

Marco MANFRON

Master 2

Droit comparé

Année universitaire 2015-2016

**L'action de groupe en France et en Italie : perspectives
comparatistes – lecture sous le prisme de la fonction dissuasive**

Sous la direction du Professeur Dominique d'Ambra

mémoire soutenu le 7 juin 2016

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG



L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans le présent mémoire. Ceux-ci sont propres à leur auteur.

Remerciements

Au Professeur d'Ambra qui a guidé ma démarche et m'a encouragé dans l'élaboration de ce travail de recherche,

Aux intervenants du Master 2 de Droit comparé qui ont enrichi mon savoir juridique,

Au Professeur Ponzanelli dont le soutien m'est précieux,

A Cécile, pour tout.

Liste des abréviations et acronyme

CA	Cour d'appel
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. civ. 1	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
c. cons. fr.	Code de la consommation français
c. cons. it.	Code de la consommation italien
<i>Corr. giur.</i>	<i>Corriere giuridico</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Danno e resp.</i>	<i>Danno e responsabilità</i>
<i>Eur. dir. priv.</i>	<i>Europa e diritto privato</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>JCP éd. G</i>	<i>Semaine juridique édition Générale</i>
<i>JCP éd. E</i>	<i>Semaine juridique édition Entreprise</i>
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Annonces</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
<i>Resp. civ. et ass.</i>	<i>Responsabilité civile et assurances</i>
<i>Rev. Crit. DIP</i>	<i>Revue Critique de Droit international privé</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy Droit des Affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy Droit de Concurrence</i>
<i>Riv. dir. proc.</i>	<i>Rivista di diritto processuale</i>
<i>Riv. trim. dir. e proc. civ.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto e di procedura civile</i>
<i>RTD Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de Droit civil</i>
<i>RTD Com.</i>	<i>Revue trimestrielle de Droit commercial</i>
TGI	Tribunal de Grande Instance
UE	Union Européenne
V.	Voir

Sommaire

SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	1
PARTIE I	9
LA FONCTION DISSUASIVE DE L'ACTION DE GROUPE ET LES TRADITIONS JURIDIQUES PROCEDURALES FRANÇAISE ET ITALIENNE	9
CHAPITRE 1	9
LE DROIT DU PROCES : L'ACTION DE GROUPE ET LA DISSUASION – ENTRE CONVERGENCES ET DIVERGENCES	9
SECTION 1 : LA DISSUASION DANS L'INTRODUCTION DU PROCES	9
SECTION 2 : LA COMPATIBILITE DE LA FONCTION DISSUASIVE DE L'ACTION DE GROUPE AUX PRINCIPES DE LA PROCEDURE	22
CHAPITRE 2	38
LES DIFFICULTES D'UNE PROCEDURE EN « RODAGE »	38
SECTION 1 : LE JUGEMENT « FILTRE » ET LE ROLE PRIMORDIAL DE LA PUBLICITE	38
SECTION 2 : LA DISSUASION PAR LE JUGE : JUGEMENT DE RESPONSABILITE ET EVALUATION DES DOMMAGES ET INTERETS	44
SECTION 3 : LE REJET DE L'ACTION DE GROUPE DANS LA PRATIQUE	46
PARTIE 2	50
LA FONCTION DISSUASIVE DE L'ACTION DE GROUPE PAR LA REPARATION DES DOMMAGES	50
CHAPITRE 1 : L'ACTION DE GROUPE MOTEUR DE LA FONCTION DISSUASIVE DE LA RESPONSABILITE CIVILE	50
SECTION 1 – L'ACTION DE GROUPE ET LE BOULEVERSEMENT DE LA FONCTION DE LA RESPONSABILITE CIVILE : VERS PLUS DE DISSUASION	50
SECTION 2 – L'ACTION DE GROUPE ET L'AUGMENTATION DES DOMMAGES ET INTERETS : CATALYSEUR DE LA DISSUASION	56
CHAPITRE 2 – LES CHAMPS D'APPLICATION DE L'ACTION DE GROUPE	60
SECTION 1 – A DOMAINE LIMITE, DISSUASION LIMITEE	60
SECTION 2 – L'APPROCHE DES « PETITS PAS » FACE AUX EXIGENCES D'UNE PROCEDURE DE DROIT COMMUN	69
CONCLUSIONS ET PERSPECTIVES	76
BIBLIOGRAPHIE	78
TABLE DE JURISPRUDENCE	93

INTRODUCTION

Que ce soit à travers le cinéma¹ ou des articles de presse pour le moins expressifs (on lit que des *class actions* ont « marqué l'histoire² »), tout le monde a en tête, plus ou moins vaguement, le système populaire de la *class action* à l'américaine (elle serait même « monnaie courante » aux Etats-Unis³).

Juridiquement, la *class action*, ou action de groupe, est « l'action en justice exercée par le requérant, pour le compte d'une catégorie de personnes invoquant un même intérêt, sans qu'il en ait nécessairement reçu le mandat⁴ ». C'est donc un instrument procédural particulier.

D'origine anglaise⁵, la *class action* se développe aux Etats-Unis⁶ au cours du XX^e siècle « en raison de la nécessité accrue d'une protection souple et efficace des intérêts de groupe contre les abus liés à la « civilisation de masse⁷ » ». Les affaires traitées concernent un large éventail de domaines. On y connaît aussi bien des actions relatives aux dommages liés à la consommation de tabac, aux pratiques anticoncurrentielles, aux discriminations raciales ou sexuelles (on parle ici de *civil rights*) que des actions traitant de dommages causés à l'environnement et qui ont un impact sur la santé des résidents.

Ne souhaitant souligner que les points clefs de la procédure, dans un souci de célérité et de complétude, on précisera que la discipline actuelle de la *class action* est régie par la *Rule 23* des *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)* (introduction de l'institution en 1938 puis

¹ Nombre d'entrées au box-office France pour "Erin Brockovich, seule contre tous" : 2 570 294 entrées (14^e place), source : https://fr.wikipedia.org/wiki/Box-office_France_2000.

² A. Phalippou, « Les class actions qui ont marqué l'histoire », *Huffington Post*, 22 juin 2012, accessible sur : http://www.huffingtonpost.fr/2012/06/22/les-class-actions-qui-ont-marque-erin-brockovich_n_1617921.html, dernier accès le 15 mai 2016.

³ A. Krempf, « Les Etats-Unis, le pays de la class action », *France Info*, 2 mai 2013, accessible sur : <http://www.franceinfo.fr/actu/economie/article/les-etats-unis-le-pays-de-la-class-action-249715>, dernier accès le 15 mai 2016.

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, voir *class action*.

⁵ J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 6^e éd., 2015, n° 94 : « Elles sont apparues en Angleterre au cours du XVIII^e siècle, devant la Cour de chancellerie. Lorsqu'un procès mettait en jeu des intérêts identiques, le juge ordonnait la jonction des demandes. Il lui arrivait même de rendre parties, sans qu'elles le sachent, des personnes intéressées qui n'avaient pas comparu devant lui ».

⁶ Il n'est pas inusuel qu'une institution d'origine anglo-saxonne soit transférée outre-Atlantique et qu'elle y soit davantage exploitée et développée. C'est le cas aussi des dommages et intérêts punitifs.

⁷ M. Cappelletti, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC*, Vol. 27, n°3, Juillet-septembre 1975, p. 587.

révision législative en 1966⁸). Cette procédure se déroule en deux phases : la première est dite de « *certification* » de la *class*, la seconde est une phase judiciaire de droit commun⁹. Au cours de la phase de *certification* (*Rule 23(a)*), le juge vérifie toute une série d'éléments relatifs à l'admissibilité de l'affaire. Il vérifiera que le nombre de victimes est trop élevé pour que soit engagée une instance avec une défense conjointe (*numerosity*) ; l'existence de questions communes de fait et/ou de droit entre les demandeurs (*commonality*¹⁰) ; la typicité des demandes et des défenses des parties au regard des cas de *class actions* (*typicality*) et, *in fine*, la capacité adéquate et juste du représentant (*adequacy of representation*).

Dès lors que l'introduction en justice satisfait ces conditions d'admissibilité, la *class action* doit correspondre à l'un des trois types prévus par la *Rule 23 (b)* : le cas plus fréquent est celui de l'hypothèse (*b*)(3¹¹) qui pose deux conditions ultérieures : la prédominance des questions communes sur celles particulières des membres de la *class* et la supériorité, en terme d'efficacité, de la *class action* à toute autre moyen de résolution du litige (c'est en quelque sorte, un test de nécessité). Le juge procède dans la phase de *certification* en définissant la classe et ses prétentions. Une publicité a ensuite lieu afin que les personnes faisant partie de la classe universelle se manifestent. Cette publicité se fait par le biais du « *meilleur avis praticable selon les circonstances* » : le but est de parvenir au nombre le plus élevé possible de victimes afin que, si elles le désirent, exercent leur droit d'exclusion de la *class* (dit système d'*opt-out*) dans un délai fixé par le juge (1 à 2 mois¹²).

L'*opt-out* est propre au système étatsunien. Il génère deux conséquences : en premier lieu, son exercice entraîne la sortie de la victime de la *class*. Celle-ci ne sera pas liée par la

⁸ Nous soulignons la complexité du système juridique américain : en effet, aux Etats-Unis, on a une coexistence de deux niveaux juridiques. Un niveau local (qui correspond à chacun des cinquante Etats) et un niveau fédéral commun aux cinquante Etats. L'exercice des pouvoirs législatifs au niveau local affecte la procédure civile. Dans chaque Etat, on pourrait donc avoir des particularismes dans la procédure de *class action*. Sur le plan fédéral, la procédure de la *class action* sera la même pour tous et c'est à cette procédure que l'on se réfère ici, comme au cours du présent devoir.

J. Cooper Alexander, « An Introduction to Class Action Procedure in the United States », Presented Conference: *Debates over Group Litigation in Comparative Perspective*, Geneva, Switzerland, July 21-22, 2000 ; F. Benatti, « Danni punitivi e class action nel diritto nordamericano », *Analisi giuridica dell'Economia*, 2008, 1, pp. 231-243 ; F. Benatti, « Note in tema di class actions transfrontaliere », *Danno e resp.*, 2012, 1, pp. 5-11.

⁹ D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français : après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *Gaz. Pal.*, 2014, p. 32 et s. ; J. Lemontey et N. Michon, « Les « class actions » américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *Journ. droit intern. (Clunet)*, N°2, Avril 2009, var. 2.

¹⁰ Cette condition d'admissibilité est difficile à caractériser : à de nombreuses occasions, les Cours étatsuniennes ont dû rejeter les demandes à cause d'une absence d'homogénéité dans les demandes.

¹¹ Ce type de *class action* fut introduit avec la modification des *FRCP* en 1966.

¹² J. Cooper Alexander, « An Introduction to Class Action Procedure in the United States », *op.cit.*, pp. 8-9.

décision du juge : elle se soustrait aux effets de la chose jugée et pourra alors agir en justice par l'exercice d'une action individuelle traditionnelle ; en second lieu, puisque l'absence d'une telle manifestation de volonté engendre la permanence dans la *class*, l'introduction de l'action par le représentant doit être considérée comme un « mandat forcé¹³ ». Le représentant agit au nom et dans l'intérêt d'autrui et pour cela, les victimes qui n'ont pas renoncé à participer à la procédure y en sont automatiquement parties et seront liées par l'autorité de la chose jugée de la décision.

Un tel outil processuel trouve son origine dans la culture socio-juridique d'outre-Atlantique : sur un plan philosophique, elle est témoin d'une collectivisation des litiges qui correspond aux conséquences découlant des évolutions du marché, des manifestations de la globalisation – telle que la consommation de masse – et qui imposent la nécessité d'une garantie d'accès à la justice ; par ailleurs, elle se fonde sur le rôle prédominant du juge qui, conformément à une procédure plutôt inquisitoire, gère réellement l'affaire et dispose de pouvoirs tout à fait particuliers et amples¹⁴.

Cette procédure est donc le produit de l'environnement juridique étatsunien. Elle est également liée à des principes qui sont au fondement du *tort law* : en effet, aux Etats-Unis, la responsabilité civile n'a pas uniquement une fonction réparatrice – contrairement aux systèmes de responsabilité civile des pays de *Civil Law* –, mais remplit également une fonction préventive. Ainsi, elle a pour but de dissuader, voire, de punir le *tortfeasor*¹⁵.

Par conséquent, le moteur du dispositif étatsunien est un moteur hybride mêlant compensation et punition. De ce fait, les condamnations à des dommages et intérêts punitifs sont possibles et les pactes *de quota litis* (*contingency fees*) sont permis. De là, découlerait l'efficacité de tout le système¹⁶.

¹³ J. Lemontey et N. Michon, « Les « class actions » américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », op.cit., p. 4.

¹⁴ C. Piché, « The Cultural Analysis of Class Action Law », *J. Civ. L. Stud.*, vol. 2, 2009, pp.102-145 ; M. Cappelletti, « The law-making power of the judge and its limits : a comparative analysis », *Monash U.L. Rev.*, 8, 1981, pp. 35-36.

¹⁵ J. M. Scheb et J. M. II Scheb, *An introduction to the American legal system*, 2^e éd., 2010, Aspen Publishers, pp. 167-198.

¹⁶ M. H. Redish and C. W. Berlow, « The Class Action As Political Theory », 85 *Wash. U. L. Rev.* 753, 2007, disponible sur : http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss4/2, dernier accès le 15 mai 2016.

Enfin, derrière le système des *class actions*, se trouve une philosophie d'évaluation coûts-bénéfices dans une perspective d'analyse économique du Droit¹⁷ particulièrement mise en lumière au sein du milieu académique étatsunien, contrairement aux pays européens où elle pose difficilement ses racines¹⁸. En cohérence avec la théorie utilitariste, l'action de groupe permet la dissuasion des comportements illicites par l'exercice d'une pression sur le futur et éventuel responsable d'un fait illicite afin qu'il ne s'exécute pas ou qu'il ne reproduise pas un comportement fautif déjà commis. On a une dissuasion spéciale au sens où l'on agit sur le coupable et une dissuasion générale au sens où l'on protège préventivement l'ensemble de la société.

Cette procédure a manifesté aux Etats-Unis sa capacité d'adaptation à un environnement juridique et à un contexte sociétal (globalisation et complexité du marché et judiciarisation de la société). Toutefois, elle a également démontré sa prédisposition à être instrumentalisée par les acteurs juridiques : d'une part, les victimes tentent des demandes qui semblent particulièrement « légères¹⁹ ». D'autre part, la mise en œuvre des *class actions* est portée par les cabinets d'avocats (*law firms*). Ils permettent de supporter les coûts élevés du procès. Or, très souvent, un pacte *de quota litis* sera conclu et les sommes perçues par les victimes seront *in fine* bien moindres et n'atteindraient plus les objectifs sous-jacents de la justice substantielle²⁰.

Il reste que la *class action* a capturé l'attention et la curiosité de nombreux pays. Des pays appartenant au même système juridique que celui étatsunien ont pu aisément effectuer un *legal transplant* au sein de leur droit²¹. L'outil est en effet particulièrement efficace et attractif

¹⁷ R. Sacco et P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 6^e éd., 2015, Milan, CEDAM, pp. 220-221 ; T. S. Ulen, « An introduction to the law and economics of class action litigation », *Eur. J. Law Econ.*, 2011, vol. 32, p.185–203 ; B. Deffains, M. Doriat-Duban et E. Langlais, *Économie des actions collectives*, Presse Universitaire de France, Droit et justice, 1^{ère} éd., Paris, 2008.R ; R. A. Posner et F. Parisi, *Law and Economics : An Introduction*, in R. A. Posner et F. Parisi, *Law and Economics. Theoretical and Methodological Foundations*, Vol. 1, Edward Elgar, Elgar Reference Collection, Cheltenham-Lyme, 1997, pp. IX-XLVIII.

¹⁸ Par exemple, voir l'analyse retracée par E. Susset, « Les enjeux de l'analyse économique du droit », *Labyrinthe*, 9 | 2001, Actualité de la recherche (n° 9), disponible sur : <http://labyrinthe.revues.org/1126>, dernier accès le 16 mai 2016.

¹⁹ On a par exemple vu une action de groupe relative au « gras » contenu dans la pâte à tartiner Nutella qui s'est conclue sur un accord extrajudiciaire (*settlement*) dépassant les 3 millions de dollars.

²⁰ P. Hay, *Law of the United States*, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 74-75 ; J. Kaladjic, « How much is too much ? Contingency fees in class actions », *Class Action*, Vol. IX, No. 4, pp. 615-618.

²¹ La *class action* « à l'américaine » est à peu près connue dans tous les pays anglophones de *common law* : Canada, Royaume-Uni, Australie, Nouvelle-Zélande....

pour la réparation de dommages de masse (en droit étatsunien, on parle à ce titre de *mass litigation*). Une circulation de l'institution a eu lieu et est parvenue à s'introduire dans le système de *Civil Law* (les pays européens ayant été particulièrement concernés²²). En Europe, donc, les dernières décennies ont été marquées par un intérêt croissant vers l'action de groupe américaine. Toutefois, un tel intérêt s'est manifesté de manière controversée : d'une part, l'introduction d'une telle procédure dans les pays européens irait en faveur des exigences d'efficacité des droits, de célérité, de bonne administration de la justice et de *private enforcement* ; d'autre part, le modèle étatsunien, avec ses excès et ses postulats, a été source de scepticisme et de méfiance car il provient d'une tradition processuelle et substantielle divergente de celle des pays de *Civil Law*.

Malgré ces ambiguïtés, de nombreux pays ont poursuivi leur objectif de reprise de l'action de groupe tout en l'adaptant à leur ordre juridique. Il en résulte des mécanismes et procédures bien différentes, l'Union Européenne n'ayant pu harmoniser, ni unifier, la question.

Parmi les récents Etats de *Civil Law* qui ont introduit un recours collectif inspiré du modèle étatsunien figurent la France et l'Italie.

En France, la loi Hamon du 17 mars 2014 a introduit aux articles L. 423-1 et suivants du Code de la consommation (ci-après, c. cons. fr.) son action de groupe ; contrairement à la *class action*, elle n'est pas conçue comme une procédure « universelle », c'est-à-dire de droit commun. En effet, son domaine d'application est assez limité. Les conditions de mise en œuvre sont également différentes et sont la preuve de la politique prudente du législateur qui a abouti à l'introduction d'une nouvelle action de groupe en matière de santé au début de l'année 2016 ainsi qu'un projet de loi visant à introduire un recours collectif en matière de discrimination sur le lieu de travail.

En Italie, l'action de groupe a été introduite en 2007²³. Les dispositions ont également été insérées dans le *Codice del consumo*, c'est-à-dire le Code de la consommation italien (ci-après c. cons. it.). Une réforme radicale a ensuite été effectuée en 2009 et concerne les conditions de mise en œuvre de l'action et ce, avant même que n'entre en vigueur la loi de 2007 précitée. Ce deuxième dispositif est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010. En 2012, une nouvelle réforme

²² P. Mattil et V. Desoutter, « Le recours collectif européen. État de situation. – Le recours collectif européen sous la perspective des droit communautaire et comparé », *Revue de droit bancaire et financier*, Juillet 2008, 4, dossier 26.

²³ Par le biais de la Legge Finanziaria 2008, alinéas 446 à 449 de l'article 2 de la Legge n° 244 de 2007.

voit le jour et vise à accroître l'efficacité du dispositif précédent. Récemment, en juin 2015, la Chambre des députés italienne a voté à l'unanimité une nouvelle modification, radicale, de la discipline de *l'azione di classe* visant à transférer la matière dans le Code de procédure civile et la faisant donc passer dans le droit commun.

En France et en Italie, l'introduction de l'action de groupe sert d'abord la tutelle des droits des consommateurs. Elle est le résultat d'un long parcours et la doctrine a eu l'occasion de commenter la démarche à de nombreuses reprises.

L'adaptation à l'environnement juridique du pays récepteur peut ne pas permettre une pleine mise en œuvre de la finalité dissuasive propre à l'action de groupe. Trois raisons peuvent être mises en avant : premièrement, la France et l'Italie connaissent une absence de culture utilitariste du droit aussi forte qu'outre-Atlantique ; deuxièmement, ces pays ne donnent pas la même importance à l'analyse économique du droit qu'aux Etats-Unis ; enfin, la prépondérance de la fonction réparatrice de la responsabilité civile conduit inévitablement à un amenuisement de sa fonction dissuasive, encore aujourd'hui débattue et contestée.

Mettre en œuvre une méthode comparatiste d'approche du droit est pertinent en la matière. En effet, par la technique du Droit comparé, on permet d'évaluer deux transferts de droit, de la même institution, vers deux ordres juridiques différents mais dont la culture juridique est proche et l'étude de l'adaptation est alors plus pertinente car on peut ainsi évaluer le mécanisme le plus efficace. Par ailleurs, par la technique du Droit comparé, on permet d'évaluer deux transferts au sein de deux pays de l'Union Européenne, par des méthodes différentes, et la Commission a récemment recommandé aux Etats membres d'introduire des mécanismes de recours collectifs pour garantir un accès effectif à la justice aux citoyens²⁴. Ainsi, il est pertinent d'évaluer les manières dont s'est opéré le *legal transplant* car il y a de fortes nuances au sein des deux pays.

Confronter les procédures française et italienne est juridiquement pertinent pour deux raisons : en premier lieu, ce sont les pays qui ont introduit le plus récemment les actions de groupe – ou qui l'ont modifiée dans les dernières années – et ont ainsi pu s'inspirer du « meilleur » d'autres transferts de droit. En deuxième lieu, bien que la France et l'Italie

²⁴ 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 États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE).

partagent la même tradition juridique tant au niveau processuel que substantiel, des différences dans l'adaptation de la *class action* montrent des approches juridiques et politiques différentes.

En outre, on devra tenir en compte des différences radicales qui affectent la conception de dissuasion : en premier lieu, si aux Etats-Unis la dissuasion est une fonction importante de la responsabilité civile, en Europe et, par conséquent, en France et Italie, un tel objectif est traditionnellement attribué au droit pénal. La dissuasion est alors considérée comme un but caché (et très secondaire) de la responsabilité civile ; en second lieu, la dissuasion à l'européenne opère sur un plan différent : par la *class action*, aux Etats-Unis, on cherche à punir et à compenser les dommages de masse, quelle que soit la somme à allouer. En Europe, la logique dissuasive de l'action de groupe est imprégnée de la protection de la partie faible : on cherche à réparer les dommages de petites tailles (*small claims*) et surtout, à garantir l'accès à la justice du consommateur qui n'agirait pas individuellement pour la réparation d'un préjudice pécuniairement faible. Ainsi, on cherche aussi à moraliser le marché en dissuadant les auteurs d'actes litigieux car ils ne pourront désormais plus obtenir et garder leurs gains illicites en restant impunis.

Théoriquement donc, la France et l'Italie ont opéré le transfert d'une institution d'un ordre juridique dont les principes processuels sont bien différents. La logique dissuasive également diffère. Enfin, l'action de groupe est une action en responsabilité civile et cette dernière obéit à des principes divergents de ceux du *tort law*.

Il convient donc de chercher à comprendre si l'action de groupe, telle qu'introduite en France et en Italie, conserve sa fonction dissuasive originelle bien qu'ayant dû respecter et se conformer aux traditions juridiques procédurales et substantielles françaises et italiennes.

La France et l'Italie ont des principes procéduraux qui peuvent entraver la dissuasion des entreprises de commettre un acte peu vertueux car lesdits principes peuvent se poser en obstacle d'un transfert de droit intègre de la procédure étatsunienne. Il a donc fallu adapter les mécanismes à l'environnement et à la culture juridique de *Civil Law*. Toutefois, ces adaptations nécessaires ont également pu démontrer qu'elles favorisent, sous d'autres aspects, l'effet dissuasif de l'action de groupe. Les principes procéduraux français et italiens constituent donc des éléments *anti* ou *pro* dissuasion, c'est selon (**Partie I**). Par ailleurs, l'action de groupe est

une action en responsabilité civile. Celle-ci ne peut pas excéder ses limites et il a donc également fallu adapter les éléments propres au *tort law* pour les rendre compatibles à la responsabilité civile française et italienne. Cela crée des obstacles à une pleine mise en œuvre de l'effet dissuasif de l'action de groupe mais le droit prospectif pourrait combler ces lacunes **(Partie II)**.

L'analyse comparée du présent devoir se limitera au Droit positif contenu dans les Codes de la consommation français et italien et nous n'envisagerons le Droit prospectif procédural italien et le Droit substantiel de la responsabilité civile française que de manière ponctuelle, lorsque le sujet s'y prête particulièrement, c'est-à-dire, quand l'apport au présent devoir est incontestable et nécessaire.

Nous ne chercherons pas à confronter l'action de groupe étatsunienne à celle « italo-française » conçue comme un bloc : il s'agira plutôt d'une analyse comparée de la procédure française et de la procédure italienne, sous le prisme d'une lecture de leur fonction dissuasive. Il sera alors fait référence au Droit américain uniquement dans un but de différenciation de la procédure originelle (celle américaine) et d'analyse des résultats du transfert vers les droits français et italien.

Partie I

La Fonction dissuasive de l'action de groupe et les traditions juridiques procédurales française et italienne

Bien qu'une analyse attentive des actions de groupe présentes dans les procédures française et italienne permet d'en affirmer la cohérence avec les objectifs d'effectivité des droits du consommateur et d'un accès à la justice favorisé dissuadant alors les entreprises de causer du tort au consommateur, des carences procédurales entravent toutefois la bonne mise en œuvre desdits droits (**chapitre 1**). D'autre part, le manque d'expertise des législateurs français et italien et les difficultés dans la pratique à parvenir à une décision judiciaire génèrent des ambiguïtés qui ne permettent alors pas un recours massif à l'action de groupe, contrairement aux attentes (**chapitre 2**).

Chapitre 1

Le droit du procès : l'action de groupe et la dissuasion – entre convergences et divergences

L'introduction de textes relatifs aux actions collectives au sein des ordres juridiques français et italien visent à lever les obstacles procéduraux qui empêchent la protection de la partie faible. A ce titre, ils bouleversent la philosophie du procès ainsi que la notion de « partie » processuelle. Toutefois, malgré les bonnes intentions des législateurs, les solutions choisies pour le bien-fondé des actions en justice ne permettent pas un accès « ouvert » à la tutelle juridictionnelle des droits (**section 1**). Il convient également d'analyser la cohérence entre l'action de groupe prise dans sa fonction dissuasive et les principes directeurs du procès civil (**section 2**).

Section 1 : La dissuasion dans l'introduction du procès

Avant de procéder à une véritable comparaison entre les deux institutions, il nous paraît cohérent – et nécessaire – de mettre en lumière, les phénomènes sociojuridiques qui les fondent – et qui sont d'ailleurs à la base d'une lecture comparatiste : il s'agit de la collectivisation du litige (**paragraphe 1**), qui est la conséquence d'un besoin majeur de tutelle à l'égard des

consommateurs (**paragraphe 2**). Une telle collectivisation a été mise en œuvre de manière différente en France et en Italie, tant au regard des sujets légitimés à agir (**paragraphe 3**) qu'aux variétés d'intérêts protégés (**paragraphe 4**).

Paragraphe 1 – Le phénomène de collectivisation du litige : les effets sur le concept de partie et l'objectivisation du procès

Le procès est traditionnellement défini comme la « chose des parties²⁵ » : l'action naît sous l'initiative du demandeur (*i.e.* le principe de la demande ou du dispositif formel). La décision du juge produit ses effets à l'encontre des parties qui sont concernées par le procès (y compris pour les absents, qui ont décidé de ne pas comparaître).

Aussi bien en France qu'en Italie, cette structure était le produit d'une lecture traditionnelle, fondée sur une théorie générale du procès en vertu de laquelle *un* sujet peut agir en justice pour obtenir la tutelle juridictionnelle de ses droits. Prime alors une « perspective libérale et individualiste²⁶ ». La pluralité des parties, en effet, n'est qu'une dimension qui surviendra à cause de la complexité du rapport juridique litigieux (et nous serons alors en présence de litisconsorts nécessaires²⁷) ou à cause d'une complexité due à un degré de connexité entre deux ou plusieurs instances. L'intensité de la connexité peut également varier : elle sera élevée quand les instances auront en commun un titre (*causa petendi*) ou leur objet (*petitum*) ; elle sera particulièrement faible lorsque les deux instances n'auront en commun que quelques

²⁵ Entre autres, F. Brus, *Le principe dispositif et le procès civil*, thèse de doctorat de soutenue à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, 26 mars 2014.

