

Recours collectifs

LES ACTIONS DE GROUPE À LA FRANÇAISE : UN RENDEZ-VOUS MANQUÉ ?

« Tant va la cruche à l'eau qu'à la fin elle s'emplit »
Beaumarchais, Le Mariage de Figaro, acte I, scène 1.



L'action de groupe à la française comporte un certain nombre de particularismes justifiant son « appellation d'origine ». Outre le monopole d'initiative des associations agréées de consommateurs, on remarquera une procédure à nulle autre identique placée entre les mains du juge, encore qu'en matière d'atteintes à la concurrence, ce dernier soit soumis à « l'autorité de chose décidée » par les autorités de concurrence. À ceci s'ajoutent, notamment, un régime d'opt-in dissimulant la réalité d'un opt-out, sans oublier le choix critiquable d'une gestion uniquement judiciaire de ce type de litige, la médiation professionnelle ayant été oubliée. Si l'effort imaginatif est à saluer, se pose la question de la cohérence de cette hybridation.

Après quarante années de débats¹, la France s'est dotée, au travers de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi Hamon), d'une action de groupe, tandis qu'au niveau européen, le 11 juin 2013, la Commission européenne a adopté une proposition de directive et une recommandation² invitant les États membres à se doter d'un système national de recours collectif.

Sans prétendre à une analyse exhaustive du chapitre premier de la loi Hamon, nous nous bornerons à un bref examen des lignes de force de ces futures actions. Tout d'abord,

nous décrivons sommairement le cadre procédural (I.), puis nous nous attarderons sur la notion d'action de groupe « à la française » (II.), avant d'aborder (III.) la procédure d'action de groupe simplifiée visée par l'article L. 423-10 du Code de la consommation (1.) et, enfin, les actions de groupe relatives à la concurrence (2.).

I. PRÉSENTATION SOMMAIRE DU CADRE PROCÉDURAL

1. Très schématiquement, l'action de groupe telle que voulue par la loi Hamon se décompose en une procédure « générale » et deux procédures particulières, l'une dite « simplifiée » et l'autre consacrée aux actions conduites en matière de concurrence.

2. Tout d'abord, l'introduction des actions de groupe relève de la seule compétence des associations agréées de consommateurs représentatives au niveau national (article L. 423-1 du Code de la consommation)³. À cet égard, on relèvera que cette disposition ne saurait faire obstacle à l'application de l'article 15, paragraphe 1, c)⁴, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000⁵ dit Règlement Bruxelles I, lequel permet de soumettre aux tribunaux de l'État membre dans lequel est domicilié le consommateur tout litige de consommation, dès lors que le commerçant cocontractant a « dirigé » son activité vers ledit État. La doctrine a vu dans ce monopole⁶ attribué aux associations de consommateurs agréées françaises une discrimination à

1. E. Jouffin, « Droits des consommateurs : les actions de groupe... avant les actions de groupe », *Banque et Droit* n° 154.

2. Cf. le communiqué de presse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_fr.htm.

3. Actuellement au nombre de 16, ces associations sont soumises aux dispositions des articles L. 411 et R. 411-1 et suivants du Code de la consommation. L'article R. 411-1-a) indique que le nombre de cotisants nécessaire à l'agrément doit être de 10 000.

4. « Lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités. » Sur ce sujet, cf. E. Jouffin, « Bref panorama des recours collectifs – Les actions de groupe... avant les actions de groupe », *Banque & Droit* n° 154, mars-avril 2014, spéc. p. 7., § 18.

5. Règlement concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JOUE 12 du 16 janv. 2001, p. 1).

6. Au sens de « [...] privilège d'exclusivité reconnu par la loi à une entreprise pour l'exercice de son activité » : L. Rapp et Ph. Terneyre, *Droit public des affaires*, Lamy, n° 2274.

raison de la nationalité⁷, à moins que l'on ne puisse y voir une aide d'État déguisée.

3. L'objet de ces actions est « 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 »⁸ à l'occasion de la vente d'un bien ou de la fourniture d'un service. Une action de groupe ne pourra donc avoir pour objet direct le prononcé d'une injonction ou bien encore, l'annulation d'une clause ou d'un contrat.

Le texte précise que les préjudices indemnisables sont « des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs » (article L. 423-1 du Code de la consommation). Les modalités d'application des procédures générale et simplifiée sont objets d'un décret (article L. 423-10 dernier alinéa).

4. La procédure générale s'articule en trois phases.

Le juge décide du sort de l'action depuis la mise en état jusqu'aux mesures de publicité (phases 1 et 2 ci-après), puis tranche les difficultés d'exécution (phase 3 ci-après).

a. La première phase, d'essence contentieuse, permet au juge, sur saisine exclusive d'une association de consommateurs agréée⁹, de statuer sur :

- la recevabilité de l'action de groupe, l'article L. 423-2 précisant que l'action est introduite selon des modalités fixées par décret. Sans doute ce texte évoquera-t-il le recours contre une déclaration d'irrecevabilité ;
- la responsabilité du professionnel (article L. 423-3 alinéa 1^{er}). À ce stade de la procédure, le groupe n'est pas encore constitué ;
- la constitution du groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et les critères de rattachement à ce groupe (idem) ;
- le préjudice réparable pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices, (article L. 423-3 alinéa 2).

b. La seconde phase, suite à cette déclaration de responsabilité du professionnel, est de nature « informative » et indemnitaire (articles L. 423-4 à L. 423-8 du Code de la consommation). Les consommateurs sont informés et peuvent adhérer au groupe et être indemnisés.

À cet égard, le juge :

– ordonne, une fois tous les recours et pourvois épuisés, les mesures de publicité de sa décision (art. L. 423-4). À ce stade s'effectue la principale distinction entre les procédures générale et simplifiée, cette dernière donnant lieu à une information et non une publicité.

– détermine (article L. 423-5) :

- le délai (compris entre 2 et 6 mois) dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation individuelle de leur préjudice matériel ;
- les modalités d'adhésion ;
- si les consommateurs s'adressent directement au pro-

fessionnel ou bien à l'association ou au professionnel que celle-ci s'ajoutera en vertu de l'article L. 423-9.

On soulignera que le groupe n'est que tardivement constitué, puisque le juge va statuer sur la responsabilité du professionnel et le préjudice indemnisable en l'absence de détermination dudit groupe. La question est bien entendu celle des conditions dans lesquelles les professionnels pourront évaluer le risque lié à la procédure et assurer correctement leur défense. Par ailleurs, l'autorité de chose jugée ne semble être acquise qu'après l'indemnisation effective des consommateurs¹⁰, lesquels peuvent, jusqu'au moment de la perception de l'indemnisation, choisir de défendre leur cause individuellement.

c. La troisième phase est également contentieuse, puisqu'elle a trait aux éventuelles difficultés d'application de la décision (articles L. 423-12 et suivants du Code de la consommation).

À cette procédure « générale », s'ajoutent deux procédures spécifiques : la procédure simplifiée et la procédure d'action de groupe en matière de concurrence.

a. La procédure simplifiée

5. Cette procédure a vocation à s'appliquer lorsque « l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée » (article L. 423-10).

Cette procédure s'articule également en trois phases.

– Une phase contentieuse au cours de laquelle le juge :

- statue sur la responsabilité du professionnel (article L. 423-10 alinéa premier) ;
- détermine le préjudice réparable et condamne le professionnel à indemniser les consommateurs « directement et individuellement » selon les modalités qu'il fixe (article L. 423-10 alinéa premier).

– Une phase « informative » : lorsque la décision n'est plus susceptible « de recours ordinaires, ni de pourvoi en cassation », le juge détermine les modalités et délais d'une information individuelle des consommateurs concernés (alors que la procédure générale donne lieu à une mesure de publicité) – (article L. 423-10 al. 2) Cette information permet aux consommateurs d'accepter l'indemnisation¹¹. Il s'agit donc d'un opt-in qui s'applique, non pas à la participation à une procédure mais à l'acceptation du produit de celle-ci.

– Une phase contentieuse : le juge tranche les difficultés liées à l'inexécution de la décision par le professionnel (article L. 423-10 al. 3 faisant renvoi à l'article L. 423-12).

b. La procédure d'action de groupe en matière de concurrence¹²

6. La responsabilité du professionnel ne peut être prononcée, dans le cadre d'une action de groupe, que sur le fondement d'une décision prononcée par les autorités ou juridictions de l'Union européenne constatant lesdits manquements et insusceptibles de recours « pour la partie relative à l'établissement des manquements ». Dans de telles

7. Cf. *infra*, § 46, note 115.

8. Article L. 423-1 du Code de la consommation.

9. Au sens de l'article L. 411-1 du Code de la consommation. Ces associations sont, à ce jour, au nombre de 16. <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Liste-et-coordonnees-des-associations-nationales>.

10. Article L. 423-13 : « L'association requérante représente les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins de l'exécution forcée du jugement mentionné au second alinéa de l'article L. 423-12 ».

11. Cf. *infra*, § 20.

12. Cf. *infra*, § 32.

conditions, les manquements sont irréfragablement établis (article L. 423-17) par application de l'article L. 423-3 (procédure générale). Il y a donc « autorité de chose décidée » à l'égard du juge.

7. Ce dernier peut, aux termes de l'article L. 423-19 du Code de la consommation et par dérogation à l'article L. 423-4 du même code¹³, « [...] ordonner l'exécution provisoire du jugement mentionné à l'article L. 423-3 pour ce qui concerne les seules mesures de publicité, afin de permettre aux consommateurs de se déclarer dans le délai imparti ». En clair, le groupe pourra se constituer alors même qu'aucune décision définitive n'aura été rendue contre le professionnel. Certes, l'action de groupe ne pourra aller à son terme faute d'épuisement des voies de recours bénéficiant au professionnel, mais ce dernier se verra toutefois placé sous les feux d'un groupe constitué pour « le cas où ». On s'étonnera de ce groupe, constitué « hors sol », en vue d'une hypothétique action qui peut ne voir le jour que 10 ou 15 ans plus tard.

