

L'action de groupe, une menace fantôme ?

Vous achetez une tondeuse qui présente un petit défaut. Vous vous rendez compte qu'il n'est pas rentable d'engager une procédure contre le professionnel. Ça vous coûtera moins cher de la faire réparer ou acheter une autre. Et si vous étiez 1000 dans la même situation ? (voir la vidéo).

Quelles sont les actions en justice qui permettent aux consommateurs de protéger leur droits ? Bien sûr, on pense tout d'abord aux actions individuelles. Toutefois, celles-ci sont efficaces surtout pour les litiges qui « valent le prix ». Acheter une voiture qui présente un défaut majeur, peut valoir la peine d'engager un avocat afin d'obtenir un autre produit ou se faire rembourser. Or l'exemple mentionné ci-dessus nous montre un obstacle essentiel à ce type de raisonnement. Si le litige est évalué à un prix modique, l'action en justice ne se présente plus comme une solution, mais comme un coût supplémentaire pour le consommateur. Et si le produit en question était une tondeuse et non pas une voiture ? Êtes-vous prêt à payer 50 euros à un avocat, ou même aller défendre vos droits tout(e) seul(e) pour une tondeuse qui vaut vingt euros ? Ou même, pour un produit qui vaut moins ? Hormis le fait d'agir pour le principe, coûte que coûte.

Dans la grande majorité des cas si votre situation est unique, vous n'allez pas engager une action en justice. Même si vous pensez que votre cas est unique, mais que vous êtes en fait mille personnes dans ce cas, vous n'allez pas non plus aller devant le juge.

Dès lors nous pouvons constater que des poursuites individuelles ne seront pas intentées faute d'un dommage important, alors même que ce dernier pourrait toucher un grand nombre d'individus. C'est aussi une manière de rééquilibrer le rapport des forces entre le consommateur et le professionnel.

Par exemple, l'information selon laquelle un utilisateur Facebook a acheté une bague en diamant a été transmise à tous ses amis, et même à sa future épouse... surprise gâchée! Les internautes avaient protesté en lançant une class action contre Facebook et en 2009 ce dernier a dû déboursé 9 millions de dollars aux victimes. La protection des données personnelles fait l'objet d'un débat accru aux Etats Unis et dans certains pays membres de l'UE dont l'Allemagne.

Erin Brockovich est une légende de la class action aux États-Unis. Erin a réussi à obtenir 300,000 pour chacun des 1000 habitants d'un territoire de Californie, car l'eau qu'il consommaient était contaminée.

C'est à cette étape qu'intervient l'action de groupe.

Il s'agit d'une procédure qui permet à un groupe de personnes ayant un intérêt commun de se regrouper dans une action pour faire valoir leur droit et indemniser leur préjudice¹.

[Accéder à ce lien](#) afin de voir une illustration qui résume les étapes générales d'une action de groupe. Nous allons analyser certaines étapes de la procédure de l'action de groupe sous la lumière d'autres systèmes de droit, dont celui des États-Unis. Regardez attentivement l'illustration, elle vous servira de référence pour la compréhension du sujet.

L'action de groupe doit répondre à trois critères afin d'être efficace : des indemnisations plus effectives, une prévention contre toute stratégie visant à contourner les droits des consommateurs ainsi qu'un coût réduit pour l'organisation de la justice².

En France on constate un manque d'efficacité de l'action de groupe.

¹ Économie des actions collectives, Langlais Deffains, Doriat-Dubau

² Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages-intérêts punitifs ? Hugues BOUTHINON-DUMAS

Le projet de l'action de groupe est loi d'anesthésie, faute d'efficacité (I).
Les alternatives à l'action de groupe reflètent ses insuffissances (II).
Les solutions proposées reflètent la nécessité de nuancer la dérive « à l'américaine » (III).

I Une loi sous anesthésie

En France, ce n'est qu'après, en 2016, que l'action s'étend progressivement au domaine de la santé et de la discrimination dans le travail. L'action de groupe ne semble pas être assez pratiquée (on compte moins de 15 actions depuis l'introduction de l'action de groupe) afin de nous permettre d'observer son potentiel complet.

Au contraire, aux Etats Unis, la class action « contemporaine », date de 1966, ce qui permet d'avoir une étude plus profonde sur son évolution. Cependant ça nous permet de dégager quelques constats qui mènent vers la nécessité d'améliorer d'ores et déjà l'action de groupe (AG pour la suite du texte).

