois appelés *vindictive damages*.

Je ne validerai pas la prévision de M. Manguy selon laquelle¹⁷¹ l'introduction de l'action de groupe en droit français devrait dissuader les plaignants français de pratiquer le « *forum shopping* », notamment en allant devant les juridictions américaines pour agir plus facilement en justice. En effet, un certain nombre d'éléments de la *class action* américaine rendent le système beaucoup plus intéressant que le système français : *discovery*, dommages-intérêts punitifs, système de jurés, pacte de *quota litis*, sont autant de mécanismes incitatifs pour celui voulant faire valoir son droit. C'est plutôt la jurisprudence américaine qui, à mon sens, pourrait avoir un véritable impact en la matière. En effet, dans une décision de 2010¹⁷², la Cour suprême des États-Unis avait rejeté sa propre compétence concernant une affaire dont la majorité des éléments constitutifs, y compris les parties, se trouvaient être étrangers, alors même que des décisions précédentes avaient largement accepté ce type d'affaire.

A mon sens, seule la médiatisation des actions de groupe¹⁷³ pourra permettre de rattraper un peu un système très peu attractif et quasiment impraticable. En effet, les dommages-intérêts trop peu élevés risquent d'être absolument inefficaces à faire cesser certains comportements. En revanche, l'attention médiatique permettra probablement dans certains cas de forcer l'entreprise concernée à changer son comportement.

La comparaison entre la *class action* états-unienne et l'action de groupe à la française est intéressante puisqu'elle consiste en la confrontation de deux extrêmes. D'un côté l'on a un système

169- Si un fait est punissable pénalement, c'est parce que le législateur a jugé qu'il était lésionnaire des intérêts de la société ou de la société elle-même. Dès lors, vouloir déplacer le curseur du pénal vers le civil, tout en maintenant les textes en droit pénal, mais en cherchant à les éviter dans certains domaines relève probablement d'une forme de schizophrénie ou d'une logique partisane difficilement justiciable.

170- *De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail* – Béatrice Lapérou-Schneider – Droit social 2015. 256

171- *Ibid.*, page 18

172- *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010)

173- *Ibid.*, page 25

probablement trop libéral et permissif qui laisse trop de place à certains abus. De l'autre est un système extrêmement restrictif qui tel quel ne connaîtra certainement jamais le succès du système états-unien, justement parce qu'il a voulu s'en distinguer.

Il convient désormais de définir un modèle de ce que pourrait être l'action collective en droit français, en se basant sur les expériences et écueils précédemment étudiés.

Chapitre II – Pour une troisième voie en matière d'action collective

Le Projet de proposition de loi du Conseil national des barreaux du 24 mai 2013 proposait notamment¹⁷⁴ l'article suivant : « l'action de groupe permet à une ou plusieurs victimes, personnes physiques ou morales, d'agir en réparation pour le compte d'un groupe de victimes, personnes physiques ou morales, ayant subi des préjudices qui ont pour origine commune un fait imputable à une même personne physique ou morale. ». On était alors beaucoup plus proche du système américain car l'action prévue était plus large. La proposition avait notamment pour avantage de ne pas être limitée au domaine de la consommation, de supprimer l'intermédiaire qu'est l'association et de réparer tout préjudice.

L'Histoire et certaines dynamiques semblent indiquer que l'itinéraire suivi par une action collective dans un système juridique est toujours sensiblement le même (I). Il est permis cependant de se projeter et d'imaginer un nouveau modèle d'action collective pour le droit français (II).

I- Itinéraire américain et itinéraire européen

A- L'itinéraire américain comme parcours probable pour toute action collective

Dans leur classification des *class actions*, Brian Anderson et Andrew Trask différencient le domaine de l'emploi, de celui de la défectuosité des produits, lui même différent du droit de la consommation, encore différent du domaine de l'environnement, etc¹⁷⁵. Il n'en demeure pas moins

174- - Daniel Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Lextenso éditions, 2014, page 59.

175- Brian Anderson, Andrew Trask, *The class action playbook*, Oxford, 2010, page 53

que le système de la *class action* américaine est un système unifié dans la procédure, en cela qu'il ne connaît qu'un mécanisme d'action collective s'étendant à tous les domaines¹⁷⁶.

En 1937 cependant, les règles fédérales concernant la *class action* aux États-Unis créaient un mécanisme en *opting in* et non en *opting out*¹⁷⁷. De même la pratique en la matière était initialement limitée au droit de la consommation¹⁷⁸. Le parallèle avec le droit français est facile à faire. En effet, le système en *opt in* a déjà été créé, pour le domaine de la consommation et le législateur prévoit de créer d'autres mécanismes similaires dans d'autres domaines d'ici peu. Si le législateur s'en tient à sa ligne de conduite, il devra très vite unifier des actions de groupe qui donneront des solutions avec des incohérences évidentes. Une passation de pouvoir à « l'opposition » pourrait tout à fait changer la donne en la matière. Le nouveau parti en place pourrait tout à fait décider de réformer ce mécanisme procédural qui est porteur d'un certain nombre d'intérêts. Deux hypothèses sont à envisager. Soit l'action de groupe n'est pas un fiasco total et dans ce cas, le nouveau parti en place se devra de le réformer pour l'améliorer et pour ajouter sa pierre à l'édifice. Soit l'action de groupe est un échec total¹⁷⁹ et dans ce cas, la majorité en place (qu'elle soit "de gauche" ou "de droite") se fera un plaisir de supprimer le mécanisme pour le plus grand bonheur des entreprises.

Sur le long terme, et si l'action de groupe n'est pas discréditée d'ici là, il est permis de dire sans trop s'avancer que l'action de groupe s'étendra de manière unifiée à tous les domaines ou presque en droit français. La question de l'ouverture à l'*opting out* semble plus complexe à résoudre puisque les institutions européennes se sont clairement prononcées contre ce mécanisme.

