

L'ACTION DE GROUPE, NOUVELLE PROCÉDURE DU DROIT FRANÇAIS DE LA CONSOMMATION

LA LOI « HAMON » DU 17 MARS 2014 A INTRODUIT, PAR L'ACTION DE GROUPE DES CONSOMMATEURS, UNE INNOVATION MAJEURE. ATTENDU OU REDOUTÉ, CE NOUVEL OBJET JURIDIQUE CONSTITUE, AVANT D'OBSERVER SA MISE EN ŒUVRE OPÉRATIONNELLE, UN OUTIL ASSURANT LA PLÉNITUDE DES DROITS DES CONSOMMATEURS.



PAR DANIEL MAINGUY,
AGRÉGÉ DES FACULTÉS
DE DROIT, PROFESSEUR
À LA FACULTÉ DE DROIT
ET DE SCIENCE POLITIQUE
DE MONTPELLIER,



ET MALO DEPINCE, MAÎTRE
DE CONFÉRENCES HDR
À LA FACULTÉ DE DROIT ET
DE SCIENCE POLITIQUE
DE MONTPELLIER

L'action de groupe, déclinaison française de ce que les juristes anglo-américains qualifient de « *class action* » et les Québécois de « *recours collectif* », vient de faire son entrée en droit français par la loi « Hamon » du 17 mars 2014 (C. consom., art. L. 423-1 s). La nouvelle procédure est distincte de ses homologues étrangères en ce qu'elle est le résultat de compromis juridiques et politiques, et surtout de longues tergiversations (plus de quarante ans) depuis qu'avaient été reconnues en droit français en 1973 les premières actions dites « collectives » portées par les associations de consommateurs (1). Il n'est pas inutile de rappeler les nom-

breuses tentatives d'introduction d'une véritable action de groupe en droit français, c'est-à-dire celle qui serait en mesure de rassembler l'ensemble constitué de tout ou partie des consommateurs lésés par une même violation de la loi. La proposition d'introduction d'une telle action est apparue dès l'apparition d'une société de consommation et des nombreuses difficultés, souvent diffuses et de masse, qui en étaient la conséquence. Elle a été très partiellement et imparfaitement satisfaite par la loi « Royer » de 1973, a été relancée par la commission de re-

fonte du droit de la consommation présidée par le professeur Calais-Auloy dans les années 1980 (2), remise à l'ordre du jour par le Président Chirac en 2005 (3), encouragée par de nombreux rapports parlementaires, etc. Ce n'est finalement que par le projet de loi introduit courant 2013 et aboutissant à l'adoption de la loi « Hamon » du 17 mars 2014 (4) qu'une « véritable » action de groupe a été introduite en France. Elle est le fruit d'une lente évolution des perspectives, initiée par bien des ministres successifs en charge de ce dossier et intelligemment reprise

NOTES

(1) L. n° 73-793, 27 déc. 1973, JO 30 déc.

(2) J. Calais-Auloy (dir.), Rapp. commission de refonte du droit de la consommation, Vers un nouveau droit de la consommation, Doc. fr., 1984 ; J. Calais-Auloy (dir.), Rapp. commission de codification du droit de la consommation, Propositions pour un Code de la consommation, Doc. fr., 1990.

(3) J. Chirac, Vœux aux forces vives de la Nation adressés le 4 janvier 2005, projetant de « donner aux consommateurs les moyens de faire respecter leurs droits : aujourd'hui, ils sont démunis parce que, pris séparément, aucun des préjudices dont ils sont

victimes n'est suffisamment important pour couvrir les frais d'une action en justice. C'est pourquoi je demande au Gouvernement de proposer une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés ».

(4) L. n° 2014-344, 17 mars 2014, JO 18 mars. Pour une présentation de la loi, v. dans ce n°, p. 46 : S. Le Gac-Pech, La grande loi du 17 mars 2014 relative à la consommation ou l'avènement du printemps de la consommation.