II. QU'EST-CE QUE L'ACTION DE GROUPE « À LA FRANÇAISE » ?

1. Qualifications procédurales

8. Se pose ici la question de la qualification juridique de l'intervention des associations agréées, détentrices du monopole d'introduction des actions de groupe, étant entendu que notion de gestion d'affaire n'a pas sa place en procédure civile¹⁴.

Tout d'abord, le texte se garde de faire référence à la notion de mandat en vue de la participation à une action de groupe, et ne fait qu'évoquer une « adhésion » (article L. 423-5 alinéa 3 du Code de la consommation¹⁵). Si le terme « mandat » apparaît bien dans le chapitre premier de la loi Hamon, il s'agit du mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association (articles L. 423-5 alinéa 3 et L. 423-10 alinéa 3¹⁶), tournure étrange dans la mesure où l'indemnisation ne se fait pas au profit de l'association mais des consommateurs. Ceci semble indiquer que l'association agréée agit au titre d'une action qui lui est personnelle¹⁷.

Ce silence autour de la notion de mandat s'explique sans doute par le fait que pareille référence aurait sans doute évoqué, aux oreilles des associations de consommateurs notamment, le mandat de la procédure en représentation conjointe de l'article L. 422-1 à 3 du Code de la consommation, action n'ayant été mise en œuvre que cinq fois depuis 1992¹⁸.

Par conséquent, l'un des principaux thèmes de l'action de groupe, à savoir comment les consommateurs s'y rallient-ils, baigne dans le flou de la question suivante : à quel titre

l'association intervient-elle ? Si l'on se place dans l'optique de la procédure « générale », on peut penser à la notion de mandat et donc, envisager une intervention de l'association au titre d'une représentation des consommateurs. Toutefois, un doute existe quant à la portée exacte de ce « mandat » puisque ce dernier n'apparaît que tardivement dans la procédure « générale », puisqu'au préalable l'association introduit l'action de groupe « au bénéfice de qui de droit ».

Suite à l'introduction de l'action, le juge (article L. 423-3) va constater la recevabilité de l'action, statuer sur la responsabilité du professionnel « au vu des cas individuels présentés par l'association » et définir ensuite « le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement », pour enfin déterminer « les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs¹⁹ ». Viennent ensuite les mesures de publicité²⁰ et la détermination du délai aux fins d'adhésion au groupe²¹. À cet instant, intervient le mandat.

Si les consommateurs ne donnent mandat qu'au titre de l'indemnisation, à quel titre l'association intervient-elle au cours de la procédure qui conduira à déterminer ladite indemnisation ?

9. Autrement dit, deux phases se succéderaient. Au cours de la première, l'association interviendrait dans le cadre d'une action en substitution²² du même type que celle reconnue, dans certaines conditions²³, par le Code du travail aux syndicats s'agissant de la défense de l'intérêt individuel d'un salarié. Cette action est une action personnelle du syndicat et non une action en représentation d'un salarié²⁴, lequel est toutefois le bénéficiaire du jugement, même s'il n'intervient pas à l'instance « car c'est son droit substantiel qui est discuté »²⁵. Transposé à l'action de groupe, ceci signifie que l'association a une pleine liberté de mouvement, sans pour autant que le consommateur voit ses droits modifiés puisqu'il n'est pas partie à l'instance. Cette analyse semble confirmée par le commentaire²⁶ que le Conseil Constitutionnel a fait de sa décision n° 2014-690 du 13 mars 2014 relative à la loi Hamon. Le Conseil énonce : « La première phase est contentieuse : elle voit, à la demande d'une association de consommateurs agréée, le juge statuer sur la responsabilité du professionnel, sans que, ni par un mécanisme d'opt-in ni par un mécanisme d'opt-out, les consommateurs soient parties à cette première phase ».

En revanche, à partir du moment où le consommateur aura « donné mandat » (ou adhérer selon les termes de la

19. Cf. *infra*, § 24.

20. Article L. 423-4 du Code de la consommation. Ces mesures « [...] ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation ».

21. Article L. 423-5 : « [...] le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice. Ce délai ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois après l'achèvement des mesures de publicité ordonnées par lui ».

22. E. Jeuland, « Substitution ou représentation ? À propos du projet d'action de groupe », *JCP* 2013, éd. G., n° 37, 927.

23. On citera à titre d'exemple du champ d'application de cette action, les articles L. 1144-2 du Code du travail s'agissant du respect de l'égalité professionnelle homme/femme, L. 1152-1 s'agissant de harcèlement moral, L. 8155-1 s'agissant de la défense des travailleurs étrangers sans titre de séjour, de l'article L. 1134-2 s'agissant de discrimination.

24. Cass. Soc. 1er février 2000, *Servair*, *JCP* 2001, 33, note E. Jeuland.

25. *Ibid.*

26. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2014690DCccc_690dc.pdf.

13. Les mesures de publicité de la décision ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation.

14. Cass. Civ. 3^e, 27 octobre 2004, *Bull. civ. III*, n° 183, *RTD Civ.* 2005, p. 182.

15. « L'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante », l'alinéa 4 précisant que « L'adhésion au groupe ne vaut ni n'implique adhésion à l'association requérante ».

16. Procédure générale pour le premier article, simplifiée pour le second.

17. Cf. *infra*, § 9.

18. Rapport d'information de MM. Laurent Bêteille et Richard Yung, fait au nom de la commission des lois n° 499 (2009-2010) 26 mai 2010, p. 17.

loi) en vue de l'obtention de l'indemnisation²⁷, débute une action en représentation à l'occasion de laquelle l'association est le mandataire du consommateur, ce dernier étant la véritable partie à l'instance. On notera à cet égard que l'article L. 423-13 prévoit que « L'association requérante représente les consommateurs qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins de l'exécution forcée du jugement [...] ». Dès lors, conformément au droit commun du mandat, l'association est susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de son mandant.

10. Si cette vision est exacte, se pose la question de la succession, au sein d'une même action de groupe, de ces deux types d'intervention et de leur articulation. L'intérêt majeur de ce découpage est que l'association, tant qu'elle se situe dans le cadre d'une substitution, ne saurait engager sa responsabilité à l'égard des consommateurs puisque ces derniers ne sont pas partie à l'instance. Pour autant, peut-on réellement envisager que l'association, qui ne remplirait pas de manière satisfaisante sa mission de « conduite » de l'action de groupe puisse ainsi bénéficier d'une sorte d'immunité? Y aurait-il alors une action de groupe contre l'association agréée? Cela supposerait qu'une association agréée puisse être considérée comme un professionnel. À défaut, les consommateurs déçus ne pourront agir que manière individuelle.

11. Par ailleurs, toujours s'agissant du « mandat » conféré à l'association, on notera que dans le cadre de la médiation²⁸ le projet de loi prévoit que « seule l'association requérante peut participer à une médiation » et que « tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge »²⁹. Nous sommes là dans une figure de représentation, encore qu'il soit permis de se demander si « le groupe » peut être représenté ou bien encore conférer un tel mandat, faute de personnalité juridique. On notera qu'un certain flou entoure une notion centrale, celle du moment de constitution du groupe. Par ailleurs, si la médiation est couverte par la confidentialité (art. 131-14 du CPC), l'article L. 123-16 du Code de la consommation prévoit néanmoins des « mesures de publicité nécessaires ».

L'article L. 423-3 laisse penser que le groupe est constitué au moment du jugement, tandis que l'article L. 423-16 nous apprend que l'accord issu d'une médiation « est négocié au nom du groupe ». En présence d'une médiation conduite avant même que n'intervienne le jugement, quand le groupe se constitue-t-il? Cela semble signifier qu'en pareil cas, même en l'absence de toute manifestation de volonté des consommateurs, un groupe pourrait exister et une association agréée serait légitime à agir pour ce dernier.

2. L'appellation « à la française » est-elle méritée?

12. Nous avons vu dans le paragraphe préliminaire que la loi Hamon n'est pas avare de nouveautés procédurales

qui, pour discutables qu'elles soient, sont sans doute ce qui caractérise le côté typiquement français des actions de groupe qu'elle introduit. On regrettera toutefois que la loi soit d'une très grande discrétion au sujet de notions essentielles. Au titre de ces regrets, on mentionnera le fait que ne soit pas abordée, de manière globale, la question pourtant centrale de l'opt-in. On soulignera à cet égard, que si en principe les procédures « générale » et « simplifiée » relèvent de la logique de l'opt-in, il s'agit d'opt-in « particuliers ».

En ce qui concerne l'opt-in de la procédure générale³⁰, on regrettera qu'elle ne se manifeste pas en tout début de procédure, avant le jugement statuant sur la responsabilité, mais après que le juge a statué sur la recevabilité de l'action³¹. La procédure simplifiée, nous le verrons, est quant à elle gratifiée d'un « semi opt-out »³². En tout état de cause, on déplorera le manque de lisibilité de la loi sur une question aussi importante, le résultat étant une procédure en demi-teinte.

Autre motif de regret, le silence de la loi s'agissant de la définition de ce qu'est un groupe (au pied de la lettre deux personnes suffiraient pour qu'il y ait action de groupe), alors même que cette notion est au cœur de l'action de groupe. On peut penser que les termes « l'action de groupe est introduite selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État »³³ impliquent que cette question sera tranchée par voie réglementaire, ce qui pose la question d'une éventuelle incompétence négative du législateur³⁴.