B- L'itinéraire européen bloqué

Une quinzaine de pays membres de l'Union européenne dispose désormais d'un mécanisme d'action collective ; quinze mécanismes tous différents les uns des autres. Dans l'Europe actuelle, il est désormais très peu probable que des conflits de compétences n'apparaissent pas en la matière, qu'ils soient négatifs ou positifs. C'est pourquoi il semble opportun de commencer à penser un mécanisme d'action collective à l'échelle européenne. Il est d'ailleurs dans l'intérêt du consommateur qu'il en soit ainsi car celui-ci sera alors intégré dans un groupe plus conséquent et

176- Même si la Règle 23 prévoit différents *remedies*, comme on a pu le voir, pour lesquels la même règle prévoit différentes conditions.

177- James Langenfeld, Ethan E. Litwin et Morgan J. Feder, *The Law and Economics of Class Actions*, Emerald, 2014, page 220

178- 2011 ; Les Class actions, *Etude de droit comparé entre les droits français et américain* Alexanne Bouvignies-Banque des mémoires, page 11

179- Normalement, les associations impliquées dans l'action de groupe veilleront à rendre le plus vivace possible un mécanisme qu'elles ont pour beaucoup réclamé.

donc avec plus de moyens et n'aura plus à se soucier de problèmes de compétences intra-communautaires.

De même, on sait que l'Union européenne dispose de compétences en matière de concurrence, droit de la consommation (elle est désormais le principal acteur régional en la matière) et marché intérieur.

Messieurs Litwin et Feder, proposent que les différents législateurs européens abandonnent l'idée d'instaurer des actions collectives pour leur privilégier des systèmes comme les fonds administrés, plus adaptés selon eux aux spécificités européennes et qui permettent de mieux s'adapter aux différentes circonstances pour les dommages de masse¹⁸⁰. Selon moi, le problème posé par ce mécanisme est qu'il connaît le même écueil que les mécanismes de modes alternatifs de règlement des conflits : il prive la situation de la solennité, du symbolisme et de la publicité qui s'attachent habituellement au procès en France. Ce serait encore une fois permettre aux entreprises ne respectant pas la loi de s'en tirer à bon compte.

Les auteurs poursuivent en affirmant que la compensation des victimes et le respect de la loi de l'Union européenne se portent mieux quand ils sont laissés aux administrations gouvernementales. Celles-ci agiraient d'ailleurs dans l'intérêt des consommateurs¹⁸¹. Néanmoins, ce mécanisme ainsi imaginé a pour principal défaut de ressembler fort au mécanisme incluant l'association puisque l'on donne encore une fois à quelqu'un d'autre le choix de l'opportunité de l'action. Par ailleurs, il est supposé que les personnes en charge de cette mission agiront dans l'intérêt du consommateur, pas dans celui de l'entreprise, ce dernier point est évidemment très discutable.

La Commission avait en 2008, conseillé aux États membres d'utiliser les recours collectifs comme outils pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles (*private enforcement*)¹⁸². Six ans plus tard, la France adoptait son propre mécanisme en la matière, précédant ainsi toute directive ou règlement pouvant intervenir ultérieurement en la matière.

Sanne F.A. Slagman, en 2012, avait dû rédiger un mémoire auprès de l'Université

180- James Langenfeld, Ethan E. Litwin et Morgan J. Feder, *The Law and Economics of Class Actions*, Emerald, 2014, page 235

181- *Ibid.*, page 237 : « *Victim compensation and enforcement of E.U. Law is best left to government officials, who act with the best interests of the consumer foremost in mind.* »

182- Commission des communautés européennes, Bruxelles, le 2.4.2008 COM(2008) 165 final, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*

d'Amsterdam intitulé « *An exploration to legal bases for an EU collective redress approach* ». Elle envisageait ainsi les différentes possibilités d'introduction d'un système d'action collective au niveau européen. L'idée est intéressante puisqu'elle pourrait permettre à l'Union européenne de réussir là où la plupart des États impliqués ont échoué. Un parallèle peut justement être fait avec la Règle 23 états-unienne puisque l'on sait que celle-ci sert de modèle à une grande partie des États fédérés. Cependant, pour l'instant il n'existe aucun projet véritablement abouti en la matière, ce qui n'exclut pas une proposition législative à venir¹⁸³.

Dans son mémoire, l'auteur énumère un certain nombre d'options imaginables pour un mécanisme de *collective redress* au niveau européen. L'une d'entre elles consiste en un mécanisme incluant aussi un mode alternatif de règlement des litiges mais passant nécessairement par une phase judiciaire. Chacun des États aurait son propre mécanisme, ce qui suppose que l'instrument privilégié en la matière serait très probablement une directive mais pourrait tout autant être un Règlement imposant un mécanisme similaire à tous les États¹⁸⁴.

Le problème principal pour un tel projet serait très probablement la base légale. Sur ce point, Madame Slagman retient que le *collective redress* pourrait être traité comme une amélioration du marché intérieur¹⁸⁵ autant que comme une protection supplémentaire du consommateur. La Commission européenne pourrait parfaitement décider de se baser sur les deux notions pour porter un projet en la matière¹⁸⁶.

A titre personnel, l'auteur retient justement l'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comme pouvant être approprié à un projet législatif en la matière¹⁸⁷, tout autant que l'article 169 du même traité (protection du consommateur), ou encore les deux combinés¹⁸⁸. Elle retient également qu'il est probablement trop tôt pour l'Union européenne pour se lancer dans un tel chantier. En effet, la plupart des mécanismes déjà en place sont des mécanismes jeunes¹⁸⁹. Pourtant, si l'Union européenne voyait ses compétences élargies dans les années à venir, il pourrait être assez intéressant pour l'organisation internationale de prendre le pas sur les systèmes nationaux en créant un véritable modèle européen. La législation européenne pourrait servir de source d'inspiration aux législations nationales à l'image de la Règle 23 états-unienne et l'Union européenne pourrait en profiter par la même occasion pour gagner en légitimité.

Un autre problème évident est que l'Union européenne est tenue par les bases légales qu'elle

183- *An exploration to legal bases for an EU collective redress approach*, Sanne F.A. Slagman, 2012, page 11

184- *Ibid.*, page 16

185- Article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

186- *An exploration to legal bases for an EU collective redress approach*, Sanne F.A. Slagman, 2012, page 27

187- *Ibid.*, page 19

188- *Ibid.*, page 25

189- *Ibid.*, page 33

utilisera pour déterminer son projet. Ainsi, elle ne pourra faire une règle aussi générale que la Règle 23 tant que les compétences mêmes de l'Union européenne n'auront pas été sensiblement élargies.