L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation

par Benoît Hamon qui y a ajouté ses propres améliorations, notamment l'élargissement aux dommages issus d'une pratique anticoncurrentielle. Chacun comprendra à la lecture de la loi que l'objectif du droit de la consommation n'est plus exclusivement d'affirmer les droits des consommateurs (par des proclamations plus ou moins générales ou au contraire par des dispositions sectorielles et techniques) mais essentiellement d'assurer l'effectivité de ces droits, ou au moins d'une partie de ceux-ci, du point de vue de l'efficacité des sanctions du droit de la consommation. La nouvelle loi innove sur bien des points à cet égard : les sanctions de la réglementation des clauses abusives sont considérablement renforcées pour que ces clauses « réputées non écrites » soient effectivement retirées des contrats présentés aux consommateurs (grâce à l'adoption d'« amendes administratives » à l'encontre des professionnels qui inséreraient dans leurs contrats des clauses « noires » inscrites à l'article R. 132-1 du Code de la consommation (5) ou de procédures d'injonction). Si le professionnel fabricant ou vendeur de biens meubles devait informer le consommateur de la période pendant laquelle il estimait que les pièces détachées seraient disponibles, c'était auparavant sans obligation pour ce professionnel de respecter son engagement ; désormais, la loi lui impose de fournir la pièce dans les deux mois de la demande du réparateur, etc. Le nouveau droit de la consommation, car c'est bien un droit nouveau et innovant que propose la loi « Hamon », n'est dès lors plus perçu comme une série de proclamations ou une reconnaissance de droits laissés au final à la libre application des professionnels sous le contrôle des autorités publiques, mais comme un ensemble de règles dont le législateur entendrait s'assurer de leur effectivité, en confiant aux consommateurs eux-mêmes, via les associations de consommateurs, le soin de les faire respecter. On ne pourra plus dire ou écrire que le droit de la consommation saisit le consommateur comme une sorte d'incapable économique majeur, sous tutelle de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). L'action de groupe nouvelle s'inscrit parfaitement dans cette

présentation moderne en ce qu'elle cherche à assurer désormais la reconnaissance des droits des consommateurs dans des domaines où ceux-ci jusqu'à présent ne saisissaient pas les tribunaux. Cette inaction résultait soit du faible montant du préjudice individuellement ressenti qui ne justifiait pas d'engager des frais de justice et des soucis disproportionnés, soit de ce que les consommateurs étaient mal informés sur leurs droits de sorte qu'ils n'envisageaient pas d'agir sans le soutien ou l'initiative d'un « tiers de confiance », une association de consommateurs par exemple.

Cette innovation législative pose d'ailleurs, et nécessairement, certaines difficultés, à la fois parce que ses conséquences sur l'économie des contrats de consommation pourraient être importantes et parce qu'elle pose la question de sa compatibilité avec les principes juridiques existants, mais plus ou moins affirmés, tels qu'ils ont été invoqués notamment par les opposants au projet devant le Conseil constitutionnel (liberté d'agir en justice, interdiction de la « double peine », nécessité d'un intérêt à agir, etc.). Toutes les objections ont été, en ce qui concerne l'action de groupe, rejetées par le Conseil constitutionnel (6). S'agissant de la liberté d'agir en justice, il a considéré notamment que « 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 » puisque, effectivement, chaque consommateur conserve toujours la possibilité de refuser de se joindre à la procédure initiée par l'association s'il préfère ne pas agir, ou au contraire agir à titre individuel. Les mesures de publicité qu'impose un tel mécanisme sont également validées par le Conseil : il a ainsi considéré qu'une mesure de publicité, nécessaire pour avertir les consommateurs de la procédure judiciaire qui s'offre à eux, ne saurait être considérée comme une peine. Dans l'hypothèse, en outre, d'une action de groupe initiée à la suite d'une pratique anticoncurrentielle, la décision du Conseil affirme que « les dispositions (...) ne font pas obstacle à ce qu'une action de groupe dans le domaine de la concurrence soit engagée

sur le fondement de manquements qui n'ont pas été constatés par une décision non susceptible de recours d'une autorité ou juridiction nationale ou de l'Union européenne compétentes, le juge, saisi de l'action de groupe dans cette circonstance, ne peut apprécier lui-même les manquements dénoncés et doit surseoir à statuer dans l'attente que la décision qui constate les manquements ne soit plus susceptible de recours ». Ce faisant, cette nouvelle procédure, qui permet que l'action soit initiée quand bien même elle supposerait, le cas échéant, des mesures d'instruction, tant qu'elle impose au juge de surseoir à rendre sa décision définitive dans l'attente de la décision de l'autorité compétente, est encore une fois conforme à la Constitution.

Il reste à vérifier cependant que le fait que le Conseil constitutionnel ait tranché exclut ou non l'hypothèse d'une question prioritaire de constitutionnalité, quand bien même l'existence d'une décision du Conseil rendrait sa recevabilité peu probable. Le Conseil s'est en effet prononcé sur les objections de constitutionnalité soulevées par les opposants à l'introduction d'une action de groupe, mais bien des zéloteurs de l'action considèrent au contraire que celle-ci est trop restreinte dans la loi « Hamon » et que de ce fait elle n'est pas conforme à la Constitution. Si, en effet, on admet le raisonnement selon lequel le droit à obtenir réparation d'un préjudice serait un principe à valeur constitutionnelle, la loi qui limite ce droit à réparation, par exemple aux seuls préjudices matériels (hors les préjudices corporels et moraux qui ne pourraient être indemnisés que dans le cadre de procédures de droit commun) ou bien aux seuls préjudices de consommation (et non ceux du droit de la santé ou de l'environnement), pourrait constituer une contrariété ou une réserve d'interprétation, sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant la loi. En outre, la limitation des préjudices réparables pourrait également se heurter aux règles européennes. Le droit à réparation d'un préjudice est entendu

NOTES

(5) C. consom., art. L. 132-2, nouveau.