13. De même, la loi se garde également de fixer un montant maximum de préjudice individuel au-delà duquel l'action de groupe n'est plus l'instrument procédural adéquat³⁵. On rappellera que le but de l'action de groupe est, en principe, de faciliter l'indemnisation des dommages de faible importance issus de la consommation. En ne fixant aucun plafond, le risque est grand de voir ce type d'action détourné de sa finalité première. Ainsi, on peut redouter que l'action de groupe ne devienne, notamment, un substitut de l'action publique. Plutôt que l'indemnisation des consommateurs, les actions de groupe serviraient à la prévention des pratiques illicites et à la confiscation des profits issus de ces dernières, et l'on pense bien évidemment aux actions de groupe en matière de concurrence³⁶.

En présence d'actions de groupe relatives à des préjudices qui, bien que « sérieux », n'en porteraient pas moins sur des indemnisations importantes, le juge, au stade du jugement

30. Article L. 423-5 : « Dans la même décision prononçant la responsabilité du professionnel, le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice... ».

31. Rapport sur les travaux conduits au 4^e trimestre 2012 dans le cadre du CNC concernant l'introduction d'une action de groupe en droit français spéc. p. 20 (cf. recevabilité de l'action).

32. Cf. *infra*, § 20. L'option ne porte pas sur l'adhésion au groupe, mais sur l'acceptation de l'indemnisation.

33. Article 423-2.

34. Cons. Constit., Déc. n° 2011-639 du 28 juillet 2011 : « [...] il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution [...] que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi [...] lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques [...] lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ». Ce grief n'a pas été examiné par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2014-690 du 13 mars 2014.

35. À moins qu'une fois encore, un texte réglementaire ne vienne préciser ce plafond.

36. Cf. *infra*, § 32.

27. M. J. Azar-Baud, « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français? », D. 2013, p. 1487.

28. Article L. 423-15 du Code de la consommation.

29. Article L. 423-16 du Code de la consommation.

de recevabilité pourra-t-il faire autrement que de déclarer recevable une telle action de groupe, alors même qu'il serait en présence d'un dévoiement évident de cette procédure? Malgré une franche hostilité des associations de consommateurs, une telle limitation est nécessaire.

14. Autrement dit, la loi est parfaitement taisante sur l'ensemble des éléments clés de cette action de groupe, de telle sorte que l'appellation « à la française » paraît ne se dessiner qu'en creux. Ni tout à fait française, faute notamment d'un positionnement cohérent au sujet de l'opt-in, ni tout à fait de droit US (les associations de consommateurs ont le monopole d'introduction de l'action de groupe les avocats étant écartés de l'initiative de telles actions - article L. 423-1 du Code de la consommation), les actions de groupe issues de la loi Hamon apparaissent comme étant le fruit d'une hybridation hasardeuse.

15. De même, se pose la question d'une éventuelle réforme des règles de collecte de preuves, puisqu'au titre de l'article L. 423-3 alinéa 3 du Code de la consommation, le juge : « [...] à tout moment de la procédure, [...] peut ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible nécessaire à la conservation des preuves et de production de pièces, y compris celles détenues par le professionnel ». Le risque de l'introduction, par voie réglementaire, d'une procédure de *discovery*, une fois encore « à la française »³⁷, n'est pas nul, non plus que les risques que comporterait pareille « acclimatation ».

Après quarante années de réflexions, de projets de textes, de rapports, de livres verts et blancs, de consultations et d'avis en tous genres, on pouvait s'attendre à un résultat plus abouti, en tous les cas plus cohérent au plan juridique.

3. Un texte qui protège les consommateurs... mais lesquels?

16. Le droit français dispose désormais d'une définition « officielle » du consommateur, l'article 3 de la loi introduisant un article préliminaire au Livre premier du Code de la consommation³⁸. Aux termes de cette disposition, est considérée comme consommateur « [...] toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

L'exposé des motifs du projet de loi relative à la consommation annonçait cette définition sans toutefois en expliquer les raisons, lesquelles figurent dans l'étude d'impact³⁹, cette dernière invoquant des principes généraux tels que la cohérence ou bien encore, la sécurité juridique. Pour autant, cette définition est loin de régler totalement la question de la définition du consommateur.

17. Tout d'abord, demeurent les dispositions de l'article L. 311-1-2° du Code de la consommation⁴⁰, lequel énonce que l'emprunteur est défini par la loi comme étant la per-

sonne physique, consommateur, contractant avec un prêteur dans un but étranger à son activité commerciale, sans qu'il soit fait référence aux activités industrielles, artisanales ou libérales. Par ailleurs, de nombreuses dispositions du Code de la consommation visent les non-professionnels⁴¹.

S'agissant de clauses abusives, sujet de choix pour une action de groupe, la Cour de cassation dans un arrêt du 2 avril 2009⁴² relatif à la notion de clauses abusives, a clairement indiqué qu'un consommateur ne pouvait être qu'une personne physique. Cette décision prend le contrepied d'un précédent arrêt du 15 mars 2005⁴³ qui énonçait : « la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ».

On notera, qu'un arrêt Cape rendu le 22 novembre 2001 par la Cour de Justice des communautés européennes⁴⁴, énonce de manière claire : « la notion de consommateur telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE⁴⁵ du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques ». S'agissant des pratiques commerciales déloyales, la Directive 2005/29 donne du consommateur une définition (article 2a) excluant sans ambiguïté professionnels et personnes morales⁴⁶.

18. La définition du consommateur dans la loi Hamon n'est donc pas générale et sans doute pas satisfaisante⁴⁷, si ce texte a vocation à irriguer l'ensemble du Code de la consommation, il serait bon que la logique soit conduite à son terme. Faute de mieux, la seule lecture utile et raisonnable de l'article 3 de la loi relative à la consommation consiste à considérer la définition du consommateur comme étant une définition « par défaut », n'ayant vocation à s'appliquer qu'en l'absence de texte comportant lui-même une telle définition. Compte tenu de la pléthore de textes⁴⁸ portant sur ce sujet, se pose la question du périmètre utile de la disposition de la loi relative à la consommation.

Notamment, rien ne nous dit ce qu'il faut entendre par « dans le cadre de son activité ». Sans doute ceci signifie-t-il « à l'occasion de », mais là encore, on ne règle pas la question.

41. On citera l'article L. 136-1 relatif aux clauses de reconduction tacite, L. 132-1 relatif aux clauses abusives ; L. 133-2 relatif à l'interprétation des conventions, L. 121-85 relatif aux contrats de services de communication électronique.

42. Cass. Civ. 1^{re}, 2 avril 2009, n° 08-11.231, F-D, SLG Canal CE c/ CE Dimension Data France, Juris-Data n° 2009-047838. Contrats Concurrence Consommation n° 6, juin 2009, comm. 182, comm. G. Raymond.

43. Cass. Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, JCP E 2006, 769, note D. Bakouche ; D. 2005, p. 1948, note A. Boujeka ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 100.

44. CJCE 22 novembre 2001, Cape SNC c/ Idealservice, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n° 47, n° 2996, obs. de Laparre M., D. 2002, p. 90, obs. Rondéry C. et p. 2929, obs. Pizzio J.-P. ; RTD civ. 2002, p. 291, obs. Mestre J. et Fages B., Contrats, conc. consom. 2002, n° 18, obs. Raymond ; JCP G 2002. II. 10047, note G. Paisant ; C. Nourissat, Petites Affiches du 22 mai 2002, p. 16.

45. Cette directive a été modifiée par la Directive CE adoptée le 10 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

46. « [...] Toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

47. Sur ce sujet, G. Paisant, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », JCP 2013 éd. G, n° 22, 27 mai 2013, 589.

48. Cf. également au sujet de la définition du consommateur, Juris-Classeur Concurrence Consommation, Fasc. 800, contrats et consommation par G. Raymond ; G. Raymond, Droit de la consommation, Litec 2011, p. 25, n° 38 et s. J.-P. Chazal, le consommateur existe-t-il? D. 1980, p. 260. G. Raymond, « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », D. 1999, p. 249.

37. Cf. *infra*, § 43 et s.

38. JCP G 2013, act. 554, Aperçu rapide, G. Notté.

39. 30 avril 2013, p. 132 s., annexe III.

40. Issu de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, JO 2 juillet 2010, p. 12001 dite loi Lagarde transposant la Directive européenne 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs. P. Bouteiller, « La réforme du crédit à la consommation instituée par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 », *Revue Lamy droit des affaires*, juillet-août 2010, n° 51 ; A. Gourio, « La réforme du crédit à la consommation », JCP 2010, éd. E, n° 1675.

Quid d'un professionnel libéral qui contracte bien à l'occasion de l'exercice de son activité mais, l'objet du contrat est tout à fait étranger à l'exercice habituel de ladite activité? Ce professionnel est-il, un consommateur eu égard à l'état d'ignorance dans lequel il se trouve eu égard à l'objet du contrat? En définitive, n'est-ce pas plutôt l'objet du contrat qu'il conviendrait de prendre en considération ou bien encore, le but « étranger à l'exercice de son activité professionnelle »⁴⁹? Demeure une hypothèse « moyenne », celle d'une personne agissant tout à la fois à des fins personnelles et professionnelles, situation qui conduit à un examen au cas par cas afin de déterminer si la finalité professionnelle est prépondérante.

La question qui se pose est de savoir si la définition du consommateur, que l'on peut qualifier de perfectible, portée par la loi relative à la consommation a vocation à déterminer, seule, les bénéficiaires de l'action de groupe, à l'exclusion de toute autre disposition du Code de la consommation. Si la lecture de l'exposé des motifs indique clairement⁵⁰ que cette définition est applicable à l'ensemble dudit code, dans les faits, pas plus que la loi Hamon n'abroge les divers textes relatifs aux recours collectifs⁵¹, notamment dans le Code de la consommation, pas plus n'abroge-t-elle les dispositions concernant les définitions du consommateur⁵² incluses dans diverses dispositions de ce même code.

