

Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Vers une action de groupe...
à la française

Tendances | *Concurrences* N° 2-2008 – pp. 19-49

Emmanuel COMBE

- Professeur à l'Université Paris I
- Membre du laboratoire PRISM-Sorbonne
- Professeur affilié à l'ESCP-EAP
- Membre du Collège du Conseil de la concurrence

Luc CHATEL

- Secrétaire d'État chargé de l'industrie et de la consommation
- Porte-parole du gouvernement

Joëlle SIMON

- Directrice des affaires juridiques, MEDEF

Reine-Claude

MADER-SAUSSAYE

- Présidente de Consommation, Logement et Cadre de Vie (CLCV)

Bruno DEFFAINS

- Professeur d'économie, Université Paris X Nanterre

Joy FUYUNO

- Attorney, Tokyo

Pierre KIRCH

- Avocat au Barreau de Paris

Kevin C. McCANN

- Attorney, San Francisco

Véronique MAGNIER

- Professeur de droit, Université Paris XI Sud



Institut de droit
de la concurrence

THOMSON
TRANSACTIVE

Emmanuel COMBE

Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne
Membre du laboratoire PRISM-Sorbonne
Professeur affilié à l'ESCP-EAP
Membre du Collège du Conseil de la concurrence

Luc CHATEL

Secrétaire d'État chargé de l'industrie et de la
consommation
Porte-parole du gouvernement

Joëlle SIMON

Directrice des affaires juridiques, MEDEF

Reine-Claude MADER-SAUSSAYE

Présidente de l'association Consommation,
Logement et Cadre de Vie (CLCV)

Bruno DEFFAINS

Professeur d'économie, Université Paris X
Nanterre

Joy FUYUNO*

Attorney, Tokyo

Pierre KIRCH*

Avocat au Barreau de Paris

Kevin C. MCCANN*

Attorney, San Francisco

Véronique MAGNIER

Professeur de droit, Université Paris XI Sud

Abstract

L'introduction d'une action de groupe en droit interne de la concurrence et de la consommation est un sujet débattu depuis plus de 20 ans en France. L'heure serait-elle venue en 2008 ? C'est ce que semble indiquer les six contributions réunies pour ce dossier. Le secrétaire d'Etat chargé de l'Industrie et de la Consommation prend ainsi clairement position en faveur d'une telle réforme. La directrice juridique du MEDEF appelle quant à elle à la plus grande prudence, alors que la Présidente de l'association de consommateurs CLCV se montre au contraire très favorable à ce projet. Deux professeurs apportent ensuite leur contribution au débat : le premier apporte un point de vue d'économiste tandis que la seconde souligne les diverses options processuelles de l'action de groupe. Enfin, trois avocats nord-américains contribuent à enrichir ce dossier en décrivant les procédures des class action aux Etats-Unis. Le présent dossier a été réalisé par le Professeur Emmanuel Combe qui présente de manière synthétique ces six contributions.

Introducing antitrust and consumers class action has been debated since more than 20 years in France. This set of 6 articles from various authors suggest that 2008 may well be the right time. The State Secretary in charge of Industry and Consumers takes side in favour of such a reform. Although the MEDEF legal counsel shows her strong reluctance to do so, the President of the consumers association CLCV is strongly in favour of the proposal. An academic author brings some economic point of view whereas another academic author underlines the various procedural ways to deal with the proposal. Finally, 3 US lawyers describe in details how the US legal system deals with class actions. This set of contributions has been organised by Professor Emmanuel Combe ; he briefly introduces these papers by a short summary.

* The authors also acknowledge significant assistance from their associate Eric Long (ericlong@paulhastings.com)

Vers une action de groupe... à la française

PROPOS INTRODUCTIFS

Emmanuel Combe

combe.emmanuel@wanadoo.fr

1. L'action de groupe en France : voilà un sujet régulièrement inscrit sur l'agenda politique de notre pays depuis maintenant plus de 20 ans... sans qu'il ait réussi jusqu'ici à franchir le cap du simple projet. Il se pourrait toutefois que l'année 2008 marque une rupture en la matière, portée par un contexte politique nouveau. En effet, si l'action de groupe ne fait pas l'unanimité, force est de constater qu'elle recueille aujourd'hui une adhésion large, qui dépasse les clivages politiques usuels. L'actuel président de la République en a fait également un thème de son programme, tandis que la commission Attali, le rapport Coulon et le Conseil de la concurrence ont pris clairement position en sa faveur.

2. Dans un tel contexte, il nous a paru utile d'éclairer les débats à venir, en mobilisant différents points de vue et expertises. Les contributions réunies ici, par-delà leurs spécificités et leur prise de position, se retrouvent toutes sur un point : loin d'être une procédure uniforme, l'action de groupe est susceptible de multiples déclinaisons. La question de son opportunité devient alors largement indissociable des modalités précises de sa mise en œuvre, de son "design institutionnel" comme disent les économistes. En la matière, la confrontation avec le cas américain apparaît comme un passage obligé : qu'on la redoute ou qu'on l'appelle de ses vœux, l'action de groupe "à la française" est toujours envisagée par rapport à la "class action" américaine, qui fait bien souvent figure de contre-modèle.

3. Cette focalisation sur l'expérience outre-Atlantique nécessite au préalable de bien cerner le mécanisme de la class action tel qu'il s'exprime aux États-Unis, où l'action privée constitue l'instrument cardinal de régulation des marchés. La contribution de J. Fuyuno, P. Kirch et K. McCann, avocats nord-américains, montre ainsi que le système américain repose sur la forte incitation qu'ont les victimes à demander réparation : règle des triple damages, refus de l'usage défensif du passing on, adoption de la règle d'exclusion (opt out), etc. J. Fuyuno et ses co-auteurs rappellent que la certification d'une class action par le juge repose sur une multiplicité de critères parmi lesquels la taille du groupe, la similitude des situations de fait et de droit, la représentativité des initiateurs du groupe, le respect des intérêts de toute la classe par ses représentants. Les auteurs mettent également l'accent sur le rôle central que joue la discovery tout au long de la procédure.

4. Toute action de groupe est-elle condamnée à "dériver" vers le modèle américain ? Les contributions de J. Simon – responsable juridique du MEDEF –, L. Chatel – secrétaire d'État chargé de l'Industrie et de la Consommation – ainsi que J. Fuyuno et ses co-auteurs pointent, dans des registres très différents, les effets jugés indésirables des class action : judiciarisation de l'économie, incitation excessive à démarcher les clients, "industrie du procès" (L. Chatel) qui profite d'abord aux intermédiaires, gaspillage de ressources dans des procédures sans fondement véritable, atteinte à l'image des entreprises avant même que leur responsabilité ne soit établie. J. Fuyuno et ses co-auteurs montrent toutefois que certaines décisions récentes – et notamment l'arrêt Twombly de la Cour suprême (2007) – pourraient conduire à limiter les excès du

système américain. Rien ne s'oppose, selon J. Simon, à ce que l'action de groupe à la française ne ressemble tôt ou tard à son homologue américaine, à l'exception du système des jurys populaires : en particulier, les *contingency fees*, l'*opt out* ou la procédure de *discovery* font partie de l'horizon des possibles.

5. R.-C. Mader-Saussaie – présidente de l'association de consommateurs Consommation, Logement et Cadre de Vie – ne partage pas ces craintes, estimant que les différences fondamentales entre nos deux systèmes juridiques nous prémunissent contre le risque d'une simple "transplantation" du modèle américain. Par ailleurs, selon B. Deffains – professeur d'économie – le système si décrié des *contingency fees* participe en réalité de l'efficacité du système : il facilite l'accès à la justice, notamment des personnes les moins solvables et reporte sur l'avocat le risque financier en cas d'échec de la procédure.

6. Au regard de ces dérives potentielles, J. Simon estime pour sa part que l'objectif de réparation des préjudices subis par les consommateurs peut être atteint en France par les procédures alternatives existantes, et notamment l'action en représentation conjointe. En outre, cet auteur estime que l'action de groupe conduit en réalité à changer de système juridique : alors que les États-Unis font des consommateurs le principal régulateur du marché, la tradition française s'inscrit dans un paradigme tout autre, qui confère à l'action publique répressive un rôle central.

7. Les risques de dérives de l'action de groupe ainsi rappelés, quels arguments pourraient justifier, le cas échéant, l'introduction d'une action de groupe ?

8. L'opportunité d'une action de groupe en France serait justifiée d'abord par l'évolution profonde des relations entre producteurs et consommateurs, marquée par l'essor d'Internet et de la vente à distance, par la logique de l'abonnement et de l'engagement, par le recours fréquent aux ventes liées. L. Chatel et R.-C. Mader-Saussaie estiment que le déséquilibre entre consommateurs et professionnels dans la résolution des "petits litiges du quotidien" (L. Chatel) n'a jamais été aussi fort et rend en pratique inopérantes et coûteuses les procédures existantes telles que l'action en représentation conjointe.

9. Au-delà de sa fonction première de réparation, l'action de groupe présenterait d'autres mérites, que B. Deffains met en exergue : elle permet d'économiser les ressources judiciaires, en évitant la duplication des procédures ; elle facilite l'accès à la justice, lorsque les victimes subissent individuellement un léger dommage alors même que la collectivité supporte une perte élevée. Mais surtout, B. Deffains voit dans l'action de groupe un instrument de prévention des risques et de dissuasion : elle incite les professionnels à améliorer la qualité ou la fiabilité de leurs produits ; elle les incite également à ne pas enfreindre les règles de concurrence, en augmentant le coût espéré d'un tel comportement. En dernier lieu, l'action de groupe vient réduire les asymétries d'informations entre consommateurs et producteurs sur la qualité des produits, en permettant de "faire le tri" entre les "bons élèves" et ceux qui ne respectent pas les règles du jeu. R.-C. Mader-Saussaie et

L. Chatel voient même dans l'action de groupe un instrument propice à restaurer la confiance des consommateurs dans l'économie de marché, en mettant les professionnels indécents face à leur responsabilité et en écartant la suspicion qu'ils font porter sur les autres.

10. Si le principe d'une action de groupe "à la française" devait être retenu, quelles seraient alors les modalités de sa mise en œuvre ?

11. Une première interrogation porte sur le choix entre l'option d'inclusion et d'exclusion. R.-C. Mader-Saussaie estime que seule l'option d'exclusion (*opt out*) permet de surmonter la "passivité rationnelle" des consommateurs dans le cas de préjudices individuels d'un faible montant. Elle estime – rejointe sur ce point par B. Deffains – qu'un système à deux niveaux, déjà envisagé dans le projet Chatel en 2005, pourrait être retenu : *opt out* pour des litiges inférieurs à un certain montant et *opt in* au-delà. J. Simon et V. Magnier, professeur de droit, sur un registre différent, montrent que l'*opt out* contrevient aux exigences de l'adage selon lequel "nul ne plaide par procureur" et viole même à certains égards le principe du contradictoire. V. Magnier estime qu'une procédure d'*opt in* apparaît plus conforme à notre tradition juridique : elle permet à chaque consommateur d'exprimer de manière positive son choix de participer à l'action, alors que dans un système d'*opt out*, il est à craindre que le consommateur n'exercera pas en pratique son option de sortie du groupe, compte tenu du manque d'information dont il dispose.

12. Le périmètre pertinent de l'action de groupe constitue un second axe de réflexion des contributeurs de ce dossier. Les analyses s'accordent à penser que le champ retenu sera probablement circonscrit aux préjudices économiques subis par les consommateurs, dans la lignée du rapport Coulon. Doit-on toutefois y inclure les pratiques anticoncurrentielles ? L. Chatel et R.-C. Mader-Saussaie répondent positivement, faisant ainsi écho aux conclusions récentes du Livre blanc de la Commission européenne (v. à ce sujet, dans le présent numéro Concurrences 2-2008, l'article de Assimakis Komninos, rubrique Doctrines). Parmi les arguments mobilisés, l'idée d'une complémentarité entre l'action privée et l'action publique retient l'attention : bien qu'elles soient d'une nature juridique différente des sanctions pécuniaires, les réparations participeraient à l'objectif de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles, en augmentant le risque financier pour les entreprises. V. Magnier insiste toutefois sur les problèmes d'articulation temporelle entre l'action civile et celle de l'autorité de concurrence.

13. Au travers de ces différentes contributions, il apparaît que l'action de groupe suscite de vifs débats, à la fois quant à sa légitimité et ses modalités de mise en œuvre. En réalité, faire le choix de l'action de groupe, ce n'est pas seulement introduire en droit français une nouvelle procédure mais plus fondamentalement s'interroger sur l'opportunité de redéfinir la place des consommateurs dans la régulation d'une économie de marché.

LE TEMPS EST VENU D'INTRODUIRE L'ACTION DE GROUPE DANS NOTRE PAYS

Luc CHATEL

sp-chatel@cabinets.finances.gouv.fr

Secrétaire d'État chargé de l'industrie et de la consommation

Porte-parole du Gouvernement

1. A l'heure où le gouvernement s'engage sur la voie de la dépénalisation partielle du droit des affaires, l'action de groupe s'impose comme un contrepoids logique, comme le souligne à juste titre le récent rapport Coulon : *"il paraît ainsi difficile de dépénaliser des infractions susceptibles de créer des préjudices individuels si une autre voie d'action n'est pas proposée aux victimes en alternative à la procédure pénale. Une action civile de substitution est donc nécessaire pour assurer aux consommateurs la protection la plus effective. L'action de groupe est en ce domaine la piste qu'il convient d'exploiter."*

2. Plus encore, nos modes de consommation ont profondément changé et se sont complexifiés, rendant plus problématique encore l'exercice par le consommateur de ses droits. Ainsi, l'essor d'Internet comme canal de vente remet en cause le lien direct qui unissait jusqu'alors le vendeur à ses clients et confère une importance cruciale à la qualité du service après vente. Lorsque ce dernier se révèle défaillant, il devient difficile pour le client lésé de faire entendre sa voix. De même, la logique de l'abonnement et du prélèvement automatique, la multiplication des contrats à tacite reconduction, les ventes liées, toutes ces nouvelles stratégies commerciales audacieuses viennent limiter la mobilité des consommateurs, au point que la fidélité choisie se transforme parfois en captivité¹.

3. Lorsque le vendeur ne respecte pas ses obligations contractuelles ou légales, le consommateur se sent désarmé, impuissant, parfois même privé de la seule liberté qui lui reste, celle de "voter avec ses pieds". Loin de protester, il adopte une posture de "passivité rationnelle", pour reprendre les termes d'un article récent² : pourquoi se battre seul pour quelques dizaines d'euros, si c'est au prix d'une procédure à la fois longue et coûteuse ? Les producteurs indéclicats, qui s'accommodent de petites négligences et infractions se voient alors confortés dans leur stratégie, assurés de n'avoir aucun compte à rendre à leurs clients.

4. On aboutit alors à une situation pour le moins paradoxale : des centaines – parfois même des milliers – de consommateurs isolés subissent individuellement le même dommage sans qu'aucune action en réparation ne soit engagée et alors même que le dommage collectif peut s'avérer considérable.

5. Cette impuissance des consommateurs à résoudre les "petits litiges du quotidien", nous pouvons en prendre aujourd'hui la mesure, grâce au baromètre des plaintes de la DGCCRF lancé en 2006. Le verdict est sans appel : plus de 100 000 plaintes déposées en 2007, notamment dans le secteur des communications, de la téléphonie, de la vente à distance, plaintes qui relèvent à plus de 60 % de litiges contractuels. Les récriminations portent le plus souvent sur l'inexécution des prestations, sur la souscription forcée d'abonnement, sur la non prise en compte des demandes de résiliation, sur la contestation du prix facturé ou encore sur des pratiques de publicité mensongère.

6. Ce désarroi alimente en retour un sentiment de défiance généralisé, qui peut mettre en péril une croissance économique portée en France par la consommation des ménages. Les quelques entreprises qui ne respectent pas les règles du jeu – légales ou contractuelles – jettent le discrédit sur tout un secteur de l'économie, aux dépens des "bons élèves". Au final, c'est la confiance même dans l'économie de marché et son efficacité qui s'en trouve altérée³.

7. Face à ces dysfonctionnements, les pouvoirs publics ne restent pas les bras croisés. La France dispose en la matière d'une législation très protectrice des consommateurs et d'une administration réactive, qui intervient quotidiennement de manière préventive – en favorisant la médiation, les engagements volontaires et les bonnes pratiques – et répressive – notamment par le biais d'injonctions ou amendes. Mais l'intervention des pouvoirs publics – que ce soit la DGCCRF ou le Conseil de la concurrence – ne résout pas pour autant la question fondamentale de l'exercice du droit à réparation dont dispose chaque consommateur victime d'un professionnel indéclicat.

8. L'effectivité de ce droit reste toutefois faible dans l'état actuel de notre législation. Rappelons que depuis 1973 notre système juridique permet aux associations de consommateurs d'exercer différents types d'actions en justice : action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs (article L. 421-1 du Code de consommation), action en cessation d'agissements

1 En moyenne, un ménage "type" avec deux enfants a 23 types de contrats de services différents.

2 F. Lefebvre, J. Dionis du Séjour, "Plaidoyer pour une procédure d'action de groupe à la française", *Le Figaro*, 19 févr. 2008.

3 Les études récentes nous montrent d'ailleurs une France rongée par le sentiment de défiance. Je pense tout particulièrement à l'ouvrage de Y. Algan et P. Cahuc [2007], *La société de défiance : Comment le modèle social français s'autodétruit*, Editions Rue d'Ulm.

illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives (article L. 421-6), action en intervention volontaire (article L. 421-7) ou bien encore action en représentation conjointe (article L. 422-1). Les actions menées dans l'intérêt collectif des consommateurs ne permettent cependant pas la réparation des dommages individuels puisque les montants obtenus sont versés à l'association de consommateurs et non aux victimes. Quant à l'action en suppression de clauses abusives ou illicites, elle n'a pas pour vocation à réparer le dommage causé mais à éliminer les causes, en ordonnant par exemple la suppression d'une clause illicite ou abusive dans un contrat. Pour ce qui concerne le droit d'intervention devant les juridictions civiles, les associations de consommateurs ne sont présentes que comme "partie jointe", en soutien d'une demande introduite par des consommateurs agissant à titre individuel.

9. L'action en représentation conjointe s'apparente sans doute le plus à la procédure d'action de groupe puisqu'elle permet aux associations d'agir au nom d'au moins deux consommateurs et en vue de la réparation de préjudices individuels. Toutefois, l'association de consommateurs ne peut agir de sa propre initiative. De surcroît, la procédure se révèle en pratique contraignante et coûteuse, les associations de consommateurs devant collecter et gérer les mandats de chaque victime.

10. L'introduction d'une véritable action de groupe s'impose donc. Elle présenterait plusieurs vertus :

- Elle réduirait considérablement pour les victimes le coût d'une action en justice et faciliterait de ce fait l'accès de tous à la justice.
- Elle diminuerait les coûts de fonctionnement du système judiciaire, en évitant la duplication des procédures et permettrait ainsi de réaliser des économies d'échelle.
- Elle mettrait les quelques professionnels indécis face à leurs responsabilités et écarterait ainsi la suspicion qu'ils font porter sur les autres.
- Elle dissuaderait les entreprises de recourir à des pratiques illicites, nuisibles pour l'efficacité économique, et les inciterait à se montrer plus attentives aux attentes et réclamations de leurs clients.
- Finalement, elle restaurerait la confiance des consommateurs dans le bon fonctionnement de l'économie, en leur donnant un rôle de régulateur à part entière.