Ainsi, il convient pour le moment de se pencher exclusivement sur ce que pourrait être l'action de groupe à la française, pour servir au mieux les intérêts du consommateur, comme ceux du patient ou encore du salarié.

II- Un paramétrage adaptée pour l'action collective en droit français

A – La nécessité d'un mécanisme en *opt out*

Monsieur Lopez Sanchez dans son analyse sur les *class actions* souligne que pour les *mass torts* ou dommages de masse, la réelle difficulté n'est pas la phase de certification mais arriver à un accord « qui mette fin à la majorité des réclamations »¹⁹⁰. Ce qui ne sera bien évidemment jamais le cas d'un mécanisme fonctionnant en *opting in* puisque celui-ci n'opère jamais un balayage complet de toutes les réclamations potentielles en la matière mais ne réunit que ceux agissant positivement pour la réparation du dommage qu'ils ont subi.

Au niveau de l'Union européenne, le Parlement européen et la commission européenne pensent que le mécanisme *opt in* (qui est celui choisi par la majorité des pays européens) permet d'éviter les actions abusives, mais aussi d'être en accord avec de nombreuses constitutions européennes qui interdisent les actions pour le compte de victimes inconnues¹⁹¹. En réalité, il convient d'analyser les différents intérêts en cause pour répondre de manière un peu moins corporatiste.

Pour l'organisation judiciaire, le système en *opting out* présente l'immense avantage de traiter en une et unique fois tous les préjudices ayant découlé d'un même fait. En effet, à l'inverse, le système en *opting in*, permet à tous ceux n'ayant pas fait savoir leur volonté d'adhérer à l'action de faire une action individuelle ultérieurement. Ainsi, les juridictions françaises auront parfois affaire des milliers de fois aux mêmes faits, alors même que l'un des objectifs de l'action de groupe est un gain de temps et d'énergie pour la Justice française¹⁹². On peut imaginer ainsi dans un premier temps

190- Javier Lopez Sanchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011, page 137

191- James Langenfeld, *The Law and Economics of Class Actions*, Emerald, 2014, page 217

192- Sur ce point, Vincent Rebeyrol dans *La nouvelle action de groupe*, D. 2014. 940 a une position différente : « Tout d'abord, et c'est fondamental, l'exercice d'une action de groupe par une association laisse subsister la possibilité, pour tout consommateur intéressé, de ne pas se joindre au groupe et d'exercer lui-même une action en réparation de

une action de groupe avec une publicité informant les personnes concernées. Suivraient des actions individuelles de personnes qui ne seraient peut-être pas convaincus par le mécanisme mais convaincus de leur bon droit et qui agiraient ainsi séparément et ultérieurement, enlevant ainsi une grande partie de l'intérêt au recours collectif.

Pire encore, le consommateur partie à l'instance qui ne voit pas son préjudice réparé à l'issue de la procédure pourra se prévaloir de l'absence d'autorité de la chose jugée pour réitérer son action au niveau individuel¹⁹³. Absurdité procédurale qui aurait pu être évité par un système en *opting out* adapté.

Pour l'entreprise, le système français actuel fait que ce sera à la toute fin que l'entité mise en cause saura combien elle doit et à qui elle doit. En terme de prévisibilité, cette situation est peu acceptable pour l'entreprise qui devrait pouvoir estimer ce à quoi elle devrait s'attendre. A ce niveau, l'*opt out* permet une certaine forme de visibilité pour la société puisqu'elle peut par elle-même estimer ce qui sera dû en cas d'échec. Pour exemple, si celle-ci vend 1000 produits défectueux, elle saura qu'elle devra s'attendre à devoir dédommager environ 1000 consommateurs (puisque l'on sait qu'une grande majorité de personnes n'exercent pas leur option d'*opting out*).

Par ailleurs, comme le soulignent Messieurs Litwin et Feder, le risque du modèle de l'*opt in* est de multiplier des classes concurrentes qui affaiblirait d'une part la cause des plaignants, mais aussi d'autre part le défendeur, alors contraint de se défendre contre chacune des tentatives d'action collective. A l'inverse, le système de l'*opt out* pose une limite temporelle à l'action collective pour le défendeur, il sait qu'une fois l'action collective terminée, il ne courra pas de risque d'en voir une seconde ou une troisième voir le jour¹⁹⁴.

En revanche, l'*opt out* impliquerait des dommages-intérêts beaucoup plus importants pour l'entreprise puisque ce système réunit toutes les personnes lésées, sauf ceux qui ont exercé leur option dans les délais. Ainsi, les entreprises ont probablement intérêt au *statu quo* en la matière.

« L'adhésion permet au consommateur d'avoir le droit d'obtenir la réparation de son préjudice, selon l'article L. 423-5, alors même que le montant de l'indemnisation ou les éléments permettant l'évaluation du préjudice ont déjà été déterminés. »¹⁹⁵

son préjudice personnel (art. L. 423-21 c. consom., prévoyant que les décisions rendues dans le cadre de l'action de groupe n'ont autorité de la chose jugée qu'à l'égard de chacun des membres du groupe). La solution est indispensable pour respecter le droit de chacun à l'accès à un tribunal. »

193- *L'exorbitance de l'action de groupe à la française* – Nicolas Molfessis – D. 2014. 947

194- James Langenfeld, Ethan E. Litwin et Morgan J. Feder, *The Law and Economics of Class Actions*, Emerald, 2014, page 222

195- *L'exorbitance de l'action de groupe à la française* – Nicolas Molfessis – D. 2014. 947

Le consommateur lui a évidemment intérêt à un système en *opting out*, pour la simple et bonne raison que le système en *opting in* implique une action positive du particulier quand le premier n'en impose aucune et suppose la simple inaction de celui qui a été lésé. En outre, dans une approche un peu plus économique, plus le nombre de personnes impliquées dans l'action sera élevé, moins les coûts le seront et plus la part récupérée par l'individu à la fin de la cause sera importante.

Pour tenter de démontrer l'absurdité d'un système en *opting in*, imaginons un instant une classe composée de jeunes élèves. Parmi eux, l'un d'eux vole un bonbon à chacun des autres élèves de la classe. La maîtresse vient à l'apprendre, mais celle-ci au lieu de demander à l'élève en question de restituer les bonbons à chacun des élèves, demande à tous les élèves lesquels parmi eux voudraient récupérer ce qui leur a été dérobé...