²⁶ M. Cappelletti, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *op. cit.*.

²⁷ Notamment dans les cas d'une pluralité de sujets qui sont titulaires tous ensemble d'un droit qui va être objet de la décision, les conséquences au niveau du maintien de la connexité sont radicales : les instances ne seront pas divisibles. Le procès multipartite nécessaire empêche la divisibilité des instances à cause de la configuration plurale du droit subjectif actionné en justice.

questions (de fait ou de droit) à résoudre²⁸ : on tiendra compte de la bonne administration de la Justice²⁹ et de l'effectivité des droits³⁰ pour réunir, ou non, les instances.

Cependant, il est nécessaire de préciser que cette configuration du procès ne vaut que tant que les exigences sociétales demeurent inchangées. Reflet de ces exigences et mutations de la société, le procès peut (*doit ?*) modifier sa structure de base.

Le procès civil est alors aujourd'hui au cœur d'une « métamorphose profonde³¹ » : conséquence de notre société de consommation de masse, la massification des préjudices a lieu, entraînant avec elle la massification du procès civil³².

Si jusqu'alors la pluralité de parties ne produisait pas d'effets substantiels sur la structure du procès, émergent aujourd'hui des changements économiques et sociaux visant à une valorisation des intérêts collectifs dont la tutelle juridictionnelle ne peut être assurée à travers un procès civil qui fait de l'individu l'objet de tutelle³³. Le « déclin d'une conception individualiste du procès et de la justice³⁴ » engendre alors une nécessaire modification des

²⁸ C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, vol. II, Torino Giappichelli, 2014, p. 22 e s.

²⁹ Y.-M. Serinet, « La pluralité de parties : introduction » in L. Cadiet et D. Loriferne (dir.), *La pluralité de parties*, Paris, IRJS éd., Collection André Tunc, 2013 : il s'agit d'éviter que des décisions contradictoires soient rendues – *contrasto fra giudicati* ; B. Deffains, M. Doriat-Duban et E. Langlais, *Économie des actions collectives*, Presse Universitaire de France, Droit et Justice, 1^{er} édition, Paris, 2008, p. 15 et s., spéc. p. 17 : « le fait de combiner ces actions dans un recours collectif réduirait le nombre total d'actions » ; en plus, « l'action collective permet de faire des demandes alors qu'elles ne seraient pas intentées individuellement parce que le coût serait exorbitant » : il s'agit donc également d'une économie possible des ressources financières allouées à la Justice civile.

³⁰ D. Lanzara, « Les règles de procédure à l'épreuve de la pluralité de parties », *D.*, 2015, p. 2520 et s.

³¹ M. Cappelletti, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *op.cit.*.

³² C. Piché, « The Cultural Analysis of Class Action Law », *op.cit.*, p. 123. L'auteur traite des opinions d'une doctrine qui inscrit le phénomène des recours collectifs dans une révolution conceptuelle du procès civil.

³³ M. Cappelletti, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *op.cit.*, p. 587 : « Il est évident, encore une fois, que devant [les class actions], nouvelles ou renouvelées, les vieilles règles et structures processuelles en matière de qualité et d'intérêt pour agir, de représentation et de substitution processuelle, d'assignation et en général de droit au contradictoire, de limites subjectives et objectives de la chose jugée, tombent comme des châteaux de cartes. Ces règles et ces structures, envisagées pour un procès civil de contenu individualiste – la réglementation des limites entre deux propriétaires, la restitution d'une somme de la part du débiteur à son créancier, l'indemnisation d'un dommage personnellement subi – révèlent leur impuissante inconséquence devant des phénomènes juridiques collectifs, tels que ceux qui se produisent de plus en plus fréquemment dans la réalité sociale et économique d'aujourd'hui ».

³⁴ M. Cappelletti, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *op.cit.*, p. 596.

structures processuelles qui aboutit à un « bouleversement du procès civil³⁵ ». On arrive à une « nouvelle légalité³⁶ ».

Le procès civil échappe des mains des parties, il n'est plus leur chose : il devient une « chose commune ». Face à ce passage de l'individuel au collectif, le procès change radicalement : il devient « un phénomène collectif, interactif, prospectif et créateur³⁷ » et entraîne une « dépersonnalisation du contentieux » dont le corollaire nécessaire est une « objectivation exacerbée » de celui-ci.

La conception de la notion de « partie » fait, elle aussi, l'objet d'une « révolution copernicienne³⁸ » : la partie perd de son individualité. « L'idée subjective de la partie assimilant partie et individu s'efface au profit d'une conception « objective » selon laquelle une partie pourrait rassembler plusieurs personnes réunies par un intérêt unique³⁹ ». Par conséquent, « l'objet du litige et la fonction du procès prime sur l'autonomie processuelle des parties⁴⁰ ».

En doctrine, on a alors parlé de « partie plurale⁴¹ », « collective ou idéologique⁴² » ; ce qui amène à un traitement collectif des instances individuelles.

On voit donc qu'il a été tenu compte des nécessités de la société et on a dû adapter les notions de procès et de partie pour favoriser la protection des consommateurs par l'action de groupe.

³⁵ D. Lanzara, « Les règles de procédure à l'épreuve de la pluralité de parties », *op.cit.*, p. 2523.

³⁶ P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, Thèse, Paris, 2000, p. 371.

³⁷ P. Didier, *ibid.*, p. 374 : « collectif car au-delà des parties, ce sont les groupes dont sont issus les individus qu'il faut considérer ; interactif car le litige ne prend son sens que situé dans son contexte social ; prospectif car le procès s'adresse en réalité à l'avenir ; créateur car son but est d'introduire de nouvelles structures sociales plus justes ».

³⁸ L. Frata, « « Class action » e « azioni collettive risarcitorie » : un primo confronto », *Danno e resp.*, 5, 2008, p. 493 et s., traduction propre.

³⁹ R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif*, LGDJ, 1990, cité par S. Amrani Mekki, « Les notions de la pluralité de parties », p. 33, in L. Cadet et D. Loriferne (dir.), *La pluralité de parties*, *op. cit.*.

⁴⁰ S. Amrani Mekki, « Les notions de la pluralité de parties », *op. cit.*, p. 33-34.

⁴¹ S. Amrani Mekki, « Les notions de la pluralité de parties », *ibid.*.

⁴² M. Cappelletti, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *op.cit.*, p. 591.

Paragraphe 2 – Le consommateur en tant que partie faible et le besoin d’agrégation

Les recours collectifs s’adressent en particulier⁴³ au consommateur⁴⁴. Doublement partie faible⁴⁵, sa tutelle nécessite une intervention sur le plan substantiel du droit (e.g. la mise en place des listes de clauses abusives, grises et noires dans le droit de la consommation) mais aussi, sur le plan processuel : dans ce second aspect, il faudra rétablir un équilibre en offrant au consommateur un instrument processuel plus efficace en terme de réparation des dommages causés par le professionnel et qui, *in fine*, préviendra celui-ci de réitérer : ici, la fonction dissuasive de l’action de groupe converge avec la nécessité de protéger la partie faible⁴⁶. Elles sont d’ailleurs indissociables car on dissuade, justement, des atteintes à la partie faible.

Si des institutions répondant à une logique agrégative avaient déjà été mises en place en France et en Italie⁴⁷ afin de préserver (entres autres) le consommateur, l’ampleur de la tutelle

⁴³ Les personnes morales, néanmoins, peuvent aussi subir des dommages sérieux, mais les droits français et italien excluent que la tutelle collective consumériste puisse être appliquée à d’autres sujets que les personnes physiques. Cela, fondamentalement, pour des raisons de sécurité juridique : la *summa divisio* personnes physiques - personnes morales-professionnelles et la prise en compte uniquement des personnes physiques aux fins de protection est imposée par une présomption selon laquelle « la personne morale (a) un patrimoine d’informations et une expertise technique qui lui permet d’opérer sur un plan de parité avec la contrepartie contractuelle ». V. Sangiovanni, « Nozione di consumatore e legittimazione alla *class action* », *Il Corriere del merito*, 11, 2010, p. 1151. En ce sens : D. Mainguy, *L’action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *op.cit.*, p. 54-55.

⁴⁴ La définition du « consommateur » est une définition *a contrario* et ambiguë tant en France qu’en Italie. Cela provoque donc des difficultés quant à la définition du champ d’application de l’action de groupe. En France, en effet, avant la loi Hamon du 17 mars 2014, une définition du consommateur manquait : par cette loi, le législateur introduit une définition donnée par la directive 2011/83/UE : le consommateur est « toute personne physique qui agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » En droit italien, en revanche, dès l’entrée en vigueur du code de la consommation (*codice del consumo*, D.lgs. 206/2005) où le consommateur a été défini comme « la personne physique qui agit pour des buts étrangers à l’activité entrepreneuriale, commerciale, artisanale ou professionnelle qu’elle effectue éventuellement », (traduction propre). Sur la problématique de la définition de consommateur dans la loi Hamon : C. A. de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *Revue des contrats*, n°3, 1 septembre 2014, n°9-12.

⁴⁵ D’une part, le consommateur est inférieur au professionnel dans la phase des négociations du contrat : bien que le principe soit la négociation « égalitaire », nul ne peut nier ce rapport de force dans la pratique contractuelle de notre société. D’autre part, n’étant pas acteur sur le marché, il est au plus bas de la chaîne économique et subit alors les distorsions de concurrence.

⁴⁶ B. di Giacomo Russo, « la *class action* italiana », *Il Giudice di pace*, 2, 2012, p. 169 et s. : « La *class action* constitue un instrument processuel exceptionnel visant à rééquilibrer la position des opérateurs économiques par rapport à celle des consommateurs, lésés par leurs comportements, en exerçant aussi l’importante fonction de dissuasion par la commission des délits », traduction propre. En ce sens : V. Sangiovanni, « Nozione di consumatore e legittimazione alla *class action* », *op.cit.*, pp. 1048-1049.

⁴⁷ La représentation conjointe en France, l’action collective préventive en Italie.

demeurait insuffisante⁴⁸. Les trop importantes difficultés du consommateur à obtenir réparation de manière isolée peuvent cependant être surmontées par le phénomène d'agrégation en associations. Il s'agit d'ailleurs de la voie la plus cohérente avec la culture solidariste.

Paragraphe 3 – La qualité pour agir : le consommateur et les associations de consommateurs

Aux Etats-Unis, la *Rule 23* précitée pose une forme de tutelle universelle⁴⁹ : la *class action* peut être activée pour la protection de tout droit. En ça, elle constitue un outil qui, grâce aux particularités de l'environnement juridique étatsunien, permet non seulement l'effectivité des droits lésés, mais aussi une dissuasion décisive des conduites peu vertueuses des professionnels. La seule condition est que le demandeur soit une victime appartenant à la classe des titulaires de droits lésés. La victime, toutefois, est seule : aucune association ne prend en charge le procès. Cependant, l'effet dissuasif a bien lieu car, bien que seule, la victime pourra se tourner vers un cabinet d'avocats (qui aura activité plutôt de type entrepreneurial dans ce cas) qui supportera les charges du procès y étant incité, l'ordre juridique étatsunien prévoyant la possibilité du pacte de *quota litis*⁵⁰.

Ces pactes sont prohibés en France et en Italie. Toutefois, une alternative existe.

En effet, traditionnellement, les pays européens, et notamment la France et l'Italie, ont développé et attribué après la Seconde Guerre mondiale un rôle clef aux activités agrégatives des citoyens. Ce processus a lieu à différents niveaux : l'affirmation des syndicats dans la tutelle des droits des travailleurs ; l'importance attribuée par les Constitutions aux partis politiques et en général, à l'associationnisme comme outil de « développement de la personne » et de participation à la vie du pays. La matière de la consommation est également touchée par ce processus. Le phénomène des associations protégeant les consommateurs est considéré comme nécessaire à la bonne mise en œuvre des devoirs de solidarité sociale et d'égalité substantielle⁵¹.

⁴⁸ N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.*, 2014, p. 947 et s.

⁴⁹ Le Québec aussi connaît une action de groupe très similaire à celle américaine. Raymond Martin, « Le recours collectifs au Québec et prospective pour la France », *JCP éd. G*, 33, septembre 1986, I, p. 3255 et s.

⁵⁰ En effet, le cabinet sera incité à supporter ces charges car l'attrait est grand : l'ordre juridique étatsunien permet aussi bien une allocation de dommages et intérêts outrepassant la réparation intégrale par le *windfall* que par les *punitive damages*.

⁵¹ Par exemple, on le voit bien aux articles 2 et 3 alinéa 2 de la Constitution italienne : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale ».

De ce fait, l'article L. 423-1 c. cons. fr. octroie la qualité pour agir exclusivement aux « association(s) de défense des consommateurs représentative(s) au niveau national et agréée(s) en application de l'article L. 411-1 ». Or, cela constitue une limite à la mise en œuvre de l'action de groupe. Une disposition similaire avait initialement aussi été retenue à l'article 140 *bis* c. cons. it⁵². Cependant, avait été ensuite adopté un second alinéa qui octroyait la légitimité à agir aux « associations et comités qui sont adéquatement représentatifs des intérêts collectifs mis en œuvre⁵³ ».

Ainsi, malgré une finalité de protection du consommateur dans l'octroi d'un monopole des associations en France et d'un *quasi*-monopole de celles-ci en Italie, on a une limite de l'effectivité des droits concernés, et si on limite les possibilités d'introduction de l'action en justice, on limite la dissuasion.

En outre, il convient de souligner qu'à la lecture de l'ancien texte italien (bien que n'étant plus en vigueur, il permet toutefois une analyse historique de la règle de droit), ce focus sur les associations était tempéré en droit italien dans la mesure où l'action en réparation collective pouvait également être initiée par des comités de consommateurs, sans passer par le biais des associations. Ce profil évolutif de la discipline italienne constitue le *discrimen* le plus évident en ce qui concerne la légitimation à agir en comparaison avec la discipline française.

L'attribution de la légitimation à agir aux associations agréées, constitue pour les raisons évoquées, l'élément le plus évident d'une divergence de la discipline franco-italienne par rapport à celle de la *Rule 23* américaine. Une telle divergence repose avant tout sur les craintes que l'acclimatation de l'action groupe puissent amener avec soi les abus pour lesquels la *class action* étatsunienne est bien connue : il s'agit donc d'établir des garanties visant à « empêcher la multiplication des actions de groupe (sous l'impulsion des *law firms*) et de garantir le sérieux de celles qui seront introduites⁵⁴ ».

auxquels il ne peut être dérogé » et « (i)l appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays », traduction propre.

⁵² C. Consolo, « È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria : si è scelta la via svedere dello « opt-in » anziché quella danese dello « opt-out » e il filtro (« L'inutile precauzione ») », *Corr. giur.*, 1, 2008, p. 5 et s., spéc. 6. La légitimité à agir, initialement prévue par le projet de loi, était plus restreinte : elle était attribuée aux associations figurant dans une liste posée à l'article 139 alinéa 1 c. cons. it. (sous le nom « légitimation à agir ») pour lesquelles le contrôle d'adéquation de la représentativité était automatiquement prévue par la loi, en vertu d'un agrément par le Ministère du Développement économique.

⁵³ Traduction propre.

⁵⁴ K. Haeri et B. Javaux, « L'action de groupe à la française, une curiosité », *JCP éd. G*, 13, 31 mars 2014, 375.

En outre, l'introduction d'un tel filtre obligatoire, en droit français (et dans le premier projet italien), qui attribue à l'association l'initiative de l'action en justice (et non à un des consommateurs victimes) répond en fait à la volonté d'éviter que l'introduction massive d'actions par les consommateurs puisse entraîner une pression perverse sur le défendeur habituel (les professionnels), voire un effet chantage, qui *de facto* renverserait injustement l'équilibre entre la victime occasionnelle et les entreprises, tout en répercutant les éventuels coûts sur ces dernières et *in fine* sur les équilibres économiques⁵⁵. Deuxièmement, le *ratio* d'un tel filtre découlerait d'une volonté de « favoriser la contraction des demandes en justice inopportunes » et également « le contrôle au fond des prétentions par les mêmes organismes collectifs⁵⁶ ».

De cette manière, on forge un « rôle institutionnel » aux associations. Limitant encore plus l'accès à la Justice, les associations doivent être agréées pour être légitimes à agir (article L. 411-1 c. cons. fr.) : seules quinze associations sont aujourd'hui susceptibles d'accompagner une *class action*.

Ici, la crainte de l'américanisation et de ses effets pervers a provoqué une réaction disproportionnée par rapport à la finalité de l'action de groupe qui doit protéger les victimes de dommages en série : l'effet dissuasif s'estompe car les entreprises savent que l'actionnement d'une telle action est entravé par de nombreux obstacles dont celui-ci.

Plusieurs critiques ont déjà été formulées à ce propos. En premier lieu, la reconnaissance d'une telle prérogative aux dites associations dans le but de filtrer les demandes n'est pas nécessaire : cela pourrait être fait par les autorités judiciaires, lors de l'examen de la recevabilité de la demande comme c'est le cas aux Etats-Unis ou en Italie depuis l'introduction du nouveau dispositif. En effet, les associations ne sont pas « politiquement » (au sens étymologique du terme) légitimes⁵⁷ – contrairement aux syndicats –, ne possèdent pas les connaissances juridiques pour les légitimer, et ne garantissent pas une réelle impartialité dans l'analyse de « recevabilité » des plaintes⁵⁸.

⁵⁵ M. Manenti et A. Palmieri, « Azione risarcitoria collettiva : dove l'*Italian style* lascia a desiderare », *Danno e resp.*, 7, 2008, p. 737 et s., spéc. p. 740 ; L. Frata, « « *Class actions* » e « azioni collettive risarcitorie » : un primo confronto », *Danno e resp.*, 5, 2008, p. 493 et s., spéc. 495 ; F. Camilletti, « L'azione collettiva risarcitoria : profili processuali », *I Contratti*, 6, 2008, p. 638 et s., spéc. p. 641.

⁵⁶ M. Manenti et A. Palmieri, « Azione risarcitoria collettiva : dove l'*Italian style* lascia a desiderare », *Ibid.*

⁵⁷ D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *op.cit.*, p. 57 et s.

⁵⁸ D. Mainguy, *Ibid.* L'auteur souligne aussi l'existence d'autres soucis pratiques : la sélection des actions de groupe par les associations ôte aussi à la liberté des particuliers victimes de choisir leurs propres représentants légaux ; il y a alors des difficultés dans la gestion des rôles entre les avocats et les associations au regard des

En second lieu, puisque les associations ne tirent aucun bénéfice pécuniaire des actions de groupe, le bénéfice est alors purement en terme de prestige. Ainsi, existe le risque que les associations sélectionnent les demandes *via* des critères fonctionnels liés au développement de celles-ci⁵⁹. En outre, la carence de moyens financiers, face aux considérables ressources économiques des entreprises, risque aussi d'engendrer des difficultés quant à la réussite des actions⁶⁰.

Le seul point qui nous semble positif est le pouvoir médiatique des associations qui renforce alors l'effet dissuasif pour les entreprises malveillantes.

Tenant compte de la critique, le législateur français a, par une loi du 14 octobre 2015, ajouté un nouvel alinéa à l'article L. 423-1 c. cons. fr⁶¹. afin d'étendre la qualité à agir à des associations locales et de lever les obstacles à l'action de groupe⁶² pour les DOM-TOM⁶³.

particuliers ; D. Mainguy et M. Depincé, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP éd. E*, n°12, 20 Mars 2014, p.1144.

⁵⁹ M. Manenti et A. Palmieri, « Azione risarcitoria collettiva : dove l'*Italian style* lascia a desiderare », *op.cit.*, p. 740 ; A. Giussani, « Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito », in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, pp. 240-241. Une telle objection (de type comportemental) au monopole des associations peut, à notre avis, rappeler l'activité entrepreneuriale des cabinets d'avocat américains, qui tout en soutenant financièrement les *class actions*, vont sélectionner et promouvoir les actions qui montreront une majeure attractivité en termes de lucre (ah ! l'argent !) ; M. J. Azar-Baud et S. Carval, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisation », *D.*, 2015, p. 2136 et s. : « Il faut aussi prendre en compte le fait que le risque de perdre le procès, avec les retombées notamment médiatiques qui en découlent, peut dissuader certaines associations de se lancer dans l'aventure. [Le choix des dossiers par l'association] obéira à des considérations politiques – une association souhaitant par ce moyen attirer l'attention des pouvoirs publics sur un sujet sensible – ou à des impératifs statutaires – si l'objet de l'association est cantonné à la défense de certaines causes. [...] Le risque n'est pas seulement que les actions de groupe ne trouvent pas leurs consommateurs, mais aussi que de nombreux consommateurs ne trouvent pas leur action de groupe ! ».

⁶⁰ M. J. Azar-Baud et S. Carval, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisation », *op. cit.*.

⁶¹ L. n° 2015-1268 du 14 oct. 2015 article 3. Xavier Delpech, « Associations de consommateurs - Action en justice - Nouvelle vague pour l'outre-mer », *JT*, 2015, n°181, p.8 ; ID., « Nouvelle actualisation du droit des outre-mer », *AJCA*, 2015, p. 444.

Le nouvel alinéa dispose alors que : « Dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les associations de consommateurs représentatives au niveau local peuvent également agir, dans les mêmes conditions que les associations mentionnées au premier alinéa du présent article ».

⁶² L.-J. Aleman, « Fin du monopole des associations nationales : vers une action de groupe démocratique ? », *Contrats Concurrence Consommation*, 4, Avril 2016, étude 4. « [Le nouvel alinéa de l'article L. 423-1] (... favorise) l'admission de nouvelles associations (qui) permettrait en outre d'atténuer l'effet induit par la « titularité de l'action » et le risque pour des victimes isolées de ne pas trouver de représentant pour leur litige. Enfin, sans être suffisante dans la perspective d'une « action de groupe universelle », elle viendrait compléter l'action *Hamon* en multipliant les opportunités d'action et contribuerait ainsi à son inéluctable développement ».

⁶³ Nombreux auteurs signalent que les associations consuméristes locales étaient admises à agir en justice sous l'application des précédentes lois en matière : c'est donc la loi Hamon qui se pose en totale décalage – voire

En bref, cette ouverture récente pour les associations locales manifeste un réel besoin. Celle-ci nous semble nécessaire pour atteindre les objectifs d'efficacité et de dissuasion⁶⁴, la restriction choisie par le législateur créant un « goulot d'étranglement » pour l'introduction d'actions⁶⁵.

Un tel besoin d'ouverture s'exprime tant sur un plan sociojuridique que sur un plan purement juridique : la preuve en est des évolutions de la discipline italienne qui a mis en œuvre une légitimité à agir plus vaste et avec des rapports de pouvoir inversés : si dans la première version du texte italien la qualité à agir n'était conférée qu'aux associations nationales davantage représentatives des intérêts collectifs, deux extensions progressives concernent la *legitimitatio ad causam* : l'une, avec la discipline introduisant pour la première fois l'action de groupe à l'article 140-bis c. cons. it. (intitulé « *azione collettiva risarcitoria* »), l'autre, avec sa modification par l'article 49 alinéa premier de la loi n. 99 du 23 juillet 2009 (qui d'ailleurs en modifie le titre en « *azione di classe* »). Initialement, le texte prévoyait la qualité à agir pour les associations de consommateurs ainsi que pour des comités *ad hoc* formés par les consommateurs lésés⁶⁶. Le législateur italien offrait donc une alternative pour ouvrir davantage les actions et pallier les paradoxes liés au monopole des associations. En 2009, une modification du texte de loi a permis un meilleur accès à la Justice encore et, symboliquement, a permis une « démocratisation » du droit de la consommation. En effet, la qualité à agir est désormais reconnue à « toute personne appartenant à la classe, seule ou à travers une association à laquelle il donne mandat ou au comité auquel il participe⁶⁷ ». Un tel libellé, davantage conforme au principe d'accès à la justice, met en deuxième plan les associations et confère aux

contradiction – avec les choix précédents ; en effet, ni la loi *Royer* du 27 décembre 1973, « ni l'action dans un intérêt collectif, ni l'action en cessation d'agissements illicites, ni celle en suppression des clauses abusives, ni l'intervention en justice des associations de consommateurs, ne consacraient un monopole aux associations nationales ». Une exception est constituée par l'action en représentation conjointe, qui réservait la titularité de l'action aux associations nationales ; toutefois, en termes de choix de politique du droit, son influence est remise en cause, faute de son échec. Voir : L.-J. Aleman, « Loi du 14 octobre 2015 : les conséquences de l'amendement *Lurel* sur l'action de groupe », *JCP éd. E*, 45, novembre 2015, act. 824.

⁶⁴ M. J. Azar-Baud et S. Carval, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisation », *D.*, 2015, p. 2136 et s.

⁶⁵ Les associations agréées sont seulement quinze en France. Voir la liste sur le site www.conso.net et in K. Rodriguez, « A... comme - Action de groupe », *JA*, 2015, n°527, p. 50. Les associations agréées en Italie en revanche sont vingt (www.sviluppoeconomico.gov.it).

⁶⁶ M. Manenti et A. Palmieri, « *Azione risarcitoria collettiva* : dove l'*Italian style* lascia a desiderare », *op.cit.*, pp. 740-741 ; L. Frata, « « *Class actions* » e « *azioni collettive risarcitorie* » : un primo confronto », *op.cit.*, pp. 495-496, qui souligne comme aussi bien le droit américain que le droit italien font attention à la question du « *fairness and adequacy requirement* » ; F. Camilletti, « L'*azione collettiva risarcitoria* : profili processuali », *op.cit.*, p. 641, qui insiste sur l'exigence d'attendre la mise en œuvre jurisprudentielle de ce prérequis.

⁶⁷ Traduction propre.

consommateurs, notamment au consommateur individuel victime d'un dommage, une mise en abîme totale dans l'introduction de l'action de groupe⁶⁸, tout en consacrant sa liberté de choisir la voie institutionnelle de l'association, la voie collective *ad hoc* ou opter pour la voie individuelle.

Une telle refonte de la qualité à agir en Italie est radicale. Le titre des articles a d'ailleurs été changé afin de mettre en relief la modification⁶⁹. On est passé d'une action collective à une action qui se base sur l'individu dans l'intérêt d'une pluralité de sujets⁷⁰. La portée de la modification est sociologiquement importante : c'est le consommateur qui agit en justice. Le rôle des associations et comités est également impacté et relayé au second plan : ils ont besoin de l'initiative de l'individu pour agir⁷¹.

Sur un plan comparatif, on démontre ainsi que l'individualisme n'est pas, à lui seul, vecteur des abus américains, mais qu'il est compatible avec une « procédure plus européenne ». Tout cela impose des mécanismes processuels garantissant un filtre aux actions, à savoir une phase préliminaire devant le juge (comme la *certification* américaine) qui devra vérifier l'admissibilité de l'action. En Italie, on voit donc une double influence : étatsunienne – pour le côté de focalisation sur l'individu ; européenne – pour le rôle tout de même attribué aux associations⁷². *A contrario*, en France, on est davantage centré sur les associations⁷³ et leur concours est toujours nécessaire. Résumant parfaitement le propos, Dany Cohen affirme qu'en France, le modèle porte les associations à « représenter une classe entière de personnes, sans que ces dernières soient nécessairement membre de l'association » ; elles sont donc représentatives. En Italie, en revanche, elle est outil à travers lequel « les individus se regroupent pour faire collectivement ce qu'ils pourraient faire individuellement⁷⁴ ».

⁶⁸ P. Pardolesi, *Seminari di diritto privato comparato*, Cacucci editore, 2011, p. 120.

⁶⁹ Les titres des articles en droit italien n'ont pas une pure valeur descriptive et concourent à l'interprétation par le juge.