11. L'action de groupe n'est plus aujourd'hui le combat isolé de quelques-uns : elle mobilise toutes les familles politiques, bien au-delà des clivages partisans traditionnels. Ainsi, en novembre 2007, lors de la discussion d'un amendement sur le sujet, une convergence de vue s'est fait jour entre les différents groupes parlementaires. Les Français plébiscitent également l'action de groupe : selon un sondage CSA, publié en mars 2007, 84 % des Français sont favorables à l'introduction en France d'une telle procédure, 57 % estimant même cette réforme prioritaire. En dernier lieu, les rapports Coulon et Attali se sont clairement exprimés en faveur d'une action de groupe.

12. La question centrale n'est donc plus tant de savoir s'il faut introduire une action de groupe mais bien plutôt de définir les contours d'un projet raisonné, qui redonne confiance aux consommateurs tout en protégeant les entreprises d'éventuels abus.

Car nous le savons tous, l'action de groupe est susceptible de sérieuses dérives, à l'image de ce que nous avons pu observer outre-Atlantique. L'action de groupe mal encadrée peut être dévoyée pour devenir l'instrument d'un enrichissement indu, voire d'un lynchage médiatique, avant même que la responsabilité réelle de l'entreprise ne soit établie. Le droit légitime à la réparation cède alors la place au chantage pour se transformer parfois en droit de vie et de mort sur les entreprises. Loin de bénéficier d'abord aux victimes – en l'espèce les consommateurs – les *class actions* américaines alimentent bien souvent une véritable "industrie du procès", qui profite d'abord aux intermédiaires et à certains concurrents mal intentionnés. Les *class actions* peuvent même se retourner contre leur propre objet, la défense des consommateurs : dans certains secteurs à risque tels que la pharmacie, la perspective de réparations élevées se traduit aux États-Unis par une hausse des primes d'assurances, que les entreprises reportent ensuite sur... les prix aux consommateurs. Tous ces risques, nous les connaissons et les Américains eux-mêmes s'en inquiètent et ont d'ailleurs engagé des réformes de leur procédure de *class action*.

13. Mais, à l'inverse, n'agissons pas en permanence le chiffon rouge des *class actions* américaines pour prêcher l'immobilisme total. Prenons plutôt la mesure des excès et des errements Outre-Atlantique, pour construire un système juste et équilibré. Nous devons d'ailleurs nous méfier des parallèles, analogies et raccourcis trop rapides qui sont parfois faits entre le cas américain et ce qui pourrait advenir en France. Les dérives américaines résultent en grande partie de l'organisation même de leur système judiciaire, difficilement comparable et transposable au nôtre.

- Ils ont des jurys populaires et des magistrats élus, nous avons des juridictions spécialisées, au travers des huit TGI spécialisés dans l'application du droit de la concurrence, et des magistrats professionnels.
- Ils autorisent la rémunération des avocats sur le seul résultat du procès (pacte de *quota litis*) – rémunération qui peut atteindre dans certaines affaires jusqu'à 40 % du montant des réparations – cette solution n'est pas permise dans notre pays et n'est pas à l'ordre du jour.
- Ils offrent aux avocats une grande liberté d'initiative en matière de publicité (radio, télévision) et ce à tous les stades de la procédure – notamment dans la constitution du groupe, avant même que la recevabilité et la responsabilité de l'entreprise ne soient établies – alors que notre droit l'encadre strictement.
- Ils recourent à des dommages punitifs – les fameux "*triple damages*" – alors que nous sommes dans une logique de réparation stricte du préjudice. Le principe de la réparation simple permet de centrer l'action de groupe sur son seul objectif légitime, le dédommagement du consommateur lésé et non l'enrichissement des intermédiaires, qui sont souvent les seuls grands gagnants d'un système de dommages punitifs.

→ Ils privilégient un champ très large à l'action de groupe, incluant par exemple les sinistres collectifs médicaux (tabac), l'environnement, les discriminations au travail, les atteintes aux droits de l'homme. Le récent rapport Coulon propose de limiter l'action de groupe aux seuls préjudices matériels subis par les consommateurs.

→ Ils recourent, en matière de régime de la preuve, au mécanisme très intrusif de la "discovery"⁴, notre droit ne dispose pas d'une procédure équivalente.

Bref, en matière d'action de groupe, il est peu réaliste de penser que la France de demain ressemblera aux États-Unis d'aujourd'hui.

14. Le débat doit donc se centrer sur les modalités d'une action de groupe et plusieurs questions de fond doivent être tranchées, parmi lesquelles :

→ La place de la médiation

Différentes options peuvent être envisagées : une médiation préalable et obligatoire à toute initiative devant le juge ou bien encore une médiation qui interviendrait à l'issue de la phase de recevabilité par le juge. Favoriser la médiation, c'est développer dans notre pays la culture de la négociation, c'est également éviter le risque d'une "juridicisation" excessive de notre économie, en faisant du juge le dernier recours. De plus, lorsqu'elle intervient en amont, la médiation, discrète par nature, peut éviter à l'entreprise l'exposition médiatique et la publicité inhérente à toute décision de justice ;

→ Le système d'inclusion des bénéficiaires

Si la majorité des pays (États-Unis mais aussi Québec, Portugal) privilégient l'*opt-out*, d'autres, comme la Suède, ont fait le choix de l'*opt-in* ou d'un système mixte, en fonction du montant du dommage individuel. Je note également que dans son récent Livre blanc sur les actions en réparation de pratiques anticoncurrentielles, la Commission a pris position en faveur de l'*opt-in*.

→ Le champ de l'action de groupe

Les rapports Cerruti-Guillaume et Coulon préconisent de le circonscrire aux préjudices matériels subis par les consommateurs. Ce champ pourrait recouvrir les obligations contractuelles et légales du vendeur en matière commerciale mais également celles en matière de concurrence. Permettez-moi de développer plus avant ce dernier point.

15. L'inclusion des pratiques anticoncurrentielles dans le champ de l'action de groupe mérite d'être discutée. La Commission européenne vient d'ailleurs de prendre position clairement sur ce sujet, à l'occasion de la publication du Livre blanc : elle a estimé que la pleine effectivité des règles de

concurrence implique non seulement une action forte des autorités de concurrence mais également la possibilité d'actions en réparation. La Commissaire chargée de la protection des consommateurs, Madame Kuneva, m'a réaffirmé à plusieurs reprises sa volonté d'avancer sur cette question, tout comme la Commissaire en charge de la concurrence, Madame Kroes.

16. L'espace de la libre concurrence s'est considérablement élargi dans notre pays, notamment à la suite du mouvement de déréglementation qui a touché les industries de réseau : téléphonie fixe hier, gaz et électricité aujourd'hui, chemins de fer demain. Cette liberté entrepreneuriale a pour contrepartie une responsabilité plus grande vis-à-vis des clients : la concurrence ne profite véritablement aux consommateurs que pour autant que les firmes respectent les règles du jeu concurrentiel et ne s'engagent pas dans des pratiques telles que des ententes sur les prix.

17. Si nous considérons le cas particulier des ententes sur les prix, elles causent bien souvent un dommage global important à l'économie et aux consommateurs en particulier. Les économistes estiment que cette pratique augmente les prix de l'ordre de 20 %, ce qui est tout à fait considérable. Cette hausse de prix est complètement artificielle. Elle ne s'accompagne d'aucune contrepartie réelle en termes de progrès économique et d'efficacité. Les consommateurs sont tout simplement spoliés : ils paient plus cher pour le même produit ou sont même parfois contraints de renoncer à l'acheter. Mais la perte individuelle que supporte chaque consommateur est généralement trop faible pour qu'il engage seul une action en réparation. Si l'on prend le cas de l'entente dans la téléphonie mobile entre 2000 et 2002, le dommage global a été estimé à plus d'un milliard d'euros, mais la perte pour chaque abonné se chiffre à quelques dizaines d'euros. Qui ira individuellement en justice pour si peu ? Je constate d'ailleurs que seulement 12 000 plaintes ont été déposées dans le cadre de l'action conjointe engagée par une association de consommateurs... sur un parc d'abonnés qui avoisinait les 30 millions de clients à l'époque des faits. Ce décalage entre l'ampleur des dommages causés par l'entente et les obstacles à une juste réparation vient alimenter chez les consommateurs un sentiment d'impuissance et de défiance, qui nuit au bon fonctionnement de notre économie.

18. De plus, l'action privée peut venir renforcer l'effet dissuasif de l'action publique. En effet, bien que les réparations soient d'une nature juridique différente des sanctions pécuniaires infligées par les autorités de concurrence, elles contribuent tout autant à accroître le risque financier pour une entreprise d'une violation des règles de concurrence. Cet effet ne doit pas être sous-estimé, nombre d'économistes estiment que le niveau des amendes reste encore insuffisant au regard du gain illicite et de la faible probabilité de détection.

19. L'action privée n'est pas redondante avec l'action publique et ne conduit pas à punir deux fois l'entreprise pour les mêmes faits. En effet, lorsqu'un prix augmente, certains consommateurs renoncent à consommer, tandis que d'autres

⁴ Cette procédure est une phase d'investigation de la cause préalable au procès. Elle fait obligation à chaque partie de divulguer à l'autre partie tous les éléments de preuve pertinents au litige dont elle dispose (faits, actes, documents...), y compris ceux qui lui sont défavorables.

continuent à acheter mais paient le bien plus cher. L'action en réparation vise uniquement ceux qui ont acheté, puisqu'elle sanctionne un transfert de richesse artificiel des consommateurs vers les entreprises. L'action publique quant à elle adopte une perspective différente et condamne une pratique qui a nui à la collectivité et a porté atteinte à l'ordre public économique⁵.

20. Au demeurant, il ne faut sans doute pas s'attendre à une déferlante d'actions de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles. En effet, les victimes directes de ces agissements sont en général des entreprises et non des consommateurs : les ententes illicites, les abus de position dominante se forment sur des marchés de produits intermédiaires, sauf à considérer, ce qui n'est pas dans notre tradition juridique, que les victimes indirectes puissent obtenir réparation⁶.

21. L'inclusion des pratiques anticoncurrentielles nécessite, le cas échéant, de bien articuler l'action privée avec l'action publique.

Pour ce qui est l'articulation dans le temps, le système fondé sur le "follow on"⁷ présente l'avantage de la simplicité et de l'efficacité à la fois pour le plaignant et pour le juge civil, puisque la question de la preuve de la pratique anticoncurrentielle, toujours délicate à établir, est en quelque sorte tranchée. Un tel système suppose d'appliquer aux décisions de l'autorité de concurrence le principe de l'autorité de la chose décidée.

22. En second lieu, l'action civile ne doit pas nuire à l'efficacité de l'action publique, et notamment du "programme de clémence". En effet, l'entreprise qui souhaite collaborer avec les autorités de concurrence peut craindre ensuite une action civile, facilitée précisément par sa participation active à l'établissement de la preuve. Les Américains ont trouvé une parade en instituant depuis 2004 le "*de-trebling*"⁸ mais cette solution, spécifique à leur système de dommages punitifs, n'est pas transposable au cas français.

23. L'action de groupe à la française sera donc strictement encadrée et équilibrée. Mais l'équilibre ne signifie pas l'inefficacité : si une entreprise a manqué à ses obligations contractuelles ou légales, les consommateurs qui se sont manifestés devront pouvoir faire valoir collectivement leur droit à une réparation intégrale.

24. Défendre l'action de groupe, ce n'est pas dresser les consommateurs contre les entreprises, encore moins revendiquer une culture du conflit. Bien au contraire, défendre l'action de groupe, c'est simplement faire entrer les consommateurs de plain-pied dans l'âge adulte en leur donnant les moyens de faire valoir eux-mêmes leur droit à réparation. Cette confiance restaurée des consommateurs dans l'économie de marché conduira à un fonctionnement plus efficace de notre économie, qui profitera finalement à tous.

5 On peut par exemple imaginer le cas d'une entente anti-concurrentielle qui n'aurait pas été mise en œuvre et n'aurait de ce fait pas causée de dommage à des consommateurs particuliers. Elle n'en reste pas moins répréhensible au titre de la violation de l'ordre public.

6 Il s'agit de la question dite du "*passing on*".

7 La demande en réparation intervient dans ce cas après la décision de l'autorité de concurrence.

8 Dans ce système, la firme qui bénéficie de la clémence ne paye qu'une fois le montant des réparations, au lieu de trois fois.

L'ACTION DE GROUPE, PANACÉE OU CHEVAL DE TROIE ?

Joëlle SIMON

jsimon@medef.fr

Docteur d'État en droit

Directrice des affaires juridiques du MEDEF

1. S'il y a déjà vingt-cinq ans – un quart de siècle – que l'on débat de la question de savoir s'il faut introduire en France une forme de recours collectif inspiré de la class action américaine ou du recours collectif québécois et que des gouvernements de couleurs politiques différentes y ont renoncé jusqu'à présent, c'est peut-être que la réponse à donner à cette question n'est pas aussi simple que certains veulent le laisser penser⁹.

2. Le premier projet remonte au début des années 1980 avec la publication, en septembre 1983, d'un rapport proposant un certain nombre de réformes du droit positif propres à améliorer le règlement des litiges, au nombre desquelles l'introduction en droit français d'une procédure collective, dite action de groupe, inspirée des droits américain et québécois¹⁰.

3. Certes, le contexte a évolué depuis 1983¹¹, le débat n'est plus franco-français¹², il a été porté au niveau européen et certains Etats membres ont introduit des formes de recours collectif dont la France¹³.

4. Beaucoup appellent cette réforme de leurs vœux, les initiatives se multipliant, depuis quelques années, en faveur d'une action de groupe à la française¹⁴.

5. Peut-être, au demeurant, qu'au moment où ces lignes seront publiées, le gouvernement aura arbitré en faveur d'une telle réforme mettant ainsi un terme à cette interrogation.

6. Ces vingt-cinq ans de débats intermittents sur le sujet sont-ils pour autant vingt-cinq années perdues ?

Oui, répondront, sans doute, certains des autres participants à cette tribune.

Non, selon nous, parce que cela aura au moins permis de faire passer un message important : *"n'importons pas le modèle nord-américain ou australien et réfléchissons à une amélioration pragmatique de la résolution des litiges de consommation"*.

7. Il est frappant de constater qu'aujourd'hui il n'y a plus un plaidoyer en faveur de l'introduction d'une action de groupe à la française qui ne commence sans l'affirmation que l'objectif n'est pas d'importer les errements américains et que, de toute manière, notre système juridique nous en protège.

8. Pourquoi le MEDEF et d'autres organisations représentatives d'entreprises qui ont depuis toujours manifesté leur opposition à une telle évolution du droit français, persistent-elles alors dans cette attitude ?

9. Sont-elles insensibles aux préoccupations des consommateurs et d'autres parties prenantes ?

Bien évidemment, non. Mais la réforme proposée n'est pas banale. Il s'agirait d'un changement majeur de notre procédure judiciaire et même de notre système juridique. La question qui est posée est celle de savoir si l'on souhaite aller vers une judiciarisation de notre économie. Et force est de constater que, même si les plus fervents soutiens de l'action de groupe ont intégré dans leur discours "le risque américain"¹⁵, ils se contentent généralement d'affirmer que nous saurons éviter les dérives américaines mais ne modifient en rien leurs propositions qui s'inspirent très largement des modèles critiqués.

10. Aussi souhaiterions-nous, dans cette chronique, essayer de rétablir certaines vérités face à des idées reçues, aborder la question du règlement des recours collectifs de manière objective et montrer que l'action de groupe n'est pas la panacée que certains imaginent.

9 Sur l'historique, v. également du même auteur : L'action de groupe : l'illusion tragique. Le point de vue des entreprises, *Le droit des entreprises, La sanction dans la vie d'affaires, Institut des juristes d'entreprise*, Bruylant-Bruxelles Kluwer/Antwerpen 2007, p. 89 et s.

10 Rapport de la Commission mixte Secrétariat d'État à la Consommation/ministère de la Justice sur le règlement des litiges de la consommation, sept. 1983.

11 Illustration de l'officialisation du débat en France, la Commission générale de terminologie et de néologie a publié au Journal Officiel du 13 mai 2006 une traduction et définition de la class action : "Action de groupe, voie ouverte dans certains pays par la procédure civile, permettant à un ou plusieurs requérants d'exercer une action en justice pour le compte d'une catégorie de personnes sans en avoir nécessairement reçu le mandat au préalable. Équivalent étranger : class action." *J.O.*, n° 111 du 13 mai 2006, p. 7072.

12 V. not. Livre vert de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles CE sur les ententes et les abus de position dominante, déc 2005, et Livre Blanc, avril 2008 v. également les travaux de la DG Sanco.

13 Action en représentation conjointe (v. *infra*).

14 V. article préc.

15 Au moins en France.

I. Première idée fausse : La France et l'Europe seraient à l'abri des dérives américaines

11. Le système américain, pour contestable qu'il soit par les excès qu'il génère, est cohérent. Il repose sur les piliers suivants :

→ Avance des frais du procès par l'avocat, celui-ci n'étant rémunéré qu'en cas de succès : *contingency fees*,

→ Preuve facilitée pour les demandeurs, par le système de la *discovery*, qui permet de demander au juge la production forcée de tous les documents en la possession de l'entreprise sans examen de l'utilité de ces pièces pour la procédure au fond,

→ Système du "*loser pays no cost*" qui en fait une procédure "gagnant/gagnant" pour le demandeur,

→ Dommages et intérêts punitifs – *punitive damages* – qui donnent au juge le pouvoir d'aller au-delà de la réparation pour sanctionner un comportement fautif.

12. À cela s'ajoute un système de jurys populaires généralement très favorables aux demandeurs.

13. Mais si l'on excepte le système du jury populaire, qu'il est peu probable de voir importer en France et même en Europe, on assiste à des évolutions inquiétantes sur les autres points.

→ Les *contingency fees*, tout d'abord le fait que le Conseil national des barreaux ait annoncé la mise en place d'un groupe de réflexion sur le sujet est un signal fort. Cela signifierait un changement radical des relations entre les avocats et leurs clients en France. Or, il faut avoir bien conscience que le système est porteur de conflits d'intérêts entre l'avocat et son client. Le plus souvent, l'avocat sera amené à transiger et ce quelquefois au détriment de ses clients car il ne peut pas se permettre, financièrement, de perdre le procès.

En Europe, l'Italie a introduit les *contingency fees* en juillet 2006 et la Cour constitutionnelle allemande jugeant en décembre 2006, que l'interdiction de *contingency fees* était anticonstitutionnelle, a demandé au gouvernement de proposer une loi les autorisant. Dans certains pays d'Europe de l'Est, les *contingency fees* sont pratique courante même s'ils sont encore interdits.

→ La *discovery* ensuite, mode extrêmement coûteux et dangereux sur le plan de la concurrence de production des preuves. Le Livre blanc de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne précité, comporte des propositions qui constituent un premier pas vers une procédure de *discovery*. Il s'agirait là d'un basculement important vers une judiciarisation de l'économie. Ainsi, une entreprise française, qui fait actuellement l'objet d'une *class action* aux États-Unis, a déjà dépensé plus de 60 millions de dollars rien qu'en frais de *discovery*.

→ Les dommages et intérêts punitifs enfin : même si la chancellerie y est a priori défavorable, il existe en France, plusieurs propositions pour les introduire en droit français¹⁶.