Certes, dans notre exemple, la qualification de vol est extra-juridique mais il n'en est pas moins qu'à travers un système *opt in*, la transgression sera trop souvent récompensée : un grand pourcentage des préjudices subis par le consommateur ne sera jamais réparé.

Outre le basculement dans un système d'*opt out*, il semble nécessaire d'élargir l'action à tous les domaines, de supprimer l'intermédiaire que constitue l'association, d'instaurer les dommages punitifs en matière de responsabilité civile tout en garantissant une certaine forme de protection à l'entrepreneuriat.

B- Pour une action collective libéralisée

Dans l'affaire *Ruiz v. Estelle*¹⁹⁶, des détenus (huit en tout) d'une prison située au Texas avait vu leur classe certifiée par la Cour de district puis leur donner raison, au regard des conditions de détention dans la prison en question qui constituait une punition cruelle et inusuelle en violation de la Constitution des États-Unis. Les détenus se plaignaient principalement de la surpopulation carcérale, du manque d'accès aux soins et de pratiques abusives des services de sécurité. L'exemple est parlant, en ce qu'il montre que même les domaines auxquels on ne penserait tout simplement pas en matière d'action collective peuvent avoir besoin du mécanisme.

L'action de groupe telle qu'elle est conçue aujourd'hui, permet d'agir uniquement dans le champ du droit de la consommation. Chacun des Codes de ces domaines connaîtra bientôt sa propre action de groupe avec ses spécificités. A mon sens cependant et je rejoins M. Mainguy sur ce point,

196- *Ruiz v. Estelle*, 503 F. Supp. 1265 (S.D. Tex. 1980)

la notion d'action de groupe est « par nature une notion procédurale »¹⁹⁷ qui a sa place dans le Code de procédure civile et non dans des Codes de droit matériel. Par ailleurs, le droit processuel se doit d'être le plus simple possible, car il ne sera toujours qu'un vecteur pour le vrai droit, celui que l'on fait valoir devant une juridiction.

En droit du travail, la possibilité d'une action de groupe signifierait pour le particulier la possibilité de détecter les mécanismes de discriminations notamment, comme cela avait pu être le cas dans l'affaire *Wal Mart*. En effet, au niveau individuel, il est extrêmement complexe de détecter ce genre de discriminations¹⁹⁸. On relèvera cependant ici une vraie différence puisque contrairement aux autres actions de groupes, ce sont les intérêts d'un groupe d'individus qui seraient ainsi protégés, quand dans l'action de groupe actuelle ce sont les intérêts individuels qui le sont.

Sur ce point d'ailleurs, on sait que les procès avec un seul plaignant peuvent amener à des décisions judiciaires contradictoires : le comportement d'une entreprise serait déclaré légal, puis, avec un autre plaignant serait déclaré illégal¹⁹⁹. Dans les situations où un fait générateur cause des dommages à une multitude de personnes, il me semble pertinent d'installer un mécanisme d'actions collectives. Peu importe que ce fait générateur se situe dans le domaine du droit de la consommation, de la santé, ou encore de l'environnement.

Supprimer le mécanisme du filtre associatif me semble également nécessaire. Toujours sur le même fil directeur, l'association apparaît comme un obstacle de plus pour le particulier désirant faire valoir son droit. Ce dernier se retrouve ainsi à devoir faire ses doléances à une association, qui, selon son bon vouloir, ses économies et ses intérêts décidera de l'opportunité d'une action en la matière. Le mécanisme deviendra encore plus ubuesque quand celui-ci sera étendu à tous les domaines, avec des associations agréées pour chacun d'entre eux et les inégalités entre actions qui arriveront inévitablement.

Dans son mémoire sur l'introduction des *class actions* en droit de la concurrence, Alexandra Sieffert-Xuriguera soutenait que les *punitive damages* notamment ne sont pas des accessoires nécessaires à une action de groupe réussie²⁰⁰. Pourtant, de manière générale, l'admission en matière civile des dommages-intérêts punitifs me paraît assez opportune. En effet, ceux-ci permettront une

197- Daniel Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Lextenso éditions, 2014, page 9

198- *De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail*, Béatrice Lapérou-Schneider, Droit social 2015. 256

199- Brian Anderson, Andrew Task, *The class action playbook*, Oxford, 2010, page 3

200- 2011 *Faut-il introduire des class-actions en droit de la concurrence ?* Alexandra Sieffert-Xuriguera
Banque des mémoires

double incitation concernant tant le particulier que l'entreprise. D'une part, les dommages-intérêts punitifs sont incitatifs pour les consommateurs. Ceux-ci auront plus intérêt à faire valoir leurs droits pour les petits préjudices mais aussi pour compenser la part prise par l'avocat.

D'autre part, les dommages-intérêts punitifs sont dissuasifs pour l'entreprise. Imaginons une entreprise qui commet une faute lucrative dans un système en *opting in* admettant uniquement la réparation intégrale. Une partie seulement des personnes lésées demandera des dommages-intérêts qui seront nécessairement inférieurs à ce que l'entreprise aura pu retirer de son manquement au droit. Dans cette hypothèse, l'action collective sert uniquement au consommateur qui verra une partie de sa compensation récupérée par les avocats.

Maintenant imaginons la même entreprise commettant une faute lucrative dans un système en *opting out* qui admet par ailleurs les dommages-intérêts punitifs. Une partie plus importante des personnes lésées viendra réclamer la compensation d'une part, et d'autre part les dommages-intérêts totaux seront probablement supérieurs aux gains réalisés par la faute lucrative. Voilà un système (décrit de manière schématique certes) qui permet aux consommateurs d'être indemnisés correctement et qui dissuadera l'entreprise et les autres entités concernées de réitérer leur comportement à l'avenir.