19. Ainsi, l'alinéa premier de l'article L. 120-1 du Code de la consommation énonce-t-il un principe général : « les pratiques commerciales déloyales sont interdites », en précisant qu'est déloyale la pratique qui « altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Il ne suffit donc pas d'être un consommateur, encore faut-il être un consommateur normalement diligent⁵³ et, en cela, digne de protection.

Il est évident que le juge, lors de l'examen de la recevabilité d'une action de groupe ayant pour objet une pratique commerciale déloyale, ne pourra pas faire l'impasse sur les dispositions de cet article.

La nouvelle définition, loin de renforcer la cohérence du Code de la consommation, paraît plutôt de nature à susciter de nouvelles interrogations.

49. Cf. G. Paisant, *supra*.

50. Exposé des motifs p. 252 : « [...] Ce choix de donner une définition légale du consommateur applicable à l'ensemble du code de la consommation répond aux attentes exprimées depuis des années par une grande partie de la doctrine et des acteurs économiques et apportera une sécurité juridique au droit de la consommation. Il participe également à la reconnaissance d'un droit autonome de la consommation ».

51. Pour mémoire, on mentionnera, l'action en représentation conjointe (L. 422-1 à 3 du Code de la consommation), l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs en réparation de dommage, en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites devant le juge civil ou pénal prévue par les articles L. 421-1 à 5 du Code de la consommation, action devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire divers agissements visés à l'annexe 1 de la directive 2009/22/ du 23 avril 2009 (article L. 421-6), ou bien encore intervention dans un procès civil intenté par un consommateur désireux d'obtenir réparation de son préjudice (article L. 421-7 du Code de la consommation).

52. On pourrait objecter que, bien souvent, ces définitions ont uniquement pour objet de déterminer les catégories de clients concernés par telle ou telle disposition du Code de la consommation (ex. clauses abusives, crédit à la consommation...). Mais, in fine, et par touches successives, se dessine ainsi le périmètre de la notion de consommateur. Cf. *supra*, note 33.

53. Cf. « La loyauté dans la commercialisation des produits financiers », numéro Hors-série Banque et Droit, décembre 2011, spéc. p. 24, E. Jouffin, « De l'art délicat de promouvoir la transparence au travers de textes obscurs ».

III. LES PROCÉDURES D'ACTION DE GROUPE SPÉCIFIQUES

1. La procédure simplifiée : faux *opt-in* ou vrai *opt-out*?

20. L'article L. 423-10 alinéa 2 du Code de la consommation prévoit que, préalablement à son exécution par le professionnel, la décision « fait l'objet de mesures d'information individuelle des consommateurs concernés, aux frais du professionnel, afin de leur permettre d'accepter d'être indemnisés dans les termes de la décision ». Pour mémoire, ces actions simplifiées sont destinées aux consommateurs dont l'identité et le nombre sont connus, et (condition cumulative) « lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée »⁵⁴. La notion de consommateurs « connus » suscite une interrogation. Si cette connaissance ne peut être que celle du professionnel, qui vérifiera que celle-ci est complète et de bonne foi? Quid de la vérification et par qui, en présence d'un secret bancaire opposable au juge civil? On soulignera enfin le caractère imaginaire de cette figure procédurale nouvelle qu'est « l'offre de jugement »⁵⁵ destinée aux consommateurs répondant aux critères de l'article L. 423-10.

21. Cette procédure devrait probablement être la procédure de droit commun pour de très nombreux professionnels astreints, comme c'est le cas notamment des établissements de crédit, à la connaissance documentée et actualisée de leurs clients, permettant ainsi d'en connaître le nombre et l'identité, sous réserve bien entendu d'un préjudice identique. Dans de telles conditions, le juge se bornera à prévoir l'indemnisation que les professionnels devront directement verser.

La prise en considération du champ d'application potentiel de cette procédure, et par voie de conséquence les implications financières qui s'y attachent, conduit à s'interroger fortement au sujet d'un *opt-in* consistant uniquement à accepter (ou pas) l'indemnisation fixée par le juge. Pré-tendre qu'il s'agit là d'un *opt-in* est un contresens évident. En effet, l'*opt-in* s'entend, aux termes de la définition retenue par la Commission générale de terminologie et de néologie⁵⁶, d'une option d'adhésion, tandis que l'*opt-out* est une option de retrait, la Commission européenne, dans sa recommandation du 11 juin 2013, ayant clairement pris position en faveur de l'*opt-in*⁵⁷.

22. Au cas d'espèce, l'option ne porte pas sur l'adhésion à l'action de groupe, mais l'acceptation du produit de cette dernière. Au demeurant, ladite demande d'acceptation n'est guère plus qu'un simulacre d'option. On

54. Article L. 423-10, alinéa premier. Pour mémoire, aux États-Unis, l'alinéa c2 de l'article 23 du Code fédéral de procédure civile prévoit que « le tribunal adresse aux membres du groupe la notification la mieux adaptée aux circonstances, notamment une notification individuelle à tous les membres du groupe qu'un effort raisonnable permet d'identifier ».

55. L'expression est de Louis Boré, « Le projet d'action de groupe : action mort-née ou premier pas? », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n° 136, spéc. p. 30.

56. JO du 27 décembre 2007, p. 71.

57. Cf le communiqué de Presse : « Les systèmes de recours collectif devraient, en règle générale, reposer sur le principe du consentement exprès (*opt-in*) selon lequel les parties demanderessees ne sont constituées que des personnes lésées qui auront expressément consenti à participer à l'action collective ».

peut parier que les cas de consommateurs qui rejettent l'offre d'indemnisation qui leur sera proposée seront d'autant plus rares qu'ils n'auront rien eu à faire pour déclencher la procédure, procédure qu'ils n'auraient d'ailleurs probablement pas entreprise eu égard (en principe) à la modicité de l'enjeu.

S'agissant de la procédure simplifiée, on rappellera en outre la portée de la maxime « nul ne plaide par procureur »⁵⁸ qui signifie que « nul ne peut se faire représenter par un mandataire qui figurerait seul dans l'instance, que le mandant doit toujours être en nom dans les actes de procédure et les jugements »⁵⁹. À cet égard, le nom du mandant doit toujours figurer dans le mandat de représentation en justice, ainsi que l'exige l'article 411 du Code de procédure civile⁶⁰. Or, la procédure simplifiée, telle qu'envisagée, est aux antipodes de ce principe.

À cet égard, le Rapport Bêteille et Yung⁶¹ soulignait en son temps : « En premier lieu, le système de l'opt-out semble poser un problème de constitutionnalité... Cet argument constitutionnel confirme la nécessité d'une manifestation individuelle de volonté pour agir en justice, conformément à l'adage selon lequel nul ne plaide par procureur. Il conduit à écarter un système d'action de groupe de type nord-américain, avec opt-out, c'est-à-dire une action conduite au nom de consommateurs qui n'auraient pas expressément pu faire connaître leur volonté d'y participer. »

23. Cette procédure dite « simplifiée », pour ne pas dire expéditive, soulève de sérieuses interrogations si l'on veut bien considérer qu'elle est associée, non pas à un opt-in, mais à un opt-out qui n'ose pas dire son nom.

Tout d'abord, cette procédure paraît incompatible avec la préservation des droits des consommateurs pourtant bénéficiaires de cette action simplifiée (I.1.). Ensuite, on soulignera une incompatibilité entre l'indemnisation forfaitaire induite par la procédure simplifiée⁶² et le principe de réparation intégrale. Nous sommes ici en présence de la consécration indirecte des dommages punitifs, lesquels ne sont conformes ni aux droits des consommateurs, ni aux principes du Code civil (I.2.). Enfin, cette action simplifiée est incompatible avec la préservation des droits de la défense bénéficiant aux professionnels à l'encontre desquels l'action de groupe simplifiée sera dirigée (I.3.).

I.1. Quid du respect des droits des consommateurs ?

24. En premier lieu, la procédure simplifiée regroupera un nombre indéterminé de personnes qui, potentiellement, ne seront jamais informées de l'existence d'une action de groupe, ne la découvrant qu'au moment de s'en partager les fruits. L'opt-out de la procédure simplifiée est, en cela même, manifestement contraire à l'article 30 du Code de procédure civile⁶³ et lèse tant les droits des professionnels, que ceux des consommateurs.

Ces derniers se trouveront engagés dans une action sans même en avoir conscience, les privant ainsi de la faculté de faire valoir l'intégralité de leurs arguments. Le risque est d'autant plus important que l'article L. 423-précise que les décisions rendues au titre de l'action de groupe ont « autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure ». Au passage, on soulignera que l'autorité de la chose jugée est ici le produit de la force exécutoire, alors que celle-ci n'est en principe que le produit de celle-là⁶⁴.

25. Quid de la notion de procès équitable⁶⁵? Certes, il est toujours possible que le consommateur refuse la somme proposée au titre de l'opt-out prévu par le texte, de telle sorte qu'il puisse ainsi assurer individuellement sa défense. Mais dans ce cas, quelle est l'utilité d'une action dite de groupe? L'étude d'impact du projet de texte (page 7) énonçait à cet égard : « Le mécanisme d'opt-in s'articule mieux avec le droit individuel d'agir en justice dont dispose chaque particulier ». De manière évidente, la notion de procès équitable vaut à l'égard de toutes les parties à l'instance.

On notera que la décision du Conseil constitutionnel statuant sur l'action de syndicats de salariés⁶⁶ a condamné le recours à l'opt-out. Le considérant 24 de ladite décision précise : « le législateur peut permettre à un syndicat représentatif d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié, mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel une action collective » ; toutefois cette action collective est encadrée : « c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause [c'est-à-dire un opt-in] et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action ». Le considérant 26 de la décision est également riche d'enseignements.