(6) Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC.

de manière large au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH), en ce sens que sont appréciées également les restrictions apportées au droit à la protection des biens, lesquels comprennent, en principe, les préjudices comme créances (7). Dès lors, un justiciable ou son conseil pourrait se demander si la limitation de la réparation aux seuls préjudices matériels, causés par un fait générateur susceptible de causer d'autres types de préjudices, moraux ou corporels, n'entraverait pas le droit à la protection des biens au sens de la Convention EDH. On peut cependant demeurer prudent sur les chances de succès de ces critiques, dans la mesure où la loi se contente d'ajouter une faveur processuelle à des situations précises, sans rien retirer aux règles permettant d'obtenir, en droit commun, réparation de préjudices réparables quelconques.

Voilà donc une innovation qui se veut efficace mais qui, du fait de cette revendication, pourrait contrarier à la fois ses détracteurs et ses zélateurs, les uns la considérant abusive en son principe et les autres trop restreinte. C'est par conséquent la question de son domaine qui mérite d'être évoquée en premier lieu avant d'analyser la procédure mise en œuvre.

I - LE DOMAINE DE L'ACTION DE GROUPE

L'action de groupe, finalement adoptée, à la suite de longues discussions – deux navettes parlementaires et une commission mixte paritaire –, a abouti à plusieurs compromis. Certains verront dans cette innovation une sorte de « ballon d'essai », une expérimentation législative, destinée à tester l'efficacité du système en droit de la consommation avant de l'étendre à d'autres contentieux dits « de masse ». Il est vrai, comme on pourra le découvrir, que le mécanisme même de l'action de groupe aboutit à plusieurs difficultés, ou spécificités, processuelles. D'autres y verront au contraire une concession trop grande, voire scandaleuse, qui devra nécessairement être contrainte dans sa mise œuvre. La nouvelle action de groupe, pour pouvoir être adoptée, a par conséquent dû

être limitée quant à son objet (A) et quant à ses porteurs (B).

A - LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ACTION DE GROUPE

Le nouvel article L. 423-1 du Code de la consommation dispose que : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles : 1° À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ; 2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du Livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

Le périmètre de l'action de groupe a été volontairement restreint aux seuls préjudices de consommation (qui devront être eux-mêmes définis), contrairement par exemple au modèle québécois qui est un modèle ouvert à un bien plus grand nombre d'actions (la procédure d'action de groupe est inscrite dans le Code de procédure civile (8)). La nouvelle action est en premier lieu limitée aux seuls préjudices de consommation, entendus en leur sens le plus strict, c'est-à-dire ceux qui résultent des relations entre un professionnel et un consommateur, celui-ci étant nécessairement une personne physique (pour reprendre la définition désormais inscrite dans le Code de la consommation dans un article préliminaire : « au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »). Il y aura vraisemblablement des demandes qui consisteront en des tentatives d'élargissement du périmètre de l'action de groupe par certains justiciables, souhaitant voir reconnaître, par exemple, qu'un ensemble de patients est également un groupe de consommateurs, mais encore un ensemble d'usagers, d'épargnants, de touristes, de locataires, etc. Ces justiciables pourraient

revendiquer eux aussi le bénéfice de l'action de groupe, pourvu néanmoins qu'ils limitent leur action à la réparation du seul préjudice matériel, seconde restriction posée par la loi.

La nouvelle action ne peut en effet porter que sur la réparation des seuls « préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels » subis par les consommateurs. Elle vise des préjudices de masse identiques dans leur principe, réduits dans leur réparation à leur plus petit dénominateur commun, à savoir le préjudice matériel qu'un juge pourra évaluer *in abstracto* sans considération de la personne de la victime, c'est-à-dire de toutes les conséquences personnelles, autres que matérielles donc, que la faute à l'origine du préjudice aura provoquées : préjudice moral et préjudice corporel. La délimitation est claire, ce qui améliore les chances de succès de l'action, mais elle est restreinte, ce qui pourrait créer des incompréhensions chez les victimes qui n'auraient pas pu se prévaloir de cette procédure. À distinguer préjudices moral et matériel, on retiendrait que l'action de groupe dans le cadre d'un contentieux sur l'implantation de prothèses mammaires défectueuses serait ouverte aux personnes qui souhaiteraient voir réparer leur préjudice matériel (pour faire remplacer la prothèse défectueuse) mais pas à celles qui invoqueraient un préjudice moral, par exemple, ou une atteinte à leur santé ou à leur corps.