Comme le relève Maria José Azar-Baud, « la pratique des dommages-intérêts punitifs [...] est étroitement liée aux *class actions* ». Elle en déduit ainsi que l'action de groupe en droit français ne saurait servir à l'enrichissement des avocats mais au dédommagement des personnes concernées²⁰¹. Pourtant, si 10 000 consommateurs achètent un maillot 20 euros à une entreprise qui, faisant fi d'une règle de droit, les a vendus 10 euros plus cher que ce qui était permis, le préjudice total est de 100 000 euros. Ce qui constitue également les gains de l'entreprise qui n'a pas respecté la loi. Cependant, il conviendra de payer les avocats à la fin de la cause (si celle-ci est gagnée). Les dommages-intérêts par personne ne représentent alors plus 10 euros mais moins, peut-être 6. L'action n'a alors dès le début que peu d'intérêt, sauf à introduire des dommages-intérêts punitifs.

L'article 1371 de l'avant-projet Catala prévoyait cette possibilité via un mécanisme intéressant²⁰². En effet, il était prévu que le juge puisse décider qu'une partie des dommages-intérêts punitifs alloués le soient au Trésor public. Cette partie était critiquable puisque d'une part elle ôte une partie de l'intérêt à agir pour la partie, et d'autre part elle donne un statut bâtard aux dommages-

201- Maria José Azar-Baud, *Les actions collectives en droit de la consommation*, Dalloz, 2013, page 279

202- Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (Projet Catala)

« Article 1371 : L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. »

intérêts, à mi chemin entre la réparation et l'amende. En revanche, l'article prévoyait que les dommages-intérêts punitifs ne soient pas assurables, ce qui permettait de mettre encore plus l'accent sur l'aspect dissuasif de ce type de dommages. Aux États-Unis au contraire, les dommages-intérêts punitifs sont assurables²⁰³. L'avancée par rapport au système états-unien était intéressante mais le législateur n'a pas donné suite. Les acteurs de la vie économique n'ont d'ailleurs pas intérêt à la création d'un tel mécanisme qui les sanctionneraient lourdement tout en leur interdisant d'être assurés.

Néanmoins, dans l'hypothèse où le législateur français introduisait les dommages-intérêts punitifs, il conviendra de ne pas répéter les excès américains en établissant des ratios stricts entre dommages-intérêts simples et dommages-intérêts punitifs, autant adaptés au système français qu'inspirés des écueils américains. L'enjeu est crucial pour éviter les pratiques prédatrices de particuliers ou d'avocats, pour protéger les entreprises. Selon moi, il sera pour se faire, peut-être opportun d'admettre la nature semi-pénale des dommages-intérêts punitifs pour éviter les doubles peines : une en matière civile, et une en matière pénale.

Par ailleurs (et c'est là le rôle des juridictions et non du législateur), il s'agira de sanctionner sévèrement les abus de droit, toujours dans une optique d'éviter les pratiques prédatrices existant déjà outre-atlantique.

Le modèle américain connaît de nombreuses critiques que nous avons pu présenter. Il n'en demeure pas moins que l'itinéraire qu'a suivi la *class action* américaine semble être celui qu'empruntera l'action de groupe française, sauf à succomber du fait de l'image négative que portera le modèle existant auprès du public français.

Conclusion :

Même si le mécanisme américain présente certains défauts, il demeure le plus abouti des deux en ce qu'il s'étend à tous les domaines, en *opting out*, avec des dommages punitifs. La durée de vie de la *class action* états-unienne explique probablement en partie sa supériorité. Le système permet, dans la plupart des cas, une protection valable des droits du consommateur, patient ou

203- <http://www.wnj.com/Publications/Punitive-Damages-What-Can-Your-Company-Do-To->

Le site relève cependant que la plupart des assurances excluent les *punitive damages* de leur couverture.

encore détenu américain.

A l'inverse, le mécanisme d'action de groupe français tel que conçu aujourd'hui semble être une véritable impasse pour le particulier. Sur ce point, l'utilisation du mécanisme proposé par le site « Action Civile »²⁰⁴ peut être un excellent indicateur de la réussite de l'action de groupe. En effet, si un nombre significatif de personnes continuent à l'utiliser alors même qu'ils pourraient agir via le nouveau mécanisme, cela signifiera qu'une partie des utilisateurs du droit se confie plus volontiers au système de regroupement proposé par des privés qu'à celui proposé par le législateur français.

On doit s'attendre en la matière à de nouvelles interventions que celles-ci soient législatives ou jurisprudentielles. L'éparpillement programmé de l'action de groupe ne saurait durer. En réalité, au niveau national, il n'existe à mon sens que deux issues à l'action de groupe française. Soit l'échec du mécanisme est constaté trop tard (volontairement ou non, n'oublions pas que beaucoup ont intérêt à la disparition totale de l'action de groupe) et dans ce cas il sera supprimé des textes par le législateur ou tombera en désuétude. Soit les écueils précédemment évoqués sont identifiés à temps et dans ce cas l'unification des différentes actions qui auront été créées pourra être envisagée, à travers une approche moins défiante de la *class action* états-unienne.

La troisième hypothèse est elle aussi plurielle en ce qu'elle implique une intervention du législateur européen dont la forme de l'action et son contenu sont difficilement prévisibles. L'idéal serait probablement la création d'une règle applicable à tous via un règlement sur le modèle de la Règle 23. Cependant, cette option suppose un élargissement conséquent des compétences de l'Union européenne qui n'est absolument pas à l'ordre du jour.

Il est malheureusement bien plus probable que dans les années à venir l'Union européenne crée une directive s'appliquant à tous, imposant un modèle aussi timide que celui français, pur produit de compromis entre les États et autres entités impliquées et intéressées par le mécanisme, ou son inexistence.