⁷⁰ B. di Giacomo Russo, « La *class action* italiana », *op. cit.*, p. 172.

⁷¹ F. Camilletti, « Il nuovo art. 140-bis del Codice del consumo e l'azione di classe », *op. cit.*, p. 1179.

⁷² P. Fiorio, « L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori », in P. Demarchi et S. Ambrosini (dir.), *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, Torino, Zanichelli, 2010, p. 516 et s.

⁷³ K. Haeri et B. Javaux, « L'action de groupe à la française, une curiosité », *op. cit.* : « toutes les options retenues dans la loi semblent destinées à conforter les associations de consommateurs, laissant de côté le justiciable, qui n'a qu'un rôle très secondaire dans le dispositif judiciaire. Il n'est ni véritablement partie à la procédure, ni véritablement déterminant dans la conduite du procès, intégralement géré par l'association. Enfin, privé d'un lien direct avec son avocat du fait du monopole conféré à l'association, le consommateur est finalement ramené à un « second rôle » dans cette procédure, paradoxalement imaginée à son bénéfice ».

⁷⁴ D. Cohen, « Introduire des actions de groupe en droit français ? Réaction à l'analyse du Pr. Demougin », in Dany Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, Droit & Économie, Paris, 2010.

L'accessibilité à l'action de groupe est donc plus ouverte en Italie qu'en France. Les chiffres en témoignent : à ce jour, quarante actions de groupe ont été présentées en Italie contre six en France.

En conclusion, une nécessité de la mise en place d'un filtre par l'association pour un correct *legal transplant* garantissant les principes de l'environnement juridique européen nous semble donc un mythe⁷⁵. Le choix transalpin nous semble donc bien plus cohérent avec l'objectif d'un plein accès à la Justice pour les consommateurs et d'une majeure dissuasion à l'encontre des entreprises.

Après avoir défini le demandeur dans les deux formes d'action et en avoir tiré les conséquences en terme de dissuasion, poursuivons sous un profil objectif.

Paragraphe 4 – Les intérêts protégés : droit individuels homogènes ou intérêts collectifs ?

L'association agréée en France « agit [...] afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique⁷⁶ ».

En Italie, en revanche, l'association, le comité *ad hoc* des consommateurs ou le consommateur individu, à travers l'action de groupe, activent la protection de « droit individuels homogènes », mais aussi d'« intérêts collectifs ». Ces derniers, donc, ne correspondent pas aux droits individuels des consommateurs mais concernent des situations juridiques liés à la condition des consommateurs lésés et qui ne lui sont pas propres.

En France la protection des intérêts collectifs des consommateurs est encore aujourd'hui mise en œuvre par le biais d'outils procéduraux particuliers, comme l'action civile, l'action en suppression des clause abusives, l'action en cessation d'agissements illicites et l'action en représentation conjointe. L'inefficacité de ces mesures résulte de la nature de l'intérêt protégé et entraîne une faible, voire quasiment absente, satisfaction indemnitaire.

Cette dernière est pourtant le but de l'action de groupe qui est censée protéger des droits individuels, divisibles par rapport à l'intérêt collectif (qui donc concerne tous et personne à la fois) et qui se rattache au consommateur individu.

⁷⁵ K. Haeri et B. Javaux, « L'action de groupe à la française, une curiosité », *op.cit.*.

⁷⁶ Article 423-1, c. cons. fr..

Par ailleurs, l'action de groupe, à travers la protection des droits individuels, met en œuvre une technique juridique de protection du consommateur qui était jusqu'à présent inédite (dans nos pays) : on prend en considération les droits individuels mais de manière agrégée. Cela semble être le meilleur compromis entre le procès et son but d'actionner des droits lésés (qui sont individuels) : d'un point de vue substantiel, l'individualisme est aussi bien un caractère important de l'action de groupe que celui de la collectivisation. Donc, la nature de l'action de groupe est celle d'« une procédure originale a plusieurs égards, qui ouvre une manière collective, regroupée, (la possibilité) de défendre des droits subjectifs pluri-individuels existants⁷⁷ ». Sa vocation est la même que celle de l'action individuelle. Son existence est justifiée par le besoin d'efficacité des droits lésé du consommateur individu. C'est donc le même droit qui peut être protégé de deux manière différentes.

Bien que ces considérations soient extensibles à l'action de groupe italienne, cette dernière prévoit en plus la protection aussi des intérêts collectifs. L'inclusion des intérêts collectifs (en Italie conçus comme des « droits de solidarité »), en revanche, a causé beaucoup de discussions dans la doctrine italienne⁷⁸ et souvent des ambiguïtés au sein de la jurisprudence quant à la difficulté d'une possible satisfaction par le biais des individus seuls. Le rappel de ces intérêts est peut-être dû à la prise en compte de l'article 2 du c. cons. it. qui affirme que « sont reconnus et garantis les droits et les intérêts individuels et collectifs des consommateurs », mais à notre avis demeure à l'état actuelle redondant, et pour preuve, le législateur *de jure condendo* a pensé supprimer cette référence.

Toutefois une nuance processuelle demeure : généralement la protection des intérêts collectifs est attribuée à des associations agréées, alors que celle des intérêts individuels se rattache à la personne. Donc, encore une fois on voit bien que sur un plan théorique l'interposition des associations dans le droit français ne suit pas les principes du droit mais plutôt des exigences éphémères de vaincre l'apathie du consommateur et d'effacer les difficultés d'organisation d'une multitude.

En outre, le texte normatif italien dans sa version précédente faisait référence à l'identité des droits individuels comme condition de mise en œuvre de l'action de groupe. Une telle

⁷⁷ M. J. Azar-Baud, « Réflexion autour de l'efficacité de l'action de groupe », in L. Arcelin Lécuyer (dir.), *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, Presse Universitaire de Rennes, 2015, p. 108.

⁷⁸ A. Spadafora, « Tutela e sanzione nei rapporti consumeristici. Prospettive *de jure condendo* », *I Contratti*, 1, 2014, p. 1166.

prévision entraînait le risque d'un rejet massif des instances, arriver une parfaite identité de droits d'une collectivité étant difficile. La jurisprudence avait bien remarqué cette considération⁷⁹ et pour cela le législateur a modifié le texte tout en insérant « l'homogénéité », celle-ci étant plus conforme au principe de la *commonality*, selon lequel les questions communes doivent prévaloir sur celles individuelles.

De cette façon, la nature des droits est fonctionnelle au fait de pouvoir trancher plusieurs prétentions dans la même instance, tout en mettant en œuvre les principes d'efficacité et d'effectivité des droits.

On a donc vu que l'action de groupe, tout en visant la satisfaction de droits individuels (homogènes), s'éloigne des intérêts collectifs. Par ailleurs, la protection des droits individuels permet de satisfaire aussi bien à l'intérêt général, car leur protection « aurait un effet persuasif et préventif sur les professionnels en indélicatesse avec la loi et dont les comportements délictueux portent atteinte aux marchés⁸⁰ ».

Section 2 : La compatibilité de la fonction dissuasive de l'action de groupe aux principes de la procédure

Pour acclimater l'action de groupe dans l'environnement processuel, aussi bien en France qu'en Italie, il faut la confronter aux principes directeurs de la procédure civile. Ces derniers entravent parfois l'effet dissuasif propre à l'institution d'origine étatsunienne. A cet égard, les principes du « nul ne plaide par procureur » (**paragraphe 1**) et du contradictoire, tout comme les droits de la défense (**paragraphe 2**) posent des problèmes quant à la formation du groupe et à la qualification de victimes adhérentes. Enfin, l'extension de la chose jugée par rapport aux victimes apparaît comme moins porteur de dissuasion dans nos mécanismes que dans une procédure telle que la *class action* étatsunienne (**paragraphe 3**).

⁷⁹ App. Rome, ord., 27 janvier 2012 : le juge relève difficultés interprétatives et une « profonde incertitude » sur l'identification des droits, objet de tutelle ; App. Tourin, 23 septembre 2011, ord.: introduction requis d'homogénéité permet la facilitation de proposer l'action de classe.

⁸⁰ E. Poillot, « Le phénomène en droit de la consommation », in B. Parance (dir.), *La défense de l'intérêt général par les associations. Intérêts général versus intérêts collectifs*, Collection Grandscolloques, Paris, LGDJ, 2013, pp. 30-31.

Avant tout, pour une meilleure compréhension de la portée des principes et de leur mise en œuvre au cours du procès, il nous paraît nécessaire d'exposer de manière concise les différentes phases de l'action de groupe française et de celle italienne.

La *class action* française se développe en une seule phase au long de laquelle le juge vérifie préalablement la recevabilité de l'instance (dont les conditions sont exposées à l'article L. 423-1 c. cons. fr⁸¹.) ; il « statue sur la responsabilité du professionnel » ; il « définit le groupe », « en fixe les critères de rattachement » (article L. 423-3 c. cons. fr.) et « détermine les préjudices susceptibles d'être réparés [...] ainsi que leur montant ». Ensuite, il ordonne « les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs » qui peuvent faire partie du groupe (article L. 423-4 c. cons. fr.), il « fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice » (article L. 423-5 c. cons. fr.) et également « le délai dans lequel doit intervenir la réparation des préjudices [...] ainsi que celui ouvert, à cette échéance, pour le saisir [...] des demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit ».

Une deuxième phase (éventuelle) est également prévue pour la « mise en œuvre du jugement, (la) liquidation des préjudices et (l')exécution ». Durant cette phase, le juge (qui a statué sur la responsabilité du professionnel) « tranche les difficultés qui s'élèvent à l'occasion de la mise en œuvre du jugement » et statue « sur toutes les demandes d'indemnisation » que n'a pas satisfait le professionnel.

L'action de groupe italienne, en revanche, présente une structure plus complexe : en premier lieu, la demande étant introduite par le demandeur, le juge statue sur son admissibilité par ordonnance (article 140-*bis* alinéa 6 c. cons. it.), il « fixe le délai et les mesures les plus opportunes de publicité, pour l'adhésion en temps utile des consommateurs rattachés au groupe » (article 140-*bis* alinéa 9 c. cons. it.), il définit les critères d'adhésion et le délai prévu pour celle-ci. Dans une deuxième phase, il statue sur la responsabilité du professionnel et sur l'attribution des dommages et intérêts ou établit un principe homogène de calcul de ceux-ci, en fixant un délai dans lequel les parties peuvent parvenir à un accord, en l'absence duquel le juge statuera sur le *quantum* des dommages et intérêts (article 140-*bis* alinéa 12 c. cons. it.).

⁸¹ Il faudra que les préjudices affectent des consommateurs « placés dans une situation similaire ou identique » et que leur source commune soit « un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles » dans le cas de « vente de biens » ou « fourniture de services », mais aussi dans les cas où le préjudice aux consommateurs soient les résultats d'une pratique anticoncurrentielle ».

Paragraphe 1 - Nul ne plaide par procureur : l'adhésion des victimes

La structure de la *class action* américaine posant ses bases sur la demande d'une victime de dommages de série, le demandeur agit en justice au nom et pour compte des victimes qui constituent *in concreto* la classe. Ces dernières, si elles ne veulent pas participer à l'action collective et/ou si elles préféreraient exercer leur droit d'agir individuellement, peuvent demander leur exclusion de la classe. C'est le mécanisme *d'opt-out*. De cette manière, la totalité des préjudices causés sera l'objet de réparation, les victimes étant automatiquement incluses, même dans le cas où elles demeurent inconnues⁸². Dans un tel système, en effet, prime une fonction de sanction des comportements illicites, visant à retirer au professionnel les surprofits obtenus et, pour cela, à le dissuader de conserver un tel comportement pour l'avenir⁸³.

Toutefois, le recours au mécanisme de l'*opt-out* est objet de larges critiques au sein de l'UE⁸⁴ : en effet, la majorité de la doctrine souligne sa contrariété au principe processuel « nul ne plaide par procureur ». Selon un tel principe, le nom du mandant doit toujours apparaître dans l'instance menée par le mandataire de sorte que le défendeur connaisse l'identité du titulaire de l'action⁸⁵. Or, de ce principe découle la règle selon laquelle nul ne peut engager une action à la place d'un autre⁸⁶, sauf dispositions contraires expresses. Clairement, ce n'est pas le

⁸² Le Québec, ayant introduit une action de groupe très similaire à celle américaine, dispose, en outre, d'un outil très intéressant défini *reliquat* : il constitue un fonds formé par les sommes d'argent qui ne sont pas distribuées, suite à la réparation des victimes connues. Son utilité est appréciable tant pour le maintien de l'effet dissuasif (car la totalité des profits du professionnel lui sont soustraites) que pour la réparation des dommages de victimes qui sont connues ; généralement elles sont attribuées à des associations (de consommateurs).

Voir R. Martin, « Le recours collectif au Québec et prospective pour la France », *op.cit.*

⁸³ D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁸⁴ Voir la Recommandation du 11 juin 2013 de la Commission européenne concernant les principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, point 21.

⁸⁵ S. Pierre-Maurice, « Le code de procédure civile et les maximes », *Scientia iuris*, 2, avril 2013, p. 28 et s.

⁸⁶ Article 81 du Code de procédure civile italien : « Hors des cas expressément prévus par la loi, personne ne peut pas faire valoir dans le procès en nom propre un droit d'autrui » ; article 100 du code de procédure civile italien : « Pour introduire une instance ou pour s'opposer il faut y avoir un intérêt ». L'homologue français est l'article 31 du code de procédure civile : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

P. Rescigno, « Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action e i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico itilaino », *Giurisprudenza italiana*, 2000, pp. 2224-2228 : « Le système qui découle des article 77-81 et 100 du code de procédure civile sur la substitution processuelle et sur l'intérêts à agir et de l'article 2909 sur l'autorité de chose jugée limitée aux parties de l'instance, si lus dans leurs rapports mutuels, n'attribue que à qui soutient d'avoir la titularité du droit le pouvoir à agir avec des effet qui concernent seulement lui, les héritiers et ses ayants cause ».

cas de la *class action* étatsunienne, dans la mesure où, prenant en compte le préjudice global engendré par le comportement illicite, l'objet de la réparation sera aussi bien le dommage subi par les parties que par les victimes inconnues, tout en activant donc le droit à réparation de ceux-ci, sans leur consentement⁸⁷.

La portée de cet adage dans les procédures civiles française et italienne a porté les deux législateurs à choisir un mécanisme différent, l'*opt-in* (option d'inclusion volontaire), à travers lequel les victimes souhaitant obtenir réparation de leurs préjudices, sont censées manifester leur volonté d'être incluses dans la classe. Par conséquent, ladite classe est formée par des sujets qui l'ont souhaité et qui sont donc bien identifiés.

Dans la discipline française, le juge ayant défini le groupe et fixé les critères de rattachement, les victimes pourront manifester leur volonté d'adhésion, à défaut elles garderont la possibilité de saisir le juge à titre individuel pour obtenir la réparation des préjudices subis personnellement.

Dans la discipline italienne, le juge, après la phase « filtre » vérifiant la recevabilité de l'instance et – le cas échéant – la publicité pour informer en les victimes, statue sur la responsabilité et forme le groupe *in concreto*.

Du choix de l'*opt-in* découle deux conséquences et une nuance. Premièrement, l'option d'inclusion modifie la conception de l'action de groupe : son but primaire est désormais celui « d'associer un ensemble de préjudices à un comportement déterminé et d'obtenir leur réparation, en facilitant, par des moyens processuels adaptés, l'accès à la justice des victimes identifiées⁸⁸ ». Ici prime donc la finalité indemnitaire de l'action qui impose que le groupe soit bien identifié avant la décision sur la responsabilité et qu'il y ait une correspondance absolue entre les sommes demandées et les dommages-intérêts.

Deuxièmement, la finalité dissuasive est très fortement freinée : la formation du groupe dépend de l'adhésion des victimes, très souvent peu enclines à s'engager⁸⁹, surtout lorsqu'il s'agit de préjudices d'un montant faible voire dérisoire, et des difficultés à contacter la totalité des consommateurs lésés à travers les moyens d'information. Ainsi, les difficultés *quasi*

⁸⁷ A. du Chastel, « L'action de groupe en France : mythe ou réalité ? », *JCP éd. G*, 36, septembre 2012, p. 926.

⁸⁸ D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *op. cit.*, p. 14.

⁸⁹ D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *op. cit.*, p. 63 : « Seuls les consommateurs qui se sont manifestés délimitent le groupe, l'indemnité due et les hypothèses dans lesquelles le nombre de consommateurs agissant sera égal au nombre de consommateurs réels sont sans doute très restreintes ».

insurmontables à la formation du groupe, *via* l'adhésion volontaire, pour qu'il corresponde au nombre réel des victimes favorisent le professionnel peu vertueux⁹⁰, celui-ci pouvant garder les profits illicites et se conforter dans la réticence des victimes à adhérer.

Le Conseil constitutionnel français, dans sa décision relative à la Loi Hamon⁹¹, a estimé que la procédure d'inclusion volontaire est respectueuse de la liberté d'agir de l'individu, « l'intéressé [étant mis dans la condition] de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et celui-ci doit « conserver la liberté de mettre un terme à cette action ». Faute de respect de cet assentiment individualisé, qui n'existe pas dans les mécanismes anglo-saxons « d'opt-out » dans les actions collectives, l'individu serait privé abusivement d'un droit en violation de la Constitution ». Toutefois, la décision de 1989 sur laquelle le Conseil s'appuie n'était pas si catégorique dans le rejet de l'*opt-out* : en effet, elle posait qu'afin de pouvoir s'opposer à l'action en justice des syndicats au nom des salariés, ces derniers devaient être informés par lettre recommandée avec accusé de réception, prévoyant « toutes précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit qui lui est reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action⁹² ».

En outre, l'action de groupe italienne – et celles qui adoptent le mécanisme d'inclusion – ne prévoient généralement la formation du groupe que dans une phase antérieure à la décision sur la responsabilité du professionnel, de sorte que le groupe est d'ores et déjà identifié. L'action de groupe française, en revanche, place la formation du groupe après ladite décision⁹³, de sorte qu'elle combine *de facto* des caractères propres à l'*opt-in* et des caractères propres à

⁹⁰ D. Mainguy et M. Depincé, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *op. cit.* : « La loi a donc pris le parti de l'efficacité normative, contre celui de l'efficacité substantielle, au risque de perdre son caractère préventif ».

⁹¹ Cons. const., décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, confirmant son orientation précédent *in* Cons. const., décision n. 89-257 DC. Dans cette dernière décision, en effet, il s'agissait de définir le pouvoir des syndicats d'agir en justice en nom et pour compte des employés : « s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action ».

⁹² A.-S. Choné-Grimaldi et L. Raschel, « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Resp. civ. et ass.*, 5, mai 2014, étude 4.

⁹³ N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *op.cit.*, spéc. n. 9.

l'*opt-out*⁹⁴ : en effet, le groupe n'est pas encore identifié au moment de la décision sur le bien-fondé de l'action et la victime sera incitée à adhérer puisque sachant que la responsabilité civile du professionnel est établie, elle sait qu'elle sera indemnisée⁹⁵. L'adhérent français ne court aucun risque, l'*an debeatur* étant établi. L'adhérent italien, *a contrario*, risque de perdre du temps et de l'énergie et d'un point de vue économique, il perd donc en bien-être et n'est donc pas autant incité à se joindre à l'action. Tout cela a bien sûr une conséquence sur l'effet dissuasif de l'action de groupe qui perd en force dans le cas italien.

En réalité, la problématique du choix entre *opt-in* et *opt-out* est celle d'une politique d'opportunité publique. En effet, dans les deux cas, la liberté d'agir de l'individu est respectée car un consentement est toujours demandé aux victimes⁹⁶ : c'est l'objet de celui qui change. Le véritable problème est donc que la demande de consentir parvienne effectivement aux victimes.

Le mode de formation du groupe produit des conséquences divergentes quant à l'effet dissuasif. La dissuasion étant fortement affaiblie dans le cas de l'*opt-in*, une partie de la doctrine⁹⁷ s'est interrogée sur une éventuelle introduction d'un mécanisme d'*opt-out*. Elle se fonde sur la *ratio* originaires de l'action de groupe et affirme que « seul le modèle d'*opt-out* représente une avancée face au système actuel⁹⁸ ».

⁹⁴ C. I. Nagy, « Le débat sur l'action collective en Europe : ils n'ont rien appris, ni rien oublié ? », *RIDC*, 4, 2015, p. 941 et s., spéc. pp. 952-955 : « Le consommateur doit agir juste après que « le menu soit fixé », autant que possible. C'est comparable, dans une certaine mesure, avec le système *opt-out*, puisque, même dans ce cas, à la fin de la procédure le membre du groupe doit normalement agir pour recevoir sa part de dommages-intérêts ».

⁹⁵ C. I. Nagy, « Le débat sur l'action collective en Europe : ils n'ont rien appris, ni rien oublié ? », *op.cit.* L'auteur soutenant la familiarité du système *opt-out* avec les pays européens et la nature *quasi* d'*opt-out* de la *class action* « à la française », souligne la manière dont la définition du groupe successive au jugement de responsabilité a été *de facto* validée par le Conseil constitutionnel, cela marquant un revirement jurisprudentiel par rapport à la décision de 1989 ; « Les règles françaises adoptées en 2014 semblent dépasser les exigences constitutionnelles de la décision de 1989, puisque, même si à la fin de la procédure, ils exigent que les membres du groupe acceptent le jugement, ils ne se contentent pas de l'adhésion tacite ». En ce sens : M. J. Azar-Baud, « La levée des obstacles constitutionnels à l'action collective avec l'*opt-out* », *Revue juriste internationale*, Union International des avocats, juillet 2012, p. 42. *Contra* A. du Chastel, « L'action de groupe en France : mythe ou réalité ? », *op. cit.*

⁹⁶ On se demandera aussi « pourquoi s'occuper du respect du droit des consommateurs de ne pas agir alors que l'accès à la justice n'est pas garanti ? », comme affirme M. J. Azar-Baud, « La levée des obstacles constitutionnels à l'action collective avec l'*opt-out* », *op.cit.*, p. 42.

⁹⁷ C. I. Nagy, « Le débat sur l'action collective en Europe : ils n'ont rien appris, ni rien oublié ? », *op. cit.* ; A. Giussani, « L'azione di classe : un primo bilancio », *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1177 et s. ; S. Ruperto, « L'azione collettiva risarcitoria in Italia : osservazioni *de jure condendo* », in *Giurisprudenza civile*, 2008, p. 511 et s. ; E. Ferrante, « *Opt-out* ed incentivi oltreoceano : idee per una vera class action in Italia e in Europa », *Contratto e impresa-Europa*, 2012, p. 483 et s. ; D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *op. cit.*

⁹⁸ M. J. Azar-Baud, « La levée des obstacles constitutionnels à l'action collective avec l'*opt-out* », *op. cit.*

Derrière cette question s'en pose une autre : la nécessité d'une pleine réparation des dommages, qui puisse dissuader le professionnel de « violer les règles » et donc faire bénéficier la collectivité, peut-elle déroger au principe du « nul ne plaide par procureur⁹⁹ » ?

Ledit principe, « archaïsme procédural » pour certains¹⁰⁰, se fonde encore sur un procès dont la structure est fondée sur l'individu. On peut donc évaluer l'opportunité d'y déroger¹⁰¹, tout en prenant en compte la nécessité primordiale d'une réparation intégrale du dommage causé par le défendeur¹⁰² car, on l'a vu, l'action de groupe objectivise le procès¹⁰³.

Enfin, le choix entre option d'inclusion et option d'exclusion ne concerne pas uniquement la défense de substitution processuelle. A ce titre, il convient de s'attacher à l'autorité de la chose jugée sur les parties.

⁹⁹ C'est ce que se demande le président de la Cour de Cassation : « Le principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur* » renvoie surtout aujourd'hui à une exigence de transparence du procès, dont il faut se demander s'il convient de la faire céder devant l'impératif d'efficacité ». « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », Discours prononcé par le premier président de la Cour de cassation au Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice ».

¹⁰⁰ F. Caballero, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.*, 1985.

¹⁰¹ D. Cohen, « Introduire des actions de groupe en droit français ? Réaction à l'analyse du Pr. Demougin », in D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, Droit & Économie, Paris, 2010, p. 111 : « On peut [...] se demander si le moment n'est venu de reconsidérer, d'élargir, ce que nous mettons ici sous le mot de volonté. Car si, dans une approche strictement individuelle d'une action qui ne l'est pas, il est exact que l'assentiment de tel ou tel n'a pas été recueilli, il reste que l'action résulte d'une volonté ».

¹⁰² M. J. Azar-Baud et S. Carval, « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisation », *op.cit.*. Les auteurs préconisent l'introduction d'un système d'option d'inclusion tempéré par trois garanties : premièrement, son introduction pourrait être limitée dans les cas où « le nombre des consommateurs lésés peut être déterminé exactement sans qu'ils aient à se manifester » ; « leur nombre peut être déterminé, sinon exactement, du moins avec un degré de précision suffisant » ; « lorsque le dommage globalement causé peut être évalué sans qu'il soit nécessaire de connaître le nombre des victimes concernées, ni le dommage *pro capita* » ; deuxièmement, en offrant la possibilité aux membres de s'exclure du groupe ; et enfin, introduisant le système de la *res judicata secundum eventum litis*, qui limite l'autorité de chose jugée « aux cas dans lesquels cette décision fait droit aux demandes du représentant du groupe ».

¹⁰³ V. paragraphe 1, Section 1, Chapitre 1, Partie I du présent mémoire.

Paragraphe 2 – L’adhésion des victimes : la qualification de la victime dans le procès – L’autorité de chose jugée

L’adhésion des victimes et les effets de la décision portent à nous interroger sur la qualification juridique de la victime (A) et par là même, sur la portée de l’autorité de chose jugée (B). Nous verrons en effet que cela a un impact sur la dissuasion provoquée par l’action de groupe.

A. La qualification juridique des adhérents

Celui qui est légitimé à agir introduit l’action par une assignation en justice¹⁰⁴. Il fait alors valoir des droits dans l’intérêt d’une collectivité de particuliers. Cependant, si l’introduction se fait de manière collective *stricto sensu*, le reste du procès aura une vocation « supra-individuelle », telle que l’impose l’*opt-in*. En effet, pour obtenir réparation des dommages qu’elles ont subis, les victimes doivent manifester « un acte de volonté positif¹⁰⁵ ». En France et Italie, la classe n’existe pas au moment où le demandeur introduit l’action en justice, elle se forme *in concreto* au moment où les victimes adhèrent à l’action¹⁰⁶. C’est donc une classe fermée.

La problématique de l’adhésion des victimes au groupe peut se décomposer en plusieurs points : la nature de l’acte juridique qu’elle représente (a), le délai dans lequel l’adhésion est enfermée (b) et le rôle de l’adhérent par rapport à celui du représentant (c).

a) L’acte d’adhésion constitue un acte unilatéral *sui generis*¹⁰⁷ dans la procédure italienne : bien qu’il soit encadré dans une action déjà introduite, l’adhésion constitue une réelle demande en justice, qui, en s’adressant à l’autorité judiciaire, en active le devoir de procéder à

¹⁰⁴ Dans la procédure française, la compétence est attribuée aux Tribunaux de grande instance (TGI) ; Dans la procédure italienne, la demande est introduite par assignation en justice auprès de l’un des tribunaux cités à l’alinéa 4 de l’article 140 *bis* c. cons. it. ; elle doit être notifiée aussi au ministère public, qui pourra intervenir dans le jugement d’admissibilité de l’instance (alinéa 5).

¹⁰⁵ F. Camilletti, « Il nuovo art. 140-*bis* del Codice del consumo e l’azione di classe », *op. cit.*, p. 1181, traduction propre.

¹⁰⁶ Alors que aux Etats-Unis le groupe s’étend à tous ceux qui ont subi un préjudice du fait du défendeur, leur adhésion n’étant pas nécessaire.