14. Un autre argument consiste à dire que les entreprises sérieuses n'auraient rien à craindre de telles procédures. Ceci est inexact car le système américain, par nature, encourage les plaintes non fondées et qu'il est moins coûteux pour l'entreprise de transiger dans ce type de procès que d'aller jusqu'au procès. Il favorise une véritable industrie du chantage.

15. Il faut être bien conscient que les "*plaintiff lawyers*" américains s'installent en Europe dans la perspective de voir s'ouvrir de nouveaux marchés : "*Europe is a new business opportunity*".

16. D'autres rappellent que l'industrie avait déjà annoncé avec la directive sur la responsabilité du fait de produits défectueux, une "apocalypse" qui ne s'est pas produite.

C'est exact mais uniquement parce qu'en dehors du Luxembourg, aucun État membre n'a introduit la responsabilité pour risque de développement qui était au centre de nos critiques.

17. Un dernier argument consiste à dire que dès lors que serait introduite une phase distincte de recevabilité/certification/autorisation, on éviterait tout risque de dérapage. Ceci est inexact, car il est probable qu'un tribunal, dès lors qu'une action ne serait pas complètement aberrante, jugerait l'action recevable. L'entreprise préférerait alors transiger, quand bien même elle serait certaine de son bon droit, car aux yeux du public elle apparaîtrait responsable du seul fait de cette décision de recevabilité.

18. Par ailleurs, rappelons que la *class action* a été conçue comme un instrument de régulation destiné à contrebalancer les risques éventuels de l'économie de marché.

19. Or, en France et même si nous sommes dans une économie de marché, nous disposons d'une législation et d'une administration puissante et efficace de protection des consommateurs avec la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), le Conseil de la concurrence et d'associations de consommateurs actives.

16 Avant-projet de réforme du droit des obligations, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, sept. 2005, Rapport final, 1ère phase de la mission Lepage, consacré à la démocratie écologique, févr. 2008.

II. Deuxième idée fautive : Faute d'action de groupe, les consommateurs seraient victimes d'un déni de justice !

20. Faute d'action de groupe, les consommateurs seraient dans l'incapacité de faire valoir leurs droits.

21. Une telle affirmation n'est pas sérieuse, il faut remettre la question des litiges collectifs en perspective.

Tout d'abord, la plupart des litiges de la consommation sont des litiges individuels.

Ensuite, selon une étude récente de la Commission européenne¹⁷, plus de 90 % des litiges de la consommation sont réglés directement à l'amiable avec le consommateur concerné.

Enfin, en ce qui concerne le pourcentage de contentieux qui ne serait pas réglé à l'amiable, il existe des procédures efficaces pour les résoudre.

22. La procédure de règlement des petits litiges de la consommation est simple, efficace et peu coûteuse, l'accès au tribunal d'instance ne nécessitant pas le recours à un avocat.

23. Les tribunaux d'instance sont compétents pour les demandes inférieures à 10 000 euros, seuil très largement supérieur au montant du litige moyen, la majorité des demandes soumises aux tribunaux étant comprises entre 150 et 1 000 euros.

24. Ils statuent à juge unique et peuvent être saisis par simple lettre.

25. L'appel est exclu pour les défendeurs, seule la voie du pourvoi en cassation leur est ouverte.

26. Par ailleurs, depuis une loi du 9 septembre 2002, ont été créées des juridictions de proximité dans le ressort de chaque Cour d'appel. Ces juridictions connaissent, en matière civile en dernier ressort, des actions personnelles mobilières dont elles sont saisies par des personnes physiques à titre personnel, jusqu'à une valeur de 4 000 euros.

27. En outre, le législateur vient récemment de renforcer la possibilité des consommateurs de faire valoir leurs droits. En effet, la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs du 3 janvier 2008 a introduit la possibilité pour le juge de soulever d'office les dispositions du Code de la consommation pour les litiges nés de son application.

28. Parallèlement, lorsque le consommateur ne souhaite pas agir seul, il ou elle peut s'appuyer soit sur une association de consommateurs agréée, soit sur l'Administration, c'est-à-dire

la DGCCRF et les autorités indépendantes : Conseil de la concurrence en cas de violation des règles du droit de la concurrence préjudiciables aux consommateurs et Autorité des marchés financiers (AMF) en cas de non-respect des règles protectrices des investisseurs.

29. Les associations de consommateurs disposent déjà d'actions spécifiques visant à obtenir réparation de préjudices collectifs¹⁸ ou individuels¹⁹ ou à faire cesser des agissements illicites ou à obtenir la suppression de clauses illicites ou abusives²⁰.

30. Lors d'auditions réalisées le 1er février 2006 au Sénat par la Commission des lois, le bon fonctionnement de l'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives a été souligné par un magistrat en charge de ces dossiers²¹.

31. Quant à l'action en réparation du préjudice collectif causé aux consommateurs, les tribunaux n'hésitent plus, comme cela a pu être le cas dans le passé, à accorder aux associations des dommages et intérêts substantiels, même si ce n'est pas la finalité première de cette action (v. *infra*).

32. En revanche, l'action en représentation conjointe est présentée comme un échec, du fait du très petit nombre de cas dans lesquels elle a été utilisée par les associations.

33. On peut toutefois se demander s'il y a eu une volonté de l'utiliser du fait que, reposant sur le mandat, elle peut engager la responsabilité des mandataires et donc des associations²².

34. Madame Séverine Cabrillac souligne ainsi que les associations "n'ont pas manifesté d'enthousiasme pour s'engouffrer dans cette voie" et que "la peur d'actions en responsabilité (à la fois du défendeur, mais aussi des victimes) en cas d'échec a arrêté les associations"²³.

35. En effet, contrairement à ce qui est couramment affirmé et même s'il existe une marge d'amélioration, notamment dans les modes d'appel à mandat, les formalités ne sont pas très lourdes : contenu minimal du mandat, collecte des mandats, information minimale tout au long de la procédure.

L'affaire de téléphonie mobile, même si en l'espèce l'UFC/Que Choisir ? n'a pas opté pour l'action en représentation conjointe, montre la capacité des associations à regrouper les consommateurs concernés ou du moins un grand nombre d'entre eux, principalement grâce aux moyens de communication électronique.

18 C. consom., art. L. 421-1.

19 C. consom., art. L. 422-1.

20 C. consom., art. L. 421-2 et L. 421-6.

21 Class actions, éléments du débat : une journée d'auditions publiques de la Commission des lois – *Les rapports du Sénat* n° 249, 2005-2006, p. 5 et s.

22 En ce sens, v. les auditions préc.

23 *Op. cit.* n° 32, p. 14.

17 European Union citizens and access to justice, European Commission, oct. 2004.

36. De plus, il ne faut pas oublier que les associations de consommateurs ont également la possibilité de saisir le Conseil de la concurrence et que celui-ci place les consommateurs au centre de ses préoccupations²⁴.

37. Enfin, il faut que les consommateurs soient bien conscients que l'action de groupe n'est pas en elle-même un facteur de réduction des coûts du procès et qu'elle ne permet pas en elle-même de faciliter la recherche de la preuve. En outre, elle ne simplifie pas l'administration de la justice, car c'est une procédure intrinsèquement complexe, difficile à encadrer et souvent décevante pour les demandeurs.

III. Troisième idée fausse : L'action de groupe justifierait des atteintes aux principes généraux de la procédure civile

38. Les partisans de l'action de groupe estiment que pour que l'action de groupe soit efficace, le groupe doit être constitué de toutes les personnes dont la situation est visée par l'action et qui n'ont pas manifesté leur volonté de s'en exclure (*opt out*).

39. Ils considèrent que cet objectif justifierait des atteintes aux principes de notre procédure civile, considérés comme dépassés aujourd'hui.

40. Or, ces principes sont protecteurs de l'ensemble des justiciables et l'on ne peut faire une application discriminatoire de ces principes selon la qualité de la personne en défense :

→ Nul ne plaide par procureur : ce principe est fondamental en ce qu'il signifie simplement que le représentant ne peut occulter le représenté et qu'un défendeur ne peut être obligé de se défendre contre un groupe anonyme.

→ Le principe du contradictoire qui s'oppose au système dit d'*opt out* puisqu'il n'y aura aucune certitude que les supposés membres du groupe seront informés du déroulement de la procédure.

→ L'autorité relative de la chose jugée, or, avec l'*opt out*, un justiciable pourrait, sans en être informé, se trouver lié par une décision issue d'une procédure à laquelle il n'est pas associé.

→ La prohibition des arrêts de règlement selon laquelle il ne peut y avoir de jugement, *in abstracto*, statuant indépendamment des parties au litige et de leurs situations et prétentions particulières.

→ Les règles de procédure relatives à l'examen de la recevabilité de la demande, puisque c'est dans la personne du représenté que s'apprécie la recevabilité et le mérite de la demande.

→ Les règles de notification, car le silence ne vaut pas acceptation.

IV. Ne se tromper ni d'objectif ni de procédure

41. Dès lors qu'une personne a causé un dommage, elle doit réparer. C'est un principe fondamental de notre droit que nul ne songe à remettre en cause.

Les entreprises assument pleinement leurs responsabilités.

42. Mais que constate-t-on en lisant les argumentaires en faveur de l'action de groupe ?

On s'aperçoit rapidement que l'objectif poursuivi est avant tout répressif, il s'agit de confisquer les profits illicites. Ceci est paradoxal dès lors que certains y voient un moyen de réduire le recours à la sanction pénale²⁵.

43. Cette idée qui n'est pas nouvelle²⁶ consisterait à introduire un ministère public populaire et à déposséder le ministère public d'une partie de ses fonctions. Le but de cette procédure est uniquement d'enlever au défendeur le bénéfice des gains acquis illégalement ou de manière erronée.

44. Une telle procédure serait sans objet en France ; dès lors qu'il y a infraction, il appartient au ministère public d'intervenir et, ainsi que cela a été rappelé précédemment, dans le domaine de la concurrence, aux autorités de la concurrence (DGCCRF, Conseil de la concurrence) et dans celui de la défense des investisseurs, à l'AMF.

45. De plus, et cela a déjà été mentionné, les associations de consommateurs disposent de l'action dans l'intérêt collectif qui leur permet de se substituer au Parquet si nécessaire.

46. Il serait contraire à la tradition juridique française de cantonner le rôle du Parquet en créant une voie quasi pénale entre des mains privées et dangereux d'aller dans cette voie.

47. Une personne privée ne sera jamais à même de défendre l'intérêt général et défendra toujours des intérêts particuliers même s'ils sont catégoriels.

48. Ce que doit rechercher l'association en exerçant l'action syndicale devant les juridictions répressives, c'est l'exemplarité de la sanction prononcée contre l'infraction dans un double but d'information d'éventuelles victimes et de prévention d'infractions similaires.

²⁵ Voir en ce sens, *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, janvier 2008 p. 89 et s.

²⁶ V. Mauro Cappelletti, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (*Métamorphoses de la procédure civile*), *Revue Internationale de droit comparé*, 1975, p. 571 et s.

²⁴ V. not. *Rapport annuel 2005*.

49. Le Conseil de la concurrence est favorable à l'introduction de l'action de groupe afin d'aider à la détection des comportements anticoncurrentiels. Or, le fait que le Conseil souhaite qu'il s'agisse d'actions complémentaires dites de *follow on* afin de conserver au Conseil la primauté de l'action, s'inscrit en contradiction avec cet objectif²⁷.

50. Rappelons, par ailleurs, que le dommage à l'économie est l'un des éléments entrant en ligne de compte dans la fixation par le Conseil de la concurrence du montant de l'amende ; le montant des amendes prononcées par ce dernier, de plus en plus élevé, atteste de la prise en compte de ce préjudice.

51. Enfin, aux États-Unis, la *class action* est étroitement liée à la notion de dommages et intérêts punitifs et apparaît dépourvue d'intérêt dans un pays comme la France où le principe est que les dommages et intérêts ont pour objet de réparer un préjudice individuel.

V. Quelle voie suivre ?

52. Rétablir une relation de confiance entre l'entreprise et le consommateur est indispensable lorsqu'un litige survient. Pour y parvenir, il faut développer les modes alternatifs de règlement des litiges seuls de nature à apporter au consommateur la réponse rapide, efficace et sans frais qu'il est en droit d'attendre.

53. Cela permettrait d'éviter que beaucoup de contentieux individuels ne deviennent collectifs du fait d'une absence de traitement adéquat.

54. Et pour ceux qui ne pourraient être résolus par cette voie, privilégions des solutions qui s'inscrivent dans notre cadre juridique et procédural, protecteur des parties (v. *supra*) et qui reposent sur une expression positive de ceux qui demandent réparation.

²⁷ Avis du 11 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles.

POUR L'EFFECTIVITÉ DES DROITS DES CONSOMMATEURS

Reine-Claude MADER-SAUSSAYE

rc.mader@clcv.org

Présidente de l'association Consommation, Logement et Cadre de Vie (CLCV)

1. Janvier 2005 : face à un parterre de représentants des “forces vives de la Nation” aussi surpris les uns que les autres, le président de la République, monsieur Jacques Chirac, annonce son souhait de voir mise en place “une procédure qui permette à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives ayant cours sur certains marchés”. Après des années d'oubli, l'action de groupe revient sur le devant de la scène... et plus de trois ans après, elle ne l'a toujours pas quitté

2. Ce n'est pas la première fois, loin de là, que s'impose dans le débat politique, judiciaire et économique, la question de la réparation des dommages subis par les consommateurs du fait de pratiques irrégulières d'entreprises. La consommation des ménages est un enjeu primordial pour l'économie ; or chacun sait qu'elle repose essentiellement sur la confiance des consommateurs. C'est déjà ce qui a amené, au fil des années, les pouvoirs publics à mettre en place un ensemble de règles pour compenser le caractère inégalitaire des relations professionnels/consommateurs et assurer la protection de la partie “faible”. Mais l'existence de la règle n'est pas tout ; le contrôle du respect de celle-ci, assurée par les pouvoirs publics, est essentiel, tout comme la possibilité de sanctionner, avec efficacité et à la hauteur du préjudice causé, ce non-respect. Or, en réalité, les consommateurs qui aux yeux de certains paraissent parfois passifs n'ont tout simplement pas les moyens de faire respecter les droits que la loi leur accorde, surtout lorsqu'il s'agit d'obtenir réparation de préjudice d'un faible montant, résultant de l'achat d'un produit ou d'un service issu d'une production de masse, ce qui est aujourd'hui dans notre société la situation la plus courante.

I. Des procédures peu adaptées aux litiges de masse

3. Prenant conscience de ces évolutions, les pouvoirs publics ont décidé, à la fin des années 1980 et au début des années 1990, d'instaurer des procédures visant à permettre la sanction en une seule action de pratiques ayant causé des préjudices dans le domaine du droit de la consommation. C'est ainsi que l'action collective (1988)²⁸ puis l'action en représentation conjointe (1992)²⁹, toutes deux ouvertes aux associations de

consommateurs agréées, ont vu le jour. L'action de groupe en France existerait donc déjà ? Mettons immédiatement de côté l'action collective : son objet est en effet de réparer l'atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs dans le cadre d'une infraction pénale ; elle est fort utile pour faire cesser et/ou sanctionner certaines pratiques touchant un large groupe de consommateurs, et est régulièrement utilisée par les associations de consommateurs, mais ne permet pas de répondre à un objectif de réparation des préjudices individuels, seule l'association bénéficiant des sommes versées au titre de la réparation du préjudice collectif. La question de l'action en représentation conjointe est différente. Son objet est bien en effet de permettre à une association de consommateurs d'agir en réparation du préjudice subi par deux ou plusieurs consommateurs, mais sous réserve que ces consommateurs aient donné mandat à l'association pour agir ; il s'agit donc pour l'association de coordonner des dizaines, voire des centaines ou des milliers de dossiers individuels. La lourdeur de la procédure entraîne de fait l'ineffectivité de celle-ci ; si les associations de consommateurs ne l'utilisent pas, ce n'est pas qu'elles ne le veulent pas, mais qu'elles ne le peuvent pas. Le Président de la République, par sa déclaration de janvier 2005, a pris acte de cette inadéquation des procédures existantes, et de la nécessité de les réformer afin de doter enfin les consommateurs d'un outil efficace pour faire valoir leurs droits.

4. Malheureusement, les oppositions qui avaient déjà conduit en 1992 à l'adoption d'un texte insatisfaisant, sont tenaces, et toujours à l'œuvre 15 ans plus tard. C'est en grande partie ce qui explique qu'après la constitution de plusieurs groupes de travail, la remise de rapports par des personnalités hautement qualifiées, la tenue d'innombrables colloques, le dépôt de pas moins de quatre propositions de lois émanant de tendances politiques différentes³⁰, et d'un projet de loi³¹, et finalement, à bien y regarder, un quasi-consensus quant à la faisabilité et à la nécessité d'une action de groupe, rien ne soit toujours acté dans la loi.

²⁸ Articles L.421-1 à L.421-9 du Code de la consommation

²⁹ Articles L.422-1 à L.422-3 du Code de la consommation

³⁰ Proposition de loi n°322 déposée par Madame Nicole Briq et Monsieur Richard Yung devant le Sénat, 25 avril 2006 ; proposition de loi n° 3055 déposée par Monsieur Luc Chatel devant l'Assemblée nationale, 26 avril 2006 ; proposition de loi n° 3729 déposée par Monsieur Arnaud Montebourg devant l'Assemblée nationale, 15 février 2007 ; proposition de loi n° 118 déposée par Madame Odette Terrade et autres sénateurs, 7 décembre 2007

³¹ Projet de loi en faveur des consommateurs, déposé à l'Assemblée nationale le 8 novembre 2006 et retiré de l'ordre du jour parlementaire le 31 janvier 2007

5. Qu'est-ce qui peut encore aujourd'hui justifier cette immobilité ? Bien peu d'arguments contre le principe d'une action de groupe semblent pouvoir résister à l'épreuve des faits, et cela tant d'un point de vue économique que juridique.

II. Un double objectif : L'efficacité de la réparation et l'assainissement des pratiques

6. Nul ne peut valablement contester que, dans une société démocratique et économiquement ouverte, il soit normal que tout un chacun ait les moyens de demander et d'obtenir réparation d'un dommage qu'il a subi. Or aujourd'hui en France, des préjudices causés à des centaines voire des milliers de consommateurs, et reconnus par la justice dans le cadre de quelques actions individuelles ou menées par des associations, restent sans réparation pour la très grande majorité des victimes, tout simplement parce que celles-ci ne disposent pas d'un moyen d'agir efficace. Il s'agit en réalité pour la justice de prendre acte de l'évolution de l'économie, et de ce qu'elle implique en termes de déséquilibre entre consommateurs et entreprises, pour rétablir la balance. En effet, on court aujourd'hui le risque, peut-être parfois avéré, qu'un certain nombre d'entreprises, faisant rapidement une évaluation risques/bénéfices, préfèrent faire quelques entorses aux règles afin de bénéficier plus rapidement d'un plus grand nombre de clients, ou de revenus par tête plus important, sachant que même si elles étaient découvertes, les risques financiers encourus seraient bien moindres que les bénéfices déjà engrangés. Ainsi le TGI de Nanterre³² puis la cour d'appel de Versailles³³ ont évalué, dans un litige portant sur l'augmentation d'un forfait d'abonnement, que cette opération, compte tenu du nombre d'abonnés à ce forfait, avait permis à l'opérateur de réaliser un bénéfice indu de plus de 7 millions d'euros, le préjudice individuel étant évalué à 13 euros. Quand bien même une centaine de consommateurs aurait décidé, individuellement de saisir la justice, le calcul est rapidement fait de l'intérêt financier qui demeure pour le professionnel. Faut-il d'autre part souhaiter que, pour ce type de litiges de masse, les actions individuelles se multiplient ? Certes non si l'on tient à éviter un encombrement des tribunaux qui ne peut que nuire à l'efficacité de la justice.