→ Le problème du champ de l'action et de l'ensemble des préjudices couverts par l'AG :

Si on limite le champ d'action d'une loi, on exclue par là des situations où des préjudices ne pourront pas être compensés. Étendre ce champ à toutes les actions civiles permettrait de résoudre ce problème. C'est le choix de l'Angleterre³. L'action de groupe à la française, bien qu'élargie, serait impuissante face aux situations qui ne feront pas partie de son champ d'action.

→ Le problème de la réparation de certains préjudices :

Si on peut avoir des cas où un préjudice ne peut pas être compensé à travers l'action de groupe, on est face à deux hypothèses. Soit que l'action de groupe ne s'applique pas, car le cas ne fait pas partie de son champ d'action. Soit, l'action de groupe, telle que prévue, ne permet pas la compensation des préjudices. Ainsi, pour l'action de groupe en matière de protection des données personnelles, le préjudice moral se voit exclu du champ d'application, or dans ce domaine, c'est un préjudice essentiel, comme on a pu voir dans l'exemple sur les utilisateurs Facebook.

→ Le problème des ressources financiers et d'assistance juridique

Le nombre réduit des litiges intentés via l'action de groupe n'est pas anormal. Les associations doivent affronter des coûts exorbitants en terme d'assistance juridique et de logistique afin de bien mener une procédure. Les expertises économiques qui servent à évaluer le dommage réel sont coûteuses. Cette incapacité de couvrir les dépenses se traduit le plus souvent par une selectivité entre les dossiers « rentables » et « non rentables » ce qui diminue l'effectivité de l'action de groupe en tant qu'instrument de protection.

→ Le problème lié à la médiation :

La médiation est une étape procédurale importante dans les litiges. Elle se traduit par une négociation entre les parties. Le demandeur et le défendeur s'accordent sur le litige avant que le juge ne le tranche. Si un accord est trouvé, le juge peut l'accepter et le procès est arrêté. Sinon, la procédure continue et c'est le juge qui donnera la solution.

Selon l'association UFC- Que choisir la médiation n'est qu'une occasion d'indemniser les victimes au moindre coût. En 2010, suite à l'explosion d'un volcan islandais, les vols ont été annulés, des centaines de milliers de passagers ont été bloqués sur le lieu de leurs vacances, ou ils ne pouvaient

³ rapport Sénat : <https://www.senat.fr/lc/lc206/lc2060.html>

pas partir.⁴ L'association avait conclu, le 4 mai 2010, un accord avec les professionnels français du tourisme, pour régler ces situations. Selon l'association, les résultats, issus de cet accord ont été très peu satisfaisants : sur les 287 dossiers examinés par le comité, majoritairement composé des professionnels du tourisme, seules 23 réclamations ont donné lieu à la recommandation d'un geste commercial ! Pire, dans des situations où un geste commercial était recommandé par le comité, la décision n'a pas été suivie d'effet par l'agence de voyages concernée !

Il n'est pas étonnant dès lors que les professionnels de la justice essayent de mobiliser des groupes de victimes autrement :

➔ L'alternative donnée par l'action collective – le site du Barreau de Paris⁵

La procédure de l'action de groupe est monopolisée par les associations de consommateurs, les syndicats, et certaines autres associations. Les avocats sont exclus de l'initiative de l'action de groupe. Ils ne peuvent intervenir que si les associations les sollicitent. Le Barreau de Paris a lancé une plate-forme en ligne qui permet aux consommateurs de faire appel directement aux avocats dans le cas des actions collectives. Les alternatives au projet de loi sur l'AG révèlent ses insuffisances. Il est question d'une alternative donnée par les actions collectives où un avocat traite des plusieurs centaines de demandes. Pour ces avocats spécialisés, la plateforme de l'ordre pourrait se révéler beaucoup plus utile que le dispositif Hamon. Cette initiative est une réponse à la monopolisation de cette action par les associations. Les clients déposent leur demande en ligne et le professionnel du droit traite le dossier.

Selon Maître Lecoq-Vallon « il est très difficile pour un avocat de travailler dans le cadre de la loi Hamon. Non seulement le législateur nous interdit d'agir en direct, nous ne pouvons intervenir que pour une association de consommateurs agréée si elle décide de nous saisir. Même dans cette hypothèse il est problématique pour l'avocat de demander des provisions. C'est donc à lui de financer la procédure, ce qui n'est pas viable économiquement lorsqu'il faut traiter des centaines voire des milliers de demandes » confie Nicolas Lecoq-Vallon. Grâce à la technologie, l'on pourrait bien assister à la revanche de l'action groupée ou conjointe sur l'action de groupe de la loi Hamon, pour l'instant bien trop étriquée juridiquement pour remplir son office.