¹⁰⁷ C. Consolo, « E legge una disposizione sull’azione collettiva risarcitoria : si è scelto la via svedese dello « opt-in » anziché quella danese dello « opt-out » e il filtro (« L’inutile precauzione ») », *op. cit.*, p. 6.

la protection juridictionnelle du droit litigieux¹⁰⁸. Toutefois, un acte d'adhésion se distingue de la demande introductive d'instance par le fait que c'est cette dernière qui fixe le *thema decidendum*, c'est-à-dire l'objet de l'instance, l'adhérent ne pouvant qu'introduire des prétentions identiques (on peut parler de droits individuels homogènes¹⁰⁹). L'adhésion à la classe, en France, a lieu après la décision relative à la responsabilité du professionnel. L'adhésion n'a donc pas d'impact sur l'établissement de la responsabilité du professionnel.

Au contraire, en Italie, le consommateur victime ou l'association introduit l'action et le juge filtre la recevabilité de l'action de groupe ; une fois que le groupe est formé, le juge évalue la responsabilité du défendeur.

Ainsi, en France, le législateur a plutôt soigné l'aspect collectif de l'action par rapport à l'association dans la première phase alors qu'ensuite, le côté individualiste reprend car l'adhésion vaudra « mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante », sans qu'elle en implique l'adhésion à l'association¹¹⁰.

b) L'adhésion en France est soumise à un délai fixé par le juge qui « ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à 6 mois¹¹¹ », alors qu'en Italie un tel délai ne peut pas excéder 120 jours à compter de l'échéance du délai prévu pour la publicité relative à l'action (en Italie, le dispositif antérieur de l'action de groupe prévoyait un délai allant jusqu'à la date de l'audience des plaidoiries d'appel pour l'adhésion¹¹². Lu sous le prisme de la dissuasion, on voit que le groupe d'adhérents potentiels est *de facto* réduit et l'effet dissuasif sera donc amoindri car la somme que devra versée le professionnel responsable sera moins élevée). Une telle diversité entre les deux délais montre, peut-être en théorie, une capacité majeure de l'action française à recueillir l'adhésion par les consommateurs, le temps étant plus étendu pour ce faire.

c) L'adhérent, néanmoins, s'écarte de la figure typique de « partie » ; on pourrait dire que, en droit italien, il n'est pas entièrement partie au sens où il ne garde pas tous les pouvoirs

¹⁰⁸ Article 2907 du code civil italien : « La tutelle juridictionnelle des droits est mise en œuvre par l'autorité judiciaire à la demande des parties et quand la loi le dispose, ainsi que sur instance du ministère public ou d'office », traduction propre.

¹⁰⁹ Lorenzo Pelle, « Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons. », *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 958-961.

¹¹⁰ Article L. 423-5 alinéas 3 et 4, c. cons. fr..

¹¹¹ Article L. 423-5 alinéa 1, c. cons. fr..

¹¹² Cette réduction du délai d'adhésion, bien qu'elle allait contre la possibilité de constitution d'un groupe de victimes plus étendu, était contraire au principe de l'article 345 code de procédure civile italien – auquel correspond l'article 564 du code de procédure civile français qui prescrit une défense d'introduire des nouvelles demandes (*ius novorum*) dans le jugement d'appel.

qui lui sont généralement conférés dans le procès de droit commun. A cause de la massification du procès, sa participation active est exclue : il ne pourra pas argumenter durant le procès, ni contester les exceptions du défendeur à son encontre. Pour cela, il est « partie » au sens substantiel dans le litige, mais non au sens formel : un tel redimensionnement de ses pouvoirs, bien qu'il se fonde sur des exigences de bonne administration de la justice¹¹³, lui apporte une considérable faiblesse, le demandeur étant le seul à gérer le procès¹¹⁴ : « le sort du procès est dans ses mains¹¹⁵ ».

En effet, en Italie, dans le cas où la négligence du représentant des victimes entraîne l'inadmissibilité de l'instance dans le cadre du jugement de recevabilité, bien que cela n'empêchera pas d'obtenir un jugement sur le fond à travers une action individuelle¹¹⁶, l'adhérent ne pourra plus entamer une nouvelle action de groupe, étant donné que « ne sont pas recevables de futures actions de groupe pour les mêmes faits et à l'encontre de la même entreprise, après l'épuisement du délai fixé pour l'adhésion par le juge¹¹⁷ » : on voit bien de quelle manière le risque d'omission pèse sur les adhérents sans qu'ils n'aient le pouvoir d'influencer les choix processuels, tout en allant à la faveur des entreprises, qui pourraient bien profiter d'une nouvelle « timidité » du consommateur à agir de manière isolée (n'en déplaise à la fonction d'efficacité des droits qui est envisagée avec l'introduction de l'action de groupe). En conclusion, la demande contenue dans l'acte d'adhésion italien, n'engendrant pas une pluralité de partie *ex latere actoris*¹¹⁸, entraîne d'une part l'adhésion au groupe, de l'autre, elle confère au demandeur (le représentant de la classe) une légitimation à la gestion du litige¹¹⁹ ;

¹¹³ L. Pelle, « Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons. », *op.cit.*, p. 961 : « le législateur a voulu conjurer une hypothèse de multiparties *ex latere actoris* et cela, parce qu'un procès collectif, où le nombre des adhérents est potentiellement illimité, est aussi bien plus gérable que n'est simple le groupe des parties », traduction propre.

¹¹⁴ En effet, l'adhérent n'étant pas « partie » au procès, son *status* est affecté par une absence de contradictoire : il ne pourra pas exercer sa propre activité défensive. Toutefois, il a été affirmé qu'un tel redimensionnement du contradictoire formel est compensé par l'introduction d'un contradictoire substantiel qui permet un « rééquilibre de force entre le sujet économique, jusqu'à présent le sujet fort, et une classe de sujets, individuellement faibles (traduction propre) », B. Di Giacomo Russo, « La class action italian », *op. cit.*, pp. 173-174.

¹¹⁵ P. Schlesinger, « La nuova « azione di classe » », *Corr. giur.*, 4, 2011, pp. 549-550, traduction propre.

¹¹⁶ En effet, le rejet de l'instance dans cette phase ne porte que sur la recevabilité : il ne touche pas au fond, n'exerçant donc pas une force de chose jugée.

¹¹⁷ Alinéa 14 de l'article 140-bis c. cons. it.. On rappelle que le délai d'adhésion c'est de 120 jours maximum, selon quant a été fixé par le juge, après l'exécution de la publicité.

¹¹⁸ Tribunal de Milan, 13 mars 2012, *Zacchei/Condacons c. Voden Medical Instruments* : le juge, dans le cadre de cette décision, soutient que l'adhésion ne peut pas être considérée comme une intervention volontaire litisconsortile : si c'était le cas, on voit bien comme l'adhérent serait censé pouvoir exercer sa défense et par conséquent on serait devant à un procès traditionnel multipartite, à cause d'une connexité objective des demandes.

¹¹⁹ L. Pelle, « Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons. », *op.cit.*, p. 963. Il faut bien souligner qu'une telle légitimation ne s'apparente pas à la légitimation à agir (*legitimatatio ad causam*), ni

en revanche, pour une partie de la doctrine, un tel rôle de l'adhérent comme « spectateur impuissant devant le litige de classe¹²⁰ » se fonde sur son besoin d'être mis à l'abri et protégé.

En droit français, en revanche, le procès est plus souple et la succession des phases de décisions sur la responsabilité du professionnel et de la formation du groupe montre le caractère encore plus passif de l'adhérent. Il ne s'agrège pas au représentant lors de la demande tendant à établir la responsabilité du professionnel mais manifeste sa volonté de profiter de ce qui a été décidé par le juge. Il n'est pas réellement partie et renonce à sa qualité de demandeur. En effet, il ne formule aucune demande propre puisque cette faculté ne lui est pas offerte dans cette phase du procès : en adhérant la victime obtient que ce qui a été décidé dans un premier temps, en son absence, lui soit étendu.

d) Plusieurs conséquences découlent de l'adhésion de la victime à l'instance : premièrement l'adhésion entraîne tant en droit français¹²¹ qu'en droit italien¹²² la suspension de la prescription. Deuxièmement, « l'adhésion entraîne renonciation à toute action restitutive ou réparatrice individuelle fondée sur le même titre » en droit italien ; alors qu'en droit français elle « ne fait pas obstacle au droit d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices n'entrant dans le champ défini par la décision [de responsabilité] ».

B. L'autorité de chose jugée

Un autre aspect du choix entre *opt-in* et *opt-out* (et du principe d'agir en justice, d'ailleurs) repose sur l'ampleur des effets subjectifs de la décision : adhérer à une action de groupe signifie, dans un système d'*opt-in*, être lié par la décision qui en résulte, qu'elle soit positive ou négative.

Les effets de la chose jugée se produisent à l'encontre non pas de toute la classe universellement entendue, mais plutôt seulement à l'encontre de ceux qui ont expressément

à la *legitimitas ad processum*, la condition procédurale de l'adhérent étant tout à fait inédite par rapport à l'environnement procédural. Pour preuve, le dernier alinéa de l'article prévoit que : « la renonciation ou la transaction intervenue entre les parties ne préjugent pas des droits des adhérents qui n'y ont pas expressément consenti ». Le demandeur n'a pas la disponibilité des droits des adhérents par défaut.

¹²⁰ E. Ferrante, « *Opt-out* ed incentivi d'oltreoceano : idee per una vera *class action* in Italia e in Europa », *op. cit.*, p. 484 et s., spéc. pp. 487-493, traduction propre.

¹²¹ Article L. 423-20 c. cons. fr. : « L'action [de groupe] suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements constatés par le jugement [de responsabilité] ».

¹²² Alinéa 3 de l'article 140-*bis* c. cons. it. : « Les effets sur la prescription découlent de la notification de la demande et, pour ceux qui ont adhérer successivement, du moment de dépôt de l'adhésion », traduction propre.

manifesté leur adhésion à l'action¹²³. De ce fait, celui qui n'est pas adhérent n'est pas lié et, donc dans le contexte de l'action de groupe, celui qui n'a pas adhéré pourra toute de même décider d'agir en justice dans le futur.

Cela pose un conflit ouvert avec le modèle étatsunien de *class action* : la *Rule 23* consacrant le principe de l'*opt-out*, l'absence d'une manifestation de volonté d'exclusion par l'une des victimes entraîne le fait que celle-ci soit liée par la décision : elle ne pourra donc pas agir en justice individuellement.

En revanche dans les pays de tradition civiliste, comme la France et l'Italie, l'autorité de la chose jugée n'a « lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement¹²⁴ » (c'est l'effet absolu de la chose jugée) et, pour ce que nous intéresse, l'autorité n'a lieu qu'à l'égard des parties au procès (c'est l'effet relatif de la chose jugée). Par conséquent, les parties au procès ne pourront plus agir en justice pour « les mêmes faits, les mêmes manquements et la réparation des mêmes préjudices que ceux ayant fait objet du jugement¹²⁵ ». De la qualification de « partie¹²⁶ » découle donc l'effet liant de la décision¹²⁷.

Toutefois, la discipline française prévoit des nuances à l'autorité de la chose jugée : en effet, elle limite ledit principe à tous les membres du groupe « dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure¹²⁸ », de sorte que les membres du groupe pourront agir de nouveau, mais cette fois individuellement pour obtenir la réparation qu'ils n'ont pas obtenue dans le cadre de l'action de groupe¹²⁹, et ce, même lorsqu'ils étaient membres du groupe : un « monstre juridique », pour certains¹³⁰.

¹²³ Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, p. 285 et s.

¹²⁴ Article 1351 code de procédure civil français.

¹²⁵ Article L. 423-23 c. cons. fr..

¹²⁶ Y. Strickler, *Procédure civile, op. cit.*, p. 288 : « Les « parties » s'entendent de celles qui ont participé à l'instance qui à donner lieu au jugement, en quelque qualité que ce soit ».

¹²⁷ M. Leclerc, *Les class actions, du droit américain au droit européen, op. cit.*, pp. 154-157.

¹²⁸ Article L. 423-21 c. cons. fr. ; nous soulignons.

¹²⁹ N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *op. cit.* qui définit ; M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.*, 2015, p. 256 et s.

¹³⁰ N. Molfessis, *ibid.* : « L'autorité de chose jugée ne se produirait pas au même moment et selon les mêmes facteurs pour le défendeur – le professionnel – et pour les bénéficiaires de l'indemnisation à laquelle le professionnel aurait été condamné – les consommateurs. [...] Comment le professionnel peut-il être condamné à indemniser un consommateur qui devient son créancier par le fait même de l'adhésion au groupe, à un moment où l'autorité de chose jugée ne jouerait pas encore pour ledit créancier ? Au reste, comment admettre que l'autorité de la chose jugée qui résulte normalement du jugement et précède sa force exécutoire, trouve sa cause dans la réparation et donc dans l'exécution de la décision ? La force exécutoire précéderait-elle ici l'autorité de la chose jugée ? La curiosité est parfaitement remarquable ». *Contra*, C. Nourissat, « L'action de groupe, c'est maintenant (ou presque...) », *Procédures*, n° 5, Mai 2014.

On peut alors se demander si le décalage entre les qualifications de « partie » et « d'adhérent » produit des conséquences juridiques. En effet, on voit bien que l'autorité de chose jugée naît lorsque le juge condamne le professionnel, mais si dans la phase exécutoire ce dernier arrive à prouver l'inexistence d'une créance de certains consommateurs, le droit d'agir resurgit mais cette fois – la voie collective étant déjà épuisée – dans une forme purement individuelle. Il y a donc une sorte d'épuisement de l'action de groupe, règle aisément élaborée à la faveur des entreprises afin de leur fournir un « bouclier juridique » contre le risque d'un assaut au butin.

Une telle lecture – qu'elle soit compatible ou non avec l'autorité de la chose jugée – nous semble tenter *de facto* de compenser les lacunes « subjectives » dont les adhérents souffrent, en leur offrant la possibilité d'obtenir individuellement réparation et cette fois, avec les pleins pouvoirs d'une partie processuelle traditionnelle¹³¹.

La discipline italienne partage avec celle française une liaison entre participation à l'instance (donc, principe dispositif), « partie » et effet relatif de chose jugée¹³². Cependant, elle manifeste un respect davantage orthodoxe du mécanisme d'inclusion. En effet, en adhérant, la victime renonce « à toute action restitutoire ou réparatrice individuelle fondée sur le même titre¹³³ » car le droit italien ne prévoit pas de possibilité d'action individuelle dans le cas où l'action de groupe échoue. Il y a néanmoins une exception à cette limite de l'autorité de la chose jugée : lorsque les parties transigent et que la transaction ne satisfait pas l'un des adhérents, ce dernier ne sera pas lié par l'accord¹³⁴.

D'autre part, « la décision qui définit l'instance produit ses effets aussi à l'égard des adhérents » ; les sujets non adhérents ne seront donc pas liés par la décision car, justement, ils n'ont pas adhéré et donc, ils n'ont pas fait valoir et n'ont pas défendu leur prétention en justice (et il y a un lien entre autorité de la chose jugée, principe du contradictoire et principe dispositif). Ainsi, il conserve leur droit d'agir individuellement en justice.

Ici se manifeste un véritable piège de l'*opt-in* qui entrave la fonction dissuasive de l'action de groupe : celui qui n'adhère pas avant l'expiration du délai fixé par le juge ne pourra pas introduire de lui-même une action de groupe pour un préjudice qui aurait pu être réparé par

¹³¹ Toutefois, si les pouvoirs de l'*ex-adhérent* s'étendent, ce dernier reste découragé par la lourdeur d'une action « en solitaire » dont le coût élevé pour mener à terme à l'action.

¹³² Article 2909 code civil italien : « Les constatations contenues dans un jugement passé en force de chose jugée s'imposent à tous égards aux parties, à leurs héritiers ou à leurs ayants cause », traduction propre.

¹³³ Article 140-*bis* c. cons. it., alinéa 3, traduction propre.

¹³⁴ Sauf si un accord exprès avait été prévu à cet effet *a posteriori* de la proposition de transaction.

le biais de l'action de groupe introduite *a priori*¹³⁵. Ce mécanisme juridique, dit de « consommation de l'action de groupe » rapproche la discipline italienne de la discipline française. On le répète : c'est un avantage considérable accordé aux entreprises (et, on l'a vu, il n'est pas nécessaire¹³⁶). Les entreprises ont donc la garantie qu'après l'expiration du délai judiciaire, aucun nouvel adhérent ne pourra se manifester. Au terme de la procédure d'action de groupe, qui ne parvient jamais à agréger la totalité des victimes, les défauts liés à une action individuelle du consommateur, et que pallie l'action de groupe, resurgissent : coût trop important de la procédure *et cætera*.

En résumé, aussi bien en France qu'en Italie, on cherche à donner une sécurité majeure aux entreprises en empêchant les consommateurs d'introduire des actions de groupe en série¹³⁷. Un compromis (inégal) se cache derrière l'action de groupe et apparaît ici : elle vise à ouvrir la porte de l'accès à la justice mais cette porte ne peut s'ouvrir qu'une seule fois (et on sait que la publicité autour d'une action de groupe n'est pas souvent suffisante...), et ce, sans même qu'une raison de fond, comme le droit de défense des professionnels, n'existe. Seules les victimes les plus vigilantes et rapides « auront la chance de monter sur le bus de l'action de groupe alors que les autres seront contraintes à continuer seules et à pied¹³⁸ ».

Effectivité et dissuasion tombent sous le coup de cette politique du droit qui semble simplement contenter le consommateur sans toutefois parvenir à lui donner une protection pleine. *Quo usque tandem abutere...*¹³⁹ ?

Enfin, les droits de la défense et le principe du contradictoire sont également concernés par l'architecture complexe des actions de groupe française et italienne.

¹³⁵ Article 140-*bis* alinéa 14 c. cons. it. ; En revanche, si le délai n'est pas expiré, le droit d'action demeure. Les deux actions de groupe seront réunies d'office si elles ont été introduites devant le même tribunal. En revanche, si les deux actions sont introduites auprès de deux tribunaux différents, le second juge ordonnera la radiation de la seconde affaire du rôle et posera un délai de 60 jours maximum pour que l'action soit jointe à la première action.

¹³⁶ P. Fiorio, « L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori », *op. cit.* ; C. d'Orta, *La class action tra proclami e deterrenza. Uno studio di diritto interno e comparato*, Torino, Giappichelli, 2014.

¹³⁷ P. Fiorio, « L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori », *op. cit.*, p. 57

¹³⁸ P. Fiorio, *ibid.*, traduction propre.

¹³⁹ P. Rescigno, « Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano », *op. cit.*, qui compare les principes entre Italie et Etats-Unis, en référence à la procédure de la *Rule 23*.

Paragraphe 3 – Les droits de la défense et le principe du contradictoire

Dans la procédure française, la responsabilité du professionnel est établie avant la formation du groupe. On condamne donc le défendeur sans qu'il n'ait connu les parties adversaires (les adhérents¹⁴⁰). Toutefois, on l'a vu, cette lacune dans la première phase de l'action est compensée lors de la mise en œuvre du jugement : en effet, le professionnel condamné devra procéder « à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur », et pourra aussi contredire le bien-fondé de toute créance individuelle. Ainsi, selon une partie de la doctrine¹⁴¹, un tel décalage dans la connaissance des adversaires ne viole pas les droits de la défense¹⁴².

Ce décalage favorise les consommateurs car ces derniers savent *a priori* de tout engagement judiciaire s'ils pourront ou non être dédommagés. On lève l'aléa judiciaire et donc, ils seront davantage incités à adhérer. En revanche, pour le professionnel, puisqu'il ne connaît pas *a priori* le nombre effectif de consommateurs qui réclameront la réparation du dommage subi, il devra supporter une sorte de pression processuelle qui pourrait le dissuader à l'avenir de répéter un comportement sanctionnable et tout cela, sans que le principe du contradictoire ne soit violé.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs écarté la violation des droits de la défense en affirmant que « le professionnel défendeur à l'instance peut, lors de la première étape de la procédure, faire valoir, outre les exceptions relatives à la recevabilité de cette action, tous les moyens de défense relatifs à la mise en cause de sa responsabilité, à la définition du groupe des consommateurs à l'égard desquels celle-ci est engagée, aux critères de rattachement à ce groupe, aux préjudices susceptibles d'être réparés, ainsi qu'à leur montant ou aux éléments permettant l'évaluation des préjudices ; qu'après que les consommateurs ont adhéré au groupe, il peut, lors de la troisième étape de la procédure, faire valoir devant le juge saisi en application

¹⁴⁰ S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 32e éd., 2014, n. 2254-7, p. 1460.

¹⁴¹ K. Haeri et B. Javaux, « L'action de groupe à la française, une curiosité », *op. cit.*, qui soulignent le risque d'abus à ce sujet : « Au vu de la structure de l'action de groupe, et en particulier de l'apparition très tardive des consommateurs, on peut se demander sur quelle base l'entreprise pourra procéder à une évaluation, *ab initio*, du risque financier lié à la procédure ! » ; L. François-Martin et I. Daulouède, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *Contrats Concurrence Consommation*, 5, Mai 2014, dossier 5 : « les entreprises seront incapables de savoir combien de consommateurs vont agir à leur rencontre et une obligation de provision de l'indemnisation leur incombera alors. En outre, l'augmentation substantielle du montant des primes d'assurance de responsabilité civile des entreprises est à prévoir, laquelle s'imputera *in fine* sur les coûts facturés aux consommateurs ».

¹⁴² N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *op. cit.*.

des dispositions de l'article L. 423-12, tous les autres moyens de défense relatifs à l'indemnisation individuelle des consommateurs intéressés¹⁴³ ».

Dans cette dynamique, la seule victime est le procès lui-même. En se voulant souple et rapide, le procès pourrait *in fine* se voir prolonger car le défendeur pourra contredire dans la troisième phase les créances individuelles et ainsi une multitude de litiges entre un ou plusieurs consommateurs et le professionnel pourrait apparaître. Les exigences d'économie de la justice et de célérité du procès seraient alors contrariées.

En droit italien, le parcours procédural est différent et la problématique autour du principe du contradictoire s'est concentrée sur la qualification des adhérents. En effet, on l'a évoqué, l'adhérent est une conception inédite de la notion de « partie » : une partie passive, une partie non traditionnelle¹⁴⁴ mais qui est nécessaire pour la célérité même du procès¹⁴⁵.

En conclusion, on remarque donc clairement que les principes directeurs du procès peuvent poser certaines difficultés à l'égard du transfert de l'institution de la *class action* étatsunienne. Les législateurs français et italien ont entendu remédier à ces difficultés en supprimant l'*opt-out* et en le remplaçant par l'*opt-in*. Toutefois, on pose ainsi un obstacle à l'accès à la justice pour le consommateur et ce, de manière parfois inutile car on a appliqué des processus (comme la consommation de l'action après une première action de groupe) qui ne sont pas relatifs à l'*opt-in* et qui favorise *in fine* le défendeur-professionnel, mettant de côté la fonction dissuasive de l'action de groupe.

¹⁴³ Conseil Constitutionnel - Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014 relative à la Loi Hamon.

¹⁴⁴ P. Rescigno, « Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano », *op. cit.*. L'auteur souligne le lien entre contradictoire et les limites subjectives de validité de la chose jugée : « tous les destinataires d'une décision sont nécessairement contradictoires, dans le sens où une décision n'est pas valablement rendue à leur égard s'ils n'ont pas eu la possibilité d'intervenir au cours du jugement », traduction propre.

¹⁴⁵ Voir *supra* note 114 ; L. Pelle, « Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. », *op. cit.*, p. 974.

Chapitre 2

Les difficultés d'une procédure en « rodage »

L'acclimatation de la nouvelle procédure, jusqu'à présent étrangère au milieu juridique, posent de nombreuses difficultés : en premier lieu, le besoin d'un filtre d'accès au procès est envisagé de manière différente par les législateurs français et italien (**section 1**) ; En deuxième lieu, la phase du jugement de responsabilité française et italienne manifeste un impact différent sur les professionnels (**section 2**) et sur l'effet dissuasif d'ailleurs. *In fine*, dans la pratique, une telle procédure n'a pas eu les effets escomptés (**section 3**).

Section 1 : Le jugement « filtre » et le rôle primordial de la publicité

En premier lieu, la prévision d'un filtrage des instances qui méritent d'être traitées se fonde sur le besoin d'une garantie à l'encontre des professionnels : en effet, un examen de recevabilité s'impose afin d'empêcher certains abus, tel que prévu dans la procédure étatsunienne (**paragraphe 1**). En second lieu, la publicité tant au niveau de la formation du groupe qu'au niveau médiatique est la clef de voute de l'action de groupe (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – Le pouvoir des juges italien et français : garantie pour le professionnel ou dissuasion des instances ?

Aux Etats-Unis, le juge joue un rôle très important, souvent dit de *case management* : l'action de groupe, afin de pouvoir faire l'objet d'une décision sur le fond, doit faire l'objet d'un examen préliminaire de recevabilité mené par le juge qui vérifie la présence des éléments individuels à la *Rule 23* (*numerosity, commonality, typicality et adequacy of representation*¹⁴⁶).

En France, en revanche, le législateur a préféré laisser la fonction de sélection des instances aux associations plutôt que de l'accorder aux juges avec toutes les conséquences dont on a déjà parlé. Pour cela, le juge se bornerait à vérifier les conditions de forme (au moins dans cette phase), tout en laissant aux organismes représentatifs la responsabilité de sélectionner les affaires : cela risquerait donc de garantir l'impunité des entreprises dont les dossiers ne sont pas assez attractifs.

¹⁴⁶ N. M. Pace, « Class actions in the United States of America : an overview of the process and the empirical literature », disponible sur <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/USA__National_Report.pdf>, p. 6 et s.

La voie judiciaire de la sélection des affaires serait donc la plus sûre et ce, également grâce à l'impartialité du juge¹⁴⁷. De plus, l'action de groupe sert à favoriser l'accès à la justice et celle-ci devrait donc elle-même décider si une demande est recevable ou non.

En Italie, en revanche, le juge a un rôle majeur dans l'analyse de la recevabilité des actions¹⁴⁸. On remarque une nette influence de la législation étatsunienne car le juge italien doit vérifier « l'admissibilité de la demande¹⁴⁹ ». Elle ne sera pas recevable si elle est « manifestement infondée¹⁵⁰ », s'il existe un « conflit d'intérêts », si le juge « ne décèle pas l'homogénéité des droits individuels » ou si le demandeur n'apparaît pas apte à « gérer adéquatement les intérêts de la classe¹⁵¹ ». L'existence d'un tel filtre, qui n'est pas présent dans une procédure ordinaire, repose sur deux exigences : d'une part, on cherche à empêcher les abus de procédure¹⁵² et de l'autre, on veut garantir les entreprises contre un effet de chantage. La finalité est donc d'assurer l'économie de procès fantaisistes ou abusifs sans qu'il ne soit nécessaire que l'abus soit établi à l'issue d'une décision au fond.

Si une telle phase filtre a une finalité préventive appréciable, il n'en demeure pas moins qu'elle crée un mur contre lequel les exigences de protection de la partie faible, le consommateur, risquent de se heurter. Par conséquent, on crée un obstacle à l'efficacité de l'action de groupe¹⁵³, qui peut s'assimiler à une dissuasion à l'envers¹⁵⁴. Dans la *praxis*¹⁵⁵, l'effet de dissuasion du consommateur est notable : une sorte de « chasse à l'erreur » a eu lieu

¹⁴⁷ Toutefois, on peut imaginer que la judiciarisation de la sélection des affaires pourrait mal se concilier avec des systèmes judiciaires surpeuplés d'affaires, comme les juridictions italiennes civiles.

¹⁴⁸ Article 140-*bis* alinéas 6, 7, 8 c. cons. it..

¹⁴⁹ Article 140-*bis* alinéa 6 c. cons. it..

¹⁵⁰ L'absence d'une définition de critères aptes à vérifier que l'instance n'est pas manifestement infondée génère des difficultés d'application. Toutefois selon Tribunal de Rome, 27 avril 2012, ord., *Condacons e M.S. c. Università Cattolica del Sacro Cuore : Danno e resp. 12/2012* : « [Ce critère] représente un outil visé à, d'une part, conjurer les initiatives injustement vexatoires à l'encontre des entreprises (...) et de l'autre, à protéger de manières préventives les possibles adhésions au groupe par l'introduction d'initiatives judiciaires sans possibilité de succès », traduction propre.