Bibliographie :

I- Ouvrages, thèses et mémoires

204- <http://www.actioncivile.com/>

- ANDERSON Brian et TRASK Andrew, *The class action playbook*, Oxford, 2010
- BOUVIGNIES Alexanne, *Les Class actions, Étude de droit comparé entre les droits français et américain* - Banque des mémoires, 2011
- COOK Gregory C., LARKIN Jocelyn D., ELIAS Jordan, HARVEY Dean, MERTEN Glenn et SEESSEL Ben, *The Class Action Fairness Act, Law and Strategy*, American Bar Association, Section of Litigation, 2013
- HOGAN GREER Marcy, *A Practitioner's Guide to Class Actions*, American Bar Association, 2010
- HOGAN GREER Marcy, *A Practitioner's Guide to Class Actions*, American Bar Association, 2012
- JOSE AZAR-BAUD, Maria, *Les actions collectives en droit de la consommation*, Dalloz, 2013 (thèse)
- LANGENFELD James, LITWIN Ethan E., FEDER Morgan J., *The Law and Economics of Class actions*, Emerald, 2014
- LOPEZ SANCHEZ, Javier, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Editorial Comares, 2011
- PARK Cheol Hee, *Desirable attorney's fee assessment in class action*, Harvard Law Library, 2009
- SIEFFERT-XURIGUERA Alexandra, *Faut-il introduire des class-actions en droit de la concurrence ?* - Banque des mémoires, 2011

- SLAGMAN Sanne F.A., *An exploration to legal bases for an EU collective redress approach*, 2012

II- Revues

- CLAUDEL Emmanuelle, *La procédure d'action de groupe explicitée* - RTD com. 2015. 81

- FLEURIOT Caroline, *Les députés adoptent l'action de groupe contre les discriminations, Proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination*, Dalloz actualité, 28 mai 2015

- HAERI Kami et JAVAUX Benoît, *L'action de groupe « santé » soulève de nombreuses difficultés* – D. 2015. 584

- LAPEROU-SCHNEIDER Béatrice, *De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail* – Droit social 2015. 256

- MAINGUY Daniel, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Lextenso éditions, 2014

- MOLFESSIS Nicolas, *L'exorbitance de l'action de groupe à la française* – D. 2014. 947

- REBEYROL Vincent, *La nouvelle action de groupe* – D. 2014. 940

- SHARKEY Catherine M., *The Future of Classwide Punitive Damages*, University of Michigan Journal of Law Reform Volume 46 | Issue 4, 2013

- UTZSCHNEIDER Yann et MUSSI Costanza, *L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en œuvre complexe* – AJCA 2014. 222

III- Textes et projets législatifs

- Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (Avant-projet Catala)
- Code de la consommation
- Code de commerce
- Code des États-Unis (U. S. C.)
- Décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation
- Décret n° 2014-1251 du 28 octobre 2014 relatif aux modes de communication des avocats
- Loi du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 1991
- Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Commission des communautés européennes, Bruxelles, le 2.4.2008 COM(2008) 165 final
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

IV- Sites internet

<http://www.argusdelassurance.com/institutions/l-assemblee-nationale-adopte-le-principe-de-l-action-de-groupe-en-sante-avec-effet-retroactif.92278>

<http://www.actu-environnement.com/ae/news/extension-action-groupe-environnement-sante-20476.php4>

<http://www.actioncivile.com/>

<http://www.franceinfo.fr/vie-quotidienne/transports/article/rer-ufc-que-choisir-refuse-l-action-de-groupe-651515>

<http://www.un-pour-tous.net/action-de-groupe-expliquee/basique/action-de-groupe-les-acteurs/>

<http://www.wnj.com/Publications/Punitive-Damages-What-Can-Your-Company-Do-To->

http://en.wikipedia.org/wiki/Punitive_damages#United_States

<http://securities.stanford.edu/top-ten.html>

<http://www.thefreelibrary.com/Archdiocese+of+Portland+to+Notify+Parishioners+of+Class+Action...-a0135431266>

http://www.dgslaw.com/images/materials/Rule23_ClassActions.pdf

http://en.wikipedia.org/wiki/Discovery_%28law%29

<http://dramclaims.com/>

http://en.wikipedia.org/wiki/User:Toocostly/draft_article_on_class_action_lawyers

http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2762&context=faculty_scholarship

V- Décisions de justice

- *Com. 8 juill. 2008*: Bull. civ. IV, n^o 143; D. 2008. Chron. C. cass. 2752, obs. Salomon

- *Décision de l'autorité de la concurrence n^o 14-D-19 du 18 décembre 2014* relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps

- *Smith v. Swormstedt*, 57 U.S. 288, 16 How. 288, 14 L. Ed. 942 (1853)

- *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* 417 U.S. 156 (1974)

- *Ruiz v. Estelle*, 503 F. Supp. 1265 (S.D. Tex. 1980)

- *TXO Production Corp. v. Alliance Resources* (92-479), 509 U.S. 443 (1993)

- *103 F.3d 767* (9th Cir. 1996)

- *Palmer v. Combined Insurance*, 217 F.R.D. 430, 438 (N.D. Ill. 2003)

- *West Virginia Rezulin Litigation*, 214 W. Va. 52 (2003)

- *245 F.R.D. 358, 376-78* (E.D. Ark. 2007)

- *549 U.S. 346* (2007), *556 U.S. 178* (2009)

- *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010)

- *Wal-Mart v. Dukes* (10-277), 564 U.S. (2011)

Autres

- Colloque du 26 mars 2015 organisé par le Centre français de droit comparé – *L'action de*

groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères

- Première saison de Better call Saul de Vince Gilligan et Peter Gould
- Sénat, « Les action de groupe », Les Documents de Travail du Sénat, mai 2010
- Réponse ministérielle. no 38849: JOAN Q 10 juin 2014, p. 4696; BRDA 2014, no 12

Annexes

Annexe n°1 : Règle 23 des règles fédérales de procédure civile

« (a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;*
- (2) there are questions of law or fact common to the class;*
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and*
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*
- (b) TYPES OF CLASS ACTIONS. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:*
 - (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:*
 - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or*
 - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;*
 - (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or*
 - (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:*
 - (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;*
 - (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;*
 - (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and*
 - (D) the likely difficulties in managing a class action.*
- (c) CERTIFICATION ORDER; NOTICE TO CLASS MEMBERS; JUDGMENT; ISSUES CLASSES; SUBCLASSES.*
 - (1) Certification Order.*

(A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.

(B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

(C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

(2) Notice.

(A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.

(B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:

(i) the nature of the action;

(ii) the definition of the class certified;

(iii) the class claims, issues, or defenses;

(iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;

(v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;

(vi) the time and manner for requesting exclusion; and

(vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

(3) Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

(A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and

(B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

(4) Particular Issues. When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

(5) Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

(d) CONDUCTING THE ACTION.