Le Conseil exige que ce consentement soit éclairé « pour pouvoir respecter la liberté du salarié vis-à-vis des organisations

58. H. Patrick Glenn, « À propos de la maxime "nul ne plaide par procureur" », RTD Civ. 1987, janvier-mars 1988, 59, spéc. n° 1. La maxime « a d'abord interdit à toute personne, hormis le Roi, de se faire représenter en justice à l'époque où les plaideurs devaient être physiquement présents lors de l'audience. Puis elle a obligé les seigneurs à révéler leur nom lorsqu'ils agissaient par mandataire (appelés alors procureurs) devant les juridictions royales, ce qui était une forme de soumission à la justice du Roi ». Didier Cholet, « Assistance et représentation en justice », Répertoire civil Dalloz, n° 36; Sylvie Pierre-Maurice, « Le code de procédure civile et les maximes », Scientia Juris n° 2 (2013), publié en Revue générale du droit online, 2013 (<http://www.revuegeneraledudroit.eu>).

59. H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Lexis Nexis Litec, 4^e éd., 1998, p. 551.

60. « Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure ». Idem : Rapport sur l'action de groupe, groupe de travail présidé par G. Cerutti, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et M. Guillaume, directeur des Affaires civiles et du Sceau, 16 décembre 2005, p. 32 : « [...] une action reposant sur la représentation présumée d'un groupe de consommateurs suppose que les membres du groupe soient connus du représentant et que celui-ci leur notifie son intention d'exercer une action préalablement à l'introduction de celle-ci ».

61. Rapport d'information n° 499 (2009-2010) déposé le 26 mai 2010.

62. Ce grief vaut également à l'égard de l'article L. 423-3 al. 2 qui, dans la procédure générale, donne mission au juge de déterminer « les préjudices susceptibles d'être réparés pour [...] chacune des catégories de consommateurs ». Une telle indemnisation globale évitant nécessairement un forfait. Cf. *supra*, § 1.

63. « L'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

64. N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », D. 2014 p. 947, spéc. § 10.

65. « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée », article 14 du Code de procédure civile. « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense », article 15 du même code.

66. Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989. F. Petit, « Nature et vertus de l'action de substitution », colloque de l'Université Paris I et de l'École nationale supérieure sur le « procès du travail, travail du procès », 20 mars 2006. Idem, La jurisprudence Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges (CE 28 déc. 1906, GAJA n° 18 et Leb. p. 977) : « S'il appartient aux syndicats professionnels de prendre en leur propre nom la défense des intérêts dont ils sont chargés, ils ne peuvent intervenir au nom d'intérêts particuliers, sans y être autorisés par un mandat spécial ».

syndicales », ce qui implique « que soient contenues dans la lettre adressée à l'intéressé toutes précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action ». Les sages exigent en outre que le syndicat soit en mesure de justifier, au moment de l'introduction de l'action, que le salarié ait eu une connaissance personnelle du courrier d'information : « l'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise qu'autant que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions sus-indiquées ». L'ensemble de ces précautions constitue une interdiction claire du recours à l'opt-out.

26. On soulignera, par ailleurs, que l'article L. 423-22 du Code de la consommation prévoit que « l'adhésion au groupe ne fait pas obstacle au droit d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par la décision du juge mentionnée à l'article L. 423-3... ». Quid si le consommateur estime que les arguments échangés lors de la procédure simplifiée ont préjudicié à la défense de ses autres griefs, non inclus dans le périmètre de l'action de groupe ? Vers qui tournera-t-il sa contestation⁶⁷ ; Vers l'association agréée qui aura porté la procédure, laquelle recherchera éventuellement la responsabilité du conseil qui sera intervenu au titre de l'article L. 423-9⁶⁸ ? Le but de l'action de groupe simplifiée ne doit pas être de créer des dommages individuels à partir du traitement de dommages sériels.

Un tel risque ne peut être ignoré. Pour reprendre la formule d'un auteur, « c'est une prérogative essentielle des personnes et des plaideurs potentiels en matière civile, que de n'être pas liés par une décision de justice rendue sans qu'ils aient pu faire valoir leur point de vue »⁶⁹.

On soulignera que le Conseil Constitutionnel, dans sa décision n° 2014-690 du 13 mars 2014, a très clairement écarté ces griefs, aux termes du considérant 16. Les sages constatent tout d'abord l'existence de mesures de publicité ou d'information à destination des consommateurs leur permettant « de choisir s'ils entendent ou non obtenir la réparation de leur préjudice », puis ils relèvent que « l'article L. 423-21 dispose que les décisions prévues aux articles L. 423-3 et L. 423-10 n'ont autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe qu'à l'issue de la procédure et à la condition que leur préjudice ait été réparé », tout ceci conduisant à la conclusion suivante : « par suite, manque en fait le grief tiré de ce que les dispositions contestées auraient pour effet d'attirer des consommateurs à une procédure sans qu'ils aient été en mesure d'y consentir en pleine connaissance de cause ».

Cette affirmation soulève une interrogation. S'il est vrai que le consommateur a le choix d'accepter ou non l'indemnisation, il n'en demeure pas moins qu'à aucun moment il n'a donné un consentement éclairé à son inclusion dans le périmètre de la procédure. L'écart entre les principes énoncés dans la décision du Conseil Constitutionnel du 27 juillet 1989 et la position adoptée par ce même Conseil

au sujet de l'action de groupe en mars 2014 conduit à s'interroger sur le fait de savoir quelles sont les raisons expliquant pourquoi les consommateurs ne bénéficient pas de la même protection que les salariés.

1.2. Quid du respect des principes du Code civil ?

27. En présence d'une procédure présentant un aléa relatif à l'identification de ceux qui y sont inclus, les sommes allouées prendront nécessairement l'aspect d'une indemnisation forfaitaire, issue d'une appréciation globalisée, ne garantissant en rien une réparation intégrale du préjudice de chacun des membres du groupe. En effet, quelles sont les garanties permettant d'assurer qu'en présence de centaines, de milliers voire de dizaine de milliers de personnes concernées, le juge ne cédera pas à la tentation de l'indemnisation forfaitaire ?

Au sujet de la valeur du principe de réparation intégrale du préjudice, si le Conseil constitutionnel a jugé que la règle selon laquelle « nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer »⁷⁰, avait une valeur constitutionnelle, il ne lui a toutefois pas reconnu le statut de principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Les sages de la rue de Montpensier ont ainsi estimé⁷¹, « que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée » toutefois, cette restriction est sujette à limitation « [...] il peut ainsi pour un tel motif apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs, ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif ». La notion « d'effectivité » du recours juridictionnel, notamment au profit de celui dont la responsabilité est recherchée à l'occasion d'un litige de masse, laisse la place à un certain nombre d'interrogations. Rappelons à cet égard que l'article L. 211-15 du Code de la consommation attribue compétence au Tribunal de grande instance pour connaître des actions de groupe, la création de juridictions spécialisées, un temps évoquée au cours des débats parlementaires, ayant été finalement abandonnée. La question du surcroît de travail que constituera la gestion d'une action de groupe pour des juridictions aux rôles déjà pléthoriques se pose avec acuité.

En réalité, la loi Hamon introduit en droit français un terrain propice à l'acclimatation de la notion de « punitive damages », laquelle est aux antipodes du principe de réparation intégrale du préjudice, issu des articles 1382 et 1149 du Code Civil. En effet, l'indemnisation prononcée par le juge sera sans nul doute motivée par la volonté d'indemniser le préjudice, mais aussi par la préoccupation de rendre cette sanction suffisamment importante pour s'assurer que le professionnel ne réalise pas, nonobstant cette indemnisation, une « faute lucrative » lui permettant, in fine, de

67. Cf. supra, § 9 et 10.

68. Au sujet des missions que pourrait accomplir ce professionnel, M. Sénéchal, « Regard d'un mandataire de justice sur le projet de class action à la française », Petites Affiches, 15 novembre 2013 n° 229, p. 6.

69. Georges Balard, « Les principes directeurs du procès civil », JCP 1993, 1-3693, n° 16.

70. Cons. Constit. décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, loi relative au développement des institutions représentatives du personnel : D. 1983, p. 189, note F. Luchaire ; Gaz. Pal. 1983-1, p. 60, obs. F. Chabas ; L. Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Dr. soc. 1983, p. 155 et s.

71. Cons. Const. 20 juillet 1983, n° 83-162 DC, Loi relative à la démocratisation du secteur public, Dr. soc. 1984, 163, comm. L. Hamon. Ibid., « sans qu'il soit besoin de rechercher si un tel principe a valeur constitutionnelle ».

réaliser un profit⁷². À titre d'exemple, on citera un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence⁷³ concernant d'un producteur viticole ayant vendu, en quatre ans, 200 millions de bouteilles contenant un centilitre et demi de moins qu'annoncé sur la bouteille. Le bénéfice total s'élevait à 14 millions de francs, pour 20 000 francs de dommages-intérêts prononcés par la cour.

On soulignera par ailleurs que la notion de « masse » des consommateurs apparaît également sous l'article L. 423-3 alinéa 2 qui énonce que le juge « détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs ». La détermination d'un préjudice occasionné à une « catégorie de consommateurs » peut-il revêtir une autre forme qu'indemnitare ?

28. La question est de savoir si tout ceci est bien conforme avec le but traditionnellement assigné à la responsabilité civile et clairement exprimé par une formule du Doyen René Savatier⁷⁴ : « la fonction de la responsabilité civile est de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit de sorte qu'il en résulte ni perte, ni profit pour la victime ». Certes, l'introduction en droit français de dommages punitifs a été évoquée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (avant-projet Catala)⁷⁵, mais il s'agit pour l'heure d'une réflexion qui reste à matérialiser⁷⁶.