7. Il est par ailleurs extrêmement injuste que des consommateurs ayant subi le même préjudice puissent faire face à des décisions différentes en fonction du tribunal auquel ils se sont adressés. Ainsi dans le cas de Bénéfic, produit proposé par La Poste et commercialisé auprès de 300 000 épargnants, contre lequel diverses procédures ont été ouvertes, pour le même motif et avec le même type de préjudice, mais avec un succès inégal d'un tribunal à l'autre³⁴ Mais le sort des consommateurs, s'il est bien évidemment essentiel à nos yeux,

n'est pas le seul enjeu de ce débat. En effet, comme le reconnaissent d'ailleurs certains de leurs dirigeants, les entreprises, en tout cas celles qui ont fait le choix d'une conduite loyale et responsable à l'égard de leurs clients, ont elles aussi beaucoup à y gagner. Car dans de nombreux cas, ce que viendrait sanctionner une action de groupe, c'est une pratique abusive ou anticoncurrentielle d'une entreprise ; or ce type de pratique fait bien évidemment du tort aux clients, mais également, en faussant le jeu de la concurrence, aux autres entreprises présentes sur le même marché qui elles s'efforcent de respecter les règles.

8. Dans la situation actuelle, à savoir en l'absence de moyens d'action efficaces et de sanctions dissuasives, le risque est grand que tout le monde, entreprises concurrentes et consommateurs, paye, à l'exception de celui qui commet l'infraction. Certains répondront que les pratiques anticoncurrentielles, lorsqu'elles sont découvertes, sont déjà sanctionnées par le Conseil de la Concurrence, et peuvent donner lieu à des amendes de montant non négligeable ; c'est vrai, mais d'une part, la sanction infligée par le Conseil de la Concurrence l'est pour la faute elle-même, et ne permet pas de réparer le préjudice, ces sommes étant versées à l'État, et d'autre part, il semblerait que cela reste insuffisamment dissuasif, lorsque l'on constate que certaines professions, voire certaines entreprises, sont régulièrement sanctionnées par le Conseil. La possibilité de se voir condamné à hauteur du préjudice réel causé aurait sans doute un effet fortement plus dissuasif, et contribuerait à réinjecter un peu plus de loyauté dans des secteurs qui en ont fort besoin. Que l'on pense par exemple au secteur de l'électroménager et de l'électronique grand public, où plusieurs fabricants et distributeurs ont déjà été condamnés à plusieurs reprises par le Conseil pour des pratiques anticoncurrentielles, sans que la situation ne semble significativement s'améliorer pour le grand public...

III. Class action contre action de groupe : Un faux débat

9. Sur le terrain juridique maintenant, s'il existe des débats de fond entre spécialistes sur les différentes options possibles et la constitutionnalité de certaines d'entre elles, si des points doivent être tranchés sur la forme que prendra la procédure, le rôle de chacun, l'encadrement du système, il est clair pour tous que rien en droit français ne s'oppose au principe d'une action de groupe, sachant que celle-ci ne viendrait que s'intégrer dans notre construction judiciaire, et non la transformer à son profit. À cet égard, sans doute n'est-il pas inutile de préciser que les associations de consommateurs françaises n'ont jamais demandé à ce que soit répliquée en France la fameuse "class action" américaine, utilisée pourtant comme épouvantail par tous les détracteurs de l'action de groupe ; et quand bien même

32 jugement du 15 octobre 2001, dans l'affaire opposant l'UFC-Que Choisir à SFR

33 jugement du 16 mai 2002, UFC-Que Choisir/ SFR

34 1 jugement du Tribunal Correctionnel de Paris, 15 mars 2005 dans l'affaire opposant la CLCV à La Poste ; jugement du Tribunal de commerce de Paris, 10 février 2006, AFUB contre La Poste ; arrêts de la Cour de Cassation, 19 septembre 2006 portant sur plusieurs affaires opposant des particuliers à La Poste

elles l'auraient demandé, l'obtenir serait tout simplement impossible compte tenu des différences essentielles entre nos deux systèmes, différences qui limitent de fait la possibilité de connaître les excès que l'on reproche à la procédure américaine. Aux États-Unis en effet, les décisions sont rendues par des jurys populaires et des magistrats élus, dont on a souvent pu dire qu'ils n'examinaient pas les affaires avec le recul nécessaire pour assurer au jugement la sécurité juridique voulue. Ce n'est pas le cas en France où ce type d'affaires ne peut qu'être examiné par des magistrats de profession. Par ailleurs, nous n'avons pas à redouter les effets des "contingency fees", système généralisé aux États-Unis, mais interdit en France par la loi du 10 mars 1971, même si cette interdiction a été un peu assouplie depuis par l'introduction de la notion "d'honoraire complémentaire".

10. Enfin, certains représentants du patronat avancent le risque de faillites de nos entreprises confrontées au paiement de sommes astronomiques, telles que celles médiatisées dans le cas de quelques grandes affaires américaines³⁵. Tout d'abord, même si personne ne souhaite la faillite de quelque entreprise que ce soit, il faut bien relever que si une société était condamnée à payer des sommes considérables, c'est très probablement qu'elle aurait commis des irrégularités au moins aussi importantes ; mais surtout, il est clair pour toute personne de bonne foi que l'on ne peut dans ce débat avancer comme un argument valable la crainte des dommages punitifs pour refuser le système lui-même. Il est important de préciser que même aux États-Unis, ce type de sanction, les dommages punitifs, n'est que très rarement prononcé. Les sommes peuvent être importantes, mais ne concernent en réalité qu'une toute petite minorité des cas, environ 4 % d'entre eux³⁶. Mais surtout, l'application de dommages punitifs ne fait pas partie du paysage judiciaire français ; nous sommes déjà très loin aujourd'hui de la réparation pleine et entière du préjudice, et donc bien plus encore d'une idée de sanction par une amende privée pour ce type de cas.

11. Certains s'appuient aujourd'hui sur la réforme adoptée par le Sénat américain en février 2005³⁷ pour annoncer la mort de la "class action" aux États-Unis, et défendre donc l'inutilité de l'introduction d'une action de groupe en France³⁸. En réalité, ce sont des conclusions tout à fait inverses qu'il faut en tirer : la réforme américaine des class actions n'est en rien un début de volonté de supprimer ce type d'action, aujourd'hui parfaitement ancrée dans le paysage judiciaire américain – et où elle n'est d'ailleurs pas cantonnée à la protection des consommateurs –, mais plutôt le souhait d'en corriger certains dysfonctionnements et excès pour lui assurer une plus grande efficacité au service de la justice et du développement

économique. La construction de notre système judiciaire nous permet d'ores et déjà d'échapper à ces excès, mais nous a peut-être à l'inverse conduit à une trop grande timidité sur les moyens à mettre en œuvre pour prendre en compte les évolutions de la société de consommation et leur impact en termes d'accès au droit et à la réparation des préjudices. Il est temps aujourd'hui de faire un pas en avant pour y remédier.

IV. Un seul impératif : L'efficacité

12. Reste bien entendu à savoir sous quelle forme le faire, et les points de vue parfois divergents, en tout cas, différents, des uns et des autres, servent souvent de prétexte pour justifier l'immobilisme dans lequel nous nous trouvons depuis trois ans. Certains points peuvent sans doute être tranchés sans trop de difficultés, d'autres peuvent donner lieu de réels débats juridiques ou de principe. En ce qui me concerne, en tant que présidente d'une association de consommateurs, mon souhait est avant tout que cette procédure réponde pleinement aux réels besoins existants, et qu'elle soit pensée pour être efficace. Ainsi en ce qui concerne le champ d'application couvert, ce sont les litiges de consommation de masse, et la difficulté à les résoudre, ou en tout cas à en réparer le préjudice, qui ont ramené l'action de groupe sur le devant de la scène, il ne fait pour nous aucun doute que c'est avant tout à ce domaine que doit s'appliquer cette procédure ; devraient être concernés tous les litiges qui peuvent naître d'un acte de consommation (achat de biens ou de services) ainsi que tous les types de préjudice, financier, corporel ou moral, qu'ils soient subis dans un cadre contractuel ou extracontractuel, ce qui est souvent le cas dans les atteintes à la concurrence. En l'état actuel des discussions, de nombreuses parties prenantes semblent considérer que le fait de réserver l'initiative de cette action à des associations agréées constituerait un garde-fou utile pour éviter une multiplication des procédures, position à laquelle la CLCV peut se rallier, en tout cas le temps de voir cette procédure vivre et évoluer. En ce qui concerne le déroulement de la procédure en lui-même, il ne fait aucun doute que celle-ci doit être placée sous le contrôle constant du juge, de l'étape de recevabilité jusqu'à l'indemnisation des victimes.

13. C'est une exigence que la CLCV a toujours défendue, car elle est un gage de sécurité et d'efficacité pour le défendeur comme pour le plaignant. Ainsi, nous plaçons pour qu'il revienne au juge de définir les moyens de publicité à utiliser une fois l'action déclarée recevable, ce qui doit écarter toute action disproportionnée ou pouvant porter tort à l'entreprise de la part du plaignant ; mais de la même façon, il nous paraît tout aussi indispensable que l'indemnisation se fasse également sous le contrôle du juge, car il serait tout à fait injuste et inefficace au moment de cette étape ultime de replacer le consommateur dans la situation d'isolement face à l'entreprise à laquelle toute la procédure d'action de groupe a pour vocation de pallier.

14. Enfin, il est certain que si l'on veut réellement apporter une réponse à des préjudices de faible montant causés à des milliers de consommateurs, seule l'option d'exclusion (ou *opt*

35 V. à cet égard la contribution de Joëlle Simon, MEDEF, dans le présent cahier Tendances de ce numéro *Concurrences* 2-2008.

36 *Punitive Damages in Financial Injury Verdicts*, Rand Corp., cité par Marc Lipskier, "Les entreprises peuvent-elles profiter de l'introduction des class actions en droit français"

37 "The Class Action Fairness Act of 2005", 10 février 2005

38 V. à cet égard la contribution de Pierre Kirch et al., dans le présent cahier Tendances de ce numéro *Concurrences* 2-2008.

out) doit être retenue. En effet, l'on sait que, pour des litiges ayant un impact financier relativement faible, jusqu'à une centaine d'euros, peu de consommateurs se manifesteront à l'annonce d'une action de groupe engagée dans un domaine les concernant, faute de temps, de moyens ou par manque de volonté eu égard aux démarches que la procédure nécessite³⁹. Dans des cas tels que ceux-ci, seule l'option d'exclusion permet d'assurer l'efficacité de l'action, en assurant la réparation de l'ensemble des préjudices subis, et donc la restitution de l'ensemble des sommes indûment perçues par les auteurs de pratiques abusives ou illicites. Ce n'est que sur ce mode que l'action de groupe peut remplir les objectifs que nous lui fixons, à savoir assurer un rééquilibrage des rapports entre consommateurs et professionnels dans le cadre de litiges de masse, et avoir un réel effet dissuasif sur le développement de pratiques illicites et abusives. Le besoin d'obtenir réparation dès que les sommes en jeu sont plus importantes entraîne un niveau d'implication des consommateurs différent ; un système à deux niveaux pourrait donc être envisagé, comme cela était le cas dans la proposition de loi déposée en 2005 par le député Luc Châtel, aujourd'hui secrétaire d'État en charge de la Consommation, où l'option d'exclusion ne s'applique que pour des litiges inférieurs à un certain montant, et l'option d'inclusion au-delà⁴⁰.

15. Tous ces différents points ont déjà été largement débattus entre toutes les parties prenantes, avec l'appui de part et d'autre, d'universitaires et de professionnels hautement qualifiés. Le dernier mot revient maintenant aux responsables politiques. Leur choix sera très certainement observé avec beaucoup d'attention par les institutions européennes et l'ensemble de nos voisins. En effet, la mise en place de l'action de groupe est loin d'être un débat franco-français, et cela ne donne que plus d'importance aux choix que nous ferons. En février 2005, Neelie Kroes, Commissaire européen en charge de la concurrence, a annoncé l'ouverture de travaux préparatoires sur la possibilité de mettre en place au niveau européen une procédure d'action de groupe pour les préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles, procédure envisagée, il faut le souligner, comme faisant partie des outils destinés à bâtir une Europe compétitive⁴¹. Quelques mois plus tard, à son tour, Meglena Kuneva, Commissaire européen en

charge de la protection des consommateurs, a fait de l'action de groupe un sujet prioritaire de son programme. Très récemment enfin, le Comité économique et social européen, qui réunit des représentants de tous les intérêts en cause dans ce débat, a adopté un avis soulignant toute l'importance qui devait être accordée à la mise en place d'un système de réparation des préjudices efficace et accessible au plus grand nombre dans le cas de litiges de masse, en un mot à la mise en place de l'action de groupe, en insistant également sur tout l'intérêt qu'il y a, pour l'économie européenne et le développement du marché intérieur à ce que toutes les entreprises sur les marchés européens obéissent aux mêmes règles, y compris en matière de réparation des préjudices⁴². Les principes et la nécessité de l'action de groupe font donc consensus, de nombreux pays européens dans lesquels elle n'existe pas encore sont en train de travailler à sa mise en place au niveau national.

16. Dans quelques semaines, la France prendra la présidence de l'Union européenne ; qu'elle ait à ce moment là pris l'initiative de se doter d'un outil efficace visant à assurer le meilleur accès possible au droit et à la réparation des préjudices pour ses citoyens serait à n'en pas douter un signal fort pour nos partenaires, une preuve de la capacité de la France à impulser une dynamique en matière de protection des consommateurs, ce qu'elle a toujours su faire jusqu'à présent, et une preuve de l'attachement qu'elle porte aux traités européens qui veulent placer les citoyens au cœur des politiques. Laisser mourir ce projet, ou pire, le dénaturer en choisissant d'organiser son inefficacité ne pourrait au contraire que nuire à cette image.

39 77% des personnes interrogées dans le cadre du sondage réalisé par l'institut CSA à la demande de la CLACV et de l'UFC-Que Choisir en mars 2007 considèrent que les victimes d'un litige de consommation de faible montant n'intenteront pas de procès individuel ; 83% indiquent qu'ils se signaleraient pour obtenir indemnisation dans le cas d'un jugement collectif les concernant.

40 V. à cet égard la contribution de Luc Chatel, dans le présent cahier Tendances de ce numéro *Concurrences* 2-2008.

41 Livre vert (décembre 2005) et Livre Blanc (avril 2008) de la Commission européenne sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles CE sur les ententes et les abus de position dominante.

42 Avis d'initiative du Comité Economique et Social Européen sur la « Définition du rôle et du régime des actions de groupe dans le domaine du droit communautaire de la consommation »⁸, 14 février 2008

LES EFFETS BÉNÉFIQUES DES ACTIONS DE GROUPES : UNE APPROCHE ÉCONOMIQUE

Bruno Deffains

Professeur d'économie, Université Paris X Nanterre

1. Une action de groupe (*class action*) est une procédure juridique qui autorise un certain nombre de personnes ayant les mêmes griefs contre un défendeur à les faire valoir par le biais d'une partie agissant à titre de représentant. En général, une personne intente une action en son propre nom et au nom d'autres personnes qui sont dans la même position vis-à-vis du défendeur. Ensemble, le demandeur agissant à titre de représentant et les autres demandeurs constituent "un groupe de demandeurs". Les autres victimes ont le droit de se joindre au groupe ou de ne pas y participer. Sous l'angle juridique, au lieu de procédures individuelles multiples, intentées par différents demandeurs qui soulèveraient les mêmes questions de fait et de droit contre un défendeur, les actions de groupe permettent qu'un problème qui est commun à de nombreux demandeurs soit réglé en une seule procédure devant le Tribunal.

2. Bien que ce type d'actions existe dans certains pays nord américains ou européens, leur utilisation demeure sujette à controverse dans le cadre français dans la mesure où leurs effets ne sont pas clairement identifiés. Pour aborder ce sujet l'analyse économique constitue un instrument indispensable. Elle focalise l'attention sur l'action de groupe en tant que mécanisme de régulation des risques dont les conséquences peuvent affecter un grand nombre de victimes (risques industriels, risques liés à la consommation de produits, risques environnementaux...). De ce point de vue, l'analyse économique permet de mettre en évidence trois aspects essentiels de l'action de groupe. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, l'action de groupe permettrait de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais de justice entre les nombreux membres du groupe, l'action collective assurerait un meilleur accès à la justice en rendant possibles des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement. Troisièmement, l'action de groupe servirait l'efficacité en faisant en sorte que les auteurs de dommages potentiels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence.

I. L'action de groupe améliore l'efficacité de la justice

3. Une première façon de mesurer les effets économiques de l'action de groupe consiste à se placer du point de vue du fonctionnement de la justice. La question est d'ordre pratique et consiste à s'interroger sur les économies de coûts que de telles actions permettent de réaliser au plan judiciaire. En effet, si l'action de groupe permet d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique, elle doit avoir un impact positif sur les ressources judiciaires mobilisées pour trancher le litige. En particulier, les frais engagés par le système judiciaire et le temps consacré par les agents au traitement et à l'étude de dossier seront naturellement plus faibles qu'en cas de procès individuels multiples. Bien entendu, cet argument fondé sur l'existence de rendements d'échelle croissants peut être partiellement contrebalancé dès lors que le système judiciaire introduit d'autres dispositifs qui accroissent les coûts de fonctionnement de la justice. En particulier, l'expérience américaine montre que la coexistence des dommages-intérêts punitifs et des *success fees* (rémunération des avocats en fonction des résultats) élèvent à la fois le montant des enjeux et les coûts des procès. Malheureusement, Les données sur les économies réelles au plan judiciaire réalisées grâce aux actions collectives sont pratiquement inexistantes⁴³.

4. Il existe des données américaines sur le nombre de *class actions* qui sont intentées⁴⁴. Malgré des préoccupations exprimées par les adversaires de ce type de recours collectifs qui considèrent que la possibilité d'intenter des actions collectives sert surtout à encourager les litiges, les chiffres n'indiquent pas d'accroissement significatif du nombre de litiges à la suite de l'introduction de ce type de dispositifs. Aux États-Unis, comme pour les litiges en général, il n'y a que très peu d'actions collectives qui vont jusqu'au procès et, dans ce cas, toutes ne sont pas "gagnées" par les demandeurs. En réalité, nombre d'actions se terminent par un arrangement entre les parties. Certaines actions sont réglées avant le processus de certification mais la plupart font l'objet d'un règlement après la certification. En effet, c'est le plus souvent

⁴³ Voir le rapport du RAND Institute for Civil Justice "Asbestos Litigation in the US : A New look at an old issue", par D. Hensler, S. Carrol, M. White et J. Gross, août 2001.

⁴⁴ Voir par exemple le rapport "A report on the lawsuit industry in america in 2003", Center for Legal Policy, disponible à l'adresse : <http://www.triallawyersinc.com/html/part01.html>.

lorsque le juge a certifié l'action collective, que les négociations entre les parties commencent véritablement. Il arrive d'ailleurs que ce soit le défendeur qui souhaite une certification afin de lier tous les membres du groupe aux conditions du règlement du litige qui a été négocié.