¹⁵¹ Dans ce cas, bien qu'aient été soulignés des risques d'inconstitutionnalité, le critère étant trop général et attributif d'amples pouvoirs au juge, le droit d'agir en justice demeure protégé, dans la mesure où la voie individuelle est encore possible à entreprendre. P. Schlesinger, « La nuova « azione di classe » », *op. cit.*, p. 551.

¹⁵² Et les abus de procédure peuvent être sanctionnés au visa de l'article 96 alinéa 3 du code de procédure civile italien.

¹⁵³ A. Giussani, « L'azione di classe : un primo bilancio », *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1187.

¹⁵⁴ On peut penser qu'un tel filtre a été introduit du fait de la crainte des excès de procédures propres à l'expérience américaine.

¹⁵⁵ Les juges ont également souvent bloqué les suites de la procédure en se référant aux conditions de recevabilité de l'action prévues par le droit commun. A titre d'exemple, voir : Tribunal de Turin, ord. 7 avril 2011 : *Corr. giur.*, 8, 2011, p. 1108 et s..

et les demandes ont très fréquemment été bloquées dès la phase de recevabilité¹⁵⁶. Parmi toutes les actions introduites par les consommateurs et associations¹⁵⁷, seules trois ont été tranchées au fond¹⁵⁸.

De ce fait, l'application jurisprudentielle du filtre ne favorise pas l'introduction d'actions de groupe. Sur un plan d'étude comportementaliste et économique du droit, le consommateur est dissuadé car la haute improbabilité de voir son action recevable le conduit à effectuer un calcul coûts-avantages *a priori* et cette démarche est dissuasive *per se* (au regard du consommateur qui n'a pas forcément le temps, l'énergie et les ressources pour procéder à un tel calcul¹⁵⁹). Pire encore, le consommateur ou l'association ayant introduit l'instance dite abusive pourra se voir condamné à des dommages et intérêts et devra publier, à ses frais, un communiqué mettant en lumière la procédure abusive.

On peut donc conclure que la jurisprudence en la matière montre les difficultés quant au succès de l'action de groupe qui reposent sur cette phase filtre où « les potentialités évidentes de l'institution, tel qu'instrument conforme aux exigences d'effectivité de la protection juridictionnelle des consommateurs et de dissuasion, ont dû se concilier avec les instances de protection des défendeurs potentiels attirés contre les instance non fondées¹⁶⁰ ».

¹⁵⁶ E. Ferrante, « *Opt-out* ed incentivi d'oltreoceano : idee per una vera *class action* in Italia e in Europa », *op. cit.*, p. 486 : « Au lieu d'étoffer la protection civile des droits, en lui restituant ses vertus traditionnelles réparatrices et de dissuasion, jusqu'à présent [le filtre] a porté les parties à une confrontation exténuante sur les condition d'accès ; au lieu de réparer les dommages, il a enflammé le contradictoire sur la qualité de consommateur, sur l'appartenance des prétentions à la matière [...]. Mais jamais sur le fond. À cela conduit la politique des limitations : non seulement rétrécir en flèche les occasions d'emploi, mais aussi déplacer le cœur du litige du fond au contrôle de recevabilité », traduction propre.

¹⁵⁷ À l'heure actuelle les actions de groupe introduites sont au nombre de 58, et 10 ont été déclarées recevables, 18 déclarées non recevables, 40 encore en phase de traitement et 3 tranchées sur le fond ; Données provenant de <www.osservatorioantitrust.eu> ; dernière mise à jour 16 janvier 2016. Un résumé de la jurisprudence sur les actions de groupe tant en Italie que dans les principaux pays européens est disponible sur le site <www.collectiveredress.org>.

¹⁵⁸ Il s'agit de : Tribunal de Naples, 18 février 2013, n. 2197 : A. G. De Santis, « La prima sentenza di accoglimento di una azione di classe a tutela dei consumatori », 2014, disponible sur <http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/1_de_santis_sentenza_azione_di_classe.html> ; la demande a été rejetée dans Tribunal Milan, 13 mars 2012 : *Danno e resp.*, 2, 2013, p. 195 et s., obs. L. Bugatti, « Pratiche commerciali scorrette e tutela risarcitoria del consumatore », mais cette dernière affaire a été réformée en appel par Cour d'Appel de Milan, 26 août 2013 : *Foro italiano*, 2013, I, 3326 ; mais aussi *D.*, 2013 p. 2456 : F. Laffaille, « Class action » de droit italien : condamnation d'une entreprise pharmaceutique ».

¹⁵⁹ C. Consolo, « Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la *class action* consumeristica », *op. cit.*, p. 1302.

¹⁶⁰ L. Frata, « L'art. 140 bis Cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito », *Danno e resp.* 12, 2012, p. 1253.

Cette phase n'est pas présente dans la procédure française et le législateur italien pourrait donc questionner son existence en droit italien mais il faudra tenir compte des risques précités du filtrage par l'association. Une analyse des effets pervers des deux filtres serait donc utile lorsque davantage de jurisprudences en la matière aura été rendue.

Si le filtrage (judiciaire ou associatif) tend à compromettre les exigences de protection du consommateur, le moment le plus important de la procédure, en terme de dissuasion, est celui de la publicité¹⁶¹.

Paragraphe 2 – La publicité, élément clef d'une procédure d'*opt-in* : dissuasion médiatique et formation du groupe

Dans la procédure d'*opt-out*, la publicité a une fonction limitée de dissuasion : les victimes sont informées de l'existence d'une *class action* à laquelle elles seront partie à moins qu'elles ne manifestent leur volonté de sortir de la classe.

En revanche, dans les pays où est mis en œuvre le mécanisme d'*opt-in* (comme la France et l'Italie), la publicité constitue le moment le plus important aux fins de la formation du groupe qui obtiendra la réparation du dommage subi par le professionnel. Pour cela, plus le groupe sera important, plus grande sera la possibilité que le dommage global sera réparé et par conséquent, que la justice civile puisse influencer le comportement futur du défendeur et des autres opérateurs économiques.

Ainsi, l'importance de la publicité dans les disciplines française et italienne impose, en premier lieu, le rôle de premier plan reconnu au juge qui doit rendre sa décision de la manière la plus analytique possible¹⁶² (ou son ordonnance, pour le juge italien) afin que les adhésions puissent être conformes et donc garantir un groupe large. Les choix de rédaction du juge, donc, produisent des effets sur la potentialité d'adhésions. Le juge a un rôle également important en ce qu'il choisit « les mesures adaptées pour informer [...] les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe¹⁶³».

¹⁶¹ C. d'Orta, *La class action tra proclami e deterrence. Uno studio di diritto interno e comparato*, op. cit., p. 278.

¹⁶² Pour cela, le décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation prévoit toute une série d'information visant à faciliter l'adhésions des consommateurs. M. J. Azar-Baud « Réflexions autour de l'efficacité de l'action de groupe », op. cit..

¹⁶³ Article 423-4, c. cons. fr..

La publicité de la procédure italienne est davantage conséquente encore. Elle est le moteur du succès de l'institution, dans la mesure où la formation du groupe doit avoir lieu avant le jugement et étant donné qu'après celui-ci l'intervention de tiers ne sera plus permise.

Deuxièmement, la question se pose sur le plan pécuniaire : en droit français, la publicité intervient après l'établissement judiciaire de la responsabilité du défendeur. Les coûts de publicité sont à la charge du défendeur succombant¹⁶⁴. De ce fait, l'initiative des associations est aidée par la prise en compte du fait qu'elles n'auront pas à supporter ces coûts. En revanche, si l'*azione di classe* italienne pouvait déjà apparaître comme une arme inefficace à cause d'un jugement de recevabilité trop strictement mis en œuvre par les tribunaux, le coup final aux consommateurs est porté par la prévision des coûts de publicité qui sont à leur charge¹⁶⁵ ! De ce fait, on voit bien comment accès à la justice, efficacité des droits et dissuasion des entreprises¹⁶⁶ tendent à subir un net redimensionnement en Italie comparé à la situation française : le consommateur individu, en effet, devant la possibilité d'agir en justice pour la classe, doit prendre en compte non seulement des dépenses processuelles plus élevées, mais aussi le coût de la publicité, auquel concourt également le risque de succomber, et le risque de manque d'adhésions¹⁶⁷. Pour cela, à moins qu'il ne s'agisse d'un « riche bienfaiteur¹⁶⁸ », le consommateur a un « intérêt mineur et une incitation mineure à promouvoir une action collective beaucoup plus onéreuse que celle individuelle¹⁶⁹ ».

Enfin, quant à l'analyse de l'effet dissuasif en comparant les procédés d'*opt-in* et d'*opt-out*, il est important de souligner que, bien que l'effet dissuasif soit renforcé dans la procédure assortie du mécanisme d'*opt-out* car la somme que devra verser le professionnel sera plus importante (pour des raisons, déjà évoquées, relatives au nombre de victimes dont le dommage

¹⁶⁴ Article 423-4, c. cons. fr..

¹⁶⁵ M. Manenti et A. Palmieri, « Azione risarcitoria collettiva : dove l'*Italian style* lascia a desiderare », *op. cit.*, p. 742 ; E. Ferrante, « Pubblicità dell'ordinanza ammissiva e *status* degli aderenti nell'azione di classe », *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 357 et s.

¹⁶⁶ M. Dary et A. du Chastel, « Action de groupe : premier bilan et perspectives », *RLDC*, 2015, p. 45 et s. : « Le juge dispose d'une grande liberté pour choisir les moyens de publicité, ce qui peut dès lors conduire à communiquer auprès d'une population non concernée par l'action de groupe et porter atteinte à l'image et la réputation commerciale de la société ».

¹⁶⁷ L. Possieri, « L'Azione di Classe (ex art.140 *bis* cod. cons.) come azione a tutela dei consumatori e suo rapporto con la mediazione finalizzata alla conciliazione », disponible sur <www.mondomediazione.it>.

¹⁶⁸ E. Ferrante, « *Opt-out* ed incentivi d'oltreoceano : idee per una vera *class action* in Italia e in Europa », *op. cit.*, pp. 499-500.

¹⁶⁹ P. Fiorio, « L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori », *op. cit.*, pp. 17-18, traduction propre.

sera à réparer), il reste qu'une dissuasion médiatique sera bien plus importante lorsque la procédure sera assortie du procédé d'*opt-in*. En effet, la publicité devant être plus conséquente dans le cas d'une procédure assortie d'*opt-in* pour que le nombre d'adhérents soit suffisant, les entreprises qui misent sur leur réputation se verront plus fortement dissuader de commettre un acte peu vertueux car elles craindront que la publicité faite autour de l'action de groupe (qui devra être particulièrement importante et diffuse pour que la *class action* soit efficace) ne les discréditent¹⁷⁰. Cette dissuasion médiatique est particulièrement efficace à l'encontre d'entreprises dont les ressources économiques sont élevées et dont l'enjeu résulte de leur réputation auprès du public¹⁷¹ : la médiatisation de l'introduction de l'action de groupe peut opérer comme « une forme de sanction, souvent plus préjudiciable qu'une condamnation judiciaire¹⁷² ».

A titre d'exemple, si une entreprise adopte un comportement préjudicant légèrement des consommateurs, elle ne craindra pas tellement de devoir réparer les préjudices subis car la somme pourra être toutefois plus modique comparé au gain perçu (au vu du nombre des adhérents effectifs) mais l'impact qu'aura une mauvaise publicité à son encontre peut la dissuader d'agir d'une telle sorte.

La publicité du système d'*opt-in* semble donc bien plus efficace que celle ayant lieu dans un système d'*opt-out*.

Toutefois, si on fait un état des lieux sur la capacité de la publicité à permettre l'agrégation des victimes, on peut voir qu'en Italie, des actions ont conduit à l'adhésion de peu (voire très peu) de membres. En France, puisqu'aucune action de groupe n'a encore réellement

¹⁷⁰ K. Haeri et B. Javaux, « L'action de groupe : entre incertitudes procédurales et instrumentalisation », *Droit et Patrimoine*, 2015, p. 243 et s. Les auteurs, en effet, déduisent des premières actions de groupe introduites jusqu'à présent pas les associations, un comportement abusif des associations visant à instrumentaliser l'outil de la publicité : « Or la médiatisation d'une action de groupe a pour conséquence une atteinte immédiate et durable à l'image des professionnels concernés, et cela alors même qu'aucun jugement n'a été rendu, voire alors que l'action de groupe n'a pas été introduite. Les conséquences pour le professionnel sont telles que ce dernier pourrait d'ailleurs décider de tout faire pour éviter une exposition prolongée dans les médias. Ainsi, la menace, ou même la simple annonce, d'une future action de groupe constitue en elle-même une arme pour les associations pouvant leur permettre d'obtenir des engagements du professionnel, et cela indépendamment du bien-fondé réel des demandes de l'association ».

¹⁷¹ C. Bourdel, « Première bougie pour l'action de groupe : un bilan en demi-teinte », *AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution*, 2015, p. 488 : « En réalité, l'honneur et la considération du professionnel est mise en cause dès l'introduction de l'action qui est relayée par les médias et présentée généralement comme devant aboutir à une condamnation inéluctable du professionnel. Ainsi l'action de groupe est d'abord une arme médiatique avant d'être une action judiciaire permettant de reconnaître l'éventuelle responsabilité du professionnel ».

¹⁷² M. Dary et A. du Chastel, « Action de groupe : premier bilan et perspectives », *op. cit.*

abouti, on ne peut faire une telle analyse. Il en résulte le constat d'une publicité peu efficace sur le plan agrégatif et *a fortiori* sur le plan de la dissuasion médiatique.

En Italie, il faut donc soit basculer dans un système d'*opt-out* pour que la publicité ait un rôle moindre à jouer, soit, il faut corriger le système en s'inspirant, par exemple, du système français et donc, en bouleversant les bases financières peu incitatives. Dans tous les cas, l'accent doit être mis, en France comme en Italie, sur la publicité.

Section 2 : La dissuasion par le juge : jugement de responsabilité et évaluation des dommages et intérêts

L'action de groupe est une action en responsabilité prévue contre les professionnels. Elle est alors (timidement) dissuasive à l'encontre de ceux-ci. Toutefois, la première action de groupe italienne fait remarquer que le juge italien ne voyait pas l'action de groupe sous cet angle de dissuasion. Bien qu'il n'y a pas encore à analyser, on voit que c'est également le cas en France (**paragraphe 1**). Il conviendra également de souligner que la discipline française prévoit une procédure alternative (dite d'action de groupe simplifiée) plus souple et qui se rattache au modèle de l'*opt-out*. Elle est donc plus dissuasive (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – La nature des choix des juges français et italien : fermeté de la décision ou conciliation entre les parties ?

Le juge français dans sa décision « statue sur la responsabilité du professionnel » et en déterminant les préjudices à réparer, il fixe le montant « ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices » ; à cette fin, il mène le rôle d'un décideur intervenant sur le déroulement du procès¹⁷³ (c'est le « chef d'orchestre de la procédure¹⁷⁴ »), tout en pouvant influencer l'effet dissuasif à l'issue de la procédure. Le professionnel sera tenu de procéder « à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur¹⁷⁵ » selon le dispositif du juge¹⁷⁶.

¹⁷³ Il ne pouvait en être autrement pour la gestion d'un litige qui concerne une pluralité élevée de consommateurs, à cause de ses particularités.

¹⁷⁴ L. François-Martin, « L'action de groupe et les pouvoirs accrus de la DGCCRF », *jurisprudence automobile*, n° 862, mai 2014, p. 16 et s. ; L. François-Martin et I. Daulouède, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *op. cit.*, point 10.

¹⁷⁵ Article L. 423-11 du c. cons. fr..

¹⁷⁶ M. J. Azar-Baud, « Réflexions autour de l'efficacité de l'action de groupe », *op. cit.*.

Le juge italien, en revanche, tranche le litige avec la condamnation de l'entreprise et peut prendre deux décisions : soit il procède à l'évaluation des dommages et intérêts et donc la décision vaut titre exécutoire, soit, il établit « le critère homogène de calcul » pour évaluer les dommages et intérêts. Mais dans ce dernier cas, s'ouvre une phase de « conciliation judiciaire » entre victimes et professionnel, qui dans un délai de 90 jours, doivent parvenir à un accord sur l'évaluation des dommages et intérêts. En son absence, le juge, à l'initiative d'une partie procède avec l'évaluation.

Les deux procédures visent la condamnation du professionnel et ont une fonction dissuasive à l'égard des entreprises. Toutefois, l'alternative qui se présente au juge italien (détermination directe des dommages et intérêts ou conciliation) montre un choix d'opportunité de politique juridique différent. En Italie, le juge peut s'effacer pour laisser place à une gestion partagée entre le professionnel et les victimes. C'est un héritage de la discipline italienne originaire (jamais entrée en vigueur) qui était fortement indulgente envers les entreprises. La dissuasion s'estompe donc. Par ailleurs, nous soulignerons le déséquilibre susceptible dans les rapports de force au cours de la négociation entre le professionnel et les victimes : la somme que devra allouer le professionnel pourra donc ne plus équivaloir au préjudice subi et être revue à la baisse.

Paragraphe 2 – La procédure spéciale française, vers plus de dissuasion

L'article L. 423-10 c. cons. fr. introduit une procédure simplifiée. Si les circonstances permettent une procédure plus souple, on pourra alors la mettre en œuvre. Il s'agira, par exemple, de la connaissance de « l'identité et (du) nombre des consommateurs lésés, l'identité du montant des préjudices, ainsi que l'homogénéité de l'origine des dommages¹⁷⁷ ».

Dans ce cas, il ne manque donc que l'adhésion des consommateurs, propre à l'*opt-in*. Or, celle-ci est inutile puisqu'on les connaît. La publicité est donc également inutile. A la place de celle-ci, le professionnel doit donc informer individuellement les victimes pour qu'elles

¹⁷⁷ On peut penser par exemple aux cas où le nombre de consommateurs lésés est connu par le biais de fichiers d'un opérateur de téléphonie mobile, mais aussi dans le domaine des assurances et de la télévision payante. Une des cinq actions de groupe entamées jusqu'à présent a été introduite selon la procédure simplifiée : il s'agit de UFC-Que Choisir c. Foncia Groupe. Le groupe immobilier aurait indûment gagné, entre 2009 et 2014, environ quarante millions d'euro ayant fait peser sur 318 000 locataires les frais d'un service coûtant 2,30 euros par mois, en violation de la loi 6 juillet 1989. Voir H. Le Borgne, « Le rôle des institutions et des associations de consommateurs », *RLDA*, p. 105 et s..

puissent accepter leur indemnisation. On est donc dans un système hybride d'« opt-in ouvert ou opt-out *sui generis*¹⁷⁸ » : le législateur, tout en mettant en tête l'exigence d'efficacité des droits des consommateurs, élabore un mécanisme au potentiel conséquent¹⁷⁹ à travers lequel le jugement se déroule en l'absence (et même à l'insu) des consommateurs. Dans la procédure de droit commun d'action de groupe, le consommateur n'est pas vraiment « partie ». Cette fois-ci, il n'est même pas vraiment « adhérent¹⁸⁰ » ! Le consommateur devra accepter de voir son préjudice réparé. Il sera le destinataire d'une « offre de jugement¹⁸¹ » dans la phase d'exécution.

Ce système est à la limite de la sauvegarde des principes procéduraux traditionnels¹⁸² mais permet bien plus aisément une pleine réparation du dommage global et empêche que le professionnel se fie à l'inertie typique à adhérer des consommateurs ou sur les difficultés de la publicité à informer réellement toutes les victimes potentielles.

On soulignera tout de même le risque de cette procédure : l'association demanderesse pourra vouloir, même lorsque cela n'est pas légitime, bénéficier d'une telle procédure et demander un accès *quasi* automatique aux fichiers clients des entreprises¹⁸³.

Section 3 : Le rejet de l'action de groupe dans la pratique

Les difficultés d'exploitation du potentiel dissuasif de l'action de groupe ont également pour source un système différent de financement des litiges collectifs par rapport à celui prévu aux Etats-Unis (**paragraphe 1**). La pratique est révélatrice et montre que cette action est peu utilisée par le consommateur et les associations (**paragraphe 2**).

¹⁷⁸ N. Friciero, « Aspects procéduraux de l'action de groupe : entre efficacité et complexité », *Droit et Patrimoine*, 2015, p. 243 et s..

¹⁷⁹ N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *op. cit.*, n. 13 : « La singularité du mécanisme lui confère même une puissance supérieure à l'*opt-out*, puisque les consommateurs sont, cette fois, les bénéficiaires directs de l'indemnisation, par l'effet d'un procès qui s'est déroulé hors d'eux et sans leur accord, tout en conservant le droit d'accepter ou non l'indemnisation dont le montant leur sera communiqué après la décision ».

¹⁸⁰ Et on voit donc bien ici le bouleversement total du procès traditionnel.

¹⁸¹ L. Boré, « Le projet d'action de groupe : action mort-née ou premier pas ? », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n. 136.

¹⁸² N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *op. cit.*, n. 13.

¹⁸³ L. François-Martin et I. Daulouède, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *op. cit.*, n. 9.

Paragraphe 1 – La dissuasion pécuniaire du consommateur et de l'association

Le financement de l'action de groupe constitue l'une des éléments les plus significatifs aux fins de son succès et de son effet dissuasif : les pactes *de quota litis* et l'allocation des dommages et intérêts punitifs¹⁸⁴, en effet, outre-Atlantique permettent d'aboutir à un système de financement qui garantit à la fois l'accès à la justice et la dissuasion des conduites illicites.

En France et Italie, néanmoins, les pactes *de quota litis* sont interdits par la loi¹⁸⁵ : selon cette règle, l'avocat obtient comme honoraire une pourcentage des sommes auxquelles le défendeur est condamné, le risque d'échec pesant sur les avocats. La tradition franco-italienne se situe, en revanche, sur le principe du « qui perd paye » qui, malheureusement, dans une optique d'accès à la justice de la partie faible dépourvue des moyens financiers adaptés à gérer un litige de masse, ne garantit pas que le consommateur ou l'association soit incité à agir en justice (surtout quand, comme en Italie, les difficultés à dépasser la phase de recevabilité sont élevées et étant possible la condamnation pour procédure abusive du demandeur).

Permettre les pactes *de quota litis* pallierait cette difficulté.

L'introduction d'une prime de risque, en outre, permettrait aux consommateurs et associations d'abandonner leur résignation à agir et créerait « une motivation pour le demandeur de plaider et de le compenser pour le risque qu'il supporte¹⁸⁶ ».

Quant aux dommages et intérêts punitifs, leur introduction dans les droits français et italien semblent encore plus compromise et difficile. En effet, s'ils ne sont théoriquement pas contraire à l'ordre public français ou italien, au regard simplement de la solution posée par les jurisprudences traitant des demandes d'*exequatur* de décisions étatsuniennes en prévoyant, on voit que toutes les demandes ont été rejetées¹⁸⁷.

¹⁸⁴ F. Benatti, « Il danno nell'azione di classe », *Danno e resp.*, 1, 2011, p. 14 et s. ; F.E. McGovern, « Punitive damages and Class Actions », *Louisiana Law Review*, vol. 70, 2010, p. 435 et s.

¹⁸⁵ En France par article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. En Italie l'article 13 de la loi n° 247/2012.

¹⁸⁶ C.I. Nagy, « Le débat sur l'action collective en Europe : ils n'ont rien appris, ni rien oublié ? », *op. cit.*, p. 965.

¹⁸⁷ En France : Cass. civ., 1 décembre 2010, n°1090, (09-13303), « Schlenzka & Langhorne c. Fontaine Pajot S.A. », Numéro JurisData : 2010-022675, *Rev. crit. DIP*, janvier-mars 2011, p. 93 et s., obs. H. Gaudement-Tallon, « Conflits de juridiction » ; *D.*, 6, 10 février 2011, p. 423 et s., obs. F-X. Licari, « La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-œil de la Cour de cassation ? » ; *JDI*, vol. 137, 2010, p. 1236 et s., F-X. Licari, « Prendre le punitive damages au sérieux : propos critiques sur un refus d'accorder l'*exequatur* à une décision californienne ayant alloué des dommages-intérêts punitifs » ; *RTD civ.*, avril/juin 2011, p. 317 et s., obs. P. Remy-Corlay, « Dommages et intérêts punitifs et ordre public international : contrôle de proportionnalité » ; au lien <http://www.village-justice.com/articles/Dommages-interets-punitifs-ordre->

En matière d'action de groupe ils joueraient pourtant un rôle primordial de dissuasion à l'égard des entreprises, tout en permettant aussi de récupérer les gains illicites obtenus par le professionnel.

Alternativement, le bon financement des actions de groupe pourrait découler d'un engagement de tiers¹⁸⁸ à la condition qu'il n'y ait pas conflits d'intérêts.

Paragraphe 2 – Une action très peu utilisée dans la *praxis*

Deux années après l'introduction de l'action de groupe en France, un constat peut être dressé quant à son emploi dans la pratique. Le recours à l'action de groupe est largement en dessous des prévisions : aucune décision n'a été tranchée au fond par les tribunaux et seulement six actions ont été introduites¹⁸⁹. L'absence d'un précédent, donc, nous empêche de vérifier la « portée éducative » à l'encontre des entreprises. Toutefois, les éléments procéduraux analysés jusqu'à présent permettent de mettre en lumière des manquements dont le législateur devra tenir compte pour « rectifier le tir » : limitation de la légitimité à agir aux associations, accent mis

public,10007.html, M. Cartier-Frenois, « Dommages-intérêts punitifs et ordre public international : une compatibilité soumise à réserve ».

En Italie : Cass., 19 janvier 2007, n° 1183 : *Foro Italiano*, 2007, p. 1460 et s., obs. G. Ponzanelli, « Danni punitivi : no grazie » ; *Danno e resp.*, 2007, p. 1125 et s., obs. P. Pardolesi, « Danni punitivi all'indice ? » ; *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 341 et s., obs. P. Pardolesi, « Danni punitivi : frustrazione da vorrei, ma non posso ? » ; *Corr. giur.*, 2007, p. 497 et s., obs. P. Fava, « Punitive damages e ordine pubblico : la Cassazione blocca lo sbarco » ; *Nuova giur. comm.*, 9, 2007, p. 983 et s., obs. S. Oliari, « I danni punitivi bussano alla porta : la Cassazione non apre » ; *Eur. e dir. priv.*, 2008, pp. 315-347, obs. C. Castronovo, « Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale ».

CA Trento, sect. Bolzano, 16 août 2008 : *Danno e resp.*, 2009, p. 92 et s., obs. G. Ponzanelli, « Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano : una nuova vicenda » ; *Corriere giur.*, 2009, p. 525 et s., obs. P. Fava, « Funzione sanzionatoria dell'illecito civile ? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico ». Cass., 8 février 2012, n°1781 : *Danno e resp.*, 2012, p. 609 et s., obs. G. Ponzanelli, « La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio » ; *Foro it.*, I, 2012, p. 1449 et s., obs. R. De Hippolytis.

On signale qu'en date 16 mai 2016 la première chambre civile avec l'ordonnance 16 mai 2016, n°9978, obs. a remis au Premier Président de la Cour la question de l'*exequatur* de décision étrangère allouant des dommages et intérêts punitifs avec le principe de l'ordre public, afin que l'Assemblée Plénière puisse résoudre la problématique définie de première importance.

¹⁸⁸ M. Dary et A. du Chastel, « Action de groupe : premier bilan et perspectives », *op. cit.* qui citent par exemple « la plate-forme *Raise Justice* qui se rémunère par un pourcentage pris sur chaque transaction ou par le financement d'actions de masse par une société en échange d'une rémunération sur les sommes obtenues en cas de succès, par exemple le site *We Claim* concernant des litiges tels que les retards subis par des usagers des compagnies aériennes. Les sociétés éditrices de ces sites n'ont pas les contraintes des avocats interdisant d'être rémunérés uniquement par des honoraires de résultat ».