Quel est alors le domaine type des futures actions de groupe ? Sans prétendre à l'exhaustivité, on citera : les actions en garantie de conformité, en indemnisation d'un manquement d'un prestataire de services (retards dans un transport, surréservation, difficultés dans l'organisation d'un voyage, dans l'exécution d'une prestation de restauration, problèmes de corrélation entre une prestation et son prix

NOTES

(7) Conv. EDH, Premier protocole additionnel, art. 1.

(8) CPC québécois, Livre IX. V. P.-C. Lafond, Le recours collectif et la loi sur la protection du consommateur : complicité, utilité, complémentarité, in D. Mainguy et M. Depincé (dir.), 40 ans de droit de la consommation – Bilan et perspectives, Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2004.

L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation

par exemple dans les diverses prestations de services électroniques ou informatiques, exécution des contrats de jouissance d'immeuble à temps partagés, problème de location saisonnière, facturations discutées dans des prestations de services divers, etc.), ou plus encore les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle au sens du Code de commerce (9) ou du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (10). Le 2° de l'article L. 423-1 vise en effet les « *préjudices concurrentiels* » exclusivement issus de pratiques anticoncurrentielles (11). L'extension s'explique par des raisons historiques : c'est ce type de contentieux qui a incité à l'adoption de nouveaux mécanismes devant le constat que les pratiques anticoncurrentielles n'étaient pas sanctionnées de manière efficace, c'est-à-dire par un système punissant l'auteur de la pratique et restituant aux victimes la part de profits indus pour convaincre l'auteur de ne pas réitérer l'acte illicite (12).

On ajoutera, à ce titre, que le législateur, à la suite des débats parlementaires, a étendu le bénéfice de la nouvelle action de groupe aux pratiques « groupées » de professionnels, celles résultant de violations identiques ou voisines de la loi commises par plusieurs professionnels sans doute dans un même secteur (voire sur le fondement d'une entente anticoncurrentielle) : il est en effet des hypothèses où c'est un professionnel isolé qui viole le droit de la consommation ou de la concurrence, mais d'autres également où c'est l'ensemble d'un secteur, ou ne serait-ce qu'une part significative des acteurs d'un marché, qui commet des abus. Dans cette seconde hypothèse, une seule action de groupe pourra être engagée, ou bien plusieurs actions engagées séparément, par exemple sur le fondement de leur connexité.

B - L'INITIATIVE DE L'ACTION DE GROUPE

Fallait-il ouvrir ou au contraire fermer l'initiative de l'action de groupe ? L'action de groupe est notoirement décriée en France par certains représentants d'entreprises en raison de la mauvaise image dont souffre son aînée nord-américaine, celle d'une procédure permettant tous les abus, caricaturée par

des avocats qui chercheraient les procès faciles, par des « victimes » souhaitant engager des actions mal fondées mais qui, par l'effet cumulé du « *name & shame* » et du « *deep pocket effect* » (13), obligerait les entreprises visées à payer des fins de poursuite. Sans doute pour faciliter la discussion et pour permettre l'adoption de la loi, il a été, dès l'origine, décidé de limiter sa mise en œuvre aux seules associations de consommateurs agréées à l'échelon national (seize seulement à ce jour), à l'exclusion, corrélative, d'une initiative des consommateurs eux-mêmes et donc, par ricochet, des avocats.

L'article L. 423-1 du Code de la consommation dispose en effet qu'« *une association de défense des consommateurs, représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 du Code de la consommation, peut agir (...)* ». Cette condition que l'action de groupe soit nécessairement initiée par une association agréée de consommateurs au niveau national s'inscrit dans tous les mécanismes antérieurs de recours collectifs en France. Il y a là une forme de continuité logique dans l'action du gouvernement qui, en outre, permet *de facto* le contrôle de l'action de ces associations, *a priori* ou *a posteriori*. La solution retenue évite par ailleurs tout débat sur la question de la qualité à agir puisque ces associations se sont vu reconnaître qualité à agir par la loi et que cette exception au principe, ou supposé principe, selon lequel « *nul ne plaide par procureur* », résulte de la loi. Il s'agit en outre de présenter un premier filtre à des demandes fantaisistes, exagérées, ridicules ou abusives, les associations agréées étant considérées comme sérieuses. Pour autant, la restriction opérée est contraignante : il n'est pas certain que toutes ces associations aient les moyens, humains, matériels, financiers, d'initier de telles actions, ou du moins d'initier le « bon » nombre d'actions de groupe, certaines associations ne comptant pratiquement que des bénévoles et parfois un ou deux salariés. Il n'est pas certain également qu'elles ne soient pas conduites à réaliser une sélection des actions à mener et donc à refuser certains recours, faute de temps ou de moyens, à des consommateurs pourtant lésés mais dont le préjudice serait considéré comme de second plan, ou