5. Par conséquent, si l'on admet que le système judiciaire cherche à régler les litiges de la manière la plus juste mais aussi la moins coûteuse, il semble inefficace d'exiger que les personnes intentent des actions individuelles face à des défendeurs dont les comportements ont eu une incidence similaire sur un grand nombre de victimes. D'une part, l'action de groupe permet de faire actions qui ne seraient pas intentées individuellement en raison du coût trop élevé des procès. D'autre part, même si le dédommagement potentiel est assez élevé pour qu'il soit financièrement possible d'intenter des actions individuelles, le fait de combiner ces actions dans un recours collectif conduira à réduire le nombre total d'actions ainsi que les coûts de la justice.

6. Une autre considération qui a une incidence sur l'économie au plan judiciaire tient à la nature même des conflits en cause. Pour qu'une action de groupe soit engagée, il doit en effet y avoir des questions communes même s'il y a aussi des problèmes individuels. Si ces derniers sont nombreux, ils peuvent dépasser en importance les avantages qu'il y a à trancher les questions communes en une seule instance. Toutefois, quand il faut décider si une action doit être entreprise individuellement ou collectivement, les tribunaux soupèsent l'incidence de ces nombreux problèmes individuels par rapport à d'autres facteurs comme la mesure dans laquelle le fait de traiter des questions communes pourra faire progresser la jurisprudence, la complexité du dossier ou encore la longueur des procédures requises. De la même manière, lorsque l'on considère le coût pour le système judiciaire d'un risque de conclusions différentes dans des procès différents, en particulier en cas de "bataille d'experts", l'intérêt de l'action de groupe se trouve renforcé.

II. L'action de groupe facilite l'accès à la justice

7. L'argument selon lequel l'action collective améliorera l'accès à la justice est souvent mis en avant. Nous venons de voir que les conditions d'accès à la justice en vue d'obtenir la réparation d'un préjudice peuvent excéder les possibilités financières des demandeurs. Dans ces conditions, le fait de permettre à bon nombre de personnes qui sont dans la même situation de demander réparation à travers une action unique facilite l'accès à la justice en éliminant le besoin pour chaque membre du groupe d'assumer individuellement les frais afférents notamment au régime de preuve ou aux plaidoiries des avocats pour faire triompher sa cause. Les tribunaux d'outre-Atlantique envisagent ainsi généralement la possibilité qu'un recours collectif puisse ménager une plus grande équité économique entre les parties quand ils décident de certifier une action ou non.

8. Lorsqu'ils cherchent à savoir si la portée de l'action satisfait les objectifs d'accès à la justice, les tribunaux américains ou canadiens comparent également l'importance des revendications individuelles et la probabilité d'indemnisation en cas de succès de l'action collective, avec les frais engagés pour le procès. Les actions collectives semblent particulièrement appropriées si les montants des demandes individuelles sont faibles et si l'affaire soulève des points techniques difficiles qui exigeront d'avoir des enquêteurs et des témoins experts très qualifiés pour prouver la responsabilité. Si chaque demande individuelle d'un membre du groupe est assez importante pour être intentée de manière rentable individuellement, l'accès à la justice pose moins de problèmes, et le Tribunal peut être moins enclin à certifier un recours collectif.

9. Reste la question du financement des recours collectifs. Dans le système nord-américain, il n'est pas rare que le cabinet d'avocat engagé par le demandeur agissant à titre de représentant fasse dépendre ses honoraires du succès éventuel de l'action. Ce dispositif de *success fees* a un mérite. Il contribue à améliorer la situation de beaucoup de justiciables, en particulier les moins solvables. En l'absence d'aides spécifiques garantissant l'accès au tribunal, nombreux sont ceux qui devraient renoncer à défendre leurs droits justiciables. Dans l'incapacité de supporter les coûts d'un litige et en situation d'incertitude sur le résultat du procès, ils auraient du mal à trouver un avocat. On peut donc penser que le principal avantage des *success fees* est d'assurer un partage optimal du risque entre l'avocat et le client (ou le groupe en cas d'action collective). Toutes choses égales par ailleurs, le nombre d'actions en justice sera plus élevé avec les *success fees* car il protège le client contre le risque. En principe, le pourcentage rétrocedé à l'avocat est révélateur de la "qualité" de l'affaire du client. Un groupe de demandeurs dont l'action aurait peu de chances d'être pris en charge par un avocat sous un régime de tarification horaire, verra en effet sa "rentabilité" augmenter avec les *success fees* au fur et à mesure que le pourcentage rétrocedé à l'avocat augmente. Autrement dit, des affaires qui ne trouveraient pas facilement de défenseurs seront effectivement prises en charge grâce à ce dispositif. On comprend dès lors que les cabinets d'avocats américains fonctionnent comme des entreprises de gestion de risque. Plus le risque d'échec est grand plus le pourcentage prélevé est important. En contrepartie, le justiciable n'a pas à payer si le procès est perdu puisque le risque est transféré à l'avocat. En transférant le risque au secteur privé, on garantit que le plus grand nombre accède au tribunal. En contrepartie, ce système fait dépendre l'accès aux tribunaux de l'estimation faite par l'avocat de la probabilité de succès de l'action. Cela n'est sans doute pas sans danger sur la sélection des affaires qui feront l'objet d'actions de groupe⁴⁵. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que jusqu'à présent les pays qui ont le plus facilement mis en place des actions collectives sont généralement ceux qui règlent les problèmes d'accès à la justice en permettant les *success fees* plutôt qu'en développant l'aide judiciaire.

45 A. Klement et Z. Neeman [2004], Incentive structures for class action lawyers, *The Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 20, p. 102-124.

III. Les actions de groupe améliorent la prévention des risques

10. Un troisième argument en faveur des actions de groupe réside dans l'amélioration de la prévention des risques. Il s'agit sans doute là de la question centrale concernant l'efficacité économique d'un tel dispositif. Elles contribuent en effet à renforcer les incitations pour les agents générateurs de risque à augmenter leurs efforts en vue de diminuer les risques que leurs comportements imposent à la collectivité. Le fait de rendre la réparation accessible aux personnes qui ne seraient pas autrement capables d'intenter des poursuites peut en effet contribuer à sanctionner des conduites qui autrement resteraient peut-être impunies. Par exemple, si une firme pharmaceutique est tenue de payer des personnes qui souffrent (par exemple parce qu'elle n'a pas pris les précautions suffisantes pour tester le médicament avant de le mettre sur le marché ou a omis d'avertir les consommateurs des différents risques), cette entreprise (et ses concurrentes) sera incitée à faire plus d'efforts de prévention à l'avenir.

11. Du point de vue de l'analyse économique du droit, les actions collectives concernent en général des problèmes de responsabilité civile, en particulier dans le cas des actions à l'encontre des producteurs. La responsabilité civile peut être perçue comme un moyen de promouvoir l'efficacité économique définie par la minimisation du coût social des accidents. En d'autres termes, l'économiste s'intéresse à la responsabilité civile comme instrument de prévention des risques. L'accident est appréhendé comme une externalité dont la correction apparaît socialement souhaitable. La recherche des conditions de l'efficacité des différentes règles de responsabilité fondées ou non sur la faute a permis d'élaborer une théorie opérationnelle. Le point de départ de l'analyse se fonde sur la reconnaissance des variables influençant le risque d'accident. La première est l'effort de prévention et la seconde est le niveau d'activité. Deux types d'accident peuvent être distingués selon que la prévention de l'accident implique un comportement passif (accident "unilatéral") ou actif (accident "bilatéral") de la victime. Dans le cas d'un accident unilatéral, l'activité d'un agent impose un risque de dommages accidentels à des tiers mais la probabilité d'accident dépend uniquement de la manière dont l'agent générateur de risques exerce son activité. L'effort de prévention socialement optimal minimise le coût social, c'est-à-dire la somme du coût de prévention et de l'espérance de dommages aux tiers. Cet effort est réalisé lorsque le coût marginal des précautions égalise le bénéfice marginal mesuré par la diminution de la probabilité d'accident. En l'absence de mécanismes internalisant les coûts d'accidents, l'agent générateur de risques exerce son activité avec le niveau de précaution nul. Si une règle de responsabilité est introduite, il choisit son effort de façon à minimiser son coût privé qui intègre le montant des dommages supportés par l'agent responsable.

12. En théorie, le système de responsabilité civile peut contribuer à la prévention optimale des risques à condition d'admettre qu'aucune règle simple et universelle ne permet de traiter tous les cas de figure⁴⁶. Cependant, même si une règle

efficace est appliquée, il subsiste une question relative à son impact réel sur les décisions des agents en matière de prévention. En pratique, l'effet incitatif de la responsabilité civile est incomplet. Même avec une règle efficace, le prix payé par les agents générateurs de risque pour exercer leur activité est souvent inférieur au coût social en raison des imperfections du système juridique. Celles-ci sont liées à l'incapacité des tribunaux à identifier un agent responsable (en raison d'incertitude sur la causalité ou de coûts juridiques trop élevés) ou bien à l'importance des préjudices réels par rapport aux dommages-intérêts (en raison de l'insolvabilité potentielle des agents responsables ou de la difficulté à mesurer l'étendue des préjudices). Dans ce cas, les règles de responsabilité échoueront à provoquer les changements de comportements désirés en termes de prévention. Cette difficulté est accentuée si l'on admet que les agents économiques ne sont pas passifs face aux règles de droit et qu'ils peuvent tenter de mettre en échec le mécanisme incitatif de la responsabilité civile en adoptant des stratégies d'évasion de responsabilité. Ces stratégies sont notamment adoptées par les entreprises évoluant dans des industries à risques (amiante, gestion des déchets, chimie, transport de matières dangereuses...). Le principe général consiste à choisir des structures industrielles ou des modalités de financement des investissements adaptées au risque de condamnation en responsabilité en exposant la surface financière minimale. Les acteurs étant potentiellement insolubles, ils peuvent récolter les bénéfices d'une activité risquée aujourd'hui mais manquer d'actifs demain pour faire face à leur responsabilité quand le risque sera réalisé. Aux États-Unis, on a ainsi pu constater que la surface financière des entreprises diminue avec le risque que représente l'activité⁴⁷. Face à de tels comportements, certains auteurs parlent déjà de la "fin de la responsabilité civile" dans la mesure où les firmes s'engagent dans des activités risquées de manière excessive et avec un effort de prévention socialement insuffisant.

13. On admet sur cette base que les actions collectives ont un effet positif sur le bien-être des victimes potentielles dans la mesure où en faisant peser une contrainte plus forte sur les agents générateurs de risques, elles les incitent à renforcer la prévention des risques en faisant par exemple des produits plus fiables ou de meilleure qualité. À noter que la qualité des produits passe aussi par une meilleure information du consommateur (du point de vue de la responsabilité des producteurs, le droit américain comme le droit européen distingue d'ailleurs trois types de problèmes : défaut de fabrication, de conception et d'information). Ce raisonnement au cœur des recherches en économie de la responsabilité civile a souvent été confirmé par les faits dès lors que l'on admet que les fabricants sont les mieux placés pour assurer la prévention des risques liés à l'utilisation de leurs produits⁴⁸.

46 Pour une synthèse, voir B. Deffains (2000), L'analyse économique de la responsabilité civile, *Revue d'économie politique*.

47 A.H. Ringleb and S.N. Wiggins (1990), *Liability and Large Scale, Long-Term Hazards*, *Journal of Political Economy*, 98, p. 574-595.

48 Voir par exemple B. Deffains, L'évaluation des règles juridiques : Un bilan de l'analyse économique de la responsabilité civile : un bilan, *Revue d'économie politique*, 2000, n° 6, p. 752-785.

14. Dans l'immédiat, les données disponibles permettent essentiellement de mesurer l'impact des *class actions* sous les angles de la valorisation boursière des firmes. Il ne s'agit que de moyens indirects de percevoir l'influence des recours collectifs sur la situation des firmes poursuivis (et donc de l'incitation qu'elles peuvent avoir à modifier leur comportement). Au niveau financier, l'effet des *class actions* apparaît sensible au niveau du risque perçu par les marchés financiers comme en témoigne l'évolution des cours des grandes valeurs du secteur, évolution qui tient également compte du développement des autres procès. Sur la période 1999-2005, on a pu observer aux États-Unis que les cours ont atteint leurs plus bas niveaux à l'annonce des condamnations prononcées dans le cadre de *class actions*. Ainsi, certains auteurs estiment que près de 90 % du coût pour les entreprises serait essentiellement lié à leur perte de réputation⁴⁹. En cause, la baisse du niveau d'achat des produits incriminés par les consommateurs. Cette tendance illustre l'effet des recours collectifs sur le comportement de consommateurs mieux informés.

15. Dans le même temps, on peut d'ailleurs se demander si les firmes elles-mêmes ne gagnent pas à voir se mettre en place un dispositif de recours collectifs par les consommateurs. En effet, dans un monde caractérisé par un phénomène de sélection adverse traduisant l'incapacité des consommateurs à apprécier avec précision les caractéristiques des produits en termes de qualité et de fiabilité, l'analyse économique nous enseigne que les "mauvais produits" ont tendance à chasser les "bons produits" du marché. Autrement dit, les producteurs de produits de bonne qualité supportent l'externalité créée par la sélection adverse. Bien entendu, ils peuvent proposer des garanties pour améliorer l'information du consommateur, mais en général, cela ne suffit pas. Il semble alors possible de se demander comment le système juridique contribue à améliorer le fonctionnement du marché dans de telles conditions. Une réponse passe par une pression plus forte sur les producteurs de mauvaise qualité en cas de défaillance du produit. Clairement, les actions collectives s'inscrivent dans cette logique dans la mesure où elles incitent les producteurs de produits de moins bonne qualité à s'aligner sur ceux de meilleure qualité⁵⁰. De ce point de vue, les actions collectives ont non seulement un rôle à jouer du point de vue du droit de la consommation, mais aussi du point de vue du droit de la concurrence.

IV. Conclusion

16. Un certain nombre de voix s'élèvent à l'encontre des actions collectives en affirmant que les coûts sociaux des recours collectifs excèdent leurs avantages pour la société. Ils soutiennent que l'on devrait privilégier les procédures individuelles pour garantir une indemnisation des victimes et à

d'autres instruments pour empêcher les préjudices de survenir (normes, réglementation...). Cette position s'appuie en particulier sur l'expérience américaine où les *class actions* débouchent parfois sur des montants de dommages-intérêts astronomiques qui ont pu marquer les esprits et fait craindre des conséquences désastreuses pour le bon fonctionnement des marchés⁵¹. C'est oublié un peu vite que le système judiciaire américain a bien d'autres spécificités (rôle des jurys, rémunération des avocats, dommages-intérêts punitifs, régime de preuve...) qui contribuent à expliquer l'ampleur des condamnations. Mais surtout, l'analyse économique permet de mettre en évidence les nombreux effets bénéfiques des actions de groupe. S'agissant des conditions d'accès à la justice, de l'équité entre justiciables, de l'efficacité productive et de l'efficacité préventive, il est clairement établi que les avantages sociaux des actions de groupe dépassent le coût de mise en œuvre du dispositif.

17. Au niveau français, le rapport sur l'action de groupe remis le 16 décembre 2005 au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au Garde des sceaux traduit essentiellement la difficulté de définir le périmètre des actions collectives dans le cadre français. D'un côté, certains défendent un champ d'application très large, à l'instar des pays disposant d'une procédure de *class action* comme les États-Unis, le Québec, la Suède et le Portugal. Comme le mentionne le rapport, un tel champ "couvrirait non seulement le droit de la consommation mais également le droit de l'environnement, le droit du travail, le droit financier et boursier, le droit de la santé, c'est-à-dire, en quelque sorte, tous les domaines où un même fait, un même comportement ou une même pratique peut porter préjudice à une multitude d'intérêts individuels". Mais il est immédiatement noté que cette option "risque de rendre beaucoup plus difficile le contrôle de la recevabilité de l'action, en ce sens que, dans certains cas, la caractérisation de l'existence d'un groupe [de consommateurs] peut se révéler extrêmement incertaine". Le groupe de travail dirigé par Guillaume Cerutti et Marc Guillaume juge alors que cette orientation "peut être source d'insécurité juridique" en raison de l'impossibilité de "circonscrire exactement les contours d'une réforme qui tendrait à l'introduction de l'action de groupe en droit français" et pointe le "risque d'interférence" avec les contentieux spécialisés du droit de la responsabilité. De ce fait, une solution consiste à limiter le champ d'application de l'action collective seulement aux pratiques qui ne respectent pas les dispositions du code de la consommation. L'intérêt de cette solution réside dans la délimitation très précise du périmètre de l'action de groupe subordonnée à la défense des intérêts des consommateurs. Sauf à y apporter des exceptions ponctuelles, une telle orientation conduit à ne pas inclure certains contentieux de masse affectant directement les intérêts des consommateurs. Enfin, une dernière option, au champ encore plus limité, consisterait à cibler l'action collective sur les préjudices économiques des consommateurs. Cela reviendrait à prendre

49 Paul Koku, An Analysis and the Effects of Class?_Action Lawsuits, *Journal of Business Research*, 59 (2006), p. 508-515.

50 B. Defains et D. Demougin, Customary versus Technological. Advancement Tests, *International Review of Law and Economics*, à paraître en 2008.

51 On pense en particulier aux conséquences pour le marché de l'assurance, comme ce fut le cas suite à la condamnation de la firme Manville, leader mondial de l'amiante, dans les années 1980.

en considération uniquement “des situations préjudiciables aux intérêts des consommateurs, pris en tant que tels, sans déterminer par avance les pratiques concernées”. Le champ de l’action collective serait alors “circonscrit à la réparation de préjudices économiques, subis par des consommateurs individuels du fait d’un même professionnel, à l’occasion d’actes de consommation fondés sur la vente ou l’offre de vente de produits ou sur la prestation ou l’offre de prestation de services aux consommateurs”. En d’autres termes, serait exclue la réparation des préjudices corporels de sorte que l’action de groupe ne concernerait pas l’indemnisation des victimes de risques sanitaires. Dans ce dernier cas, le groupe de travail estime préférable de ne pas interférer avec des régimes spéciaux de responsabilité fonctionnant de manière autonome, comme les fonds de garantie ou d’indemnisation.

18. Finalement, il semble que la France fasse le choix d’introduire “par le bas” les actions de groupe. En effet, il prévoit que “l’action de groupe a pour objet [...] de réparer le préjudice matériel, à l’exclusion des atteintes à l’intégrité physique, et le trouble de jouissance subis individuellement par plusieurs consommateurs, personnes physiques, ayant pour origine commune l’inexécution ou la mauvaise exécution par un même professionnel des obligations contractuelles nées d’un même type de contrat afférent à une vente de produits ou à une prestation de services”. Le rapport Coulon de février 2008 sur la décriminalisation de la vie des affaires va sensiblement dans le même sens puisque s’il prévoit l’introduction du dispositif, il propose que celui-ci soit limité

au domaine des contentieux de la consommation, qu’il relève des organisations représentatives de défense des consommateurs et qu’il soit contrôlé par le juge dans le cadre d’une procédure “opt-in”. Sur ce dernier point, le rapport se démarque de l’avis du 14 février 2008 du Comité économique et social européen sur la “définition du rôle et du régime des actions de groupe dans le domaine du droit communautaire de la consommation”. Tout en insistant sur le fait que les actions de groupe européennes ne devraient pas être des *class actions* à l’américaine, cet avis propose notamment une analyse convaincante du point de vue de l’analyse économique qui conclue sur la possibilité de laisser le juge décider entre “opt in” et “opt out”. En dépit de certaines difficultés⁵², un système d’*opted-out* devrait être privilégié si les litiges sont de faible montant, les demandes similaires. Il y a de nombreux litiges dans le domaine de la consommation dans lesquels les consommateurs n’ont pas de recours individuels efficaces en raison du nombre important d’individus concernés et de la faiblesse des montants concernés. La procédure basée sur l’*opted-out* permettrait ainsi la prise en compte de toutes les personnes concernées et d’obtenir une sanction à la hauteur du bénéfice illicite éventuellement perçu. Pour les litiges dans lesquels les préjudices individuels sont élevés, le système basé sur l’*opted-in* serait privilégié et impliquerait que chaque consommateur se fasse connaître afin de faire partie de la procédure.