¹⁸⁹ Il s'agit de : UFC-Que Choisir c. Foncia ; SLC-CSF c. Paris Habitat-OPH ; CLCV c. AXA-AGIPI ; Confédération Nationale du Logement (CNL) c. Immobilière 3F ; Familles Rurales c. SFR. Pour une breve description : M. Dary et A. du Chastel, « Action de groupe : premier bilan et perspectives », *op. cit.*, p. 45 et s.

sur la publicité, absence d'un système de financement adéquat, étroitesse des moyens économiques des associations, difficultés intrinsèques à l'agrégation de la totalité des victimes à travers le système d'option d'inclusion.

Bien que l'action de groupe italienne ait montré sa capacité à faire parvenir en justice un nombre élevé d'instances (58 !), le jugement de recevabilité demeure le véritable obstacle de la discipline qui, ajouté aux obstacles des coûts (de publicité), rendent l'efficacité de l'action très mitigée.

Toutes ces limites, donc, tendent à redimensionner la portée dissuasive de l'action de groupe et la pose en net contraste avec l'institution étatsunienne qui, nonobstant ses excès, aboutit à une pleine dissuasion.

Partie 2

La fonction dissuasive de l'action de groupe par la réparation des dommages

« Mais si l'action de groupe est une action en justice c'est aussi et avant tout une action en responsabilité civile¹⁹⁰ ». La théorie de la responsabilité civile est véritablement bouleversée par l'action de groupe : elle permet de déployer son effet dissuasif, tout en n'oubliant pas la primauté de sa fonction indemnitaire (**chapitre 1**).

Par ailleurs, les domaines d'application de l'action de groupe sont fonction d'une politique prudente et leur expansion serait naturellement issue d'une valorisation de la composante dissuasive, ainsi que de celle d'effectivité des droits (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'action de groupe moteur de la fonction dissuasive de la responsabilité civile

La prévision d'une procédure spéciale dans le cas de dommages sérieux ne se limite pas à consentir l'accès à la justice là où celle-ci n'est pas favorisée mais, *in primis*, elle permet d'influencer l'activité économique et le comportement des opérateurs économiques (**section 1**), tout en apportant des changements à la nature purement compensative de la responsabilité délictuelle, qui, à travers l'action de groupe, permet d'augmenter le *quantum* des dommages et intérêts (**section 2**).

Section 1 – L'action de groupe et le bouleversement de la fonction de la responsabilité civile : vers plus de dissuasion

Permettre l'entière réparation des dommages causés par une entreprise signifie éduquer les entreprises à opérer de manière « sociale » et responsable sur le marché (**paragraphe 1**). Cela impose, par la suite, que l'action de groupe ne puisse pas permettre que l'entreprise maligne garde ce qu'elle a épargné ou gagné par le biais d'une conduite qui porte atteinte aux consommateurs (**paragraphe 2**).

¹⁹⁰ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », *op. cit.*.

Paragraphe 1 – La moralisation de l’activité économique et la fondation d’une culture consumériste

Le comportement des entreprises répond, on le sait, à des critères économiques : elles opèrent sur le marché en vue d’en obtenir un gain. Pour cela, le raisonnement sur lequel se basent les entreprises repose sur une évaluation des coûts et des bénéfices qu’un choix pourrait leur apporter¹⁹¹.

L’action de groupe permet d’agir de manière coactive sur le comportement de l’entreprise : le droit s’infiltré dans les domaines économiques et tente de les moraliser¹⁹² : il s’agit de décourager l’analyse coût-bénéfices pour laquelle la voie de la violation de la loi est la plus rentable et donc d’empêcher l’externalisation des coûts que doivent peser sur l’entreprise. La portée de l’action de groupe est donc la définition d’une « nouvelle légalité » qui gagne tant en effectivité de droits (des consommateurs) qu’en gouvernement des conduites humaines et sociales (des entreprises) : elle vise à réparer les dommages causés au consommateur, tout en bas de la structure économique et, en même temps, à garantir un marché loyal et responsable au sens large¹⁹³.

Toutefois, le bon fonctionnement du système économique-consumériste envisagé par le biais de l’introduction de l’action de groupe n’est pas à sens unique. Pour qu’il se développe, il faut permettre de démolir le mur qui empêche, dans un système d’*opt-in*, que l’action de groupe arrive à l’agrégation d’adhérents représentant réellement le dommage globalement causé.

On se demandera donc si les disciplines française et italienne répondent au système d’action de groupe ici envisagé, c’est-à-dire si l’outil du recours collectif tel que transplanté dans les Droits en question est apte à l’assainissement de la société mercantile.

¹⁹¹ L. Kornhauser, *L’Analyse économique du droit. Fondements juridiques de l’analyse économique du droit*, Paris, Michel Houdiard éd., 2010, p. 95 et s.

¹⁹² D. Mainguy, *L’action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *op. cit.*, p. 26 : « Il devient alors économiquement rentable, voire efficace, et ce faisant juste (au sens de l’analyse économique du droit), de profiter d’une situation juridique qui permet à de tels acteurs de prospérer, aux dépens d’une communauté qui n’est pas capable de se protéger par des actions, elles-mêmes efficaces, contre les stratégies juridiques de passager clandestin. Identifier ce faisant les procédures permettant de contrer ces stratégies d’opportunité permet une régulation, voire une moralisation de l’activité économique sur la base d’un « mieux disant juridique » fondé sur la sanction des violations des règles d’ordre public ».

¹⁹³ D. Mainguy, *L’action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *op. cit.*, p. 21.

Ainsi, on conclura que la logique de moralisation du marché n'est pas complètement satisfaisante.

Paragraphe 2 – L'action de groupe, instrument désavoué de la finalité dissuasive de la responsabilité civile

L'action de groupe étatsunienne se développe dans un système juridique où la responsabilité civile ne se borne pas à rétablir un équilibre violé par le fautif. Elle vise aussi à influencer le comportement social de celui-ci et des autres acteurs sociaux. Pour ce faire, selon la logique américaine, il faut dépasser la limite de la compensation dans la mise en œuvre de la responsabilité civile : il faut dissuader l'auteur du dommage (le professionnel dans notre cas), de sorte que ce dernier prenne toutes les précautions nécessaires pour que le fait dommageable n'ait pas lieu ou ne se reproduise pas¹⁹⁴. Il prévient les risques en internalisant les coûts¹⁹⁵.

On parle donc de dissuasion optimale : « *by imposing a price on socially costly behaviours, the legal system discourages such behaviours from occurring in the first place. Optimal deterrence is achieved when, after accounting for enforcement effects, the penalty for a violation equals its social costs*¹⁹⁶ ». En complément, les dommages et intérêts punitifs entrent en jeu lorsque les dommages ont été causés avec dol ou faute grave et visent à punir le fautif tout en satisfaisant le besoin de le stigmatiser socialement.

Bien qu'une minorité de la doctrine européenne soutienne que la responsabilité civile a comme but la dissuasion des conduites illicites¹⁹⁷ en plus de la réparation du dommage (ainsi

¹⁹⁴ G. Calabresi, *The costs of accidents : a legal and economic analysis*, New Haven – Londres, Yale University Press, 1970.

¹⁹⁵ G. P. Miller, « Compensation and deterrence in consumer class actions in the US and Europe », p. 263 et s., in F. Cafaggi et H-W. Micklitz, *New frontiers of consumer protection. The interplay between private and public enforcement*, Antwerpen – Oxford – Portland, Intersentia, 2009.

¹⁹⁶ C. Amatucci, « La vera ambizione delle azioni di classe : brevi note sulla deterrenza », *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, p. 15 : « Lorsque l'intensité d'une possible condamnation est équivalente (ou aussi légèrement inférieure) au coût entier du dommage causé, le fautif sera, de manière optimale, découragé à assumer le risque. La dissuasion optimale est, donc, individualisée jusqu'au point où les entreprises sont exposées à une responsabilité qui correspond exactement au coût du dommage, ni plus ni moins », traduction propre.

¹⁹⁷ A. Tunc, « La pena privata nel diritto francese », in F.D. Busnelli et S. Scalfi, *Le pene private*, Milan, Giuffrè, 1984, p. 351 : la responsabilité civile « exerce aussi une fonction sociale de dissuasion des comportements illicites et anti-sociaux », elle « n'a pas pour seule raison d'être la réparation du dommage, mais qu'elle remplit aussi une fonction de politique de prévention, de dissuasion des comportement anti-sociaux » et pour cela, « d'assurer l'ordre social ».

qu'une fonction de « peine privée¹⁹⁸»), la majorité de celle-ci, confortée par la jurisprudence¹⁹⁹, défend la conception de la responsabilité civile qui repose sur une séparation étanche entre la réparation et la punition : la responsabilité civile répare et le droit pénal punit. Par conséquent, dans notre tradition, la responsabilité civile replace la victime dans son *statu quo ante*, et par conséquent, le *quantum* doit être uniquement réparateur. L'évaluation des dommages et intérêts se focalise sur la victime, sur l'atteinte à son patrimoine, et ne prend pas en compte l'impact sur le fautif (et ne prend pas en compte non plus l'intensité de l'élément subjectif – faute grave ou dol – ni l'élément objectif de la « capacité » de son patrimoine).

En outre, selon la même doctrine majoritaire, la fonction dissuasive demeure cachée dans les mailles de la réparation : « la prévention, référée au dommage, est accomplie de manière précise par la réparation²⁰⁰ ».

Malgré cette controverse doctrinale sur la fonction de la responsabilité civile, et si on accepte sa fonction indemnitaire, la responsabilité délictuelle n'arrive pas toujours à achever ses objectifs. Pour cela, l'action de groupe peut opérer en moteur : d'une part, elle permet la réparation des dommages diffus, de l'autre, elle développe (et confirme) sa (secondaire) fonction de dissuasion des comportements fautifs.

¹⁹⁸ En France : G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2010, p. 4 et s.; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1995; B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée*, thèse, 1947; L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904; A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements anti-sociaux », in *Aspect nouveaux de la pensée juridique Mélanges en l'honneur de M. Ancel*, 1974, p. 407.

En Italie : M.B. Baratella, *Le pene private*, Milan, Giuffrè, 2006; P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996; F.D. Busnelli et S. Scalfi, *Le pene private*, *op. cit.*; F. Quarta, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Naples, *ESI*, 2013; G. Ponzanelli, « L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza », in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 293 et s.; F.D. Busnelli, « Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi », *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 945 et s.

¹⁹⁹ En France Cass. com., 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n. 101, selon laquelle la réparation du dommage ne peut pas excéder le montant du préjudice : la réparation doit atteindre au restaurer un équilibre, de sorte que la victime n'ait « ni perte ni profit ». Aussi Civ. 2e, 28 octobre 1954; *JCP éd. G*, II, 8765, note R. Savatier.

En Italie, en effet, Cass. III civ., 19 janvier 2007, n°1183, a affirmé que : « Dans la législation nationale actuellement en vigueur, l'idée de punition et de sanction est étrangère à la réparation du dommage, aussi la conduite du fautif est indifférente à cet égard. A la responsabilité civile est attribué comme tâche principale de rétablissement du patrimoine du sujet qui a subi l'atteinte, par le biais d'une somme d'argent qui tend à effacer les conséquences du dommage qui a fait grief ». Toutefois, on peut souligner l'excessif clôturé de la Cour à l'encontre de la fonction dissuasive qui affecte la responsabilité civile. Pour cela, une reconnaissance de tel but a été partiellement faite par Cass., 15 avril 2015, n. 7613 : *Danno e resp.*, 12, 2015, obs. G. Corsi, « Il si della Suprema Corte all'*astreinte* straniera ».

²⁰⁰ C. Castronovo, « Del non risarcibile aquiliano : danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale », *op. cit.*, traduction propre.

Si on prend l'exemple des dommages de petite taille, mais qui concernent un éventail ample de consommateurs (les *small claims*), – comme par exemple le cas de la première action de groupe introduite en France (UFC – Que choisir c. Foncia) où le dommage était 2,30 euros par locataire et par mois, mais qui touchait 318 000 locataires, à savoir une somme d'argent d'environ 40 millions d'euros²⁰¹ – on remarque bien la nécessité de l'action de groupe. L'agrégation des dommages (et donc des victimes) permet à la fois de réparer les dommages et d'influencer les politiques des entreprises.

Ces dernières, tout en sachant être exposées à la réparation de ces dommages, seront dissuadées et stimulées à opérer sur le marché selon les règles de l'art²⁰². Donc, à travers la réparation, l'action de groupe poursuit la possibilité de sanctionner les conduites fautives²⁰³ des entreprises à l'encontre des consommateurs, tout en restant dans les limites de la réparation intégrale : c'est une logique punitive *lato sensu* bien que ne dépassant pas la logique compensatoire de la responsabilité civile²⁰⁴.

Toutefois, le système manque de cohérence dans une situation particulière. L'action de groupe se révèle vainqueur lorsqu'elle amplifie l'effet de la responsabilité civile, mais demeure une limite à laquelle ni l'action de groupe français et ni l'action de groupe italienne, dans la situation actuelle, ne peut dépasser : lorsque le fait dommageable a été particulièrement rentable et génère des gains illicites au professionnel, on se demandera s'il est moralement et juridiquement juste de les lui laisser. Ni la responsabilité civile ni l'action de groupe ne peut les

²⁰¹ H. Le Borgne, « Le rôle des institutions et des associations des consommateurs », *RLDA*, 2015, pp. 105-106.

²⁰² L. Frata, « « *Class actions* » e « *azioni collettive risarcitorie* » : un primo confronto », *op. cit.*, p. 498, traduction propre.

²⁰³ Béatrice Lapérou-Schneider, « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *Droit social*, 2015, p. 256 et s. : « Au-delà de sa nature réparatrice, l'action de groupe (...) présente également un caractère répressif et dissuasif marqué. En effet, plus que la recherche d'une indemnisation des victimes, qui sera souvent modique au plan individuels, l'objectif du législateur a été de rendre effectives les diverses règles de protection des consommateurs. L'idée est donc celle d'une prévention de la méconnaissance des règles, prévention assurée par la menace d'une sanction civile qui, multipliée par le nombre potentiel de plaignants, s'avérerait réellement dissuasive ».

²⁰⁴ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », *op. cit.* : « si l'action contribue à assurer aux victimes un accès effectif à la justice, on peut se demander si elle poursuit vraiment un objectif indemnitaire tant les préjudices matériels individuels peuvent être insignifiant. En réalité, l'action de groupe permet surtout dans cette hypothèse de sanctionner les comportements fautifs du responsable. Elle participe à la moralisation de la vie des affaires, à l'assainissement du marché et renforcer la confiance dans l'économie dans un objectif de croissance par la consommation. L'action de groupe contribue ainsi à promouvoir la fonction punitive, dissuasive et préventive de la responsabilité civile. On change alors de perspective : on passe d'une logique de protection des victimes, à une logique de marché, de régulation, de sanction et d'effectivité du droit ».

soustraire²⁰⁵. L'objectif de dissuasion reste tirailé et le législateur doit envisager une solution. C'est ce que tend à faire le projet de réforme de la responsabilité civile en France en introduisant la notion de « faute lucrative » dans le Droit commun²⁰⁶. En effet, grâce à cette institution, on retire au fautif l'appât du gain car tous les bénéfices générés par un comportement illicite lui sera soustrait. On change les paradigmes de la responsabilité civile car en plus de regarder les conséquences de l'acte dommageable sur la victime, on tient compte des conséquences positives de celui-ci dans le patrimoine du fautif. Cette conception ne semble pas étrangère au droit français ni au droit italien ou encore, au droit européen en ce que la Directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle prévoit en son article 13 (et les transpositions française et italienne y sont conformes) prévoit la possibilité de la prise en compte au titre des chefs de préjudice subi « les bénéfices illicites » du contrefacteur desdits droits qui seront alors reversés au titulaire de droit de propriété intellectuelle victime. Or, l'action en contrefaçon est une action en responsabilité civile et donc, on voit mal pourquoi la notion de faute lucrative, bien que non dite, doit restée bloquée dans ce champ d'application²⁰⁷.

Ainsi, le droit prospectif français pourrait accentuer la dissuasion de la responsabilité civile au travers de l'action de groupe par l'allocation de dommages et intérêts ultra-compensatoires.

²⁰⁵ D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, op. cit., p. 26.

²⁰⁶ R. Mésa, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.*, 21 novembre 2009, 325, p. 15 et s. ; R. Mésa, « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *Petites affiches*, 27 février 2012, n°41, p. 5 et s. ; R. Mésa, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.*, 2012, p. 2754 et s. ; C. Zolynski, « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », *Resp. civ. et ass.*, 5, Mai, 2013, dossier 31, spéc. n°19, qui souligne comme l'introduction de la faute lucrative permettrait de « promouvoir tant la loyauté des pratiques commerciales que la protection du consommateur, partie faible au contrat ».

²⁰⁷ C. Caron, « La loi du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon », *JCP éd. G* 2007, I, 205 ; Pour un détail et un approfondissement : C. Haupt, *L'évaluation des dommages et intérêts dans l'action en contrefaçon de marque – approches théoriques et pratiques*, Mémoire de Recherche CEIPI, 2015, disponible sur < <http://www.lepetitjuriste.fr/divers/memoire-%EF%BF%BC%EF%BF%BCevaluation-dommages-interets-laction-contrefacon-de-marque-approches-theoriques-pratiques/>>.

Section 2 – L’action de groupe et l’augmentation des dommages et intérêts : catalyseur de la dissuasion

L’action de groupe, tout en visant la mise en œuvre de droits qui, en son absence, resteraient « lettre morte », est une actualisation du phénomène dit de *private enforcement* (auto-application de la réglementation) de dérivation américaine, récemment consacré par la Commission européenne en matière de droit de la concurrence (**paragraphe 1**).

Toutefois, l’activation de la protection des droits des consommateurs en France se borne à concerner les dommages patrimoniaux (alors qu’en Italie rien est spécifié à cet égard), tout en oubliant le besoin de protection aussi de la sphère extrapatrimoniale des sujets atteints (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – Action de groupe et *private enforcement* : pour une effectivité des droits et pour une efficacité du droit

L’action de groupe répare donc des dommages et permet aussi que certains droits ne restent pas des « droits de deuxième catégorie » : « L’action de groupe n’institue pas des nouveaux droits mais *un nouveau moyen de rendre effectifs des droits existants*²⁰⁸ ». Donc, pour résumer, l’action de groupe rend efficace des droits en permettant l’accès à la justice des plus faibles pécuniairement, la dissuasion de comportements illicites par des professionnels et l’effectivité des droits.

Il est nécessaire de mettre en œuvre et favoriser le *private enforcement* en la matière. En effet, dans les cas où le droit pénal ne suffit pas, ou qu’il n’a pas à entrer en jeu, le pouvoir appartient à la société de s’autoréguler. La fonction du gardien de la loi est partagée. Le citoyen est incité à défendre ses propres intérêts dans le but d’obtenir réparation et par là, il assure la mise en œuvre du droit²⁰⁹. Le droit de la concurrence et le droit de la concurrence déloyale (et *a fortiori* dans le droit des consommateurs²¹⁰) en sont de bons exemples²¹¹. Dans ces domaines, l’efficacité du droit passe par l’effectivité des droits. On a alors deux instruments : le

²⁰⁸ M. J. Azar-Baud, « Réflexions autour de l’efficacité de l’action de groupe », *op. cit.*, p. 105.

²⁰⁹ D. Mainguy, *L’action de groupe française en droit français après la loi Hamon du 17 mars 2014*, *op. cit.*.

²¹⁰ L. Bugatti, « Pratiche commerciali scorrette e tutela risarcitoria del consumatore », *Danno e resp.*, 2, 2013, p. 195 et s..

²¹¹ C. Zolynski, « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », *Resp. civ. et ass.*, n°5, mai 2013, dossier 31.

renforcement du pouvoir de détection des infractions et la modulation des amendes civiles en fonction du chiffre d'affaires du défendeur²¹².

Or, en permettant au consommateur et aux associations de pointer du doigt des comportements illicites qui seraient passés entre les mailles du filet, on augmente le nombre de *private watchdogs*. Les droits des consommateurs, de la concurrence déloyale et de la concurrence deviennent plus intensément encore réels et appliqués. En effet, l'obligation de réparation du dommage causé par les entreprises permet une régulation de leur comportement. L'action de groupe, activée par un *private enforcement*, est complémentaire au *public enforcement* (dans le cas du droit de la concurrence, celui-ci est mis en œuvre par la Commission européenne sur le plan européen et par les autorités nationales de concurrence, AGCM et ANC respectivement en Italie et en France²¹³). L'action de groupe outrepassé donc ici sa fonction réparatrice dans le but de prévenir des comportements déloyaux ou anticoncurrentiels. L'action de groupe est donc un moyen pour parvenir à une fin : la régulation du marché, l'application effective des droits de la concurrence et de la consommation (et cela a des répercussions sur le droit de la concurrence déloyale). Ainsi, le consommateur, en étant incité à demander réparation pour son dommage, contribue à assainir le marché.

Cette instrumentalisation du consommateur et de sa potentielle mise en œuvre de l'action de groupe a conduit le législateur français à limité le dommage dont il pourra demander réparation : on se limite au dommage patrimonial, contrairement à la situation en Italie.

Paragraphe 2 – Le dommage réparable : la nature du préjudice subi

En droit français comme en droit italien, la mise en œuvre de l'action de groupe est limitée quant au domaine du droit (droit de la consommation) et quant aux préjudices : pour être susceptibles de donner lieu à réparation, ils doivent être expressément prévus par la loi. Des limites subjectives sont également posées : le consommateur personne physique est seul

²¹² S. Bernheim-Desvaux et C. Blanchard, « Comment assurer l'effectivité du droit de la consommation ? », *JCP éd. E*, 10, 5 mars 2015, p. 174.

²¹³ F. Jenny, « L'action de groupe. Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence », *JCP éd. G*, 37, 10 septembre 2012, doct. 979 ; M. Guernelli, « *Class action* e competenza antitrust », *Il diritto industriale*, 3, 2010, p. 249 et s. ; Cyril Nourissat, « Développement récents en droit processuel de la concurrence. –Nouvelles perspectives, nouvelles armes ? », *Contrats Concurrence Consommation*, 5, Mai 2015, dossier 4 ; A. Mastrotilli, « Illecito antitrust e tutela civilistica », *Danno e resp.*, 8-9, 2010, p. 815 et s.

apte à demander réparation²¹⁴. Quant aux limites objectives, on soulignera que les droits qui peuvent être invoqués doivent être des droits individuels homogènes. Toutefois, le législateur français précise encore, limitant davantage la possibilité d'une action de groupe : la réparation ne peut concerner que les « préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels²¹⁵ ».

Sur ce point, le droit italien ne limite pas le dommage réparable quant à sa nature, ouvrant donc davantage les portes de l'action de groupe.

Au contraire, le législateur français a fait ce choix en considérant que le dommage moral est un dommage nécessairement individuel et son appréciation est trop personnalisée pour qu'il puisse être réparé collectivement. Par ailleurs, dans un souci de célérité du procès que souhaite imposer l'action de groupe, l'évaluation d'un dommage moral ralentirait de manière trop importante la procédure. De plus, il a été craint que la prise en compte de dommages moraux au sein d'une action de groupe ne fasse revêtir à cette dernière un aspect de sanction trop évident, assimilant alors la quantification du dommage moral à la prévision de dommages et intérêts punitifs²¹⁶.

En outre, le législateur français a limité davantage encore en posant que le dommage patrimonial susceptible d'être réparé doit être celui qui « résulte de dommages matériels ». Ainsi, le dommage corporel est exclu, aussi bien dans sa composante morale que patrimoniale²¹⁷. On pourrait étendre la raison d'exclusion du dommage moral ici : on n'évalue pas, en droit, la perte d'une main de la même manière pour un pianiste que pour un footballeur²¹⁸.

Au contraire, l'action de groupe italienne ne limite pas le dommage réparable en fonction de sa nature. Le champ de protection est alors plus étendu, augmentant par ricochet la dissuasion sur les entreprises. Malgré l'existence de doutes doctrinaux, l'ouverture à réparation

²¹⁴ Sur ce point une partie de la doctrine hésite : en effet, on comprend que des petites entreprises qui ont la personnalité morale pourrait être comparées aux consommateurs. Les raisons de les priver de ce moyen de protection de leurs droits sont donc illogiques.

²¹⁵ Article L. 423-1 c. cons. fr..

²¹⁶ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », *op. cit.* ; M. Bacache, « Domaine de l'action de groupe quant aux préjudices subis », *Gaz. Pal.*, n°136, 16 mai 2013.

²¹⁷ Donc ne seront pas indemnisables « les dépenses de santé, les pertes de gains professionnels, les frais de logement ou de véhicule adapté, ou les frais d'assistance d'une tierce personne » qui sont des dommages matériels ; M. Bacache, « Domaine de l'action de groupe quant aux préjudices subis », *op.cit.* ; Y. Picod, *Droit de la consommation*, 3^e éd., Paris, Economica, 2015, p. 425.

²¹⁸ Cependant, on nuance tout de même car le rapport Dintilhac, largement appliqué par la jurisprudence, prévoit une nomenclature pour les préjudices corporels.

aux dommages moraux a été confortée par la jurisprudence²¹⁹. Dans le premier cas d'action de groupe italien, le professionnel avait alors été condamné à 1 300 euros de dommages moraux pour un « séjour (de vacances) gâché²²⁰ ».

La limite que pose le législateur français quant à la nature du dommage réparable montre bien sa décision juridico-politique de permettre l'action de groupe de « loyaliser » le marché et les affaires. Or, cette limite ne semble pas légitime car l'action de groupe a pour but de permettre l'accès à la justice de personnes qui n'aurait pas nécessairement pu financièrement introduire d'action individuelle. Elle a pour but de remettre cette personne dans son *statu quo ante* comportement malveillant. Or, pour que la responsabilité civile voit sa fonction pleinement mise en œuvre, et que la victime *de quo* soit réellement dans le même état qu'avant, il convient de tenir compte aussi bien de sa situation patrimoniale qu'extrapatrimoniale sans quoi, la réparation intégrale ne le serait plus tellement.

On peut donc en conclure que du point de vue du consommateur, la limitation du préjudice réparable est preuve d'une incohérence avec la fonction de réparation de la responsabilité civile (dont l'action de groupe est un moteur). Quant au professionnel, réparer le seul dommage patrimonial découlant d'un dommage matériel signifie réparer moins, payer moins. Encore une fois, on voit donc que les carences auxquelles l'action de groupe est censée remédier sont toujours présentes dans les cas de dommages corporels ou extrapatrimoniaux. Les entreprises, conscientes d'un tel potentiel d'immunité, ne seront plus soumises à une réelle dissuasion.

Ici, l'inspiration du droit italien semble donc pertinente mais les propositions de loi à venir quant à l'action de groupe ne remettent pas en question cette exclusion des préjudices réparables quant à leur nature²²¹.

²¹⁹ Tribunal de Naples, 18 février 2013, n°2196 : *Resp e prev. soc.*, 3, 2013, p. 1607 et s., obs. F. Porcari, « Le continue oscillazioni della azione di classe (ancora sulla ricerca della sua vera fisionomia) » ; *Foro it.*, 2013, I, 1719 ss., obs. Palmieri et De Santis; *Guida dir.*, 12, 2013, p. 12 ss., obs. Finocchiaro.

²²⁰ Dans la doctrine italienne, nonobstant des premières difficultés à encadrer la nature dudit dommage, la nature extrapatrimoniale est désormais admise. M. Manfron, « Il danno da vacanza rovinata e il danno da inadempimento contrattuale », *Danno e resp.*, 3, 2016, p. 310 et s.

²²¹ La référence est au projet d'introduction d'une action de groupe en matière de violation des données personnelles sous inspiration du rapport « Le numérique et les droits fondamentaux » de 2014 du Conseil d'Etat. L'action de groupe aurait dû viser la réparation des dommages causés toutefois, ces dommages étant de nature morale, cette proposition a été écartée (http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3318/CION_LOIS/CL89.asp). Cependant, le 26 janvier 2016, l'Assemblée

En outre, la limitation des situations juridiques protégées affecte non seulement la nature du préjudice subi mais aussi, le type de dommage susceptible d'engendrer réparation. On confirme la protection *a minima* conférée au consommateur par la mise en œuvre de l'action de groupe.

