

I. Une action collective, pour quoi faire

Intérêt. En l'état du droit positif, l'action en cessation permet de faire cesser ou interdire une violation du droit de la consommation nuisant aux intérêts collectifs des consommateurs. Elle est, par principe, exercée dans l'intérêt collectif puisque la suppression d'agissement illicite bénéficie à l'ensemble des consommateurs et non pas un consommateur ou un acteur économique pris isolément¹. Pourtant les consommateurs qui ont conclu un contrat contenant une clause abusive ont également un intérêt à la cessation. Or, ces actions ne mettent pas en place un système d'indemnisation des victimes des pratiques illicites. D'où l'opportunité d'assortir les actions en cessation d'un mécanisme de réparation collective et plus généralement d'introduire un recours collectif dont la désignation même pose question : action de groupe, action collective, recours collectif, action en réparation collective²?

Les Etats membres ont été invités à se saisir de cette opportunité par plusieurs instruments

- Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 *relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'Union européenne*.
- Proposition de Directive du 11 avril 2018 *relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs*.

Enjeux théoriques. En théorie, l'action de groupe est une action en réparation et concerne les intérêts individuels des consommateurs additionnés. En cela elle se distingue des actions dans l'intérêt collectif des consommateurs dont l'action en cessation est l'archétype. Il s'agit d'une distinction classique entre la défense des intérêts privés d'une part et celle de l'intérêt collectif (catégoriel) d'autre part. Les intérêts privés sont divisibles, mais puisqu'ils sont divisibles, ils peuvent également s'additionner. C'est la juxtaposition de droits subjectifs que l'action de groupe aurait vocation à protéger. Par contraste, l'intérêt collectif serait indivisible. Dans cette approche théorique classique, les buts poursuivis par les actions en cessation et les actions en réparation collective sont nettement séparés.

Il semblerait que cette approche théorique ne résiste plus à la réalité. En effet, si l'action de groupe n'est conçue que sous les termes d'une action en réparation des préjudices individuels additionnés, elle sera vraisemblablement vouée à l'échec. En effet, dans cette hypothèse, seule la réparation des préjudices patrimoniaux est envisageable pour répondre aux exigences d'homogénéité. Les dommages moraux comme les dommages corporels d'ailleurs ne peuvent être calculés de manière arithmétique pour toute une classe de personnes. Or le montant des dommages patrimoniaux seront vraisemblablement limités en raison du principe de la réparation intégrale du préjudice : tout le préjudice mais rien que le préjudice.

Les dommages-intérêts punitifs sont parfaitement étrangers à notre tradition juridique et il ne semble pas opportun de les y importer. Ce sont pourtant eux qui font le succès des *class actions* étasuniennes

¹ Voy. Cass. (lu), 2 février 2012, *Pas.* 36, p. 1 : « L'action en cessation prévue par l'article 2 de la loi du 19 décembre 2003 ayant pour objet la protection des intérêts collectifs des consommateurs, introduite par une organisation agréée de défense des consommateurs est irrecevable dès lors qu'une clause incriminée constitue une clause isolée dans un contrat unique et non pas une clause d'un contrat-type ». La Cour estime que l'action en cessation a un caractère préventif si bien qu'elle ne peut pas porter sur une clause isolée dans un contrat unique dont le renouvellement n'est pas à craindre, mais uniquement sur une clause d'un contrat-type.

Cass. (lu), 11 novembre 2004, *Pas.* 32, p. 513 : cassation d'un arrêt ayant érigé « l'existence d'une relation concurrentielle entre la demanderesse et le défendeur à une action en cessation d'actes de concurrence déloyale en condition de qualité pour agir dans le chef du groupement professionnel ». La loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale n'est pas conditionnée dans sa protection à l'existence d'une telle relation.

² La question de la désignation n'est pas neutre. L'action de groupe est une expression qui fait peur tant elle évoque les *class actions* américaines. Par contraste l'action en réparation collective réduit l'action à sa stricte dimension indemnitaire, ce qui est rassurant mais peut-être pas totalement exact.

auprès des cabinets d'avocats notamment. Ce sont eux également qui font peur aux entreprises. Mais ce sont eux enfin qui donnent une portée préventive et dissuasive à l'action de groupe. Or cette dimension « régulateur » de l'action collective (*judicial regulation*) paraît essentielle.

L'enjeu pratique consiste à trouver des moyens d'introduire une portée régulateur au moins symbolique au recours collectif sans pour autant bouleverser nos pratiques et menacer la situation économique des entreprises.

II. Une action collective, comment faire

Modèle belge³ et français⁴.

L'alternative peut se présenter comme suit : soit on opte pour une action destinée à indemniser les préjudices pluri-individuels homogènes des consommateurs et l'effet sera limité. Soit on articule cette action avec les actions collectives en remettant en cause la classification des droits pluriels que nous connaissons et en créant des figures procédurales innovantes.

- Modèle de l'action de groupe prévue par la Loi française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui prévoit à l'article 62 que « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée en justice au vu des cas individuels présentés par le demandeur. Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement mentionné au premier alinéa, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins ».

Même si cette loi ne s'applique pas, en France, aux actions de groupe intéressant les consommateurs, il nous semble qu'elle constitue, en combinaison avec la loi Hamon, un modèle intéressant dans la mesure où elle reflète les préoccupations de la proposition de Directive en combinant les actions en cessation et les actions en réparation collective.

Cette loi française insiste, à l'instar du Code de droit économique belge, sur l'importance de la négociation. Préalablement à l'introduction de l'action de groupe, l'association ayant qualité pour agir met en demeure la personne à l'encontre de laquelle elle envisage d'agir. L'action ne peut être introduite qu'à l'expiration d'un délai permettant aux parties de trouver une solution amiable. Cette règle n'est pas exclusive d'un recours à la médiation par exemple.

- Favoriser une solution négociée
- Conjuguer action en cessation et indemnisation
- Questions spécifiques :
 - Articulation avec le NCPC
 - Compétence interne et internationale
 - Recevabilité (pas de phase de certification)
 - Prescription et autorité de la chose jugée
 - Une instance en plusieurs phases : responsabilité puis indemnisation
 - Frais et financement de l'action
 - Réparation globale et reliquat.

³ Le Code de droit économique belge (articles XVII et s.) prévoit que le groupe doit se constituer après la décision de recevabilité du recours collectif. Des délais sont prévus pour permettre la négociation d'un accord de réparation qui pourra être homologué par le juge. Le cas échéant le juge se prononcera au fond sur l'obligation de réparation collective. Voy. E. BALATE, *L'action en réparation collective*, Kluwer, 2015 ; E. BALATE et M. GOUVERNEUR, « De l'action en cessation à l'action en réparation collective », in *Le nouveau Code de droit économique : quelles incidences sur les professions libérales ?*, Anthémis, p. 151.

⁴ En droit français (articles L 423-1 et s. du Code de la consommation français), l'action portée devant le Tribunal de grande instance est divisée en deux temps ; l'un consacré à la constitution du groupe et à la responsabilité du professionnel, l'autre à l'indemnisation. La première phase laisse un délai aux consommateurs pour adhérer au groupe. « Le juge, après sa décision sur la responsabilité peut condamner le professionnel à indemniser directement et individuellement les consommateurs, dans un délai et selon les modalités qu'il fixe » (S. AMRANI-MEKKI, « Action de groupe, mode d'emploi », *Procédures*, 2014, n°12.).