contraires à la politique de l'association de consommateurs qui en serait saisie.

D'autres propositions avaient été exprimées, les avocats souhaitant par exemple donner place à l'initiative d'actions de groupe engagées par les avocats (14), soit *pro bono*, soit en avançant les moyens de l'action, hypothèse qui sert de base au modèle américain. Le rejet de ces propositions n'implique pas un retrait des avocats qui seront toujours présents pour ces actions, notamment parce qu'elles sont de la compétence des tribunaux de grande instance (TGI). En outre, si l'initiative est formellement restreinte aux seules associations de consommateurs agréées à l'échelon national, rien n'empêche un avocat de présenter à une association un cas que celle-ci portera. L'avocat sera donc bien présent, mais il n'aura pas *a priori* le contrôle de l'action, pas plus que les consommateurs eux-mêmes d'ailleurs : cette action sera portée par la seule association. L'avenir dira si le choix de restreindre la qualité pour engager une action de groupe a été opportun ou non, ou s'il convient, au vu des succès et insuccès, de modifier ces dispositions.

II - LA PROCÉDURE DE L'ACTION DE GROUPE

La procédure de l'action de groupe se distingue des procédures de droit commun par ses conditions de recevabilité (A), les mécanismes d'*opt in* et d'*opt out* (B), deux mécanismes procéduraux distincts (C) et un fort souci d'efficacité dans l'exécution de la décision (B) et alors qu'on doit ajouter

NOTES

(9) C. consom., art. L. 420-1 et s.

(10) TFUE, art. 101 et 102.

(11) Un acte de concurrence déloyale ou une pratique restrictive de concurrence ne sauraient donner lieu à l'ouverture d'une action de groupe, sauf à relever également d'un litige de consommation, v. *supra*.

(12) G. Zambrano, L'inefficacité des actions en réparation des infractions en droit de la concurrence, thèse Montpellier, 2012.

(13) Mot pour mot « *nommez et faites honte* » et « *effet poches pleines* ».

(14) Projet de proposition de loi du Conseil national des barreaux, 24 mai 2013.

PROCÉDURE

qu'un décret est attendu, et qu'il semble nécessaire pour assurer la mise en œuvre effective de l'ensemble du mécanisme (C. consom., art. L. 423-2, L. 423-9, L. 423-10).

A - L'« OUVERTURE » DE L'ACTION DE GROUPE

Seule une association agréée pourra introduire une action de groupe, par le ministère d'un ou de plusieurs avocats, devant un TGI. Le gouvernement avait un temps envisagé de limiter la compétence à des TGI spécialisés (comme en matière de concurrence), avant que les parlementaires ne proposent d'élargir l'action également aux tribunaux d'instance, qui n'auraient encore eu pourtant que des moyens beaucoup plus limités pour traiter de tels dossiers. Le compromis obtenu a été d'ouvrir le mécanisme à tous les TGI qui auront dans chaque cas à déterminer le groupe en cause.

Même s'il manque les dispositions d'un décret d'application, il semble que ce soit à l'association qui assigne le ou les professionnels de déterminer le « groupe » ou plus exactement de proposer au juge cette détermination, dont la définition est du pouvoir du juge (C. consom., art. L. 423-3). Ce groupe est déterminé dans la loi comme l'ensemble des consommateurs personnes physiques « 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 » (15). Si un groupe de consommateurs se compte à partir de deux, on peut penser que dans la plupart des cas le groupe sera bien plus important, comportant un nombre déterminé ou indéterminé de consommateurs, l'association étant souvent dans l'impossibilité de définir précisément l'ensemble des parties qui pourraient s'estimer lésées par la pratique en cause, notamment en cas de dommages diffus et de masse. Deux mécanismes permettent en effet de déterminer avec précision un tel groupe. Le premier est l'appel public fait aux consommateurs, sous la réserve que chacun de ses destinataires réponde. Le second repose sur l'examen, minutieux, des documents comptables détenus par le professionnel, à supposer que cet examen permette effectivement d'identifier les victimes, docu-