Chapitre 2 – Les champs d'application de l'action de groupe

Aussi bien le droit français que le droit italien prévoient un champ d'application limité à l'action de groupe. Toutefois, les dispositifs législatifs sont susceptibles d'interprétation extensive (**section 1**). L'introduction d'une action de groupe consumériste, en outre, constitue l'une des différentes actions collectives introduites par le législateur français. Cette politique des « petits pas » est en opposition avec celle italienne qui prévoit une ouverture universelle au recours collectifs (**section 2**).

Section 1 – A domaine limité, dissuasion limitée

Limiter le champ d'application de l'action de groupe conduit à limiter, naturellement, l'effet dissuasif de celle-ci. En effet, moins il y a d'actions introduites et susceptibles d'être introduites, moins il y a de dissuasion. Or, les droits des consommateurs qui sont protégés sont expressément prévus par les dispositifs normatifs. On peut toutefois étendre le champ d'application en analysant la règle de droit (**paragraphe 1**). En outre, le concept de consommateur se prête à une certaine extension interprétative de telle sorte que le champ d'application de l'action de groupe pourrait être plus étendu que ce qui est législativement prévu. En outre, l'action de groupe outrepassa les limites du droit de la consommation et a récemment empiété sur le terrain fertile des branches du droit de la santé et du droit du travail (**paragraphe 2**).

Nationale a adopté en première lecture le projet de loi Numérique (projet de loi Lemaire), dont l'article 33 *bis* A devrait introduire une action collective visant à demander en justice la cessation de violation des données personnelles par les entreprises. E. Verbecq, « Données personnelles : les nouveautés du projet de loi Lemaire », 10 mars 2016, disponible au lien http://www.brmavocats.com/2016/03/donnees-personnelles-les-nouveautes-du-projet-de-loi-lemaire/#_ftn1. Toutefois, en date 3 mai 2016, le Sénat a approuvé la loi avec nombreux amendements, dont la suppression de ladite action en cessation collective, disponible sur http://www.lemonde.fr/pixels/article/2016/05/03/le-projet-de-loi-numerique-adopte-ausenat_4913064_4408996.html.

Paragraphe 1 – Les domaines actuels d’application de l’action de groupe

L’action de groupe française impose que la demande de réparation des dommages concerne les préjudices qui ont pour source les manquements d’un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles et ce, lorsque les préjudices sont causés « à l’occasion de la vente de biens ou la fourniture de services » ou lorsqu’ils découlent d’une pratique anticoncurrentielle²²².

En Italie, en revanche, l’action de groupe peut être mise en œuvre lorsque le dommage porte sur des droits contractuels, y compris ceux qui découlent de clauses vexatoires ou abusives²²³, des droits extracontractuels liés à un produit²²⁴ et des droits résultants de pratiques commerciales déloyales ou des comportements anticoncurrentiels²²⁵.

Ainsi, en droit français, on met en lumière un élément subjectif : la faute du professionnel, son manquement à une obligation. Au contraire, dans le droit italien, aucune référence n’y est faite. Toutefois, la procédure française n’impose pas que la faute du professionnel soit une condition à l’établissement de la responsabilité de celui-ci. En effet, une telle limite « ne résulte pas de l’intention du législateur » et donc, une analyse téléologique de la règle de droit permet d’affirmer que pour que la responsabilité du professionnel soit établie,

²²² Article L. 423-1 c. cons. fr..

²²³ Lorsqu’il s’agit d’une action préventive collective (article 37 c. cons. it.), afin que l’autorité juridictionnelle déclare la nature abusive d’une clause contractuelle, la légitimation à agir est attribuée aux « associations représentatives des consommateurs, indiquées à l’article 173 c. cons. it., (aux) associations représentatives des professionnels et (aux) chambres de commerce, d’industrie, d’artisanat et d’agriculture », traduction propre.

Sur le rapport entre action individuelle et action collective visant à prévenir l’emploi de conditions abusives, on signale une récente décision de la Cour de Justice de l’Union Européenne (Sect. I, 14 avril 2016, C-381/14 et C-385/14) saisie quant à l’interprétation de l’article 7 directive 93/13 : elle affirme que « il s’oppose à une réglementation nationale (...) qui impose au juge national saisi d’une action individuelle d’un consommateur tendant à faire constater le caractère abusif d’une clause d’un contrat le liant à un professionnel de suspendre automatiquement une telle action dans l’attente d’un jugement définitif dans une action collective en cours, introduite par une association de consommateurs sur le fondement du deuxième paragraphe de cet article, afin de faire cesser l’usage, dans des contrats de même type, de clauses analogues à celle visée par ladite action individuelle, sans que la pertinence d’une telle suspension du point de vue de la protection du consommateur qui a saisi le juge à titre individuel puisse être prise en considération et sans que ce consommateur puisse décider de se désolidariser de l’action collective ».

²²⁴ Le texte normatif précédent, en revanche, prévoyait une protection plus ample à cet égard : en effet, il s’agissait entièrement de fautes extracontractuelles, de sorte que la discipline outrepassait les limites du droit de la consommation. Voir G. Alpa, « L’azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale », *op. cit.*, p. 770.

²²⁵ Article 140-*bis* alinéa 2 c. cons. it..

suffit la « réunion des conditions de la responsabilité civile, englobant dès lors les cas de responsabilité objective²²⁶ ».

En deuxième lieu, le manquement du professionnel concernant une obligation légale ou contractuelle laisse apparaître un champ très large : il pourra s'agir d'une inexécution contractuelle, mais aussi d'une faute extracontractuelle. Pour cela, on pourra indemniser les préjudices subis par les consommateurs, indirectement dus à des pratiques commerciales déloyales ou encore, les dommages (patrimoniaux) causés par produits défectueux.

Toutefois, il faut remplir la condition de « consommateur ». Le fondement des prétentions des victimes doit se trouver dans le cadre d'un « rapport de consommation » entre demandeurs et défendeur et ainsi, on a une forte limitation.

On trouve une correspondance à cette condition dans le droit italien (article 140-*bis* a) et b) alinéa 2 c. cons. it.).

Ainsi, le choix des législateurs français et italien montre bien une orientation vers la sphère économique. On sacrifie alors une partie considérable de dommages (les dommages boursiers, environnementaux, entre autres) et de nombreux particuliers ne pourront se servir de l'outil de l'action de groupe pour demander compensation et servir de moyen à la moralisation du secteur des affaires.

En second lieu, on sort du droit de la consommation²²⁷ car les deux actions de groupe sont susceptibles d'être mises en œuvre lorsqu'il s'agit de dommages subis suite à des pratiques commerciales déloyales ou à des comportements anticoncurrentiels²²⁸.

D'une part, l'action de groupe permet alors de mettre en œuvre le rôle clef attribué au consommateur : il est l'arbitre d'un marché. Il doit pouvoir choisir librement le produits ou les services que lui offre le marché. Ainsi, il contribue à faire croître la concurrence sur les prix et sur les produits. Or, pour qu'il puisse le faire, il est nécessaire qu'il se fie à une information claire et transparente sur les produits qu'il achète et sur les entreprises avec qui il contracte.

²²⁶ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité du fait des produits défectueux », *Resp. civ. et ass.*, n°1, janvier 2016, dossier 16, spéc. n°5.

²²⁷ A.-S. Choné-Grimaldi et L. Raschel, « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Resp. civ. et ass.*, 5, mai 2014, étude 4, spéc. n°5-6 : « L'option prise par le législateur est en partie trompeuse : la nouvelle action, bien que consacrée dans le Code de la consommation, n'en épouse pas le champ d'application matériel. De nombreux manquements autres que ceux résultant de la violation des dispositions de ce code pourront donner naissance à une telle action ».

²²⁸ L. Di Nella, « Azioni di classe, pratiche scorrette e condotte anticoncorrenziali », in F. Rizzo et L. Mezzasoma (dir.), *L'art. 140 bis del codice del consumo : l'azione di classe*, Naples, ESI, 2011, p. 107 et s.

Donc, si le consommateur peut actionner une action de groupe car il a subi un dommage suite à une pratique commerciale déloyale, on multiplie l'effet dissuasif sur les entreprises. Les consommateurs s'unissent pour se protéger et, par voie de conséquence, ils protègent la libre concurrence et la garantie aux autres concurrents que cette libre concurrence est saine. On a donc un triple bénéfice à permettre l'action de groupe dans cette branche : on favorise le consommateur (car il bénéficiera d'une concurrence sur les prix et sur les produits et car il ne sera plus trompé), les concurrents lésés (car le comportement déloyal qui les lèse cessera mais pour que leur dommage soit réparé, ils devront, eux, agir en justice) et la loyauté de la concurrence.

D'autre part, en matière de droit des pratiques anticoncurrentielles, l'action de groupe permet aussi de protéger la concurrence et le consommateur partie faible. En effet, si les consommateurs sont victimes d'un préjudice suite à une conduite violant les articles 101 (ententes anticoncurrentielles) ou 102 (abus de position dominante) du TUE, alors, ils pourront actionner l'action de groupe. On a ici une manifestation du *private enforcement* en droit de la concurrence. En effet, le consommateur est incité à dénoncer une pratique anticoncurrentielle car il pourra voir son dommage réparé de manière plus aisée que s'il agissait par la voie individuelle de la responsabilité civile. Ainsi, une pratique anticoncurrentielle dommageable pourra être pointée du doigt par une action de groupe entreprise par des consommateurs. On aura ici aussi un triple bénéfice : sur le consommateur (qui verra son préjudice réparé et aura accès à une concurrence plus dynamique et donc, à des prix plus bas ou des produits de meilleure qualité), sur les concurrents de celui ou ceux qui ont violé le droit de la concurrence (car le comportement anticoncurrentiel sera voué à cesser puisqu'une autorité de concurrence se sera saisie de l'affaire sur le plan du droit de la concurrence²²⁹ la doctrine a souligné l'importance et la complémentarité des *public et private enforcements* en la matière²³⁰) et donc, sur la liberté de la concurrence et sur l'ouverture de celle-ci²³¹.

²²⁹ En effet, l'action de groupe, seule, ne permet pas de voir la responsabilité du (ou des) professionnel(s) agissant de manière anticoncurrentielle. Saisi d'une action de groupe, le juge devra surseoir à statuer en attendant que l'autorité de la concurrence compétente établisse la violation au droit de la concurrence (L. 423.17 c. cons. fr.). La décision de cette dernière aura alors autorité de chose décidée et les manquements du (ou des) professionnel(s) seront établis de manière irréfutable (L. 423-17 alinéa 2 c. cons. fr.). La preuve est donc facilitée en France. En Italie, une telle disposition n'est pas présente dans l'arsenal juridique quant à l'irréfragabilité de la preuve, toutefois, on parle tout de même de « preuve privilégiée » car la démonstration que doit établir le consommateur ou l'association requérante est aidée par l'autorité de concurrence compétente (article 140-bis alinéa 6 c. cons. it.) qui statue sur la violation du droit de la concurrence (cass. 13 février 2009, n° 3640).

²³⁰ S. Pietrini, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, Concurrences, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 95-96.

²³¹ S. Pietrini, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, *ibid.*.

Paragraphe 2 – Les extensions possibles

Bien que le domaine d'application des actions de groupe soit formellement limité au contexte consumériste²³², l'action de groupe italienne a fait preuve d'une certaine versatilité dans la pratique : dommages liés au tabagisme actif, aux vaccins antigrippes, aux contrats bancaires, entre autres.

Ainsi, aussi bien en France qu'en Italie, l'analyse de la jurisprudence à venir sera particulièrement pertinente afin d'évaluer les domaines où la mise en œuvre de l'action de groupe est possible.

Par ailleurs, bien que la jurisprudence n'apporte pour le moment qu'une petite partie de la réponse, l'activité législative française permet de souligner l'actualité et l'extensibilité de l'action de groupe²³³.

En effet, une action de groupe dans la branche du droit de la santé²³⁴ a été introduite le 26 janvier 2016 par la loi n° 2016-41 dite « de modernisation de notre système de santé²³⁵ ». L'exigence d'une protection collective en matière de santé est née suite aux divers scandales sanitaires qui ont marqué l'actualité dans les dernières années : les affaires du sang contaminé, des vaccins contre l'hépatite B, du *Mediator*, du *Distilbène*, des *prothèses PIP* n'en sont que une petite partie²³⁶. Cette nouvelle action vise alors à faire obtenir la « réparation des préjudices individuels (...) résultant de dommages corporels subis par des usagers du système de santé²³⁷ ». Elle se pose donc dans une stricte continuité avec l'esprit de l'action consumériste et tend à combler les lacunes dans cette dernière qui n'est censée réparer que les préjudices patrimoniaux (découlant d'un dommage matériel²³⁸).

²³² Et on nuance car, on l'a vu, les droits de la concurrence et de la concurrence déloyale excède ce champ.

²³³ K. Haeri et B. Javaux, « Les actions de groupe dans le domaine de la consommation : une première année mitigée », *RLDA*, 2015, p. 108 et s.

²³⁴ « L'action de groupe : un nouveau droit des malades », *RLDC*, 2016, p. 135.

²³⁵ L'article 184 de la loi instaure un Chapitre III nouveau au sein du titre IV du livre I^{er} du Code de la santé publique (article L.1143-1 – article L.1143-22). Il entrera en vigueur au plus tard le 1^{er} juillet 2016.

²³⁶ S. Amrani-Mekki, « Action de groupe. – Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices », *JCP éd. G.*, 6, février 2016, p. 146 et s. ; M. Bacache, « Les spécificités de l'action de groupe en droit de la santé », *D.*, 2016, p. 64.

²³⁷ Alinéa 1 et 3, article 1143-1, c. santé fr.

²³⁸ En fait, le choix du législateur d'exclure la réparation des préjudices corporels n'avait pas été apprécié par une partie de la doctrine. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 660 : « On peut s'étonner, surtout pour les préjudices corporels : n'est-ce pas pour eux que l'action de groupe serait la plus utile ? Le législateur, souhaitant obtenir un relatif consensus, a dû ménager les milieux professionnels, et spécialement les laboratoires pharmaceutiques, qui craignaient d'avoir à payer des sommes énormes en cas de décès, maladie ou blessures causés par des produits mis sur le marché ».

Dans cette nouvelle action de groupe, les principes procéduraux sont directement inspirés de la Loi Hamon. Néanmoins, étant donnée la particularité des préjudices corporels, on ne peut prévoir qu'une méthode unique de quantification de la réparation soit laissée au juge. Ainsi, la procédure comporte des éléments propres à la nature de ces dommages²³⁹. La qualité pour agir est encore une fois attribuée aux associations d'utilisateurs du système de santé agréées aux niveaux national ou régional²⁴⁰ ; les défendeurs pourront autant être les producteurs que les fournisseurs des produits indiqués par le code²⁴¹ ; la procédure est divisée en deux phases tout comme au sein de l'action consommériste. Cependant, le juge ne pourra définir les critères de calcul de l'indemnisation, s'agissant de préjudices corporels, et devra définir seulement le préjudice indemnisable²⁴². En outre, on peut apprécier le soin qu'a pris le législateur à permettre un allongement du délai d'adhésion par les victimes (compris entre 6 mois et 5 ans, ce délai découlant à compter l'accomplissement des devoirs de publicité). La publicité autour de l'action de groupe reste ici aussi à la charge du défendeur succombant²⁴³.

Cette action de groupe vise, aussi, à garantir l'effectivité des droits en effaçant la problématique du coût d'accès à la justice. Elle a donc une vocation dissuasive à l'encontre des entreprises (par exemple pharmaceutiques) dont la responsabilité sera plus importante face à la collectivité. En outre, en plus d'une visée dissuasive, cette action de groupe a réellement pour but d'indemniser la victime pour le dommage subi qui pourra être plus conséquent que le dommage subi dans une action de groupe consommériste²⁴⁴. De plus, son avantage repose sur le plan probatoire : la preuve pourra être rapportée par le biais de données statistiques et on crée alors une sorte de présomption de causalité entre le fait générateur et les dommages subis par les victimes²⁴⁵.

²³⁹ J. Julien, « L'adoption de « l'action de groupe santé » en bonne voie... », *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, Janvier 2016, alerte 1.

²⁴⁰ S. Zouag, « Loi de modernisation – Santé – La réforme sur les rails », *JA*, 2016, n° 533, p. 8.

²⁴¹ Article L. 5311-1 c. santé fr. : par exemple lentilles à contact, produits cosmétiques, produits de tatouage, etc.

²⁴² M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, spéc. n°10.

²⁴³ S. Amrani-Mekki, « Action de groupe. – Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices », *JCP éd. G*, 6, février 2016, p. 146 et s.

²⁴⁴ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, spéc. n°12 : « Si l'action de groupe issue de la loi du 17 mars 2014 mettait l'accent sur la fonction punitive de la responsabilité civile, en incitant à agir les victimes qui ne subissent qu'un préjudice patrimonial de faible importance, la nouvelle action de groupe répond mieux à la fonction indemnitaire de la responsabilité civile, en facilitant l'indemnisation des dommages de masse les plus graves ».

²⁴⁵ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité du fait des produits défectueux », *ibid.* ; G. Viney, « La mise en place du système français de responsabilité des producteurs pour le défaut de sécurité de leurs produits », *Mélanges J.-L. Aubert*, p. 346 ; A. Guégan-Lécuyer, « Incertitude et causalité dans la perspective des dommages de masse », <www.courdecassation.fr>.

Malheureusement, puisque cette forme d'action de groupe n'est pas encore entrée en vigueur, il nous semble prématuré d'essayer d'étudier l'efficacité dissuasive du dispositif, autrement que dans la théorie²⁴⁶. Il nous faudra donc attendre.

Toutefois, une première analyse théorique peut être effectuée quant à la faiblesse dissuasive de l'arsenal législatif français comparé à celui italien : en effet, en Italie, dans le cas d'une action établissant la responsabilité d'un professionnel pour produit défectueux, l'action de groupe consumériste est l'outil, unique, qui permet la réparation du dommage patrimonial, corporel et moral.

Or, en droit français, pour que ces dommages soient réparés, il faudra introduire une action de groupe consumériste pour le dommage patrimonial, une action de groupe « santé » pour le dommage corporel (et seulement pour les produits prévus expressément par la loi) et une action individuelle pour le dommage moral. Ainsi, on voit bien que la complexité de l'arsenal juridique français dissuade la victime d'agir pour voir son dommage entièrement réparé.

Par ailleurs, sur un autre plan la procédure italienne semble plus efficace. En effet, si l'introduction en droit français d'une action de groupe « santé », en dehors du domaine de la consommation constitue un premier pas vers le secteur des dommages de masse le plus lourd (du moins, au regard de l'analyse des actions étatsuniennes²⁴⁷) et permet d'aller à la rencontre d'un besoin social suite aux scandales de produits sanitaires, il n'en reste pas moins que tout un pan est oublié : ce sont les dommages liés à des produits alimentaires ou agricoles (et on soulignera que le besoin est aussi ici ressenti, quand on pense à des affaires comme la vache folle ou la grippe aviaire...).

L'action de groupe italienne semble alors dépasser les limites de l'action de groupe « santé ». En effet, les consommateurs, « aussi bien en l'absence d'un rapport contractuel direct », qui ont subi un dommage du fait d'un produit ou d'un service pourront voir leur préjudice réparé et on ne limite en rien l'action aux produits médicaux.

Ainsi, le droit prospectif français permet une extension de l'action de groupe qui reste toutefois moindre comparée au domaine d'application de l'action de groupe italienne.

²⁴⁶ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*

²⁴⁷ A. Guégan-Lécuyer, *Domages de masse et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006.

A contrario, des domaines du droit sont oubliés par le droit italien alors que le dispositif prospectif français prévoit de nouveaux champs. En effet, le projet de loi portant application sur les mesures de modernisation de la Justice du XXI^e siècle (J21²⁴⁸), visant à favoriser l'efficacité de la justice²⁴⁹, met en œuvre un cadre procédural commun aux actions de groupe touchant les domaines de discrimination en général, de discrimination sur le lieu de travail, ainsi que ceux relatifs à l'environnement, aux données numériques et à la santé²⁵⁰. Ainsi, les champs de mise en œuvre de l'action de groupe française seront étendus.

Toutefois, des critiques peuvent être émises ici aussi : premièrement, la prévision d'un cadre commun pour la réparation de ces préjudices est « réduit et réducteur²⁵¹ » : réduit, parce qu'il manifeste une ouverture à des domaines limités ; réducteur, dans la mesure où on laisse trop de place à la négociation.

La sortie la plus flagrante de l'univers consumériste se manifeste en matière de discrimination des salariés²⁵² : syndicats et associations agréées spécialisées dans la lutte contre la discrimination pourraient agir en justice pour obtenir la réparation des préjudices subis par le particulier dus à de comportements discriminatoires.

Les intentions sont louables²⁵³ : ce dispositif vise à cumuler les avantages d'un accès à la justice favorisé et ceux de l'effet de dissuasif sur les entreprises de mener une politique discriminatoire²⁵⁴. Il permet également de dépasser les outils processuels inefficaces déjà connus²⁵⁵. Cependant, des critiques ont été émises : le législateur aurait pris le « risque d'une

²⁴⁸ L. Cadiet, « De mots en maux ? La réforme J 21 suit son cours (qui s'amenuise) », *Procédures*, n°12, décembre 2015, repère 11.

²⁴⁹ Ledit projet a été adopté par l'Assemblée nationale le 24 mai 2016, avec des modifications. Texte disponible au lien <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0738.asp>.

²⁵⁰ Discours du ministre de la Justice, Jean-Jacques URVOAS à l'Assemblée nationale le 17 mai 2016.

²⁵¹ S. Amrani-Mekki, « L'action de groupe du 21^e siècle. – Un modèle réduit ou réducteur ? », *JCP éd. G*, 45, 2 novembre 2015, p. 1196 et s.

²⁵² E. Manca et B. Javaux, « L'action de groupe contre les discriminations, source d'insécurité juridique pour les entreprises ? », *Dalloz Actualité*, 18 novembre 2015 ; J. Simon, C. Foulon et A. Ferrer, « Faut-il introduire l'action de groupe en droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 2012, p.603 ; F. Guiomard, « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 568 ; Laurence Pécaut-Rivolier, « Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique », *Revue de droit du travail*, 2014 p. 101 ; B. Lapérou-Schneider, « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *op. cit.*

²⁵³ L-G. Tin, S. Lemaire, M. T. Allal, « Discriminations collectives : une nouvelle *class action* ? », *D.* 2014, p.1992.

²⁵⁴ F. Mehrez, « Justice du 21^e siècle : action de groupe en matière de discrimination », *Dalloz actualité*, 8 juillet 2015 : « Instaurer une action de groupe, c'est surtout compter sur l'effet de sensibilisation qu'elle va produire à l'égard des entreprises ».

²⁵⁵ Il s'agit des actions exercées par les institutions représentatives du personnel, de l'action syndicale en défense des intérêts de la profession et de l'action en substitution, que quant à efficacité constituent un échec et fondent la nécessité d'une action de groupe en matière de droit du travail. Voir : F. Guiomard, « L'action de groupe dans le

loi à papier, sans utilité pratique²⁵⁶ » : la discipline, en effet, est empreinte de « freins procéduraux multiples » (comme par exemple l'obligation du demandeur d'introduire une mise en demeure préalable du défendeur et la prévision d'un délai de 6 mois²⁵⁷), qui ralentissent la procédure, tout en essayant de « privilégier la voie consensuelle ». Pire encore, l'objet de la demande subi un redimensionnement important : on ne pourra indemniser que les préjudices « nés après la réception de la demande » de cessation du comportement discriminatoire (mais on ne limite heureusement pas la réparation au préjudice patrimonial et donc, le préjudice moral, important en l'espèce, pourra être compensé). On voit donc qu'on limite fortement la portée dissuasive de cette action en introduisant des obstacles à une réparation pleine.

On conclura tout de même sur ce point que le *private enforcement* des droits n'est plus limité au domaine économique et de la concurrence, et qu'il s'étend aussi au socle de droits tels que ceux qui touchent la dignité de la personne. Une telle opération, bien qu'elle ne nous permet pas, à l'heure actuelle, de définir si elle engendra une dissuasion « optimale » à l'encontre des entreprises.

In fine, un troisième domaine dans lequel l'extension de l'action est souhaitable est celui de dommages causé par une atteinte à l'environnement²⁵⁸. Tant en droit français qu'en droit italien, à l'heure actuelle, ces dommages ne sont pas réparables à travers la voie collective, alors qu'en droit étatsunien, de nombreuses *class actions* y étaient relatives²⁵⁹. On exclut donc un autre secteur privilégié des « *mass torts* » et on garantit la déresponsabilisation civile des entreprises qui ont causé des dommages corporels à une pluralité de personnes : on songe à l'exposition à l'amiante, aux catastrophes comme celle du naufrage de l'*Erika*, ainsi celui italien de Seveso²⁶⁰, mais aussi les dommages corporels causés par la pollution électromagnétique.

En outre, en Italie, l'exclusion des dommages causés à l'individu à l'occasion d'une atteinte à l'environnement dans le cadre de l'action de groupe apparaît contraire à la tendance

projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 52 et s. ; F. Guiomard, « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 568 ; A. Lyon-Caen, « Action de groupe et droit du travail », *RLDC*, 2006, p. 33.

²⁵⁶ F. Guiomard, « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *op. cit.*.

²⁵⁷ Article 45 du projet de loi.

²⁵⁸ C. d'Orta, *La class action tra proclami e deterrence. Uno studio di diritto interno e comparato*, *op. cit.*, p. 180 et s..

²⁵⁹ Par exemple : *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008).

²⁶⁰ Il s'agit d'un désastre écologique, produit en 1976, causé par la fuite d'un nuage toxique de dioxine d'une industrie chimique dans une mairie de la province de Monza.

jurisprudentielle²⁶¹ qui considère que ce type de dommage est réparable. Pourquoi faudrait-il alors l'exclure du champ d'application de l'action de groupe ?

En France, en revanche, le projet J 21 précité vise à introduire une nouvelle action dans ce domaine. Ici, l'obligation de réparation du dommage concourt à garantir un effet préventif²⁶² car les entreprises augmenteront leurs efforts dans la sécurisation de leur pratique pour que celle-ci ne puisse générer d'atteinte à l'environnement. On diminue alors par conséquent le risque d'accidents²⁶³.

Le droit français connaît donc une réelle volonté d'expansion de l'action de groupe. En revanche, le législateur italien, adopte une démarche différente : plutôt que d'étendre l'action de groupe à des domaines qu'il détermine, il cherche à créer une discipline universelle, de droit commun.

Section 2 – L'approche des « petits pas » face aux exigences d'une procédure de droit commun

En France, la multiplication des initiatives législatives à venir montre donc que l'action de groupe est vue comme un outil efficace à la protection des droits individuels d'une pluralité lésée. C'est donc un succès théorique qui dépasse son terrain originaire. Cependant, cette approche manifeste des incohérences avec la fonction dissuasive de l'action de groupe (**paragraphe 1**). En Italie, en revanche, le dernier projet de loi vise à la création d'une action de groupe universelle et prend alors en compte le besoin d'une dissuasion à tous niveaux (**paragraphe 2**). *In fine*, les évolutions nationales françaises et italiennes en matière d'action de groupe consumériste se posent dans le sillage d'une politique européenne peu déterminée dans la création d'une action de groupe européenne (**paragraphe 3**).

²⁶¹ Cass., Ass. plen., 21 février 2002, n° 2515 ; Cass. Ass. plen, 11 novembre 2008, n°26972. E. Leccese, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, FrancoAngeli, 2011, p. 169.

²⁶² Article 45 *ter* du projet de loi : « Lorsque plusieurs personnes, placées dans une situation similaire, subissent des préjudices résultant d'un dommage causé à l'environnement 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 devant une juridiction civile ou administrative ».

²⁶³ M.J. Azar-Baud, « L'action de groupe, une valeur ajoutée pour l'environnement ? », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 28 mai 2016, spéc. n°13-20.

