

Arbitrage et action de groupe

Croisant leurs spécialités, le Centre de droit de l'arbitrage de l'université de Versailles et le Centre de droit de la consommation et du marché (CDCM, UMR-CNRS 5815) de l'université de Montpellier organisent en partenariat avec le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP), un colloque sur un thème nouveau « Arbitrage et Action de groupe », dont l'actualité tient à l'émergence, en voie d'élargissement d'ailleurs, de l'action de groupe en droit français (V. Programme du colloque, *infra in Pour aller plus loin*). Le colloque se tiendra le 18 mai au matin dans les salons de France-Amériques, en prélude au concours international d'arbitrage « Serge Lazareff » dont la 16^e session se tiendra à partir du lendemain, 19 mai, à Montpellier jusqu'à la finale du 22 mai. Tour d'horizon sur le thème de l'événement.



Thomas Clay, professeur, université de Versailles
et **Daniel Mainguy**,
professeur, université de Montpellier

❓ L'action de groupe est-elle compatible avec une clause de résolution des litiges, type clause de conciliation ou d'arbitrage ?

La loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 a pu faire naître une inquiétude avec le nouvel article L. 423-25 dans le Code de la consommation qui énonce qu'« est réputée non écrite toute clause ayant pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe ». Une lecture littérale ou rapide pourrait laisser penser que des clauses compromissoires, voire des clauses de conciliation, seraient incompatibles avec des actions de groupe. Ce serait naturellement une bien mauvaise nouvelle pour ces modes de résolution des litiges qui, souvent, parviennent à trouver des solutions qu'une action judiciaire classique, même sous forme groupée, ne permet pas. Et ce serait, en outre, aller à contre-courant de la tendance française, européenne et même mondiale visant à favoriser les modes alternatifs de résolution des litiges. En réalité, ce nouvel article L. 423-25 du Code de la consommation ne concerne que les clauses qui interdiraient une

action de groupe ou fixeraient des plafonds de préjudice (Circ. 26 sept. 2014 : BO min. Justice n° 2014-10, 31 oct. 2014) et non les clauses d'arbitrage, et encore moins les clauses de conciliation. C'est d'ailleurs bien ainsi que l'ont compris plusieurs géants de l'internet, comme eBay ou Dropbox, qui, à peine sèche l'encre de la loi Hamon, ont inséré des clauses d'arbitrage dans

qui sont certes présumées abusives, mais pas irréfragablement. En d'autres termes, de manière générale, les clauses d'arbitrage sont autorisées dans les contrats internationaux de consommation et réputées abusives dans les contrats internes de consommation. En cas d'action de groupe, le régime reste le même. Quant aux clauses de conciliation, elles ne sont en réalité pas visées par

« La résolution d'un litige de masse par les tribunaux arbitraux présente beaucoup d'avantages. »

leurs conditions générales de vente. Il n'en demeure pas moins que, en matière interne, par l'effet de l'article 2061 du Code civil, la clause compromissoire étant réputée non écrite dans les contrats de consommation, elle ne pourrait de toute façon empêcher les actions de groupe judiciaires. Cette sanction doit être rapprochée de l'article R. 132-2, 10° du Code de la consommation qui range les clauses de litige, donc d'arbitrage, dans la liste grise, c'est-à-dire celles

l'article L. 423-25 du Code de la consommation car elles n'ont ni pour objet ni pour effet « d'interdire de participer à une action de groupe », mais celui de reporter l'action, et encore uniquement en cas d'échec. D'ailleurs, la jurisprudence consacre depuis longtemps l'irrecevabilité de l'action intentée en violation d'une clause de conciliation, et elle a eu l'occasion de le rappeler à nouveau plusieurs fois en 2014. En ce qui concerne l'articulation de l'action de groupe

et de la clause de conciliation, il faudra simplement vérifier que la durée de la conciliation n'empêche pas l'action de groupe de se constituer puisqu'on sait que celle-ci est enfermée dans des délais de procédure stricts, mais qui peuvent aller jusqu'à six mois. Six mois, c'est déjà très long pour se concilier, et encore plus long pour ne pas y parvenir.

❓ L'action de groupe telle qu'elle est posée dans le Code de la consommation est-elle réellement adaptée à son traitement judiciaire ?