29. S'agissant des dommages punitifs une proposition de loi n° 657 du 9 juillet 2010 sur la réforme de la responsabilité civile prévoyait un plafonnement de ces derniers à un montant ne pouvant excéder le double des dommages et intérêts compensatoires⁷⁷. On notera que la recommandation de la Commission européenne du 15 juin 2013⁷⁸ est claire sur ce sujet : « Un autre moyen de prévenir les procès abusifs consiste à interdire les dommages et intérêts à caractère punitif qui augmentent habituellement les intérêts économiques en jeu dans ce type d'actions ». En tout état de cause, si les dommages punitifs doivent un jour être acclimatés de façon étendue en droit français, que

l'on se donne au moins la peine de les encadrer de manière à éviter une mercantilisation du débat judiciaire. À cet égard, l'article 1621 alinéa premier du Code civil du Québec prévoit : « Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive »⁷⁹.

Certes, on notera que le droit positif n'est pas complètement étranger aux dommages punitifs. En effet, l'article L. 521-7 du Code de la propriété intellectuelle prévoit un mécanisme indemnitare évocateur de cette pratique⁸⁰. Toutefois, la directive 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle dont est issu ce texte est très mesurée sur ce sujet. On peut lire en effet dans le considérant 26 de ce texte : « Le but est non pas d'introduire une obligation de prévoir des dommages et intérêts punitifs, mais de permettre un dédommagement fondé sur une base objective tout en tenant compte des frais encourus par le titulaire du droit tels que les frais de recherche et d'identification ». La nuance est certes subtile, mais cependant révélatrice d'un état d'esprit.

Enfin, de manière très pratique, on aura une pensée émue pour les personnes qui seront en charge, dans les entreprises objets d'une action de groupe, de déterminer les provisions sur ce type de contentieux, de même s'agissant de celles qui devront évaluer le risque opérationnel⁸¹ pour les établissements de crédit. Notre sympathie ira aussi aux Commissaires aux comptes qui évalueront la réalité économique desdites provisions. La question est comment faudra-t-il quantifier le risque d'« impressionnisme judiciaire »⁸² qui présidera à l'évaluation d'indemnités qui ne sanctionneront pas uniquement un préjudice évaluable de façon objective, mais aussi un éventuel manquement à la « morale professionnelle » ?

1.3. Quid du respect des droits du professionnel ?

30. Que reste-t-il des droits de la défense visés à l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen et ayant une valeur constitutionnelle⁸³ ? Face à cette masse indistincte de réclamants, la faculté du professionnel à demander des justificatifs, à contester outre la qualité de victime, la faute qui lui est imputée et le lien de causalité unissant celle-ci au préjudice, mais aussi à soulever d'éventuelles exceptions ou contestations liées du montant de l'indemnité octroyée par le juge, devra rester intact.

Il est indispensable que la procédure simplifiée introduise un « bénéfice de discussion »⁸⁴ au profit du défendeur à l'action, bénéfique qui n'est rien d'autre que la manifestation du principe du contradictoire. L'article L. 423-12 donne à cet égard au juge, ayant statué sur la responsa-

72. Cette sanction des fautes lucratives se manifeste également en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles : Étude de CREDA, *Clientèle et concurrence. Approche juridique*, Litec, 2000, spéc. p. 109. Sans compter le levier que peut constituer l'article 700 du NCPC, *ibid.*, p. 127 et 128.

73. CA Aix-en-Provence 19 juin 1979, inédit, cité par G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF 1986, n° 174.

74. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 2, 2^e éd., 1951, n° 601. Formule reprise par la Cour de cassation, notamment : Cass. Civ. 2^e, 28 octobre 1954, JCP 1955, II, 8765, en matière délictuelle ; Cass. Civ. 3^e, 6 mai 1998, Bull. Civ. III, n° 91, en matière contractuelle.

75. Cet avant-projet prévoyait un article 1371 du Code civil ainsi rédigé : « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages et 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 et intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages et intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ».

76. Sur cette question, cf. notamment M. Chagny, « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles », *Lamy Concurrence*, n° 4, p. 186, août-octobre 2005 et « La notion de dommages-intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », JCP G. n° 25, 21 juin 2006. G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2009, p. 2944. S. Cerval, *La Responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995.

77. Cf. également le rapport Catala prévoyant un nouvel article 1372 du Code civil : « 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 ».

78. Cf. le communiqué de presse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_fr.htm.

79. L'alinéa 2 de ce même texte précise opportunément que les dommages punitifs « [...] s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers ».

80. « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte ».

81. Tel que déterminé par l'article 4j du CRBF 97/02 : « le risque résultant d'une inadaptation ou d'une défaillance imputable à des procédures, personnels et systèmes internes ou à des événements extérieurs y compris d'événements de faible probabilité d'occurrence mais à fort risque de perte[...] ».

82. Cf. étude de CREDA, *préc. note* 56, spéc. p. 109.

83. Cons. Constit, décision du 30 décembre 1997, n° 97-395 DC.

84. La discussion s'entend au sens de l'article 30 alinéa 2 du Code de procédure civile : « Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

bilité, la mission de trancher les difficultés qui s'élevaient à l'occasion des phases d'adhésion au groupe et de liquidation des préjudices. Reste à savoir, par-delà la lettre du texte, comment le juge pourra, en présence d'un contentieux de masse, s'acquitter effectivement de cette mission avec le soin suffisant ? Il est évident que le professionnel est placé dans une situation désavantageuse, au mépris du principe d'égalité des armes tel que celui-ci est déterminé par la CEDH : « le principe de l'égalité des armes – l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable – requiert que chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire [...] »⁸⁵.

Le Conseil Constitutionnel⁸⁶ a affirmé avec fermeté que « le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en manière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ». Ce même Conseil Constitutionnel, statuant au sujet de la loi Hamon, a toutefois écarté ce grief dans sa décision du 13 mars 2014, aux termes des considérants 18 et 19. On notera que cette absence de censure ne préjudicie pas à la reconnaissance de l'inconventionnalité de certaines dispositions de la loi.

31. Que reste-t-il également de l'autorité de la chose jugée⁸⁷ ? En principe un jugement ne vaut qu'à l'égard des parties au procès, *quid* lorsque la partie intéressée à l'instance se trouve être dans celle-ci à son insu ? *Quid* de la compatibilité de tout ceci tant avec l'article 5 du Code civil⁸⁸, qu'avec l'article 4 du Code de procédure civile, ce dernier disposant : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ». *Quid* du respect de ces dispositions en présence d'une décision liquidant un litige *in abstracto* ? À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme juge qu'une procédure n'est pas contradictoire si « le président n'a pas entendu le requérant et ne l'a pas invité à présenter ses observations »⁸⁹.

On ne peut que regretter que cette action de groupe, dite « à la française », ne soit pas en mesure de trouver ses propres marques et franchisse ainsi les limites que lui prêtaient ses promoteurs, dont notamment celle de l'*opt-out*.

2. Action de groupe et concurrence

32. Tout d'abord, on relèvera que parallèlement aux travaux relatifs à la loi Hamon, la Commission européenne a publié, le 11 juin 2013, une proposition de directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dis-

positions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne⁹⁰.

En ce qui concerne le périmètre couvert par les futures actions de groupe, il s'agit des pratiques anticoncurrentielles visées au titre II du livre IV du Code de commerce ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Seront concernés les ententes, les abus de position dominante et de dépendance économique ainsi que la pratique de prix abusivement bas (article L. 423-10 alinéa premier).

La mise en place d'une telle action relative à la réparation du préjudice subi par les consommateurs, victimes indirectes de pratiques anticoncurrentielles, est une préoccupation ancienne des autorités communautaires. Dans le même temps, aux États-Unis se développe une réflexion inverse. Ainsi, un ancien assistant de l'US Attorney General for Antitrust a recommandé aux Européens de ne pas adopter le système américain de *private enforcement*⁹¹ lors du dixième *European Competition Day* à Amsterdam, le 22 octobre 2004.

33. Le sujet est délicat à maints égards⁹². Tout d'abord, les victimes directes de pratiques restrictives de concurrence, à savoir les acteurs économiques que sont les entreprises⁹³, ne sont pas les bénéficiaires directes de l'action de groupe qui n'est ouverte qu'aux consommateurs, ces derniers devant pouvoir obtenir réparation de leur préjudice. Bien entendu se poseront de délicates questions relatives à la preuve du préjudice des consommateurs, lequel dépendra du préjudice direct dont aura souffert le professionnel. À cet égard, on peut redouter une jurisprudence très libérale s'agissant de la réalité de ce préjudice direct⁹⁴.

La CJCE, dans les arrêts *Courage*⁹⁵ et *Manfredi*⁹⁶, pose clairement le principe du droit à réparation du préjudice issu d'un comportement restrictif de concurrence. L'arrêt est explicite en ce sens que la Cour de Justice énonce que chaque individu lésé pouvant rapporter la preuve de

90. COM(2013)404 final). A été également publiée une Recommandation de la Commission relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation prévus dans les États membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'Union européenne. La proposition de directive étant la seule à se consacrer exclusivement à la réparation des violations au droit de la concurrence qu'elles soient individuelles ou collectives.

91. Actions en réparation du préjudice issu des agissements anticoncurrentiels.

92. V. Lasserre Kiesow, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Dalloz* 2007, p. 2116 : « Promotion abusive des victimes et des consommateurs, socialisation inopportune du droit de la concurrence, dénaturation de cette matière pourtant purement économique, ces menaces sont parfois relevées [...] La subjectivisation de cette matière est une question centrale ».

93. Au sens de l'arrêt *Höfner* (CJCE 23 avril 1991, aff. C-41/90) « toute entité exerçant une activité économique est considérée comme une entreprise au sens du droit communautaire, et ce quel que soit son statut juridique ou son mode de fonctionnement ».