➔ L'alternative donnée par les sites weclaim.com ou actioncivile.com :

Les sites ne se rémunèrent qu'en cas de victoire. Ce site permet aussi aux avocats de procéder à des démarches en ligne. Le financement est pris en compte par le site. La médiation est une étape essentielle.

Ces alternatives confirment indirectement les difficultés auxquelles s'affrontent les associations des consommateurs. Le besoin d'un financement, d'une assistance juridique effective, ne sont que quelques obstacles avec lesquels les associations doivent composer. Toutefois, selon Jean-Yves MANO, « nous allons utiliser ce mécanisme de notre mieux », en attendant des réformes de cette action de groupe.

Devant ce constat, quelle sont les solutions, ou mieux dit, quelles seraient les modifications nécessaires qui pourront améliorer l'action de groupe ?

L'image de l'action de groupe à l'américaine est perçue, du moins par le Sénat, comme une menace tant pour l'économie française, que pour la sécurité juridique. Or en voulant écarter la dérive américaine à tout prix, nous risquons de tomber dans la dérive de l'immobilisme juridique.

4 Partie 2 doc a : - **ACTION DE GROUPE « À LA FRANÇAISE », NOUVELLE GAMME ET FAUSSES NOTES**

5 Actions de groupe : la riposte du barreau de Paris **Lecoq-Vallon & Feron-Poloni**

L'image de l'action de groupe à l'américaine est perçue, du moins par le Sénat, comme une menace tant pour l'économie française, que pour la sécurité juridique. Or en voulant écarter la dérive américaine à tout prix, nous risquons de tomber dans la dérive de l'immobilisme juridique.

La notion de *class action* renvoie surtout à des abus de procédures et à des sanctions de l'ordre des millions de dollars. Cependant, bien qu'il soit légitime à faire part de leurs risques, il ne serait pas pertinent de rejeter en bloc certaines pratiques américaines. Les qualifier d'emblée de « dérives » ne serait pas impertinent. Au contraire, le succès de ces dernières est confirmé par une importation partielle du modèle américain par d'autres membres de l'UE. « Un consommateur allemand est mieux protégé qu'un consommateur français aujourd'hui » (Jean-Yves MANO).

Les solutions :

➔ Créer un mécanisme opt-out performant

Vous avez dit opt-out ?

L'opt out ou l'opt in, sont deux mécanismes qui concernent la manière dont les consommateurs sont intégrés dans la procédure de l'action de groupe. La première reflète une procédure d'inclusion, et la deuxième se traduit par une procédure d'adhésion.

En regardant l'illustration de la procédure liée à l'action de groupe, nous avons vu que les consommateurs doivent se manifester auprès du juge. Si un consommateur doit se manifester devant le juge, afin d'obtenir la compensation du préjudice, alors il est question de l'opt-in. Le mécanisme de l'opt-out est différent. Lorsque le juge décide déjà qu'une entreprise doit rembourser un préjudice aux consommateurs, il intègre d'avance tous les consommateurs. Ou de manière générale, le calcul du préjudice n'est pas calculé d'avance en se basant sur le nombre des victimes.

Ce mécanisme présente des avantages substantiels pour une action de groupe efficace.

Calculer un préjudice issu d'une entente sur des prix sera plus facile dans la logique de l'opt out. Le opt-in présente une double contrainte : il faut attendre que les victimes se manifestent, et calculer le préjudice en fonction des victimes qui se manifestent. En suivant la logique de l'opt-in, comment agir si le nombre de victimes qui se manifestent n'est que de 10% du total des victimes ? Peut-on dire que l'entreprise est moins fautive du préjudice qu'elle a causé ? Cette difficulté est surmontable à l'aide de la méthode de l'opt-out. Ce dernier est bien présent aux États Unis.

Le opt-out peut faciliter la procédure aussi dans le cas où le nombre des victimes est exact, ou peut être déterminé de manière presque exacte. Ainsi, un fichier client, où une estimation qui présente une marge d'erreur faible, permettent de calculer plus facilement le préjudice à l'aide de l'opt-out.

Par exemple, pourquoi attendre que chaque client qui a effectué un vol à une date précise, récupère son préjudice, alors qu'on sait exactement le nombre des victimes ? Le juge pourra simplement multiplier le préjudice par personne par le nombre des passagers et obtenir la somme globale du préjudice. Il ne devrait pas ainsi attendre chaque passager, au risque que seulement une faible partie se présente.