Le mécanisme français de l'action de groupe est une innovation majeure, particulièrement heureuse pour assurer l'indemnisation des préjudices des consommateurs. Elle pose toutefois une difficulté : ce mécanisme s'inscrit dans des dispositions substantielles, le Code de la consommation, et non dans le Code de procédure civile. On peut alors penser qu'il n'a pas été envisagé comme étant d'abord une action, et donc en fonction des conséquences processuelles de celle-ci, sinon pour réserver le traitement judiciaire de l'action aux tribunaux de grande instance, de sorte que de nombreuses difficultés vont vraisemblablement se poser. La première est matérielle, eu égard au nombre de membres potentiels d'un groupe et des possibilités physiques du traitement judiciaire d'une action de masse. La seconde est processuelle, eu égard aux différents délais et mécanismes processuels qui, dans le Code de la consommation, contribuent à retarder l'issue de la procédure qui se compose de trois phases. Dans la première, le juge doit examiner la recevabilité

de l'action, se prononcer sur le principe de la demande, sur la base des « cas-types » présentés par l'association de consommateurs (renvoyant au juge de la mise en état le soin de l'indemnisation et de régler les autres cas), puis définir le groupe, les préjudices réparables, organiser la publicité de la décision et l'information des demandeurs, décider de la provision pour frais, la désignation d'un tiers, etc. Dans la deuxième phase, le juge doit trancher les éventuelles difficultés. Et, dans la troisième phase, il doit liquider l'indemnisation, avec chaque fois des occasions de discussions judiciaires. En outre, à chaque moment de la procédure, les parties, le défendeur surtout, disposeront de la faculté d'exercer des voies de recours, notamment contre le premier jugement, et de saisir le juge de la mise en état, ralentissant considérablement la procédure et l'aboutissement de l'action. On observe d'ailleurs que les premières actions engagées à l'automne 2014 n'ont guère progressé. Enfin, au moins deux actions « collectives » ont été engagées, à grand renfort de publicité, sans recourir à la procédure d'action de groupe, ce qui signe une forme de défiance envers cette nouvelle procédure.

? **Dès lors que penser des modes alternatifs de résolution de ce type de litige et notamment des modes transactionnels ?**

On peut légitimement penser que le but d'une action de groupe est l'indemnisation, rapide, des préjudices subis par les consommateurs (ou, demain, d'autres types de demandeurs), et non le succès d'une procédure quelle qu'elle soit, ni même la condamnation de l'auteur de ces préjudices, ce qui s'inscrit efficacement dans l'évolution du droit de la responsabilité, d'un droit de la sanction du « fautif » vers un droit de l'indemnisation des victimes. L'avenir montrera comment les actions de groupe déjà engagées prospéreront mais on peut également penser que leur traitement par un mode alternatif de règlement du litige de groupe pourrait, par une organisation adéquate, accélérer le mouvement de l'indemnisation, soit parce qu'une conciliation aura favorisé une transaction, soit parce qu'une

procédure arbitrale aura organisé au mieux ce traitement (rien n'interdit de désigner un grand nombre d'arbitres, de ne pas prévoir d'appel, etc.). En pratique, d'ailleurs, le jeu des *class actions*, aux États-Unis notamment, a principalement pour objectif de rechercher une solution transactionnelle, largement préférée lorsque c'est possible, à une action judiciaire. C'est même l'un des effets néfastes et redoutés par l'effet dit de *deep pocket* par lequel il suffirait d'engager une action contre une entreprise d'importance pour que celle-ci cherche à minimiser son effet, financier ou médiatique, par une transaction. Outre le fait que la loi américaine a cherché, en 2005, à pallier ce risque, c'est surtout l'énormité des montants générés par le traitement judiciaire de ces actions, qui sont par ailleurs engagées sur le principe de l'*opt out* et non sur celui de l'*opt in* retenu par la loi *Hamon*, ce qui aboutit à accroître considérablement le groupe, et, ce faisant, à favoriser les transactions. On peut penser que ce risque est nettement moindre en France, d'autant que l'échec d'une solution transactionnelle renverrait à la procédure ordinaire et ses risques d'enlèvement, et qu'une transaction est soumise à l'homologation du juge. Il reste qu'une solution transactionnelle suppose, au départ, de préparer l'action comme si elle devait être engagée sur le long terme, de manière, d'une part, à identifier les « cas types » mais également de rassembler le plus grand nombre de membres du groupe. Là se situe peut-être d'ailleurs la principale difficulté : si une solution transactionnelle a pour objectif de limiter l'impact négatif d'une action de groupe, une certaine contradiction doit être mesurée entre la publicité nécessaire à « l'adhésion » des consommateurs à la transaction, et la discrétion assurée par la transaction.