94. Cass. Com. 18 octobre 1994 : *RJDA* 2/1995, n° 237 évoquant la notion de « trouble commercial » issu d'une confusion entre deux sociétés. La Cour de cassation a également recours à la notion de préjudice moral. Exemple : Cass. Com. 25 janvier 2000, *Sté Véloce Auto et al.*, *Juris-Data* n° 000408 : « Il résultait des actes déloyaux constatés [offres promotionnelles illicites] un attrait spécial pour la clientèle causant un préjudice, fût-il seulement moral ». On doute qu'un tel préjudice puisse susciter une action de groupe au profit des consommateurs.

95. CJCE 20 sept. 2001, aff. C-453/99, *Courage c/ Crehan* : JCP E 2001, p. 1601. La Cour a considéré que « la pleine efficacité de l'article 81 du TCE [101 TFUE] et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage qui lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ».

96. CJCE 13 juillet 2006, aff. C-295/04 à C-298/04, *Manfredi* : *Europe* 2006, comm. 291.

85. CEDH 26 mai 2002, *Fretté c/ France*. Idem : Cons. Constit. 22 janvier 1999, décision n° 98-408, : « les exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense et à l'existence d'une procédure juste et équitable » doivent garantir « l'équilibre des droits des parties ». On consultera sur ce sujet « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires » (par M. Jean-Pierre Dintilhac, conseiller à la Cour de cassation) Rapport cour de cassation 2003 – Étude sur le thème de l'égalité.

86. Décision 89-260 du 28 juillet 1989.

87. Cf. *supra*, § 24.

88. « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

89. CEDH 9 mai 1986, *Feldbrugge c/ Pays-Bas*.

l'existence d'un lien de causalité entre son préjudice et les pratiques interdites par les articles 101 et 102 TFUE, a le droit de saisir le juge pour obtenir le rétablissement de sa situation en l'état antérieur auxdites pratiques. Ce même arrêt (point 95) affirme en outre que « la victime doit pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel mais également du manque à gagner, ainsi que le paiement d'intérêts ».

S'agissant de l'établissement du manquement, l'article L. 423-17 du Code de la consommation énonce que la responsabilité du professionnel ne pourra être recherchée à l'occasion d'une action de groupe que « [...] sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours, en tant que ceux-ci portent sur l'établissement des manquements ».

Le second alinéa de cet article précise « Dans ces cas, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour l'application de l'article L. 423-3 ».

2.1. La notion de décision définitive

34. Tout d'abord, on retiendra que la responsabilité du professionnel ne pourra être retenue, à l'occasion d'une action de groupe dans le domaine de la concurrence, que lorsque la décision constatant l'infraction aux règles de concurrence sera devenue définitive, c'est-à-dire après épuisement des voies de recours, en France devant la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, soit une dizaine d'années⁹⁷ ou, probablement autant dans le pays dans lequel la procédure est initiée.

En pratique, tant que le recours porte sur les manquements eux-mêmes (notamment la contestation de leur réalité et de leur qualification par l'Autorité de concurrence ou les juridictions) la décision ne peut être considérée comme définitive. Toutefois, si le recours du professionnel ne porte pas sur la réalité du manquement lui-même, mais par exemple sur le montant des sanctions pécuniaires, le juge de la réparation pourra se prononcer au sujet de la sanction de la responsabilité du professionnel. Ainsi, une décision pourra être considérée comme définitive nonobstant le fait que le professionnel, qui certes ne contestera plus les faits, contestera néanmoins leurs effets anticoncurrentiels et donc l'importance du dommage qui en résulte. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 13 mars 2014⁹⁸, a estimé que les dispositions du chapitre premier de la loi Hamon en matière de concurrence n'étaient pas contraires à la constitution.

35. La question qui se pose est celle des effets induits de cet article L. 423-17 sur deux procédures que sont la non-contestation de griefs et la clémence. La non-contestation est la possibilité donnée aux entreprises mises en cause à l'occasion d'une entente ou d'un abus de position dominante, de renoncer à contester les griefs noti-

fies par l'Autorité de la concurrence et, éventuellement, de prendre des engagements pour l'avenir⁹⁹.

La procédure dite de clémence¹⁰⁰ permet quant à elle de bénéficier d'une exonération totale ou partielle des sanctions dès lors qu'une entreprise ayant participé à une entente contribue à en établir l'existence, à moins qu'au moment où la demande de clémence est formulée, les autorités de concurrence ne disposent déjà d'éléments suffisants pour ouvrir une enquête.

36. Dans ces deux procédures les entreprises, soit reconnaissent les griefs, soit dénoncent une entente, ce qui veut dire, au sens de l'article L. 423-10 du Code de la consommation, que les manquements sont établis et la décision définitive. La question suivante est celle de l'utilisation qui pourra être faite des documents communiqués au titre de ces programmes de « tolérance ». On notera que, dans son rapport pour 2005, le Conseil de la Concurrence estimait que, si un juge lui présentait une demande de communication de documents dans un dossier où la clémence aurait été accordée, il considérerait « d'une manière générale que la divulgation de documents reçus dans le cadre de la demande de clémence porterait atteinte à l'efficacité de son programme [...] et pourrait constituer un empêchement légitime à la transmission de ces documents »¹⁰¹. Indépendamment du fait de savoir si les conditions de l'article 11 alinéa 2 du Code de procédure civile sont réunies, on soulignera le fait que le sujet est clairement perçu.

37. Dans le droit fil de cette prise de position, l'article L. 462-3 alinéa 2 du Code de commerce¹⁰² a introduit une restriction élargie à la communication des pièces puisqu'elle concerne « l'ensemble des pièces élaborées ou recueillies » au titre de la procédure de clémence.

Dans le même temps, la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil « relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne » comporte un article 6 intitulé « Limites à la divulgation de preuves provenant du dossier d'une autorité de concurrence ». Cet article dispose notamment : « 1. Les États membres veillent à ce que, pour les besoins d'une action en dommages et intérêts, les juridictions ne puissent à aucun moment enjoindre à une partie ou à un tiers de divulguer les preuves relevant des catégories suivantes : (a) les déclarations d'entreprise effectuées en vue d'obtenir la clémence ; et (b) les propositions de transaction ».

38. De même l'alinéa 2 de ce même article 6 énonce, en substance, que les États membres veillent à ce que, pour les besoins d'une action en dommages et intérêts, les juridictions nationales ne puissent ordonner la divulgation « (a) des informations établies par une personne physique

97. L'article L. 462-7, alinéa 4, du Code de commerce aménage le régime de la prescription : « L'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne ou la Commission européenne interrompt la prescription de l'action civile. L'interruption résultant de l'ouverture de cette procédure produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive ».

98. Considérants 20 et suivants.

99. Article L. 464-2-III du Code de commerce : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communiquen_cg_10fevrier2012.pdf.

100. Article L. 464-2-IV du Code de commerce : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_clémence.pdf. A. Tercinet, « Le laboratoire du droit processuel de la concurrence », *Revue Lamy Concurrence*, avril-juin 2012, page 182.

101. Rapport d'activité pour 2005, p. 175, note 1.

102. Issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012, art. 6.

ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence et (b) les informations établies par une autorité de concurrence au cours de sa procédure [...] » qu'une fois qu'une autorité de concurrence a clos sa procédure ou adopté une des décisions énumérées à l'article 5 du règlement n° 1/2003¹⁰³ ou à son chapitre III¹⁰⁴. On fera deux remarques. Tout d'abord, le périmètre de la restriction de communication de l'article 6 de la proposition de directive est plus restreint que celui du texte français, qui devrait être, par conséquent, réajusté. Par ailleurs, la limitation de l'accès aux pièces organisée par la proposition de directive n'est que temporaire, la protection s'achevant lorsque l'autorité de concurrence a clos sa procédure ou, adopté une décision.

39. Ce que tout ceci met en évidence est pour le moins dérangeant pour deux raisons. La première est que les entreprises souhaitant se soumettre à une procédure de clémence ignorent, compte tenu de la proposition de directive, si les renseignements communiqués à l'Autorité de la concurrence à l'occasion de ladite procédure ne seront pas divulgués, faisant ainsi le lit d'une potentielle action de groupe.

Par ailleurs, les entreprises s'engageant dans une procédure de clémence sont dans une position plus inconfortable, au regard d'un risque d'action de groupe, que celles qui n'auront pas fait ce choix, ce qui n'est pas précisément un bon moyen d'assurer le développement des contre-mesures en matière d'ententes et, de manière générale, la coopération avec les autorités de concurrence. La question se pose identiquement s'agissant des documents collectés au cours des enquêtes conduites par l'Autorité de la concurrence.

40. Tout ceci met en relief une double incohérence. Incohérence avec le droit positif tout d'abord, puisque la promotion d'une action de groupe peut s'avérer être un repoussoir à l'égard des procédures prévues afin de renforcer la prévention et la répression des pratiques anticoncurrentielles. Incohérence, ou du moins risque d'incohérence, avec une proposition de directive qui évoque des questions de procédure d'importance majeure. Le silence du texte, sous réserve des travaux réglementaires à venir, est inquiétant ; on ne peut qu'espérer une réflexion approfondie sur cette question. En attendant, la situation des professionnels dans ce domaine est pour le moins délicate. Si la non-contestation de grief mais aussi la clémence, risquent fort de se muer en antichambre de l'action de groupe, la transaction n'est pas nécessairement une issue qui puisse être recommandée dans la mesure où la transaction implique une reconnaissance de responsabilité.

Que les manquements soient irréfragablement établis est une chose, rapporter la preuve du préjudice que ceux-ci ont causé à un consommateur, ainsi que la relation causale entre ces manquements et le préjudice sont un toute

autre sujet. Ceci nous conduit à aborder la question de la gestion des moyens de preuve.

2.2. Les moyens de preuve

41. Il a été écrit que « si 20 % seulement des dommages et intérêts demandés sont accordés, c'est qu'uniquement 20 % du montant a été prouvé »¹⁰⁵. Il ne faut pas pour autant mésestimer les outils à la disposition des juges.