ment qui n'est heureusement pas disponible, dans un premier temps tout du moins, pour l'association, au regard du respect du secret des affaires. L'action initiée doit contenir les éléments à même de permettre au juge d'exercer son premier office : définir « le groupe des consommateurs (ordonner) les mesures nécessaires pour informer par tous moyens appropriés les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe (et déterminer les éventuelles) mesures de publicité du jugement ». Toutes les autres conditions de l'action sont celles de droit commun, qu'elles portent sur la prescription, les conditions de validité d'une assignation, la détermination de l'intérêt à agir, etc., la loi ne modifiant rien sur ce point les conditions générales de l'action civile.

B - L'OPT IN ET L'OPT OUT

Quelle est la liberté des consommateurs ? Sont-ils contraints de participer à une action engagée au nom du groupe dont ils font partie quand bien même ils ignoreraient l'existence et du groupe et de l'action, ainsi que l'avaient invoqué les parlementaires qui avaient saisi le Conseil constitutionnel quant à la conformité de la loi à la Constitution ? La réponse est *a priori* négative. La loi reprend à la fois le système de l'*opt in* et celui de l'*opt out* pour assurer une grande liberté du consommateur. La distinction entre les deux méthodes de délimitation du groupe de consommateurs « bénéficiaires » de l'action (ils ne sont pas parties au sens procédural du terme, c'est l'association qui est partie et fixe le périmètre de l'action) est assez simple : l'association engage une action au nom d'un groupe que le juge définit, sur le principe de l'*opt in* pour que les consommateurs, informés dans les conditions posées par le juge, déclarent s'associer à l'action, ou sur celui de l'*opt out* pour qu'un consommateur déterminé refuse de participer à l'action qu'il est présumé intégrer, selon le modèle québécois, par exemple. Le choix de l'*opt in* retenu dans la loi assure une procédure fermée puisqu'il faut une manifestation explicite de volonté du consommateur pour qu'il prenne part à l'action tandis que le choix de l'*opt out* aurait été plus ouvert (le consommateur étant présumé intégrer le groupe).

La formule retenue est donc celle de l'*opt in* : elle permet de responsabiliser les consommateurs et de les inciter à s'inscrire formellement dans l'action. Nul ne peut être par conséquent engagé (et *in fine* lié) par une action de groupe de droit français, contre son gré et même par une manifestation implicite de sa volonté justifiée par l'idée selon laquelle l'action est censée lui profiter. Pour que le consommateur, membre hypothétique du groupe, puisse s'inscrire explicitement, il convient néanmoins de lui permettre d'être informé de l'existence de l'action ; il convient donc de délimiter le périmètre théorique du groupe (théorique parce que son étendue exacte est subordonnée au nombre de consommateurs qui se manifesteront), par une définition de celui-ci, et ensuite de procéder aux techniques utiles d'informations des consommateurs visés. L'article L. 423-3 du Code de la consommation dispose donc que le juge, par l'examen de la recevabilité de l'action, doit rechercher si les conditions de l'action sont réunies, de manière à définir le groupe des consommateurs « à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée », puis pour qu'il puisse statuer sur la responsabilité du professionnel, ceci avant de déterminer le montant des préjudices, et d'ordonner l'information les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe, lesquels, en se manifestant, apporteront des demandes de réparation précises. La singularité du système est que le juge aura à apprécier le manquement du professionnel avant même de connaître les membres du groupe et leurs demandes précises. Il s'explique par la volonté légitime d'éviter un appel aux consommateurs pour une action qui aurait peu de chances d'aboutir, la mauvaise publicité pour le professionnel étant dans une telle hypothèse catastrophique, mais aussi par le fait, et c'est à bien des égards une sorte de pari, que les actions seront particulièrement ciblées, sur le fondement de violations précises du droit de la consommation, de telle manière que les demandes devraient être globalement prévisibles.

NOTES

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

L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation

La procédure française d'action de groupe connaît également, mais marginalement, le mécanisme de l'*opt out* : si le consommateur a déjà exercé son option pour entrer dans le groupe, il devrait toujours pouvoir s'en retirer. L'article L. 423-5, alinéa 4, du Code de la consommation dispose en effet que « l'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association », mandat qui, en application du droit commun, auquel aucune disposition de la loi nouvelle ne fait obstacle, doit pouvoir être rompu à tout moment, soit parce que le consommateur a décidé de renoncer à l'action, soit parce qu'il préfère engager une action à titre personnel. L'*opt out* ici déduit est d'ailleurs en cohérence avec le principe constitutionnel selon lequel toute personne membre d'un groupe doit pouvoir sortir librement de ce groupe, validant la liberté d'agir, de ne pas agir ou de renoncer à agir (16). C'est donc un consommateur parfaitement libre d'agir ou non, de se maintenir ou de se retirer de l'action, que protège la loi nouvelle.