La différence entre le opt in et le opt out concerne aussi de manière essentielle, l'issue du procès pour les consommateurs. Pour le mécanismes de l'opt in, sont concernés que les victimes qui ont adhéré au procès. Les victimes qui n'ont pas intégré le procès, qu'il soient ou pas au courant de celui-ci, auront toujours la possibilité d'intenter une action individuelle. Au contraire, la logique de l'opt out, va inclure les victimes sans leur consentement. Ces derniers sont liés automatiquement, sauf s'ils se manifestent auprès du juge afin de s'exclure. S'il choisissent de s'exclure, ils ne seront pas concernés par l'issue du litige. Sinon, en cas de victoire ils vont bénéficier de la compensation du préjudice. Mais en cas de perte, ils perdront leur droit à intenter une action individuelle. C'est

notamment le cas aux États Unis.

Afin de trouver un compromis entre le opt in et le opt out, la Belgique n'a pas hésité entre le opt in et le opt out. Elle a décidé d'intégrer les deux, et de réserver au dernier certains cas, qui favoriseront le calcul du préjudice. Le but est de calculer et faire réparer l'intégralité du préjudice en utilisant les moyens de calcul le plus adaptés⁶.

→ Renforcer les possibilités pour le consommateur d'agir en justice :

Dans certains pays de l'Amérique Latine, tels que le Brésil ou l'Argentine, le consommateur peut recourir à l'action individuelle, suite à un échec de l'action collective. Cette possibilité est offerte au cas où certaines prévisions n'ont pas pu être présentés lors de l'action en justice collective. Certes, ce mécanisme, autant que l'opt out, heurtent les principes juridiques français fondamentaux dont les faits que « nul ne plaide par procureur » et la limitation des causes des actions en justice. Selon le premier, tout justiciable doit donner son consentement afin d'être représenté, ce qui pose problème pour l'introduction de l'opt out. Selon le deuxième, nul ne peut intenter, en principe, une action en justice pour les mêmes causes. Cela pose le problème d'offrir une deuxième chance au consommateur. Lorsqu'une action collective n'a pas abouti, il serait difficile de recourir à une action individuelle sans faire exception aux principes fondamentaux du système juridique français.

Regardez le contradictoire afin de comprendre de manière plus approfondie les enjeux du débat autour de l'action de groupe.

La vidéo sur le risque de publicité négative

Un des débats principaux constituent la publication du jugement qui énonce la responsabilité du professionnel. Le but est d'informer les consommateurs afin de leur permettre de rejoindre le groupe de victimes. Quelle équilibre pourrait-on penser entre le besoin d'informer les victimes et l'image de l'entreprise qui a commis un préjudice?

La vidéo sur le fond qui sert à financer l'action de groupe

L'opt out est aussi efficace dans la gestion du préjudice non distribué aux victimes (le reliquat). Dans certains cas, du fait d'une manifestation incomplète des victimes, une partie du préjudice reste non distribuée, faut-il pour autant que l'entreprise récupère ce reste ?

→ Les autres craintes de l'entreprises :

Les entreprises tendent à adopter une stratégie évasive de responsabilité. Cette réaction explique par la crainte de se voir imposer le paiement des sommes exorbitantes afin de compenser le dommage créé. Ces sommes pourront affecter durablement la compétitivité de l'entreprise.

La désagrégation industrielle (sous traitement) et la substitution financière (exposition minimale des capitaux propres afin d'augmenter l'insolvabilité potentielle) font partie de la stratégie des grandes groupes.

C'est en partie, les risques énoncés dans l'ouvrage L'économie des AG (Langlais etc). La possibilité pour les entreprises de s'exposer à des énormes sanctions conduit certaines à « externaliser leurs risques ». Ce constat vient d'une étude des stratégies des grandes groupes américains. Par le sous-traitement, l'endettement, ces entreprises se présentent comme insolubles en cas d'une sanction solide.

⁶ Voir le code économique de la Belgique, article XVII, 38, § 1 et XII, 42.

Malgré ces craintes, nous avons vu que le jeu en vaut la chandelle. Autant les pays d'Amérique du Nord que ceux issus de l'Union Européenne ont retiré une certaine utilité de ce qu'on appelle en France « les dérives ». Le sujet des actions de groupe s'inscrit dans le festival des idées dangereuses. Il est dangereux de condamner sans mieux analyser la pratique américaine. Ce qui est dangereux est de condamner sans se demander en quoi cette action serait perfectible. Alors que les USA n'ont que le opt out, la Belgique pratique opt out et opt in. Au Québec les justiciables sont indemnisés plus que l'avocat, grâce à un mode de financement fondé sur un fond public destiné à l'action de groupe. Qu'attend la France ?