En préambule, il convient de rappeler que la preuve doit être loyale. Ce principe, issu de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, a été posé s'agissant de pratiques anticoncurrentielles, par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 3 juin 2008¹⁰⁶, la Haute Juridiction ayant jugé que « l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

42. De manière générale, le juge dispose des ressources des articles 10 et 11 du Code de procédure civile lui permettant de mettre en œuvre des mesures d'instruction. De même, les articles 142 et 145 du même code permettent d'ordonner la production des pièces détenue par des tiers sur demande des parties. Le juge peut également ordonner les expertises qu'il estime nécessaires (article 232 et suivants du CPC), voire consulter l'Autorité de la Concurrence à titre d'expert (article L. 462-3 du Code de commerce). Chacun se fera son avis sur l'équilibre procédural qui pourrait être issu d'une consultation à titre d'expert de l'autorité ayant qualifié et poursuivi une pratique anticoncurrentielle.

43. S'agissant de l'article 145 du Code de procédure civile¹⁰⁷ permettant des mesures in futurum, il ne peut être utilisé lors d'une action de groupe déjà engagée puisque les mesures qui peuvent être prises sous son empire se situent « avant tout procès ». Il en va différemment lors des travaux préparatoires à une telle procédure. En tout état de cause, ces diverses mesures d'instructions doivent tenir compte de la notion d'empêchement légitime que constitue le secret bancaire prévue à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier. À cet égard l'article 11 alinéa 2 du Code de procédure civile énonce que le juge « peut à la requête de l'une des parties demander ou ordonner, au besoin sous la même peine (astreinte), la production de tout document s'il n'existe pas d'empêchement légitime »¹⁰⁸.

On notera que l'article L. 423-3 alinéa 3 du Code de la consommation confère au juge un pouvoir lui permettant : « [...] à tout moment de la procédure, [...] d'ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible nécessaire à la

105. Rev. Lamy Concurrence, juillet-septembre 2009, n° 20, p. 31, obs. V. Sélinsky.

106. Com. 3 juin 2008, n° 07-17.147, Société Sony France c/ Min. Eco.

107. « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. » J. Lasserre-Capdeville, « Précisions et limites du secret bancaire opposable au juge civil », JCP 2011, éd. G, n° 50, 1388.

108. Entre autres décisions : Cass. Civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, RTD Civ. 1988, 393, obs. Perrot « le pouvoir du juge d'ordonner à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité n'est limité que par l'existence d'un motif légitime tenant soit au respect de la vie privée, sauf si la mesure s'avère nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui, soit au secret professionnel ». Idem, Cass. com. 16 janvier 2011, Bull. civ. IV n° 12, D. 2001 AJ 545, obs. Lienhard, D. 2003, Somm. 340 obs. H. Synvet.

103. « Ordonner la cessation d'une infraction, ordonner des mesures provisoires, accepter des engagements, infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national. »

104. Lequel vise notamment les engagements (article 9 du Règlement).

conservation des preuves et de production de pièces, y compris celles détenues par le professionnel ». Cet article recèle des dangers potentiels relatifs aux développements procéduraux que pourraient occasionner les actions de groupe. En effet, par application des articles 34 et 37 de la constitution, la procédure civile relève des pouvoirs du gouvernement¹⁰⁹ qui peut donc, par voie réglementaire, amender le Code de procédure civile.

44. Le risque est connu, il s'agit de « l'acclimatation » en droit français d'une procédure de *discovery*¹¹⁰, permettant notamment les « fishing expeditions » permettant un « chahutage d'informations » avec un second risque qui est de concevoir l'action de groupe comme une alternative au recours au juge pénal.

45. Benoît Hamon, à l'origine de ce texte, a affirmé lors des débats parlementaires que l'action de groupe « n'imposera aucune contrainte supplémentaire aux entreprises, car elle ne changera rien au paysage juridique et administratif dans lequel se déploie leur activité. Elle créera simplement une nouvelle procédure permettant au consommateur d'être indemnisé du préjudice subi [...] »¹¹¹. Qu'il soit permis de fortement douter du bien-fondé de cette affirmation lénifiante.

L'introduction des actions de groupe recèle un nombre considérable de questions dont certaines sont d'une importance majeure. Au nombre des sujets qui auraient pu être évoqués dans la présente étude, et qui n'ont pu l'être faute de temps, on doit citer celui, capital, du financement des actions de groupe qui n'est pas abordé par le texte. Comment les associations feront-elles face aux coûts nécessaires pour initier une action de groupe ? Il est vrai que la loi aide les associations agréées. En effet, l'article L. 423-8 permet au juge de mettre à la charge du professionnel une provision à valoir sur les frais de l'article L. 423-9 et donc, la rétribution du professionnel que les associations pourront s'adjointre¹¹². Mais on est loin d'épuiser ainsi le sujet.

Par ailleurs, qu'advient-il des sommes qui, même si le cas est peu fréquent, ne seront pas réclamées, verra-t-on émerger en France la « doctrine cy-près »¹¹³ ? Cette dernière est apparue outre-Atlantique s'agissant de fiducies de bienfaisance, mais a été appliquée dans le contexte des actions de groupe. Issue du français médiéval, l'expression « Cy-près » signifie « aussi près que possible du résultat à atteindre », ce qui concrètement signifie que les sommes non réclamées à l'occasion des actions de

groupe aux États-Unis ne retournent pas à l'entreprise condamnée, mais sont allouées à un fonds destiné à financer de futures actions de groupe.

46. De même, que faut-il entendre par la notion de préjudices issus d'une « situation similaire ou identique », quel est le périmètre exact des manquements à des « obligations légales ou contractuelles ». Le manquement précontractuel est-il expressément écarté, sachant que le 6 mai 2010, sous le visa de l'article 1134 du Code civil, la première Chambre civile de la Cour de cassation¹¹⁴ a énoncé, dans un arrêt non publié qui aurait mérité de l'être, « Les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant » ? Quid du fait que seules les associations représentatives au niveau national puissent porter une action de groupe, au risque d'y voir la manifestation d'une discrimination¹¹⁵ ?

Quid également de la cohérence du texte français avec la Directive 2013/11 du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE¹¹⁶ ? À ce stade, il est bien évidemment trop tôt pour se forger une idée sur un texte en cours de transposition.

47. In fine, on ne peut se départir d'un sentiment général d'être en présence d'une procédure OJNI (Objet juridique non identifié) dont on a du mal à percevoir les lignes de force, sentiment d'autant plus désagréable au vu des enjeux économiques sous-jacents. Enfin, une dernière question : à quand des actions de groupe en matière administrative¹¹⁷ ? Trente mois au plus tard après la promulgation de la loi Hamon, le Gouvernement remettra au Parlement « un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires. Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement »¹¹⁸. Nous ne sommes donc qu'au début de l'acclimatation des actions de groupe en droit français.

Pour reprendre les propos de Mme Mader, présidente de la CLCV (Consommation, Logement et Cadre de Vie), « une mauvaise procédure serait pire que de ne pas en avoir du tout »¹¹⁹. Il appartiendra certainement au juge de défendre le droit contre ses propres excès¹²⁰. ■

109. L. Cadiet, « La légalité procédurale en matière civile », spéc. § 7 et s. www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_cadiet.pdf.

110. Procédure d'investigation et d'instruction préalable à un procès civil ou commercial, faisant obligation à chaque partie de divulguer à l'autre tous les éléments de preuve pertinents au litige dont elle dispose, même si elles lui sont contraires, quelles que soient leur localisation et leur forme. C. Prieto, « Recours collectifs : une quête d'harmonisation au sein de la Commission européenne », RTDE 2011, p. 1.

111. Compte rendu intégral Première séance du lundi 9 décembre 2013.

112. « L'association peut s'adjointre, avec l'autorisation du juge, toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, pour l'assister, notamment afin qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement afin qu'elle représente les consommateurs lésés auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation ».

113. V. C. Lacroix, « Action collective : "si loin, cy-près" », in *L'Action collective ou action de groupe*, Larquier, 2010, p. 103.

114. Cass. Civ. 1^{re}, 6 mai 2010, pourvoi n° 08-14461 arrêt rectifié et partiellement rabattu par un arrêt du 28 avril 2011 uniquement s'agissant de la correction de la juridiction devant laquelle les parties sont renvoyées – D. 2011, p. 472. RDC 1^{er} octobre 2010, n° 4, p. 1197, obs. D. Mazeaud. cf. « La loyauté dans la commercialisation des produits financiers », numéro Hors-série Banque et Droit, décembre 2011, spéc. p. 22, E. Jouffin, « De l'art délicat de promouvoir la transparence au travers de textes obscurs », spéc. p. 27.

115. C. Nourissat, « Action de groupe : une vraie conquête démocratique... », *Procédures* n° 10, octobre 2013, repère 9.

116. Directive ayant pour objet « en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs, de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, en faisant en sorte que les consommateurs puissent, à titre volontaire, introduire des plaintes contre des professionnels auprès d'entités appliquant des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges indépendantes, impartiales, transparentes, efficaces, rapides et équitables ».

117. CEDH 27 avril 2004, n° 62543/00, Gorraiz, Lizarraga et. al. c/Espagne, p. 14, § 38 « dans les sociétés actuelles lorsque le citoyen se voit confronté à des actes administratifs spécialement complexes, le recours à des entités collectives telles que les associations constitue un des moyens accessibles, parfois le seul, dont il dispose pour assurer une défense efficace de ses intérêts particuliers ».

118. Article 2 de la loi Hamon.

119. « Droits des consommateurs : action de groupe, fichier positif... un tournant en 2013 ? », *Revue Banque* n° 759.

120. J. Carbonnier, « Vers le degré zéro du droit, de minimis... » in *Flexible Droit*, 7^e éd., p. 62.