52 Ce mécanisme pourrait être estimé non conforme à des principes constitutionnels de certains pays et à la Convention européenne des droits de l’homme, notamment le principe de la liberté d’agir en justice dans la mesure où les personnes font automatiquement partie du groupe sans avoir manifesté leur accord à l’action.

US ANTITRUST CLASS ACTION PROCEDURES: WHAT EUROPEAN COMPETITION LAWYERS NEED TO KNOW

Joy FUYUNO*

joyfuyuno@paulhastings.com

Attorney, Tokyo

Pierre KIRCH*

pierrekirch@paulhastings.com

Attorney, Brussels

Kevin C. McCANN*

kevinmaccann@paulhastings.com

Attorney, San Francisco

1. European lawyers are looking at the prospect of the potential emergence of US – style antitrust class actions (but according to a “European plan” rather than an “American plan”) with a heady mixture of excitement and apprehension. Both the European Commission and the national governments of certain EU Member States seem determined to promote this type of action. Its emergence now seems inevitable. And cases emblematic of first attempts at a European method of injury-related antitrust class action lawsuits are starting to emerge.

2. This type of action should henceforth be taken into account by cartel defense lawyers in the EU, particularly in cartel or abuse cases having negative economic consequences for customers located in certain Member States such as the United Kingdom. In this respect, the first antitrust class action filed in the UK made news recently. As reported by the press, a consumers association (called “Which”?) had initiated a “collective action” (in European terminology, the terms “collective” or “group” action or litigation are preferred to the US term of “class action”) on behalf of about 130 consumers. The consumers association had chosen these members of its group out of a much larger pool of customers who had registered with the association as victims of collusion, when they purchased football kits. In January 2008, the association announced that it had reached agreement on cartel damages with JJB, a sports retailer which had participated, with other retailers, in a cartel to fix the price of replica England and Manchester United football shirts. The retailer had been fined more than the equivalent of 10 million euros by the Office of Fair Trading (“OFT”) prior to the collective action brought by the consumers association. Before settlement, the association brought the claim before the Competition Appeals Tribunal for damages against the retailer on behalf of the consumers.

3. The UK action derived from the will and capacity of a consumer association to federate 130 consumers as plaintiffs with it. Other recent actions show even more imagination in creating a class of complainants. As reported by the press, in Germany, 29 companies affected by a cement cartel came

together within a newly created ad hoc company, to defend its interests and obtain collective damages from participants in a cartel in the cement industry. The German courts authorized the new ad hoc entity — Belgian Cartel Damage Claims — to pursue the claim on behalf of its 29 shareholders.

4. The first collective antitrust actions show a resolute desire to bring those actions within the European legal tradition and to avoid a “cut and paste” emulation of American-style class action techniques. Nevertheless, it is not possible to simply remove US class action concepts and procedures from any consideration in a European context. One key reason: the potential multi-jurisdictional nature of antitrust class action complaints filed in both the United States and Europe could lead to big transatlantic cases being conducted in a parallel manner. In the same way, US class action procedures are still seen as a source of reflection in the move to favor collective action as a means of private antitrust enforcement in the EU. For instance, according to the Economist Intelligence Unit Ltd. 2007, the US-style contingency fee system is seen as a possible response to administrative and funding burdens on class action plaintiffs and US-style discovery procedures⁵³.

5. In this regard, the present contribution is intended to give a clear and precise idea of how American-style antitrust class action takes place in practical terms, from the point of view of antitrust attorneys who defend against these types of lawsuits. The following points have been deemed of interest:

- Inception of antitrust class actions: plaintiffs as “private attorneys general”.
- Certification of a class: meeting the standards of Rule 23.
- Evidence-gathering after certification: how discovery takes place.

* The authors also acknowledge significant assistance from their associate Eric Long.

⁵³ Survey entitled, “Collective litigation in Europe”.

I. Inception of antitrust class actions: Plaintiffs as “private attorneys general”

6. The U.S. antitrust laws include substantial incentives designed to motivate aggrieved competitors and consumers to bring private lawsuits seeking redress for injuries caused by anticompetitive conduct. Through explicit legislation, as well as carefully designed enforcement programs, the U.S. has devised financial and procedural incentives to promote active enforcement of the antitrust laws by plaintiffs acting as so-called “private attorneys general.” The combination of these incentives has cultivated a sophisticated and well-financed plaintiffs’ bar that efficiently identifies, develops, and prosecutes private antitrust class actions in the United States.

7. Section 4 of the Clayton Act, 15 U.S.C. §15, provides a private right of action for the victims of antitrust violations:

“[A]ny person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor . . . without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.”

8. Thus, a successful antitrust plaintiff will recover as compensation an award of three times the damages suffered, as well as the attorneys’ fees and costs incurred in the suit. Moreover, each member of an antitrust conspiracy is jointly and severally liable for all damages caused by the conspiracy, and a defendant against whom antitrust damages have been assessed is not permitted to bring a claim for contribution against his co-conspirators. A plaintiff, therefore, need not collect its damages defendant-by-defendant according to the quantity of purchases from each, but may collect its entire damage claim relating to all purchases from any one conspirator, or any combination of conspirators. This regime of joint and several liability with no right of contribution also gives rise to another financial, and tactical, benefit. Even before filing a public lawsuit, a tactically savvy private plaintiff can negotiate a favorable settlement with a selected conspirator, securing both funding to prosecute its claims, as well as evidence and other assistance to prevail in any suit against the remaining conspirators.

9. In addition to all of this, a plaintiff who has purchased supracompetitively priced goods or services *directly* from a conspirator is entitled to recover the entire amount of any anticompetitive overcharge from the defendants, whether or not the plaintiff may have passed all or part of the overcharge on to subsequent purchasers in a distribution chain⁵⁴. This is true even though the subsequent “indirect” purchaser may also claim the “passed-on” damages under the laws of many states in the U.S.

10. In addition to these financial incentives, private antitrust plaintiffs in the U.S. enjoy a variety of procedural advantages to facilitate their claims. The Clayton Act provides a relatively lengthy four-year statute of limitations, and also provides that the period of limitations shall be tolled during the pendency of any related government proceeding to enjoin or punish the alleged anticompetitive conduct, plus an additional year. The combination of these provisions permits private litigants to wait for and use evidence developed by the prosecutors to prove their claims without risk that the value of their claims may dissipate with the passage of time. The Clayton Act also expressly provides that a final judgment or decree shall be prima facie evidence against the defendant in any subsequent private litigation.

11. Further incentives for private antitrust litigation are fostered by the corporate leniency provisions of the Criminal Enforcement Program implemented by the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice. One aspect of the Antitrust Division’s corporate leniency program encourages conspirators to be the first to report their own violations of the antitrust laws in exchange for amnesty from criminal prosecution for the companies and their executives. In addition to the possibility of amnesty for the first to report, the program also encourages other conspirators to provide evidence in exchange for reduced criminal sentences. On the whole, this scheme enhances the government’s ability to discover and prosecute cartels, which, as noted above, facilitates follow-on antitrust litigation by private plaintiffs. Augmenting these effects of the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program, the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (“ACPERA”) provides a substantial additional financial incentive for amnesty applicants to cooperate with private plaintiffs. Under ACPERA, in exchange for cooperating with private plaintiffs, a successful amnesty applicant can limit its total civil liability to that portion of the actual damages sustained by the plaintiffs which is attributable to the commerce done by the applicant in the goods or services affected by the violation. ACPERA effectively permits a successful amnesty applicant to avoid both treble damages and joint and several liability, if it furnishes documents and witnesses to private plaintiffs to help prove their conspiracy claims.

12. While all of these incentives have generated a vigorous private antitrust enforcement regime in the U.S., the resulting scheme is not without its draw backs. The economic rewards granted to successful antitrust plaintiffs and their attorneys in class action litigation can and do motivate the premature commencement of baseless and wasteful litigation. Almost any public disclosure in the U.S. of an antitrust investigation anywhere in the world triggers a race to the courthouse among plaintiffs’ attorneys. The result is often an avalanche of duplicative class action complaints alleging little more than the existence of the investigation, typically based on vague press reports, along with boiler-plate assertions of conspiracy. When, as often occurs, the investigation eventually closes without any charge being brought, the private litigation may linger, even though its genesis has evaporated. Or, when an investigation does result in charges, the parallel private litigation may

⁵⁴ Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481, 490-94 (1968).

remain confused and overbroad, premised upon pleadings that are not congruent with any actual conspiracy or any actual anticompetitive effects. In their haste to file complaints, plaintiffs attorneys can be motivated to bring actions without thorough independent investigation and based largely on speculation, and to name as defendants any and all companies that an internet search might identify as participating to some degree in the product market. All of this, of course, can be exceedingly wasteful. Such misguided pleadings typically result in both prolonged motion practice to dispose of unfounded claims, and unduly broad and burdensome discovery proceedings, as the parties battle to focus the litigation.

13. A recent decision by the United States Supreme Court in *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*⁵⁵ may eventually ameliorate some of these excesses. *Twombly* concerned an alleged conspiracy among telecommunications service providers to refrain from competing with each other in recently deregulated markets in the United States. The Supreme Court reversed the decision of the Second Circuit Court of Appeals and affirmed the trial court's earlier order dismissing the action for failing to state a claim upon which relief can be granted. Most importantly, however, in doing so the Court clarified the proper standards for pleading a claim adequately under Rule 8 of the Federal Rules of Civil Procedure (which governs the nature and scope of allegations required to be included in a complaint to sustain a lawsuit in United States federal courts) that had been announced 50 years earlier by Supreme Court's often cited opinion in *Conley v. Gibson*. The Court explained in that case, "Rule 8(a)(2) still requires a 'showing,' rather than a blanket assertion, of entitlement to relief. Without some factual allegation in the complaint, it is hard to see how a claimant could satisfy the requirement of providing not only 'fair notice' of the nature of the claim, but also 'grounds' on which the claim rests". After *Twombly*, it is now clear that "a plaintiff's obligation to provide the 'grounds' of his 'entitle[ment] to relief' requires more than labels and conclusions, and a formulaic recitation of the elements of a cause of action will not do." A plaintiff must aver "enough facts to state a claim to relief that is plausible on its face."⁵⁶

14. Thus, *Twombly* has pronounced that plaintiffs in antitrust actions, and in all other federal lawsuits for that matter, must include some factual allegation about each of the parties named as a defendant that plausibly provides grounds for a claim for relief against that party. Following the Supreme Court's decision, in *In re Elevator Antitrust Litigation*, the Second Circuit Court of Appeal applied *Twombly* to another antitrust conspiracy. In that case, the Court quoted from *Twombly* in saying, "To survive a motion to dismiss under *Twombly*, it is not enough to make allegations of an antitrust conspiracy that are consistent with an unlawful agreement; to be viable, a complaint must contain 'enough factual matter (taken as true) to suggest that an agreement [to engage in anticompetitive conduct] was made.'" The Court then affirmed

dismissal of the claims at bar, concurring with the trial court's conclusion that the allegations in that case were "*in entirely general terms without any specification of any particular activities by any particular defendant[.]*"⁵⁷ Even before *Twombly*, it seemed clear that a plaintiff was obligated to allege facts against each defendant sufficient to state a claim⁵⁸. After *Twombly*, this obligation cannot credibly be disputed.

15. Since *Twombly*, courts have also stated explicitly that the fact that the government may have commenced a grand jury investigation into alleged antitrust violations does not reduce a private plaintiff's pleading burden:

*"The [grand jury] investigation, however, carries no weight in pleading an antitrust conspiracy claim. It is unknown whether the investigation will result in indictments or nothing at all. Because of the grand jury's secrecy requirement, the scope of the investigation is pure speculation. It may be broader or narrower than the allegations at issue. Moreover, if the Department of Justice made a decision not to prosecute, that decision would not be binding on plaintiffs. The grand jury investigation is a non-factor."*⁵⁹

16. While it is still too early to predict what may be the effect of the *Twombly* decision on the standard of care exercised by plaintiffs' attorneys investigating and pleading antitrust claims, it is hoped that in the wake of the Supreme Court's opinion trial courts will demand greater diligence from plaintiffs' attorneys investigating the basis for claims before complaints are filed. This, more than any other measure, would reduce the prevalence of overbroad and misguided antitrust class actions in the United States, and confine such litigation to properly pleaded claims, grounded in facts showing an entitlement to relief and stating claims to relief that are facially plausible.

II. Certification of a class: Meeting the standards of Rule 23

17. As noted, the public disclosure of a government investigation of alleged price-fixing or other anticompetitive conduct typically triggers a spate of private civil class actions. Private antitrust class actions can also arise in the absence of government investigations. The class-action lawsuit is a procedural device grounded in the concept of judicial economy and, in U.S. federal courts, governed by Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. As the U.S. Supreme Court has recognized, "*The class-action device saves the resources of both the courts and the parties by permitting an issue*

55 U.S., 127 S.Ct. 1955, 167 L.Ed.2d 929 (2007).

56 355 U.S. 41, 47, 78 S.Ct. 99, 2 L.Ed.2d 80 (1957) 127 S.Ct. at 1965.

57 502 F.3d 47 (2d Cir. 2007).

58 See *Jung v. Ass'n of Am. Med. Colleges*, 300 F.Supp.2d 119, 163, (D.D.C. 2004) ("Plaintiffs cannot escape their burden of alleging that each defendant participated in or agreed to join the conspiracy by using the term 'defendants' to apply to numerous parties without any specific allegations as to [the moving defendant]."); *Brennan v. Concord EFS, Inc.*, 369 F.Supp.2d 1127, 1136-37 (N.D.Cal. 2005).

59 *In re Graphics Processing Units Antitrust Litigation*, 527 F.Supp.2d 1011, 1024 (N.D.Cal. 2007).

potentially affecting every [class member] to be litigated in an economical fashion under Rule 23.” The class-action device is “designed as an exception to the usual rule that litigation is conducted by and on behalf of the individual named parties only.”⁶⁰

18. Rule 23 provides plaintiffs a means of joining together to pursue claims collectively where their numbers or the relatively modest size of their individual claims make individual pursuit or conventional joinder of claims impractical or inefficient. The class-action device permits numerous plaintiffs with shared interests and common injuries to be represented collectively by class counsel and a relatively few class representatives. As their name suggests, class representatives represent the interests of absent members of the class and act on behalf of the entire class of plaintiffs in the litigation. The ultimate goal of a class action is a unitary, binding resolution of the lawsuit’s issues and claims on behalf of all similarly situated parties. The financial and procedural incentives for private antitrust litigation described above, combined with the leverage and efficiencies inherent in class-action litigation, have made class actions the preferred device for private attorney’s general seeking redress for antitrust violations in the U.S.

19. Because class representatives act on behalf of absent plaintiffs who do not participate meaningfully in the litigation, Rule 23 provides a framework to ensure that the rights of all parties – the class representative plaintiffs, the absent plaintiffs, and the defendants – are protected. To protect such interests and to prevent abuse, Rule 23 grants the trial court wide discretion to actively manage such litigation. This discretion importantly includes the threshold determination of whether even to certify a class action in the first instance. Rule 23 defines the criteria that must be satisfied before the trial court will certify a case as a class action. Even where the criteria of Rule 23 may arguably be satisfied, the trial court has the discretion to deny class certification where such proceedings are otherwise inappropriate⁶¹. Decisions to deny or grant class certification are subjected to a deferential standard of appellate review – “abuse of discretion.”

20. In antitrust class actions, the question of whether a plaintiffs’ class should be certified usually follows an initial challenge to the sufficiency of pleadings under Rule 8 as construed by the Supreme Court in *Twombly*. If the claims survive that challenge, representatives of a proposed plaintiffs’ class then move for class certification. To obtain class certification, the plaintiffs must satisfy the several requirements of Rule 23. The burden of establishing that each element of the rule has been met lies with the proponent of class certification. As stated in *Falcon*, a class “may only be

certified if the trial court is satisfied, after a rigorous analysis” that the requirements for class certification under Rule 23 have been met; where the pleadings do not make clear certain issues pertinent to class certification, the court must “probe behind the pleadings before coming to rest on the certification question.”⁶²

21. Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure is presently organized in subparts (a) through (h). Rule 23(a) identifies four prerequisites for class certification. The requirements for class certification set forth in Rule 23(a) are: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class. These four preconditions are often referred to as: (1) numerosity, (2) commonality, (3) typicality, and (4) adequacy of representation. Rule 23(b) then defines three “types of class actions,” which we discuss in detail below. Rule 23 permits a class action to be maintained “only if” all four prerequisites of Rule 23(a) and at least one of the three subdivisions of Rule 23(b) are satisfied. As we shall explain, the question of satisfaction of one of the Rule 23(b) criteria is typically the critical question on motions to certify class actions in antitrust litigation. Additionally, Rule 23(g) requires the trial court to appoint “adequate” class counsel and provides factors which must be considered in making the adequacy determination. Rule 23(g) further provides that where there is more than one adequate applicant, “the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.”

1. The lawsuit must satisfy all of Rule 23(a)’s four “prerequisites”

22. Rule 23(a)’s four prerequisites – numerosity, commonality, typicality, and adequacy of representation – are somewhat interrelated. Numerosity requires that “*the class is so numerous that joinder of all members is impracticable.*” There is no hard and fast rule as to what number of plaintiffs would make joinder impracticable. The greater the number, however, the more likely it is the court will find numerosity and the defendants will not contest its existence.

23. Commonality, as defined by Rule 23(a)(2), states that a class may not be certified unless “*there are questions of law or fact common to the class.*” Commonality requires merely that the claims of the plaintiffs have some shared legal or factual issues; the burden on commonality is not demanding, and is easily satisfied by antitrust plaintiffs claiming to have been injured, for example, by the same price-fixing scheme, because the litigation will focus primarily on the existence, scope, and effect of the alleged conspiracy. However, the question of commonality may be overwhelmed by the more exacting analysis under Rule 23(b) when plaintiffs argue for class

60 *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147, 155, 102 S.Ct. 2364, 2369, 72, L. Ed. 2d 740 (1982), at 155.

61 See *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 345, 99 S. Ct. 2326, 60 L. Ed. 2d 931 (1979) (“District courts must be especially alert to identify frivolous claims brought to extort nuisance settlements; they have broad power and discretion vested in them by [Rule 23] with respect to matters involving the certification and management of potentially cumbersome or frivolous class actions.”).

62 457 U.S. at 160 and 161.

certification under Rule 23(b)(3). As explained below, if the antitrust plaintiffs' alleged damages require individualized proof (rather than common proof), this factor may be fatal to certification under 23(b) even though common issues may be apparent.

24. Much like commonality, Rule 23(a)(3)'s requirement of typicality provides that the claims of the class representatives must be typical of the whole class. The class representative does not have to have claims which are identical to other members of the proposed class. In antitrust cases, typicality is usually found where the same antitrust violation is alleged by the named plaintiffs and the absent class members, so long as the central conspiracy, illegal conduct, or course of events is the same.