C - LES DEUX PROCÉDURES D'ACTION DE GROUPE

La loi nouvelle identifie deux procédures : une procédure « simplifiée » et une procédure « normale ». Dans le cadre de la procédure « normale », le juge doit définir les conditions de la responsabilité du professionnel à l'endroit du groupe avant que les membres du groupe ne soient connus. Il s'agit là d'une difficulté pour le professionnel qui, examinant ses moyens de défense, se demandera de manière tout à fait légitime quels arguments il pourra opposer à ses contradicteurs, ne connaissant pas *a priori* la situation de chacun d'entre eux (la demande peut-elle être prescrite ? y a-t-il possibilité d'excepter une cause de nullité ? etc.). Si en effet, une action de groupe présente une demande globalisée du point de vue du nombre de demandeurs, il demeure que, du point de la réparation, celle-ci sera individualisée, adaptée à la situation de chacun. Ce professionnel devra donc demander au juge de réserver certains moyens de défense (autrement que par la seule apposition de la formule « sous toutes réserves »), lesquels seront examinés, en cas de difficulté, au cours d'une autre instance, mais de la même juridiction. La procé-

sure normale prévoit donc deux instances, au moins : l'une destinée à identifier le groupe, fixer le principe de la réparation et désigner les techniques d'information des consommateurs, et une seconde visant à régler les difficultés éventuelles, mais très probables, et ce faisant à individualiser les réparations.

Le juge devra rendre une décision de principe reconnaissant ou non le manquement du ou des professionnels et, le cas échéant, déterminer les consommateurs potentiellement lésés. C'est en ce sens que la décision posant le principe d'une responsabilité à une catégorie indéterminée, et donc générale, de justiciables sans considération possible de leur situation individuelle pourrait être considérée comme un arrêt de règlement (qui n'a pourtant de valeur que légale (17)). L'argument ne convainc cependant guère, dans la mesure où le groupe des consommateurs bénéficiant de la décision est déjà abstraitement inclus et que s'il est difficile au juge de désigner précisément ces consommateurs, la tâche est plus aisée pour le professionnel. En outre, la décision n'a pas vocation à durer, à se répéter ou à s'appliquer à d'autres situations, mais ne fait que régler la situation antérieure, elle ne peut dès lors être assimilée à un arrêt de règlement (18).

Dans l'hypothèse où l'action est fondée sur la réparation des conséquences d'une pratique anticoncurrentielle, la difficulté posée est celle de l'articulation de l'action en réparation des consommateurs avec la procédure devant les autorités de concurrence (Autorité de la concurrence ou Commission européenne) dans la mesure où celles-ci ne disposent pas de la possibilité d'ordonner l'indemnisation des consommateurs. Alors qu'aujourd'hui indemnisation et sanction sont clairement dissociées (sur le plan processuel, à tout le moins) la procédure d'action de groupe en cas de pratique anticoncurrentielle sera exceptionnellement subordonnée à une décision de l'autorité de concurrence saisie. L'engagement de l'action de groupe nécessite en effet au préalable et comme condition de sa recevabilité une décision définitive rendue par une décision constatant l'infraction concurrentielle (C. consom., art. L. 423-17), ayant donc autorité de la chose jugée (19).

La seconde procédure est une procédure simplifiée qui a en outre été ajoutée au cours des discussions devant le Parlement, (C. consom., art. L. 423-10), afin de réduire les délais de la procédure, dans le cas d'actions particulièrement simples. Si, en effet, les membres du groupe sont clairement identifiés, c'est-à-dire que « l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus » (ce qui suppose *a priori* un contentieux relativement simple né de relations contractuelles déterminées, par exemple, et pour un groupe limité et déterminé ou très aisément déterminable de consommateurs), le juge peut simplement condamner le professionnel (la procédure simplifiée n'est *a priori* pas possible pour une action visant plusieurs professionnels défenseurs) à indemniser ces consommateurs directement et individuellement. Cette procédure n'est dès lors applicable qu'aux cas les plus simples hors toute discussion sur la définition du groupe mais sur la violation évidente des règles du droit de la consommation par le professionnel visé. La procédure simplifiée, toujours soucieuse de préserver la liberté du consommateur, prévoit que la décision, une fois les voies de recours épuisées, devra faire l'objet de mesures d'information individuelles des consommateurs afin qu'ils puissent accepter ou refuser d'être indemnisés. C'est donc un mécanisme d'*opt in* institué à la fin de la procédure.