(1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:

(A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;

(B) require—to protect class members and fairly conduct the action—giving appropriate notice to some or all class members of:

(i) any step in the action;

(ii) the proposed extent of the judgment; or

(iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;

(C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;

(D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or

(E) deal with similar procedural matters.

(2) Combining and Amending Orders. An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

(e) SETTLEMENT, VOLUNTARY DISMISSAL, OR COMPROMISE. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

(1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.

(2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.

(3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.

(4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.

(5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

(f) APPEALS. A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(g) CLASS COUNSEL.

(1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

(A) must consider:

(i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;

(ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;

(iii) counsel's knowledge of the applicable law; and

(iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment.

(2) Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(3) Interim Counsel. The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(4) Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(h) ATTORNEY'S FEES AND NONTAXABLE COSTS. In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

(1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.

(2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.

(3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).

(4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D). »

Annexe n°2 : Article L423-1 du Code de la consommation

« Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des 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 :

1° A l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ;

2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs. »

Annexe n°3 : Les 10 montants de réparation les plus élevés dans le cadre d'une *class action* ou de sa menace

Note : Pour exemple, le premier montant permettra aux six entreprises d'éviter toute *class action* ultérieure de la part des États parties à l'accord sur le terrain des coûts publics afférents à la santé notamment.

1- *Tobacco Master Settlement Agreement*

Accord conclu en 1998

Montant : 206 milliards de dollars, payables sur 25 ans

2- *Dukes vs. Wal-Mart Stores*

En cours

Montant : 11 milliards de dollars demandés en réparation

3- *Enron*

Accord conclu en 2006

Montant : 7,2 milliards de dollars

4- *World Com*

Accord conclu en 2005

Montant : 6,2 milliards de dollars

5- *Exxon Mobil*

Jugement rendu en 2001

Montant : 5 milliards de dollars, réduits plus tard à 500 millions de dollars

6- *Breast Implant Litigation*

Accord conclu en 1994

Montant : 3,4 milliards de dollars

7- *Tyco International*

Accord conclu en 2007

Montant : 3,2 milliards de dollars

8- *Cendant*

Accord conclu en 2000

Montant : 3,1 milliards de dollars

9- *AOL Time Warner*

Accord conclu en 2005

Montant : 2,5 milliards de dollars

10- *Nortel Networks*

Accord conclu en 2006

Montant : 2,4 milliards de dollars

Annexe n°4 : Communiqué de presse de l'autorité de la concurrence sur sa décision du 18 décembre 2014 sur des ententes en matière de produits d'entretien et d'hygiène vendus en grande surface

« L'Autorité de la concurrence sanctionne deux ententes à hauteur de 345,2 et 605,9 millions d'euros. »

« L'Autorité de la concurrence rend aujourd'hui une décision par laquelle elle sanctionne deux ententes entre fabricants de produits d'hygiène et d'entretien, ayant consisté entre 2003 et 2006, pour chacun des marchés concernés, à coordonner leur politique commerciale auprès de la grande distribution et en particulier à se concerter sur les hausses de prix. Ces deux sanctions figurent parmi les plus importantes prononcées à ce jour par l'Autorité de la concurrence. »

« La première entente concerne le marché des produits d'entretien (345,2 millions d'euros de sanctions). Y ont participé, chacune à leur mesure, les entreprises Colgate-Palmolive, Henkel, Unilever, Procter & Gamble, Reckitt Benckiser, Sara Lee, SC Johnson et Bolton Solitaire ;

La seconde entente concerne le marché des produits d'hygiène (605,9 millions d'euros de sanctions). Y ont participé, chacune à leur mesure, les entreprises Colgate-Palmolive, Henkel, Unilever, Procter & Gamble, Reckitt Benckiser, Sara Lee, Laboratoires Vendôme, Gillette, L'Oréal, Beiersdorf et Vania.

Une affaire révélée grâce au programme de clémence

Ces ententes ont été portées à la connaissance de l'Autorité par SC Johnson, Colgate-Palmolive et Henkel qui ont sollicité à tour de rôle le bénéfice de la clémence. »

« Les produits concernés »

« Les produits d'entretien : Ils représentent une part non négligeable des dépenses courantes des ménages français. Le chiffre d'affaires de ce marché se montait à 4,2 milliards d'euros. Sur ce marché, largement dominé par des marques nationales dites « incontournables », les 8 premières entreprises concentraient près de 70 % du chiffre d'affaires du secteur.

A titre d'exemple, les produits concernés sont les assouplissants (Cajoline, Soupline, etc.), les produits détachants (Vanish, K2R), les liquides-vaisselle à la main (Paic, Palmolive, Mir, etc.), les pastilles pour lave-vaisselle (Sun, Calgonit, etc.), les nettoyeurs ménagers (Ajax, Mr Propre, Cif, Saint-Marc, Cillit Bang, etc.), les produits pour WC (Harpic, Canard WC, Bref, etc.), les désodorisants et les insecticides. »

« Les produits d'hygiène pour le corps :

A l'époque des faits, les Français dépensaient en moyenne 190 euros par an dans les produits de cosmétologie et d'hygiène. Le chiffre d'affaires total du secteur de l'hygiène était supérieur à 5 milliards d'euros en France. Le marché est caractérisé par la présence d'un nombre limité d'acteurs de dimension mondiale : les 8 premiers acteurs du marché représentent plus de 70 % du chiffre d'affaires global du secteur, les trois premiers totalisant, à eux seuls, environ 43 % du marché (dont plus de 28 % en moyenne pour le groupe leader, L'Oréal).

Parmi les produits concernés figurent les gels douches (Sanex, Petit Marseillais, Mont St Michel, etc), les shampoings et après-shampoings (Elsève, Fructis, Jacques Dessange, Dop,

Head&Shoulders, etc.), les dentifrices (Signal, Colgate, Tonigencyl, etc.) et produits d'hygiène buccale, les déodorants, mousses à raser, lames et rasoirs, produits dépilatoires, soins du visage, soins du corps, produits d'hygiène féminine, produits solaires, etc. »

« Les ententes ont modifié, au profit des fournisseurs, le déroulement normal des négociations avec les distributeurs. Elles ont permis de maintenir des prix de vente aux distributeurs à un niveau artificiellement élevé, ce qui s'est répercuté ensuite sur les prix de vente aux consommateurs.