25. The Rule 23(a)(4) adequacy requirement mandates that the class representative fairly and adequately protect the interests of the class. This requirement exists to ensure the class representative will vigorously prosecute the action on behalf of the absent class members. Also, while much of the focus of analysis under Rule 23(a)(4) is on the adequacy of the named plaintiff, the U.S. Supreme Court has found that the adequacy of representation prerequisite also is concerned with the "competency and conflicts of class counsel."⁶³ A conflict of interest may be grounds for disqualification of counsel and may provide the trial court a basis to deny class certification. In addition to Rule 23(a)(4)'s adequacy requirements, Rule 23(g) now requires that the court to consider several factors when determining who to appoint as class counsel, including whether counsel fairly and adequately represents the interest of the class, and specifically, "the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action." It is hoped by many that this latter criteria may complement the Supreme Court's recent ruling in *Twombly* to ameliorate past excesses by awarding lead class-counsel status to the plaintiffs' lawyers who have most diligently worked to investigate, develop, and plead a case, rather than to those who may have been quickest to file some kind of complaint, no matter how vacuous.

2. The lawsuit must also satisfy at least one of Rule 23(b)'s categories

26. The three provisions of Rule 23(b) further circumscribe an antitrust plaintiff's ability to pursue a class action. Put simply, a lawsuit may be maintained as a class action only if plaintiff both satisfies all of Rule 23(a)'s preconditions, and establishes that the lawsuit is of at least one of the three types described in Rule 23(b)(1), (2), or (3). Since the criteria of Rule 23(b) are more exacting, courts sometimes forego the Rule 23(a) analysis and first consider whether plaintiffs satisfy any of its three provisions. If plaintiffs cannot proceed as a class because of their inability to satisfy the conditions of at least one of three Rule 23(b) categories, it is of no consequence that they may demonstrate numerosity, commonality, typicality, and adequacy.

27. Rule 23(b) defines three types of class actions. The U.S. Circuit Court of Appeals for the Fifth Circuit succinctly has summarized the three:

The different types of class actions are categorized according to the nature or effect of the relief sought. The (b)(1) class action encompasses cases in which the defendant is obligated to treat class members alike or where class members are making claims against a fund insufficient to satisfy all of the claims. The (b)(2) class action, on the other hand, was intended to focus on cases where broad, class-wide injunctive or declaratory relief is necessary. Finally, the (b)(3) class action was intended to dispose of all other cases in which a class action would be 'convenient and desirable,' including those involving large-scale, complex litigation for money damages⁶⁴.

28. Class certification of antitrust actions is typically analyzed under Rule 23(b)(3). Rule 23(b)(3) tests whether a proposed class is "sufficiently cohesive to warrant adjudication by representation."⁶⁵ To maintain a class action under Rule 23(b)(3), plaintiffs must establish two basic requirements: (1) "that questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members," and (2) "that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy."

29. To meet the predominance requirement of Rule 23(b)(3) – i.e., "that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members", a plaintiff must show that those issues in the proposed action that are subject to generalized proof outweigh those issues that are subject to individualized proof. To prevail in an antitrust conspiracy claim, every plaintiff must prove: (1) that defendants violated the antitrust laws; (2) that the plaintiff suffered antitrust injury caused by the violation (often referred to as "impact"); and (3) the amount of damages. For a class to be certified, plaintiffs must affirmatively demonstrate that each of these elements may be proven by common proof on a class-wide basis. While class certification is commonly granted in antitrust class actions, certification will be denied where plaintiffs fail to suggest an overarching conspiracy or fail to establish that class-wide proof is available as to each essential element of their antitrust claim. In price-fixing cases, defendants often challenge the plaintiffs' ability to establish that any antitrust injury or "impact" allegedly caused by the price-fixing conspiracy is subject to common proof on a class-wide basis.⁶⁶ Plaintiffs must typically introduce testimony of expert economists in an effort to demonstrate that impact and damages are susceptible to common proof on a class-wide basis.

30. Superiority of the class action, the second requirement of Rule 23(b)(3), is expressly guided by four factors: (i) the class members' interests in individually controlling the prosecution

⁶³ *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 626 n.20, 117 S. Ct. 2231, 138 L. Ed. 2d 689 (1997).

⁶⁴ *Allison v. Citgo Petroleum Corp.* 151 F.3d 402, 412 (5th Cir. 1998).

⁶⁵ *Amchem Prods. OP.Cit.*, 521 U.S. at 625.

⁶⁶ See *Bell Atlantic Corp. v. AT&T Corp.*, 339 F.3d 294, 302 (5th Cir. 2003).

or defense of separate actions; (ii) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (iii) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (iv) the likely difficulties in managing a class action.

3. Other requirements for class certification

31. In addition to the Rule 23(a) and (b) requirements, class certification implicates a number of other concerns, including the existence of an identifiable class, the timing for seeking certification, the need for class certification discovery, and the possible need for expert testimony.

32. Significantly, an existing, identifiable class is required by Rule 23. Courts require plaintiffs to plead objective criteria setting out an ascertainable class of aggrieved plaintiffs. Rule 23(c) requires that an order granting class certification must define the class. Thus class definition can be critical to class certification. For example, in one antitrust action against Microsoft, the appellate court affirmed the trial court's denial of class certification based on a lack of typicality, in part, because the proposed class was too broad. As the U.S. Circuit Court of Appeals for the Fourth Circuit explained:

[T]he district court rejected the plaintiffs' request to certify a class of persons who acquired applications software because none of the class representatives ever purchased such software from Microsoft. The court found that the different software programs were sold in different markets. Because the liability and damage issues presented by claims arising out of different markets were inherently different, the court held that the representatives who only purchased operating system software did not have claims that were typical of the claims belonging to purchasers who bought Microsoft applications software.”⁶⁷

33. Rule 23 does, however, permit certification of subclasses. One way plaintiffs may try to avoid denial of class certification where there are different groups of plaintiffs is to seek certification of several subclasses, each represented by an adequate representative.

34. The court must go beyond the pleadings and evaluate the claims, defenses, and relevant facts as defined by the applicable substantive law, when the class certification determination depends on whether such issues may be subject to common proof on a class-wide basis. In *Heerwagen v. Clear Channel Communications*, the U.S. Circuit Court of Appeals for the Second Circuit held that Rule 23(b)(3)'s predominance requirement cannot be established by less than a preponderance of the evidence, and recognized the need of trial courts to weigh expert testimony in antitrust cases to determine whether the element of predominance is established under this standard. The court then affirmed the trial court's

denial of class certification because plaintiffs' experts had not established by a preponderance of the evidence that questions of law or fact common to class members would predominate over questions affecting only individual class members.⁶⁸

35. Evidentiary hearings are not required by Rule 23, however, and most courts resolve motions for class certification after relatively brief oral arguments, or even on the briefs and other papers submitted by the parties. As already noted, in antitrust cases, expert economic testimony is commonly introduced with respect to the issue of whether elements of the plaintiffs' claims may be proven by common evidence or will require individualized proof. This evidence is typically submitted in the form of a written affidavits accompanying the briefs of the parties.

III. Evidence-gathering after certification: How discovery takes place

36. As discussed above, certain types of discovery can occur before “merits discovery” relating to the substantive claims. Courts will sometimes allow extensive jurisdictional and class certification discovery and stay merits discovery until such threshold issues have been resolved. Typically, defendants will try to obtain an agreement from plaintiffs' counsel to refrain from merits discovery until after such preliminary motions, but as noted above it is often difficult in practice to separate merits discovery from class certification discovery. As a practical matter, follow-on antitrust litigants are usually aware of the basic facts and the specific merits evidence they are seeking because they have received the benefit of press and public filings in prior or ongoing governmental investigations.

37. Substantively, the scope of merits discovery is broad. A party can obtain discovery of any non-privileged information that is relevant to any claims or defenses. The information sought does not need to be admissible at trial. Requests for information need only be “*reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.*”⁶⁹

38. The first merits discovery obligation on the parties is to make initial disclosures. Each party must disclose (without waiting for a request from the other party) all evidence within its possession, custody, or control that it “*may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment.*”⁷⁰ Failure to disclose may result in a waiver of the right to use such evidence at trial. The disclosure requirement has the effect of jumpstarting internal investigations, although the evidence disclosed by a defendant is in practice often limited to favorable or innocuous evidence.

⁶⁸ 435 F.3d 219, 232-33 (2d Cir. 2006).

⁶⁹ Fed. R. Civ. Proc. 26.

⁷⁰ Fed. R. Civ. Proc. 26(a)(1).

⁶⁷ *Deitter v. Microsoft Corp.*, 436 F.3d 461 (4th Cir. 2006 at 465).

39. There are several tools for discovery of one party by another:⁷¹ principally, depositions,⁷² interrogatories,⁷³ requests for documents,⁷⁴ and requests for admissions.⁷⁵

40. Depositions are witness interviews that are taken under oath and transcribed.⁷⁶ Under the federal rules, each party has a right to take 10 depositions of one day each with proper notice. The parties can stipulate to or seek permission from the court for further depositions. Deposition notices typically include requests for documents. Rule 30(b)(6) also provides for party depositions. In Rule 30(b)(6) depositions, the responding party designates one or more witnesses to respond to the topics in the deposition notice on behalf of the party. The statements of the witness are binding on the party, and it is the obligation of the deposed party to educate the designated witness if certain topics are not within the witness's personal knowledge.

41. Requests for admissions are generally used for strategic purposes – to narrow the scope of the case, confirm facts for summary judgment, or authenticate documents. Requests for admissions are statements which the responding party must admit or deny. There is no limit on the number of requests for admissions that may be propounded.

42. Interrogatories may be answered in written responses or by reference to specific documents. Although a party can only propound 25 interrogatories as of right, they tend to be quite broad. For example, a typical interrogatory by a plaintiff in a cartel case may request information about all competitor contacts in the relevant period.

43. The real burden in discovery is in responding to requests for documents. With the advent of “e-discovery” and the requirement to produce all electronic forms of documents, including, for example, back-up archived emails, the burden on a corporate party to produce documents can be onerous.

44. A typical request for documents by a plaintiff in a cartel case may call for “*all documents relating to or reflecting communications with a competitor.*” On its face, such a request could potentially require an exhaustive review of emails and other paper and electronic documents of every employee dealing in the relevant business during the alleged conspiracy period. That could easily be gigabytes or terabytes of electronic data. In antitrust cases in particular the amount of information a corporate defendant could be required to review and produce is staggering, since in most cases plaintiffs will request all marketing and financial documents as well as board meeting minutes during the conspiracy period, and it can often be difficult to argue the irrelevance of such documents. On the other hand, non-competitor plaintiffs in antitrust cases typically face much less of a burden in responding to discovery, as such plaintiffs, particularly consumers or individual purchasers, usually have few records and little information relevant to their claim. This disproportionate burden is a primary settlement lever for plaintiffs in antitrust litigation.

IV. Conclusion

45. The above remarks show the importance of *procedure* in the US conception of antitrust class action litigation. Some procedural aspects – for instance, the importance of discovery in antitrust class actions – reflect specific traits of the American legal system which would be difficult to transpose to a different procedural system in Europe. This said, rules on the certification of a class are quite complex in their application but perhaps more easily transposable to European legal systems given that they concern class actions in particular and not the legal system as a whole. In any case, any European-style collective or group action will have to strike a balance between the need for procedural efficiency and the protection of legitimate interests.

71 A party can also subpoena testimony or documents from a third party. Fed. R. Civ. Proc. 45. The parties are also entitled to discovery of expert witnesses under Rule 26.

72 Fed. R. Civ. Proc. 30.

73 Fed. R. Civ. Proc. 33.

74 Fed. R. Civ. Proc. 34.

75 Fed. R. Civ. Proc. 36.

76 Depositions are usually oral interviews, but written depositions are also permitted.

LES RÈGLES DE PROCÉDURE, FREIN OU CADRE POUR L'ACTION DE GROUPE ?

Véronique MAGNIER

vgmagnier@aol.com

Professeur à l'Université Paris Sud (XI)

1. Si la succession rapprochée de propositions ou projets de loi⁷⁷ et la remise récente de rapports⁷⁸ préconisant l'introduction d'une action de groupe en droit français témoignent de l'importance du sujet comme de son actualité, ces événements soulignent également la complexité des débats. Une évolution en ce sens serait, une fois encore, suggérée par la pratique pour qui l'action en justice de type classique, bien qu'amendée et "spécialisée", ne répond pas de manière satisfaisante aux besoins nés d'une société de consommation soucieuse de protection et d'une économie de marché dont le corollaire est l'abandon progressif du contrôle étatique des échanges. Comme cela a fort bien été souligné⁷⁹, stimuler et protéger ces deux fonctions essentielles de l'économie de marché, la fonction concurrence et la fonction consommation, obligerait ainsi à prévoir des sanctions propres au marché, tout à la fois dissuasives et réparatrices, ce qui conduirait à la mise en œuvre de procédures efficaces, parmi lesquelles l'action de groupe devrait trouver sa place.

2. Le passage à une économie de marché en Europe a en effet incité les pays voisins tels la Suède, le Portugal, les Pays-Bas ou encore l'Angleterre et le Pays de Galles à se doter récemment d'une forme d'action collective⁸⁰, et les discussions menées autour du livre vert publié par la Commission en 2005 en matière de concurrence⁸¹ élèvent aujourd'hui le débat au rang communautaire sans le limiter au seul domaine de la consommation⁸². Intégrer la dimension multipartite du procès serait donc un défi lancé à la procédure civile et à son code, ce "Code de Professeurs" encore qualifié

de nouveau malgré son âge plus que trentenaire et dont les règles reposent sur le mode binaire du procès individuel. Pourtant, l'introduction de l'action de groupe en droit français suscite des interrogations.

3. Pourquoi se tourner vers l'action de groupe, supposée "tout entière ordonnée à l'indemnisation des victimes", mais dont les inspireurs eux-mêmes doutent qu'elle soit un outil procédural de justice sociale⁸³ ? Existe-t-il un déficit juridique en la matière ? Certaines actions d'origine prétorienne comme les ligues de défense, assimilées à des actions de groupe avant l'heure⁸⁴, pourraient peut-être suffire, une fois rafraîchies. En outre, les réticences françaises à l'action de groupe apparaissent légitimes lorsqu'est en jeu une transposition, pire une transplantation de la *class action* américaine ou du recours collectif québécois. Car ces actions sont le fruit d'un choix qui n'a jamais été celui des pays de ce côté de l'Atlantique, celui de confier le plus possible d'initiative au domaine privé, et un rejet de greffe est toujours possible. À vouloir être créatif, le législateur serait, semble-t-il, mieux avisé de chercher à mouler l'action de groupe dans le cadre existant, tout en veillant à préserver ce qui fait le ressort d'une telle procédure, et lui confère son efficacité.

4. Réfléchir aux implications entre procédure et action de groupe suggère donc, en premier lieu, de rendre l'action de groupe compatible avec les principes procéduraux, moyennant une probable évolution de certaines règles (I). Mais une adaptation des règles du procès civil ne suffirait pas, en soi, à imposer l'action de groupe, si son insertion dans le paysage procédural français n'était pas envisagée, et proposé un nouvel équilibre entre les différents contentieux (II).

I. Une nécessaire compatibilité entre action de groupe et principes procéduraux

5. Servant de cadre à la confrontation de deux points de vue distincts et identifiés, le procès change d'aspect lorsqu'une des parties est constituée d'un groupe de personnes dont bon

77 En dernier lieu, Proposition de loi visant à instaurer les recours collectifs des consommateurs, Doc. AN, n° 3055, 26 avr. 2006 ; Proposition de loi sur le recours collectifs, Sénat, n° 322 (séance du 13 avr. 2006) ; Projet de loi en faveur des consommateurs, Conseil des ministres, 8 nov. 2006.

78 Rapport sur la dépenalisation de la vie des affaires, sous la présidence de J.-M. Coulon, Documentation française, coll. Rapports officiels, 2008 ; Rapport de la commission pour la libéralisation de la croissance française, sous la présidence de J. Attali, Documentation française, coll. Rapports officiels, 2008.

79 M. Lipskier, *Les entreprises peuvent-elles profiter de l'introduction des class actions en droit français ?*, JCP éd. E, 2005, I, 675.

80 V. The Globalization of class actions, www.stanford.edu/classactionconf.

81 "Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante", Livre vert, SEC (2005) 1732. Un livre blanc devrait suivre, *Rev. Lamy Concurrence*, juil. sept. 2007, n° 12, § 869.

82 Partant du constat qu'il est très improbable, voire impossible, que les consommateurs et les acheteurs réclament des dommages-intérêts de faible ampleur en intentant une action pour infraction au droit des ententes, la Commission estime nécessaire d'examiner "si des actions collectives ne permettraient pas de mieux protéger leurs intérêts".

83 H. Lécuyer, *Class action et sociétés. La mise en œuvre de l'action – L'indemnisation*, in *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, PUF coll. Ceprisca, 2004, 85, et réf. note 28.

84 S. Guinchard, *L'action de groupe*, RIDC, 1990, 606.

nombre d'entre elles ne sont pas identifiées. Une telle indétermination bouscule les règles concernant l'habilitation à agir (1) et porte un coup aux droits de la défense (2).

1. Indétermination des victimes et habilitation à agir

6. L'article 30 du nouveau code de procédure civile n'ouvre une action qu'à "ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention", un tel intérêt se comprenant comme l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur⁸⁵. Si cet intérêt est et reste intimement lié à la personne, il arrive que le législateur habilite certaines personnes à agir en justice pour la défense d'un intérêt qui ne leur est pas personnel⁸⁶. Mais la particularité de l'action de groupe est ailleurs, dans la possibilité de défendre en justice des personnes indéterminées qui, en pratique, ne sont pas toutes identifiées ni même identifiables. La personne qui introduit l'instance n'agit pas en vertu d'un mandat, l'habilitation à agir relevant de la compétence du juge seul sans que l'accord des "représentés" soit nécessaire à l'introduction de l'instance. Le contraste est saisissant avec les contraintes du droit français. Autre entorse aux règles françaises, dans le cadre de l'action de groupe, toute personne susceptible de correspondre aux critères définissant le groupe en fait automatiquement partie, à défaut d'avoir exprimé sa volonté contraire (système de l'*opt out*)⁸⁷.

7. L'action pour autrui sans mandat contredit les exigences de l'adage "nul ne plaide par procureur" qui pose une interdiction de représenter une personne sans que celle-ci ait donné son mandat et que son nom apparaisse dans la procédure. Bien que la formule ait été critiquée⁸⁸, elle s'est trouvée confortée par une décision du Conseil constitutionnel selon laquelle un syndicat ne peut agir au nom d'un salarié que si ce dernier en est informé et a donné son mandat⁸⁹. Deux arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation⁹⁰ sont toutefois venus préciser que l'action syndicale était une *action de substitution personnelle* au syndicat, et non une forme de représentation, ce dont les juges ont déduit que l'information pouvait être donnée aux salariés après la requête initiale, la régularisation devant intervenir avant l'audience cependant, pour permettre au salarié d'exercer son choix de ne pas participer à l'action (*opt out*).