D - L'EXÉCUTION DE L'ACTION DE GROUPE

Le mécanisme de la loi « Hamon » a pour ambition d'assurer un outil efficace, de l'introduction de l'action de groupe jusqu'à la réparation effective du consommateur victime, et cette préoccupation se retrouve jusque dans la phase d'exécution de la déci-

NOTES

(16) Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC.

(17) C. civ., art. 5.

(18) M.-A. Frison-Roche, Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *class action* : obstacles et compatibilités, LPA 2005, n° 115, p. 22 et s. ; *adde* M. Verpeaux, L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ?, D. 2007, p. 258.

(19) Soumise en outre à une prescription de cinq ans.

PROCÉDURE

sion résultant de l'action de groupe. Le juge est notamment libre du choix de la mesure la plus appropriée pour garantir la satisfaction du consommateur. Cette exécution peut se faire par le versement d'une somme d'argent au consommateur, consister en une exécution par équivalent (20), mais il est également expressément disposé dans la loi que « lorsqu'une réparation en nature du préjudice lui paraît plus adaptée, le juge précise les conditions de sa mise en œuvre par le professionnel » (21). Le nouvel article L. 423-3 dispose en outre que, pour garantir que le jugement de condamnation du professionnel puisse parvenir à une réelle indemnisation de tous les consommateurs qui se seront manifestés, « à tout moment de la procédure, le juge 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 professionnel est en outre protégé contre les effets désastreux d'une décision qui serait réformée en appel ou cassée par la Cour de cassation, l'appel public aux consommateurs membres du groupe pour qu'ils se manifestent ne pouvant avoir lieu qu'après épuisement des recours ordinaires et pourvois en cassation (22). En outre, la juridiction qui a rendu la décision est celle qui peut à nouveau être saisie en cas de difficultés d'exécution de la première (si le professionnel n'exécute pas la décision ou ne l'exécute que partiellement, ou encore rencontre des difficul-

tés à opposer aux consommateurs). Le jugement doit préciser si le consommateur peut s'adresser directement au professionnel ou s'il mandate l'association – après la fin de la procédure, par conséquent – pour recouvrer les sommes dues (dans l'hypothèse d'une réparation par équivalent), auquel cas les sommes seront versées à la Caisse des dépôts et consignations pour la seule indemnisation des consommateurs sans que l'association puisse bien évidemment prélever ses frais (23).

A ainsi été inscrite dans le droit français une action de groupe qui se présente comme une solution de compromis, une forme de « *plus petit dénominateur commun* », pourront dire ceux qui attendaient une formule plus vigoureuse, ouvrant enfin la possibilité aux consommateurs de voir leurs droits reconnus par une procédure spécifique et dont l'objet est de mutualiser les coûts et les convaincre d'agir en laissant un tiers (l'association agréée de consommateurs) organiser l'action. Pour autant, le chantier de l'action de groupe n'est peut-être pas encore clos en droit français. La première question qui demeure posée est celle de son champ d'application à d'autres groupes de justiciables souhaitant bénéficier d'une procédure tout aussi favorable dans d'autres domaines (santé, environnement, finance, etc.). La seconde est celle de l'effet dissuasif de l'action ainsi instituée qui, dans les faits, n'aboutira à la restitution par le professionnel des profits

obtenus par une violation de la loi qu'à proportion des préjudices subis par les consommateurs qui se seront manifestés. Si ces consommateurs sont peu nombreux, ou si, malgré l'importance du préjudice global, seul un petit nombre pourra apporter la preuve du préjudice qu'il aura subi, l'action de groupe n'aura qu'un faible effet dissuasif sur le professionnel qui conserverait encore une part importante du profit indu (ce que les Québécois appellent le « *reliquat* »). Se pose alors de nouveau la question de l'objet de l'action de groupe : s'il s'agit de permettre l'indemnisation des consommateurs un peu diligents, alors la réforme devrait être une réussite. S'il s'agit de convaincre les professionnels de ne pas se livrer à des comportements anticonsuméristes, et ce faisant anticurrentiels ou plus largement anti-économiques, il n'est pas certain que la réforme permette de parvenir encore à l'objectif escompté. Pour autant, la réforme est bel et bien adoptée et il faut saluer le fait que ce serpent de mer du droit de la consommation a enfin sorti sa tête de l'eau. Après près de quarante ans de promesses faites au consommateur, la réforme est très importante et bienvenue pour la protection des droits des consommateurs. ■

NOTES

(20) C. consom., art. L. 423-11.

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

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

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