? **Qu'est-ce qu'un traitement arbitral d'une action de groupe pourrait ajouter, ou retrancher, par rapport à son traitement judiciaire ?**

De manière générale, l'arbitrage offre une souplesse que l'institution judiciaire ne peut pas se permettre, même si la contractualisation du procès y

Bibliographie

- M. Albertini, *Les points-clés de l'action de groupe pour les entreprises* : JCP G 2014, prat. 1196, En questions
- S. Amrani-Mekki, *Décret sur l'action de groupe. - La procédure... enfin !* : JCP G 2014, act. 1030, *Aperçu rapide*
- M. Bacache, *Introduction de l'action de groupe en droit français. - À propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014* : JCP G 2014, act. 377, *Aperçu rapide*
- J. Bigot, *La loi Hamon et le contrat d'assurance* : JCP G 2014, doct. 634, *Étude*
- Th. Clay, *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges* : D. 2014, p. 2556
- K. Haeri et B. Javaux, *L'action de groupe à la française, une curiosité* : JCP G 2014, act. 75, *Libres propos*
- N. Ferrier et A.-C. Martin, *Loi relative à la consommation en faveur des consommateurs... et de certains professionnels. - À propos de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014* : JCP G 2014, act. 376, *Aperçu rapide*
- D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français* : Lextenso, 2014
- D. Mainguy, *L'entrée en vigueur de l'action de groupe* : JCP E 2014, act. 787, *Aperçu rapide*
- D. Mainguy et M. Depincé, *L'introduction de l'action de groupe en droit français* : JCP E 2014, 1144. - *L'action de groupe, nouvelle procédure du droit français de la consommation* : Dr. et patrimoine 2014, n° 236, p. 34
- Programme du colloque** : http://www.cmap.fr/dl.php?table=an_fichiers&nom_file=2015-programme-colloque-Montpellier-18-maiPDF.PDF&chemin=uploads/_cmap_2011

pénètre de plus en plus. Dès lors, les participants à l'action de groupe arbitrale pourraient modeler leurs procès comme ils le souhaitent, sous réserve, bien sûr, de l'accord de leur adversaire. Mais les intérêts sont tellement convergents qu'ils ne peuvent pas ne pas se rencontrer. La rapidité de la procédure est par exemple précieuse pour tout le monde. Les aptitudes spécifiques et complémentaires des arbitres constituent une garantie de pertinence de la solution. La confidentialité peut, elle, être cruciale pour le professionnel. Bref, la résolution d'un litige de masse par les tribunaux arbitraux présente beaucoup d'avantages, ce qui explique qu'on trouve déjà dans de nombreux pays, notamment en Amérique du Nord, ces *class actions arbitration*, comme réponse efficace à la prolifération des clauses compromissaires. Les seules difficultés à surmonter sont finalement d'ordre pratique : comment s'assurer par exemple de l'indépendance des arbitres face à une multitude de participants à l'action de groupe ? Ainsi, dans un des

volets de l'affaire *Lehman Brothers*, le tribunal arbitral n'était pas en capacité de garantir qu'il n'avait aucun lien avec chacun des 48 000 investisseurs d'Hong Kong participants à l'action de groupe... Faut-il dès lors autoriser les clauses de renonciation générale préalable à l'absence d'indépendance ? Certains pays l'admettent, mais ce n'est probablement pas le cas en droit français. On peut aussi prévoir des difficultés d'organisation matérielle pour traiter des dossiers aussi volumineux, mais sur ce point, les arbitres ne seront pas plus démunis que les juges étatiques. Enfin, si l'action de groupe devait être étendue à des produits qui touchent à la santé, comme par exemple le tabac puisque cela vient d'être voté le 14 avril 2015 en première lecture de la loi *Touraine*, il se pourrait que les tribunaux arbitraux trouvent là leurs limites. Or si l'on parvient si vite aux limites de l'arbitrage pour les actions de groupe en-dehors du droit de la consommation, cela montre que celui-ci est bien un lieu d'épanouissement naturel, sinon idéal, pour l'arbitrage. ■