8. Assurément plus souple que la voie de la représentation par mandat, l'action de substitution pourrait utilement être étendue aux consommateurs généralement placés dans une situation de faiblesse proche de celle des salariés⁹¹. Les deux situations ne sont pas entièrement assimilables toutefois, dans la mesure où les salariés sont toujours identifiables, ne serait-ce qu'au travers du lien qu'ils entretiennent avec leur employeur. Il est dès lors possible de se contenter d'un mandat tacite, la volonté du salarié d'être partie à l'instance se déduisant de son absence de réaction à l'information qui doit nécessairement lui être livrée. Dans le cadre d'une action de groupe, faute pour toutes les victimes d'être identifiées et informées individuellement, certaines pourraient se voir imposer un jugement auquel elles auraient refusé de prendre part si elles en avaient eu connaissance. L'impossibilité pour un consommateur non informé d'exercer son choix de sortir du groupe (*opt out*) revient donc à le priver de son droit de ne pas agir en justice, à l'inverse de ce qui vaut pour l'action syndicale. Prévoir une action de substitution au profit d'un groupe de consommateurs ayant manifesté leur volonté d'en faire partie (*opt in*) semble en revanche plus respectueuse de leur libre choix, ce qui n'interdit pas de différer leur entrée dans l'instance⁹² jusqu'à un stade avancé de la procédure. L'objectif serait de réconcilier action de groupe et théorie de l'action. Mais la compatibilité de ce mécanisme doit encore être éprouvée au regard des droits de la défense.

2. Indétermination des victimes et droits de la défense

9. Le principe du contradictoire implique que chaque partie soit en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de tous ses adversaires, chose impossible lorsque certaines victimes sont indéterminées. L'action de groupe pourrait donc constituer une atteinte à ce principe⁹³ qui fait pourtant partie intégrante des droits de la défense et bénéficie des décisions attribuant à ces droits la valeur d'un principe constitutionnel⁹⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs précisé que "le droit à un procès équitable contradictoire implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre ainsi que d'en discuter"⁹⁵. Ni le conseil constitutionnel ni les juges européens comme français ne semblent donc prêts à abandonner ce principe, d'autant qu'il y aurait rupture d'égalité entre les parties, chose contraire à l'égalité des armes,

85 L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 4ème éd., Litec, n° 457.

86 Ainsi, les associations agréées de consommateurs peuvent-elles agir par voie de représentation conjointe, au nom de deux ou plusieurs victimes en réparation de préjudices individuellement causés à celles-ci par une même personne et ayant une origine commune : art. L. 422-1 C. conso.

87 L. Boré, L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?, D. 1995, chron. 267.

88 F. Caballero, Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe, *RTDciv.* 1985, 247.

89 Cons. Const., déc. 25 juill. 1989, Dr. Soc. 1989, 627. V. S. Guinchard, Une class action à la française ?, D. 2005, chron. 2180 ; comp. M. Verpeaux, L'action de groupe est-elle soluble dans la constitution ?, D. 2006, 258.

90 Cass. soc., 1er fév. 2000, n° 98-41.624, JCP G, II, 10451, note E. Jeuland.

91 En ce sens, E. Jeuland, Expérience nationale : La France, in *Les recours collectifs : Étude comparée*, Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. 5, 2006, 73, spéc. 81.

92 S. Amrani-Mekki, Action de groupe et procédure civile, in *Les actions de groupe, Implications processuelles et substantielles*, *Rev. Lamy Droit civil*, nov. 2006, n° 32, 57, spéc. 59.

93 M.-A. Frison-Roche, Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *class action* : obstacles et compatibilités, Les "class actions" devant le juge français : rêve ou cauchemar, dir. F. Laroche Gisserot, *LPA*, 10 juin 2005, n° 115, 22.

94 S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, 28e éd., *Précis Dalloz*, n° 709 et s.

95 CEDH, 24 fév. 1995, D. 1995, 449, note Huyette.

une autre exigence du droit à un procès équitable. Cette même rupture d'égalité ne serait pas non plus conforme à l'exigence de loyauté que la jurisprudence a consacrée comme principe directeur des débats, reprenant pour l'affirmer les termes mêmes de l'article 16 du nouveau code de procédure civile pour le principe de contradiction⁹⁶, et qu'une éminente doctrine place au rang des trois principes directeurs du procès, avec le dialogue et la célérité⁹⁷.

10. Ces remarques incitent à approuver les propositions doctrinales préconisant une action de groupe en deux étapes qui préserverait le respect du contradictoire au moins dans un second temps. L'éventualité d'une contradiction repoussée à une phase avancée du procès, comme *différée* tant que le montant des indemnités individuelles n'est pas déterminé, est envisageable. La loi admet déjà de tels contentieux inversés tout en les encadrant. Aux termes de l'article 17 du nouveau Code de procédure civile, "*lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief*". S'il en venait à consacrer l'action de groupe, le législateur pourrait prévoir un tel recours⁹⁸.

11. Au terme d'une première analyse, l'accueil de l'action de groupe en droit français se révèle possible moyennant l'évolution de certaines règles procédurales, sans bouleversement majeur des grands principes. À eux seuls, pourtant, ces changements n'assureront pas le succès de l'action de groupe. En dehors du coût de la procédure, argument légitimement avancé mais qui ressortit plus au domaine politique et économique que juridique⁹⁹, une autre condition de l'intégration réussie d'une telle action réside dans un nouvel équilibre procédural qu'il convient à présent d'envisager.

II. Un nouvel équilibre procédural

12. L'action de groupe pourrait faire renaître d'anciennes querelles jamais totalement enterrées à propos de la place du juge dans le procès civil, "*chose des parties*", car, à n'en pas douter, le rôle de celui-ci pourrait s'en trouver accru (1). Elle obligerait en outre à rechercher une articulation harmonieuse entre les différents contentieux (2).

96 Civ. 1ère, 7 juin 2005, Bull. civ. I, n° 241, D. 2005, 2570, note E. Boursier ; v. déjà H. Motulsky, qui rattachait l'obligation de loyauté aux droits de la défense, in *Mélanges P. Roubier, Sirey*, 1961, 187.

97 S. Guinchard et F. Ferrand, préc., spéc. 81.

98 S. Amrani Mekki, préc.

99 Les honoraires d'avocats en fonction des résultats (*contingency fees*) constituent une forte incitation à proposer des actions de groupe qui ne pourraient être financées autrement, et l'hypothèse d'une libéralisation (encadrée) des règles françaises doit être envisagée. Mais d'autres pistes sont également exploitables : fonds publics, fonds privés de type assurantiel...

1. Un rôle accru du juge civil

13. Ni les accroissements progressifs du pouvoir du juge de la mise en état, ni les évolutions contemporaines en matière d'expertise n'ont fondamentalement remis en cause les équilibres au sein du procès. Importer une action propre à un système de *common law* de type inquisitorial dans un système civiliste attaché à laisser la maîtrise du procès entre les mains des parties risquerait à l'inverse de modifier cet équilibre. Dans le même temps, une procédure trop encadrée pourrait nuire à la réelle efficacité de l'action de groupe¹⁰⁰. Son succès dépend donc de la confiance que le législateur accordera au juge.

14. Lors de l'introduction de l'instance, le juge américain doit certifier l'action, ce qui lui permet de vérifier que les conditions de réalisation d'un préjudice de masse sont réunies par tous ceux qui se trouvent dans la même situation. Quant au juge québécois, il apprécie en opportunité l'ouverture d'une action de groupe à la suite d'un examen du sérieux des moyens invoqués par le groupe. Le pouvoir du juge peut donc varier d'un simple examen de recevabilité d'une demande classique, limité à la recevabilité de l'intérêt à agir et à la prescription de la chose jugée, à une véritable appréciation de l'opportunité d'ouvrir une action de groupe, en passant par la définition du groupe et l'appréciation de la représentativité du demandeur¹⁰¹. Le rôle du juge est à géométrie variable, selon les orientations que souhaite prendre le législateur.

15. Dans le déroulement de l'instance, l'administration des preuves devient extrêmement délicate en cas d'actions multipartites, et ce dans des domaines où l'expertise constitue un outil indispensable. L'éventualité d'une introduction de procédure d'administration de la preuve par la technique de *discovery* n'est donc pas à écarter, à l'image de la procédure américaine. Il s'agit toutefois d'une procédure lourde et longue dont la supériorité par rapport aux différents mécanismes de production forcée de preuves de droit français reste à démontrer. Ainsi la recherche des preuves dans le cadre d'un référé *in futurum* pourrait, moyennant des assouplissements des conditions exigées par l'article 145 du nouveau code de procédure civile, s'adapter à l'action de groupe, sans qu'il soit nécessaire de transposer des procédures relevant d'une inspiration différente.

16. Quel que soit le modèle choisi, l'information participe fortement au succès de l'action. Le droit communautaire devrait conduire à un assouplissement des règles déontologiques qui interdisent aujourd'hui aux avocats les

100 La procédure allemande prévue au bénéfice des investisseurs pourrait le révéler à l'usage. Selon la loi du 16 août 2005 (KapMuG), à l'occasion d'une action individuelle, l'une des parties peut solliciter l'ouverture d'une "procédure modèle" devant un tribunal supérieur qui statuera sur la présence de conditions fondant un droit à indemnisation. L'indemnisation individuelle a lieu dans un troisième temps : F. Ferrand, Action de groupe : l'outil du droit comparé, in Les actions de groupe, implications processuelles et substantielles, préc., 65 ; D. Baetge, in The Globalization of class actions, préc.

101 En droits américain et québécois, la décision de recevabilité est rendue sur la base de critères pragmatiques visant à montrer l'existence d'un groupe ainsi que l'adéquation de l'action de groupe au litige en question.

actions de démarchage ou de sollicitation¹⁰². Une autorisation par le juge en début d'instance pour solliciter les victimes serait toutefois envisageable, de même qu'une maîtrise par le juge des règles de publicité en cours d'instance. Une homologation de sa part en matière de transaction serait également souhaitable si l'instance s'interrompait.

17. À l'issue du litige, la portée exacte de la décision devrait être précisée, étant entendu que dans l'hypothèse d'une action de groupe avec système d'*opt out*, l'autorité du jugement ne serait, mécaniquement, plus limitée aux "*parties*". L'autorité relative de la chose jugée et son corollaire, le droit de conserver son droit d'agir, militeraient en faveur d'une action de groupe prévoyant une option d'adhésion volontaire (*opt in*).

18. Quand bien même l'action de groupe conduirait à un accroissement relatif des pouvoirs du juge, on observe qu'il revient au législateur d'encadrer ce pouvoir. Sans compter qu'il est toujours possible de confier ce type d'action à des juges expérimentés, spécialement formés à des procédures complexes¹⁰³. Parallèlement, l'action civile serait rétablie dans sa fonction de réparation, à condition qu'elle s'articule de façon harmonieuse avec les autres contentieux.

2. Une articulation harmonieuse entre les différents contentieux

19. Le rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires, remis au garde des Sceaux par J.-M. Coulon le 20 février 2008, consacre une section de son chapitre III à la promotion de "*l'attractivité de la justice civile pour la régulation économique*" au sein de laquelle des propositions importantes visent l'action de groupe. Le lien entre dépénalisation et une nécessaire revitalisation du procès civil, notamment au travers de l'action de groupe, est ainsi mis en évidence. L'action civile y est présentée comme une alternative procédurale aux procédures pénales jusque-là souvent préférées par les victimes qui se constituent partie civile devant le juge pénal, en raison du coût du procès civil et de la prise en charge de la recherche des preuves par le ministère public. Afin de donner à cette alternative sa pleine efficacité, le rapport préconise de "*fermer la voie pénale jusqu'à l'extinction de l'action civile*"¹⁰⁴. Il s'agirait d'une grande nouveauté compte tenu du fait que, jusqu'à présent, la mise en mouvement des deux actions, civile et pénale, s'opère surtout au bénéfice de l'action publique. Il pourrait donc s'agir d'aménager un ordre de préséance de l'action civile sur l'action publique en incitant les victimes à saisir d'abord le juge civil. Cette possibilité serait écartée lorsque l'action publique serait mise en œuvre par le

Parquet. Une telle clarification, si elle était retenue, accorderait probablement une place déterminante à l'action civile dans les contentieux de consommation.

20. Dans l'hypothèse où l'action de groupe ne se limiterait pas aux litiges de consommation *stricto sensu* mais serait élargie aux contentieux économiques, la question de l'articulation de l'action civile avec les contentieux générés par certaines autorités administratives indépendantes ne manquerait pas de se poser. L'introduction en droit français de la concurrence d'une action de groupe n'est pas à écarter depuis que le sujet a pris une dimension communautaire¹⁰⁵. Selon que l'action civile s'inscrit dans le prolongement d'une condamnation déjà prononcée par l'autorité de la concurrence (*follow up*) ou que les deux actions sont totalement indépendantes, leurs relations devraient être traitées différemment. Le Conseil de la concurrence¹⁰⁶ suggère ainsi, dans le premier cas, que le requérant puisse se prévaloir de l'existence d'une condamnation antérieure à l'appui de sa demande en réparation devant le juge civil, ce qui faciliterait la tâche de la victime (personne morale) dans la production de la preuve et celle du juge dans l'instruction de l'affaire portée à sa connaissance. En revanche, il reste plus prudent sur "*l'autorité de la chose décidée*" par l'autorité de la concurrence sur le juge civil et enjoint de déterminer précisément les décisions qui auraient un tel effet. Dans l'hypothèse inverse d'actions introduites parallèlement devant le juge civil et le conseil de la concurrence, une suspension de la procédure en cours devant le juge civil pourrait être prononcée par celui-ci. Lorsqu'enfin les deux procédures sont complètement autonomes l'une de l'autre, le conseil de la concurrence propose de refuser de se substituer au juge en donnant des avis ou des expertises¹⁰⁷.

21. En dépit d'un certain nombre de difficultés restant à résoudre, l'action de groupe semble avoir trouvé sa place dans bon nombre de pays d'Europe. La diversité des choix opérés selon les exigences du cadre juridique et procédural existant¹⁰⁸, sans jamais être celui du "*tout privé*", montre qu'à son tour la France pourrait réformer son droit dans un sens adapté à son propre cadre procédural. Un arbre se jugeant à ses fruits, souhaitons que le législateur trouve dans les principes qui innervent le procès civil les germes d'une action de groupe qui portera un jour des fruits ni trop verts ni trop mûrs. ■

¹⁰² La directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil européen du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur doit être transposée par les États-membres le 28 déc. 2009. Elle devrait permettre d'assouplir les règles de publicité de certaines professions réglementées.

¹⁰³ En Angleterre et au Pays de Galles, l'équivalent des actions de groupe, les *Group litigation orders*, sont ainsi confiés à une petite minorité de juges très expérimentés et spécialisés.

¹⁰⁴ Chapitre III, section 2, proposition n° 8, p. 97.

¹⁰⁵ Voir *supra*, note 68.

¹⁰⁶ Avis relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles (), 21 sept. 2006. Comp. la réponse de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne : COM (2005) 672 final/E 3047, déposée le 28 juin 2006 (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap.info/i3200.asp>).

¹⁰⁷ V. J.-C. Bermond, L'introduction en droit français de la concurrence des actions de groupe : le débat est-il franco-français ou franco-européen ?, *RDAI* n° 1, 2007, 41, spéc. 53 et s. L'auteur indique que de tels avis pourraient toutefois se révéler utiles, du fait précisément de la compétence du conseil de la concurrence.

¹⁰⁸ V. The Globalization of class actions, préc. Les différences entre les modèles choisis révèlent qu'une harmonisation communautaire ne pourrait à ce stade être envisagée qu'à *minima*.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par neuf chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Jean-Bernard Blaise, Nicolas Charbit,
Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann,
Laurence Idot, Hubert Legal,
Claude Lucas de Leyssac, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadine Calvino, Frédéric Jenny, Neelie Kroes,
Mario Monti, Mustafa Parlak, Dominique Voillemot...

Tendances

Jean-François Bellis, Guillaume Cerutti,
John Davies, Céline Gauer, Damien Gérardin,
Pierre Kirch, Christophe Lemaire, Irène Luc,
Jorge Padilla, Emil Paulis, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Serge Durande,
Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Bruno Lasserre, Stanislas Martin,
Caroline Montalcino, Catherine Prieto,
François Souty...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Données publiques et concurrence, Droit pénal et concurrence...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Japon,
Luxembourg, Suisse, USA...

Droit et économie

Penelope PAPANDROPOULOS, David SPECTOR

Chroniques

Ententes

Emmanuelle CLAUDEL
Michel DEBROUX
Cyril SARRAZIN

Pratiques unilatérales

Laurent FLOCHEL
Catherine PRIETO
Anne WACHSMANN

Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Daniel FASQUELLE
Jean-Patrice de la LAURENCIE
Marie-Claude MITCHELL

Concentrations

Jean-Mathieu COT
Jérôme PHILIPPE
Stanislas MARTIN

Aides d'État

Jean-Yves CHÉROT
Jacques DERENNE
Christophe GIOLITO

Procédures

Valérie MICHEL-AMSELLEM
Chantal MOMÈGE
Fabien ZIVY

Régulations

Denis LESCOPE
Jean-Paul TRAN THIET
Thierry TUOT

Secteur public

Bertrand du MARAIS
Stéphane RODRIGUES
Jean-Philippe KOVAR

Politique internationale

Frédérique DAUDRET-JOHN
François SOUTY
Stéphanie YON

Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN
Umberto BERKANI
Alain RONZANO

Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)



	HT <i>Without tax</i>	TTC <i>Tax included (France only)</i>
Revue Concurrences Review Concurrences		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	398 €	406,36 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	490 €	598,34 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + free access to e-archives)</i>	580 €	693,68 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	100 €	102,10 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles (version électronique sur concurrences.com) <i>Pack of 5 articles (electronic version on concurrences.com)</i>	110 €	131,56 €
<input type="checkbox"/> 1 article (version électronique sur concurrences.com) <i>1 article (electronic version on concurrences.com)</i>	30 €	35,88 €

Bulletin électronique e-Competitions e-bulletin e-Competitions		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription with single PC access + free access to e-archives</i>	498 €	595,68 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles <i>Pack of 5 articles</i>	90 €	107,64 €
<input type="checkbox"/> 1 article <i>1 article</i>	20 €	23,92 €

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	695 €	831,22 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions) + e-bulletin</i>	780 €	932,88 €

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* : e-mail :
 Institution | *Institution* :
 Rue | *Street* : Ville | *City* :
 Code postal | *Zip Code* : Pays | *Country* :
 N° TVA intracommunautaire/ *VAT number (EU)* :

Paieement | Payment details

Vous pouvez payer directement sur www.concurrences.com (accès immédiat à votre commande) ou bien utiliser ce formulaire :
For instant access to your order, pay on-line on www.concurrences.com. Alternatively :

- Veuillez m'adresser une facture d'un montant de €
Please bill me for the sum of €
- Veuillez débiter ma carte MasterCard/Visa/American Express d'un montant de €
Please debit the sum of € from my MasterCard/Visa/American Express

Numéro de carte/ *Card n°* :
 Date d'expiration/ *Expiry date* :
 Nom-Prénom/ *Name-First name* :

Signature

- J'ai transféré au compte bancaire dont références ci-dessous la somme de € à la date du
I have transferred the sum of € to the bank account below on (date)

IBAN (International Bank Account Number)	BIC (Bank Identifier Code)
FR76 3000 4007 9900 0255 3523 060	BNPAFRPPPO

Bank : BNP - Agence Opéra | 2, Place de l'Opéra - 75 002 Paris - France

Formulaire à retourner à | Send your order to

Transactive – A Thomson subsidiary

1 rue Saint-Georges | 75 009 Paris – France | *contact: information@transactive.fr*

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Licences mono-postes. Tarifs licences multi-postes sur demande. Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Single PC licences. Multy-PCs licences on request. Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France : 18 € | *18 € extra charge for sending hard copies outside France*