A titre d'exemple, lors des négociations commerciales pour l'année 2006, la plupart des participants aux ententes sur l'hygiène comme sur l'entretien ont passé des hausses tarifaires très importantes, de l'ordre de 4 à 6 %, proches de celle annoncée initialement par l'un des participants aux ententes. »

« L'Autorité a aussi relevé que ces ententes avaient causé un dommage à l'économie, compte tenu notamment de leur ampleur nationale, des caractéristiques des marchés en cause, comptant un petit nombre d'acteurs offrant des produits parfois « incontournables » et des effets qu'elles ont engendrés in fine sur les consommateurs. »

Annexe n°5 : Article 1371 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations

« L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables. »

Annexe n°6 : Extraits de la résolution du Conseil national des Barreaux relative à l'action de groupe des 24 et 25 mai 2013

« Le Conseil national des barreaux, représentant la profession d'avocat, réuni en assemblée générale le 24 mai 2013,

S'OPPOSE aux dispositions du projet de loi gouvernemental relatif à la consommation instaurant une action de groupe.

CONSIDERE que ce projet de loi ne prévoit pas les conditions d'une action de groupe équilibrée et ambitieuse, en raison principalement de son champ d'application restreint aux seuls préjudices matériels de consommation subis et de l'incompatibilité de ce dispositif avec les principes fondant notre système juridique et judiciaire.

REFUSE le monopole accordé aux associations de défense des consommateurs agréées pour l'initiative de l'action de groupe comme étant contraire aux principes fondamentaux de libre accès à la justice et de liberté d'association. Si une association a le droit d'agir en justice, elle ne saurait devenir le filtre obligatoire par lequel doit passer le justiciable, qui a également le droit de saisir l'avocat de son choix de la défense de ses intérêts.

INTERPRETE 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. »

«PROPOSITION DE LOI

Article 1er

Après le titre XVII du livre III du code civil, il est créé un titre XVIII, comportant 3 chapitres ainsi rédigés :

Titre XVIII DE L'ACTION DE GROUPE

Art. 2190 : L'action de groupe permet à une ou plusieurs victimes, personnes physiques ou morales, d'agir en réparation pour le compte d'un groupe de victimes, personnes physiques ou morales, ayant subi des préjudices qui ont pour origine commune un fait imputable à une même personne physique ou morale. L'action de groupe ne peut, toutefois, être intentée pour les litiges relevant de la compétence exclusive du Conseil des Prud'hommes aux termes des articles L.1411-1 à L.1411-6 du code du travail. L'action de groupe peut être engagée en vue d'obtenir réparation de tout préjudice, quelle qu'en soit la nature.

Art. 2192 : Les victimes peuvent mandater, aux fins d'exercer en leur nom l'action en réparation, une association existante ou créée à cet effet. Art. 2191 : Nul n'est membre du groupe s'il n'en a pas fait la demande dans les formes et délais prévus par décret en Conseil d'Etat.

Chapitre I er

DE LA RECEVABILITE DE L'ACTION DE GROUPE

Art. 2193 : L'action de groupe est introduite selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Le juge saisi de l'action s'assure que les demandes sont sérieuses, qu'elles respectent les conditions fixées par l'article 2190 du présent code et qu'elles ne se rattachent pas à une action de groupe antérieure qui aurait déjà été jugée. Il vérifie la capacité du ou des demandeurs à représenter de manière collective et indépendante les victimes remplissant les conditions requises pour être membres du groupe.

Art. 2194 : Si l'action de groupe est jugée recevable, le juge ordonne, aux frais des personnes physiques ou morales qu'il désigne, la diffusion, par tous moyens appropriés, de l'information relative à la procédure en cours. Il fixe les critères de rattachement au groupe, sur proposition de la ou des personnes exerçant l'action.

Art. 2195 : Le délai de prescription de l'action de groupe est de 5 ans. Il commence à courir à compter de la connaissance par les victimes du fait dommageable pouvant donner lieu à une action collective. Le délai est porté à 10 ans chaque fois que l'action recouvre une demande en réparation de préjudices corporels. Les victimes ayant subi un dommage objet de l'action de groupe bénéficient de la suspension de la prescription résultant de l'introduction de l'action de groupe, pendant la durée de la procédure et, au plus tard, jusqu'au jour du prononcé du jugement statuant sur la responsabilité du défendeur.

Chapitre II DE L'INDEMNISATION

Art. 2196 : Lorsque le juge rend sa décision sur la responsabilité du (des) défendeur, il évalue, lorsqu'il dispose des éléments nécessaire, le montant et les modalités de la réparation pour chaque membre du groupe. Lorsque le juge ne dispose pas les éléments permettant l'évaluation du préjudice de chacun, il revient au défendeur d'adresser à chaque victime une offre d'indemnisation selon les modalités prévues ci-après.

Art. 2197 : Lorsque le juge a rendu une décision retenant la responsabilité du défendeur sans disposer des éléments nécessaire pour évaluer le préjudice de chacun, le défendeur est tenu, à la

suite de la décision rendue sur sa responsabilité, d'adresser à chaque victime une offre d'indemnité dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'État.

Art. 2198 : La victime qui refuse l'offre du professionnel ou à laquelle aucune offre d'indemnité n'a été faite dans le délai imparti, adresse une demande à la juridiction ayant prononcé le jugement de responsabilité.

Art. 2199 : Lorsqu'aucune offre d'indemnité n'a été faite dans le délai imparti ou si l'offre proposée par le professionnel est manifestement insuffisante, le juge qui fixe l'indemnité peut d'office condamner le défendeur à verser à titre de pénalité à la victime une somme au plus égale à 50 % de l'indemnité allouée.

Chapitre III DE L'AUTORITE DE CHOSE JUGEE

Art. 2200 : Les décisions relatives à la responsabilité et à la réparation n'ont l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard du ou des défendeurs et des membres du groupe qui se sont inclus dans le groupe selon les modalités prévues à l'article 2192 de présent code.

Art. 2201 : Les membres du groupe demeurent libres d'agir individuellement en réparation des préjudices qui n'ont pas fait l'objet de l'action collective.

Art. 2202 : L'action de groupe n'est pas exclusive de l'action individuelle des personnes qui ne se sont pas incluses dans le groupe. »