Paragraphe 1 – La politique prudente du législateur français

Le législateur français, lors de l'introduction de l'action de groupe consumériste, a procédé à une « autolimitation au nom d'un certain pragmatisme politique²⁶⁴ ». De cette manière, l'action de groupe est conçue comme une expérience dont les résultats pourraient porter à son extension à autre domaines que celui de la consommation et de la concurrence. Cette approche a été baptisée avec le terme « politique des petits pas²⁶⁵ ». Malgré le long délai prévu pour que cette démarche aboutisse²⁶⁶, le législateur a très récemment décidé d'agir : on l'a vu, l'action de groupe en matière de santé doit entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2016 et en mai 2016, une ouverture (possible) aux domaines de l'environnement, de la discrimination et des relations de travail est prévue. Ainsi, comme aux Etats-Unis ou au Québec, le phénomène du *private enforcement* sort des limites étroites de la concurrence et de la consommation, pour rendre effectifs d'autres droits qui ne sont pas liés au rapport de consommation et qui se rattachent à la personne elle-même.

Néanmoins, dans une lecture sous le prisme de la fonction dissuasive de l'action de groupe, des lacunes apparaissent. En effet, étendre l'action de groupe à ces domaines obéit uniquement à une logique d'accès plus simple à la justice et ne prévoit pas les modulations nécessaires à la bonne mise en œuvre de la fonction préventive de l'action de groupe.

Premièrement, on l'a vu, on limite l'outil en excluant les petites et moyennes entreprises qui pourraient néanmoins, légitimement, être associés au consommateur dans certains cas. Deuxièmement, on limite l'action de groupe alors qu'elle met en œuvre une action en responsabilité civile qui est universelle²⁶⁷. On limite la responsabilité *a fortiori*, sans que cela ne soit nécessaire ou utile.

Il serait donc souhaitable et opportun d'entreprendre une réflexion autour de l'extension du champ d'application de l'action de groupe mais en permettant une réelle dissuasion en

²⁶⁴ C. Prieto, « Rapport introductif » au colloque « Sur la voie de l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n°136.

²⁶⁵ J.-P. Grandjean, « Action de groupe : petit pas ou pas de géant », *JCP éd. G*, n°40, 30 septembre 2013, p. 177 ; M.J. Azar-Baud, « L'action de groupe, une valeur ajoutée pour l'environnement ? », *op. cit.*, n°48 et s. ; C. Preto, « L'action de groupe et la politique des petits pas », *in* « Sur la voie de l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, numéro spécial, p. 9.

²⁶⁶ Article 2 alinéa 6 de la Loi Hamon : « Trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires. Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement ».

²⁶⁷ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », *op. cit.*.

prévoyant des moyens financiers pour qu'elle soit effective. Il serait également souhaitable que la mise en place d'un outil juridique permettant de retirer aux entreprises les bénéfices obtenus par la conduite illicite²⁶⁸. Au vu des documents relatifs aux actions de groupe à venir, ces éléments ne sont malheureusement pas pris en compte. Or, ce sont dans la pratique ceux-ci qui permettent une répression des comportements fautifs des entreprises et, *a fortiori*, leur dissuasion²⁶⁹.

Il n'en va pas de même en Italie, où les réflexions du législateur ont eu trait aussi bien à l'opportunité de concevoir l'action de groupe comme une procédure universelle que sur une majeure attention sur les profils pécuniaire et dissuasif.

Paragraphe 2 – L'évolution du droit italien et le dernier projet de réforme

Acclimater l'action de groupe en droit italien a soulevé, on l'a vu, de nombreuses difficultés. Celles-ci portent sur l'effectivité de l'institution et, par conséquent, sur sa portée dissuasive.

Conscient de ces lacunes, le législateur a non seulement modifier la discipline sur ces points particuliers mais également, il tente de faire un « pas de géant » : on fait migrer l'action de groupe dans le code de procédure civile, on en fait une procédure de droit commun.

Par ce projet²⁷⁰ – déjà voté par la Chambre des députés le 3 juin 2015 et maintenant en attente d'être voté au Sénat²⁷¹ – la réflexion sur l'action de groupe aboutit à son embouchure

²⁶⁸ Ici, il convient donc de suivre avec une attention majeure les évolutions du projet de réforme de la responsabilité civile qui prévoit l'introduction en droit français de la notion de faute lucrative. Les paradigmes de la responsabilité civile seront mutés : on regardera autant les conséquences sur la victime que celles au sein du patrimoine du fautif qui ne sera donc plus inciter à fauter.

²⁶⁹ C. Prieto, « Rapport introductif », *op. cit.* : « Un mécanisme d'action de groupe efficace et crédible est la meilleure incitation à la médiation collective. Cette efficacité passe par des moyens et un financement adéquats. Notre culture juridique est rétive au financement par des fonds privés. Le pragmatisme impose de ne plus penser à des subventions publiques. Il reste donc la confiscation des gains illicites, par ailleurs ressort fondamental de dissuasion et, partant, de prévention. Au regard de la compétitivité des entreprises, c'est aussi le moyen de faire le départ entre celles qui ont un vrai mérite en servant le bien-être collectif et celles qui profitent indûment de rentes illicites ».

²⁷⁰ Le DDL S. 1950 – Senato della Repubblica XVII legislatura (disponible sur le site internet www.senato.it) introduit le titre VIII-bis (*Dell'azione di classe*), dans le livre IV dédié aux procédures spéciales, composé par quinze articles (de l'article 840-bis à l'article 840-sexiesdecies).

²⁷¹ On pense bien que le projet, tel qu'approuvé par la Chambre des députés, sera objet de modification lors de son passage au Sénat. Le changement fait peur à l'organisation des entrepreneurs (*Confindustria*), qui ont déjà manifesté leur ferme opposition, tout préconisant des détorsions du marché ou des augmentations de assurances.

naturelle : on sort d'une conception *a minima* pour embrasser celle d'un « outil universel », tout en confirmant que l'action de groupe est un instrument processuel visant à garantir l'efficacité de tout droit lésé²⁷², à l'instar des situations existant aux Etats-Unis et au Québec.

La procédure en sort complètement changée tant sur des points particuliers que dans sa philosophie même. On remarque alors une inspiration étatsunienne certaine. Dans un souci de complétude et de célérité, on n'en expliquera que les éléments fondamentaux.

La légitimité à agir est attribuée aux associations, comités ou à tout composant de la classe. On confirme l'arsenal juridique en vigueur mais on ne parle plus de « consommateur ». Sur le plan objectif, on quitte le terrain des rapports de consommation et du marché, pour entrer dans la protection de tous les droits : c'est le dommage de masse tout court qui va être censuré, tout en s'installant dans une optique répressive²⁷³. L'action de groupe devient une alternative – en terme de fongibilité – à l'action individuelle : l'élément distinctif de cette dernière est la pure nature multipartite qui agrège une pluralité de victimes²⁷⁴. Par ailleurs, c'est le « triomphe de la personne²⁷⁵ » qui est placé au centre. On suit l'évolution jurisprudentielle relative à la responsabilité civile en instituant un outil processuel. On pourra alors réparer tous types de dommages, dans tous domaines.

Le déroulement du procès gravite autour de trois phases et on remarque ici une certaine ressemblance avec la structure française. En premier lieu, on a un jugement de recevabilité qui se conclut par une ordonnance du juge. L'adhésion peut avoir lieu à deux moments : soit, suite à l'ordonnance, le juge fixant un délai et les critères de rattachement, soit, suite à la décision qui établit la responsabilité du défendeur et le condamne à la réparation du demandeur (s'il est un individu), fixe de nouveau le délai d'adhésion (maximum 180 jours) et les critères de rattachement au groupe, en plus nomme le juge délégué pour la procédure d'adhésion et la nouvelle figure de représentant commun des adhérent, qui pourra être l'avocat du demandeur.

De la part du Gouvernement (qui n'a pas piloté le projet), le ministre des réformes a pris les distances par le projet, tout en rassurant les entrepreneurs qu'il y aura des amendements au Sénat. On laisse au lecteur commenter...

²⁷² S. Amrani-Mekki, « L'action de groupe du 21 siècle. – Un modèle réduit ou réducteur ? », *op. cit.*

²⁷³ A. Spadafora, « La « nuova » azione di classe : da strumento protettivo settoriale a rimedio di diritto comune ? », *I Contratti*, 1, 2016, p. 79 : « La généralisation de l'action de groupe laisse apprécier dans une optique du jugement de manque de valeurs par rapport aux comportements non conforme au pacte de solidarité entre les protagonistes de tout rapport intersubjectif, ainsi que dans une optique d'une conséquente réaction répressive ».

²⁷⁴ Cass., ord. 24 avril 2015, n°8433. Dans cette ordonnance la Cassation avait souligné les décalages entre action individuelle et action de groupe. Bien que les considérations menées par la Cour étaient bien fondées, leur portée s'arrête dans la mesure où le champ d'application concerne tous les droits, non plus ceux des consommateurs.

²⁷⁵ A. Spadafora, « La « nuova » azione di classe : da strumento protettivo settoriale a rimedio di diritto comune ? », *op. cit.*, p. 74.

Troisièmement, suite à un échange de conclusions entre défendeur et représentant de la classe, ce dernier dépose un projet concernant les droits individuels homogènes des adhérents et, *in fine*, le juge délégué condamne par décret le défendeur à réparer les dommages subis par les adhérents²⁷⁶. Cela permet donc une personnalisation des montants alloués au titre de dommages et intérêts.

Quant aux frais, on trouve de véritables innovations liées à une ouverture sur une gestion à l'américaine²⁷⁷ : le financement de l'action de groupe trouve ses fondements dans un système similaire à celui du pacte de *quota litis* selon lequel le représentant commun sera rémunéré en proportion du nombre des adhérents (et le pourcentage pourra être augmenté sur décision du juge, pouvant aller jusqu'au 50%), l'avocat du demandeur obtiendra des primes selon le même système. Toutefois, ces sommes ne sont pas soustraites aux dommages et intérêts dus aux victimes, mais sont à la charge du défendeur. Les frais d'expertise sont également supportés par celui-ci.

C'est donc un système qui trouve son moteur dans les cabinets d'avocats, qui en vue d'une rémunération proportionnelle aux adhésions ont tout intérêt à investir dans la publicité, dont les frais seront payés à l'issue de la procédure. Du côté du défendeur, c'est une discipline qui met en relief la dissuasion à l'encontre des entreprises, ces dernières courant le risque de payer bien plus que les dommages causés aux victimes, et, par conséquent, d'être réellement punies. La dissuasion est donc fortement accrue.

En dernière analyse, bien qu'il soit prématuré de valider ce projet de loi tel quel, les efforts louables du législateur italien prennent en compte aussi bien le besoin d'une pleine réparation des victimes que l'effet d'une moralisation des comportements des entreprises. On aspire donc à moraliser le secteur lié au marché et aux droits de la personne mais également, on cherche à renouveler le pacte social.

Les initiatives autonomes françaises et italiennes manifestent la volonté de combler les lacunes du *legal transplant* original. De plus, elles confirment l'échec de l'Union Européenne dans son rôle de guide législatif.

²⁷⁶ La formation du groupe pouvant être successive au jugement de responsabilité, une inspiration française, peut-être, est à la base du mécanisme.

²⁷⁷ A.C. Di Landro, « La « nuova » azione di classe. Linee di riforma e riflessioni critiche », *I Contratti*, 1, 2016, p. 64 et s..

Paragraphe 3 – L'échec du rôle clef de l'Union Européenne en la matière

L'Union européenne a eu dans le passé un rôle actif dans la promotion de l'introduction de l'action de groupe²⁷⁸ en matière de concurrence et consommation²⁷⁹, le but étant celui de favoriser l'harmonisation (et l'introduction pour les pays qui en sont dépourvus) de systèmes de réparation collectifs. Toutefois, nonobstant la résolution du Parlement européen du 2 février 2012, dite « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif²⁸⁰ », dans laquelle on demandait une prise de position concrète de la Commission pour aboutir à une harmonisation des recours collectifs, les réponses n'ont pas été à la hauteur de l'importance de la question²⁸¹. La Recommandation de la Commission de 11 juin 2013²⁸² qui prévoit un cadre commun pour les recours collectifs des Etats membres confirme le rôle tempéré de l'Union européenne. En premier lieu, pour une raison liée à la nature de l'outil utilisé par la Commission, on remarque une prise de risque très légère : il s'agit en effet d'une (simple) recommandation. Cela signifie qu'elle a renoncé introduire une action de groupe européenne et utilise plutôt un instrument de *soft law* qui n'est pas juridiquement liant²⁸³.

En deuxième lieu, elle établit une série d'éléments que les Etats devraient prendre en compte dans l'élaboration des recours collectifs nationaux, tout en développant un modèle européen *stricto sensu*. Les principes posés sont le refus des dommages et intérêts punitifs²⁸⁴, le maintien du principe « qui perd paye²⁸⁵ » et mécanisme de l'*opt-in*²⁸⁶.

Or, les recours collectifs analysés jusqu'alors dans le présent mémoire montrent que les législateurs français et italien s'écartent des conseils de la Commission. En effet, la formation du groupe successive au jugement de responsabilité dans la procédure française et dans le projet

²⁷⁸ Il s'agit des : « Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante » de la Commission du 2 avril 2008 (*COM(2008) 165 final*) et du « Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs » du 27 novembre 2008 (*COM (2008)794 final*).

²⁷⁹ L. Idot, « Entre « livre blanc » et « livre vert » : à propos des actions collectives et des droits des consommateurs », *Europe*, n°4, avril 2009, alerte 12.

²⁸⁰ (2011/2089(INI)).

²⁸¹ C.I. Nagy, « Le débat sur l'action de groupe collective en Europe : Ils n'ont rien appris, ni rien oublié ? », *op. cit.*.

²⁸² 2013/396/UE, (*COM (2013)401*), relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

²⁸³ En revanche, son action s'est plutôt concentrée sur les ADR avec la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au « règlement extra judiciaire des litiges de consommation ».

²⁸⁴ Recommandation *cit.*, n°31.

²⁸⁵ Recommandation *cit.*, n°17.

²⁸⁶ Recommandation *cit.*, nn° 21-24.

de loi italienne nuance le principe de l'*opt-in* ; l'introduction dans le projet de loi italien d'un type de financement qui accorde une forme d'honoraires de résultat aux avocats va à l'encontre plus frontalement encore de la tradition civiliste du « qui perd paye » ; l'attribution de la légitimité à agir exclusivement aux associations agréées des consommateurs ou l'introduction de systèmes fondés sur l'*opt-out*, comme en Portugal et en Danemark²⁸⁷ sont autant d'exemples de non prise en compte des conseils de la Commission. Ces attitudes nationales manifestent une certaine méfiance à l'encontre de la Commission qui reste enfermée dans les problématiques d'un transfert de droit qui doit à tous prix conjurer les abus propres à l'institution américaine.

En définitive, l'absence d'une prise en compte sérieuse du profil dissuasif de l'action de groupe²⁸⁸ – qui d'ailleurs signifie introduire un système de financement adéquat, visant à diminuer les coûts d'organisation du groupe et à compenser aussi le demandeur des frais juridiques irrépétibles²⁸⁹ – limite tout effort de parvenir à une pleine efficacité de l'action de groupe. L'absence de prise en charge de la part de l'Union européenne, néanmoins, n'empêche pas (ou ne doit pas empêcher) aux Etats membres de prévoir des systèmes plus adaptés pour aboutir à dissuasion.

²⁸⁷ Y. Utzschneider et C. Mussi, « L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en œuvre complexe », *AJCA*, 2014, p. 222.

²⁸⁸ C.I. Nagy, « Comparative collective redress from a law and economics perspective : without risk there is not reward ! », *Col. Journ. Eur. L.*, 2013, vol. 19, n°3, p. 495.

²⁸⁹ C.I. Nagy, « Le débat sur l'action de groupe collective en Europe : Ils n'ont rien appris, ni rien oublié ? », *op. cit.*, p. 945, spéc. 950 : « Afin de rendre la mise en application collective faisable, des mesures dans deux directions devraient être prises. Les frais d'organisation devraient être réduits et le risque de ne pas être remboursé des frais juridiques et d'être responsables des frais juridiques du défendeur devrait être mitigé par une prime de risque adéquate ».

CONCLUSIONS et PERSPECTIVES

En France comme en Italie, l'action de groupe se met difficilement en marche. Les données sont éloquentes : en France aucune décision a été tranchée ; en Italie seulement deux ont achevé leur but, malgré le nombre élevé d'instances²⁹⁰. Malgré les espoirs placés dans cette institution pour protéger la partie faible et dissuader l'entreprises d'adopter ou de réitérer des comportements peu vertueux ne sont pas à la hauteur des attentes. Cela est dû à la difficile combinaison de la fonction dissuasive avec les principes processuels civilistes que connaissent la France et l'Italie.

Sur un point de vue processuel, le choix de l'*opt-in* par les législateurs analysés pose une limite *quasi* insurmontable pour garantir le rassemblement de la totalité des victimes. La difficulté de concilier la liberté d'agir de l'individu avec le mécanisme d'*opt-out* (qui demeure le plus adéquat à poursuivre un objectif de pleine réparation et de dissuasion des conduites illicites d'ailleurs) est évidente. Il serait opportun d'étudier en profondeur la possibilité de remise en cause de cette conception traditionnelle du procès, en analysant toutefois toutes les conséquences qu'elle entraînerait.

En outre, dans une optique d'augmentation de dissuasion, les enjeux reposent sur l'élaboration d'un système de financement et de publicité aptes à garantir aux consommateurs et aux associations l'affaiblissement des risques d'introduire l'instance ainsi que des frais de gestion du procès. En cela, l'action de groupe italienne (actuelle) montre ses défauts, les coûts de la publicité étant à la charge du demandeur : ainsi, les risques sont trop élevés pour se tourner vers la justice. Afin d'éliminer les obstacles à l'introduction des instances, il est souhaitable en droit français et en droit italien d'introduire des mécanismes qui permettent d'encourager consommateurs et associations à agir en justice, à l'instar des honoraires de résultat (mais qui n'amputent pas les dommages et intérêts des victimes comme c'est le cas actuellement dans la *class action* américaine).

Sur un point de vue substantiel, on ne peut pas nier que la réparation du dommage est moteur tant d'un « mouvement patrimonial » qui concerne les particuliers que des valeurs de la société, celle-ci étant fondée sur le principe de l'*honeste agere*. L'action de groupe permet de

²⁹⁰ En Italie, en proportion, seulement les 2% des consommateurs qu'ont adhéré à une action de groupe a obtenu satisfaction. Voir
<http://www.repubblica.it/cronaca/2015/06/23/news/il_flop_italiano_della_class_action_risarcito_solo_il_2_-117518334/>

véhiculer la responsabilité civile et d'aboutir à des résultats auxquels elle ne pourrait parvenir de manière isolée.

A ce titre, l'emplacement naturel et privilégié de l'action de groupe est le code de procédure civile : sa limitation à des secteurs déterminés n'est qu'un premier pas d'adaptation d'une nouvelle institution puisque le besoin d'effectivité des droits se heurte contre toute discrimination à leur encontre.

L'action de groupe est un outil processuel incontournable d'un Etat de droit moderne et on peut se satisfaire de sa diffusion hors des Etats-Unis et, *a fortiori*, de son introduction dans des pays de tradition civiliste. Toutefois, son efficacité actuelle est à nuancer. Son introduction en dans les ordres juridiques français et italien est une victoire à la Pyrrhus. Elle demeure donc une procédure perfectible. Son introduction étant présentée comme une révolution, l'efficacité de l'action de groupe risque en réalité d'être illusoire. Elle ne pourra pas, telle que transférée dans nos droits, influencer de manière optimale et adéquate le comportement des entreprises.

Les limites que lui ont imposées les législateurs français et italien en font une « une pâle et racornie copie²⁹¹ » de l'institution originaire.

²⁹¹ Pauline LE MORE, « L'action de groupe française et le recours collectif européen », *JCP éd. E*, n. 31-35, 30 juillet 2015, 637.

Bibliographie

I. OUVRAGES GENERAUX

A. Ouvrages généraux français

CALAIS-AULOY, Jean

- *Droit de la consommation*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2015

CORNU, Gérard

- *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016

FRICERO, Natalie et JULIEN, Pierre

- *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2014

GUINCHARD, Serge

- *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2015

GUINCHARD, Serge, CHAINAIS Cécile et FERRAND, Frédérique

- *Procédure civile*, Précis Dalloz, 32^e éd., 2014

HERON, Jacques

- *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 6^e éd., 2015

JULIEN, Jérôme

- *Droit de la consommation*, Paris, LGDJ, 2015

PICOD, Yves

- *Droit de la consommation*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2015

PIEDELIEVRE, Stéphane

- *Droit de la consommation*, 2^e éd., Paris, Economica, 2014

RAIMOND, Guy

- *Droit de la consommation*, 3^e éd., Paris, Lexisnexis, 2015

STRICKLER, Yves

- *Procédure civile*, 6^e éd., Collection Paradigme, Larcier, Bruxelles, 2015

VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice

- *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2010

B. Ouvrages généraux italiens

CONSOLO, Claudio

- *Spiegazioni di diritto processuale. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2014

PARDOLESI, Paolo

- *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, Cacucci editore, 2011

SACCO, Rodolfo et ROSSI, Piercarlo

- *Introduzione al diritto comparato*, Milano, UTET giuridica, 2015

TORRENTE, Andrea et SCHLESINGER, Piero

- *Manuale di diritto privato*, 19^e éd., Milan, Giuffrè, 2009

II. OUVRAGES SPECIALISES, THESES et MONOGRAPHIES

A. Ouvrages spécialisés, thèses et monographies français

d'AMBRA, Dominique, BENOÎT-ROHMER, Florence et GREWE Constance (dir.)

- *Procédure(s) et effectivité des droits*, Droit et Justice, Bruylant, 2003

ARCELIN LECUYER, Linda (dir.)

- *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, Presse Universitaire de Rennes, Collection L'Univers des Normes, 2015

AZAR-BAUD, Maria José

- *Les actions collectives en droit de la consommation*, thèse, Paris, Dalloz, 2013

CADIET, Loïc et LORIFERNE, Dominique (dir.)

- *La pluralité des parties*, Irjs éd., Paris, 2013

CARVAL, Susanne

- *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1995

COHEN, Dany (dir.)

- *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, Paris, 2010

DIDIER, Philippe

- *De la représentation en droit privé*, Thèse, LGDJ, Paris, 2000

GRARE, Clothilde

- *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005

GUEGAN-LECUYER, Anne

- *Dommages de masse et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006

GUINCHARD, Serge et autres

- *Les recours collectifs : étude comparée*, Société de Législation comparée, 2006

HUGUENEY, Louis

- *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904

KORNHAUSER, Lewis

- *L'Analyse économique du droit. Fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, Paris, Michel Houdiard éd., 2010

LECLERC, Mélanie

- *Les class actions : du droit américain au droit européen : propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2012

MAINGUY, Daniel

- *L'action de groupe en droit français : après la loi Hamon du 17 mars 2014*, Gazette du Palais, 2014

PARANCE, Béatrice (dir.)

- *La défense de l'intérêt général par les associations. Intérêt général versus intérêts collectifs*. Actes du colloque organisé le 12 novembre 2012 par l'Université Paris 8 Vincennes-Saint-Denis, LGDJ, 2014

PIETRINI, Silvia

- *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles : perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2012

STARCK, Boris

- *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée*, thèse, 1947

B. Ouvrages spécialisés, thèses et monographies italiens

BARATELLA, Maria Grazia

- *Le pene private*, Milan, Giuffrè, 2006

BENATTI, Francesca

- *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento contrattuale*, Mila, Giuffrè, 2008

BUSNELLI, Francesco Donato et SCALFI, Salvatore

- *Le pene private*, Milan, Giuffrè, 1984

GALLO, Paolo

- *Pene private e responsabilità civile*, Milan, Giuffrè, 1996

LECCESE, Eva

- *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, FrancoAngeli, 2011

QUARTA, Francesco

- *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Naples, ESI, 2013

REDENTI, Enrico

- *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milan, Giuffrè, 1960

RIZZO, Francesco et MEZZASOMA, Lorenzo (dir.)

- *L'art. 140 bis del codice del consumo : l'azione di classe*, Naples, ESI, 2011

III. Articles

A. Articles français

AMARO, Rafael

- « La transposition de la directive 2014/104/UE en droit français », *Concurrences*, n° 2, 2015, p. 21 et s.

AMRANI-MEKKI, Soraya

- « Action de groupe santé. – Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices », *JCP éd. G.*, 8 février 2016, p.146
- « L'action de groupe du 21 siècle. – Un modèle réduit et réducteur ? », *JCP éd. G.*, 2 Novembre 2015, p.1196
- « Action de groupe et procédure civile », *RLDC*, 2006, p. 32 et s.

ANONYME

- « Justice du 21 siècle : le texte revu par la Chancellerie », *JCP éd. G.*, n° 20-21, 16 Mai 2016, 599

ALEMAN, Louis Julien

- « Loi du 14 octobre 2015 : les conséquences de l'amendement *Lurel* sur l'action de groupe », *JCP Entreprise et Affaires*, 45, novembre 2015, act. 824

AUBERT DE VINCELLES, Carole

- « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », *Revue des contrats*, n°3, 1 septembre 2014

AZAR-BAUD, Maria José

- « Réflexions autour de l'efficacité de l'action de groupe », in Linda ARCELIN LÉCUYER (dir.), *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, Presse Universitaire de Rennes, 2015
- « L'action de groupe, une valeur ajoutée pour l'environnement ? », *VertigO – la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22, septembre 2015

AZAR-BAUD, Maria José et CARVAL, Suzanne

- « L'action de groupe et la réparation des dommages de consommation : bilan d'étape et préconisation », *D.*, 2015, p. 2136

BACACHE, Mireille

- « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2014, p.450
- « Action de groupe et responsabilité du fait des produits défectueux », *Resp. civ. et ass.*, Janvier 2016, dossier 16

BERNHEIM-DESVAUX, Sabine et BLANCHARD, Christophe

- « Comment assurer l'effectivité du droit de la consommation ? », *JCP éd. E.*, 5 mars 2015, p.174

BORE, Louis

- « Le projet d'action de groupe : action mort-née ou premier pas ? », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013

BOURDEL, Christophe

- « Première bougie pour l'action de groupe : un bilan en demi-teinte », *AJCA*, 2015, p.488

CABALLERO, Francis

- « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.*, 1985

CADIET, Loïc

- « De mots en maux ? La réforme J 21 suit son cours (qui s'amenuise) », *Procédures*, n°12, décembre 2015, repère 11

CARON, Christophe

- « La loi du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon », *JCP éd. G* 2007, I, 205

du CHASTEL, Antoine

- « L'action de groupe en France : mythe ou réalité ? », *JCP éd. G.*, 3 Septembre 2012, p. 926

CHONÉ-GRIMALDI, Anne-Sophie et RASCHEL, Loïs

- « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Resp. civ. et ass.*, 5, mai 2014, étude 4
- « Le décret relatif à l'action de groupe : entre espoir et inquiétude », *Resp. civ. et ass.*, Novembre 2014, étude 9

DARY, Matthieu et DU CHASTEL, Antoine

- « Action de groupe : premier bilan et perspectives », *RLDC*, 2015, p. 45 et s.

DELPECH, Xavier

- « Associations de consommateurs - Action en justice - Nouvelle vague pour l'outre-mer », *JT*, 2015, n°181, p. 8
- « Nouvelle actualisation du droit des outre-mer », *AJCA*, 2015, p. 444

ERESEO, Nicolas

- « Le recours à l'action en responsabilité civile et les transformations du droit privé », *Revue de l'Union Européenne*, 2015, p. 378

FRANÇOIS MARTIN, Laurent et DAULOUÈDE, Inès

- « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *Contrat Concurrence Consommation*, Mai 2014, dossier 5

FRICIERO, Natalie

- « Aspects procéduraux de l'action de groupe : entre efficacité et complexité », *Droit et Patrimoine*, 2015, p. 243 et s.

GRANDJEAN, Jean-Pierre

- « Action de groupe : petit pas ou pas de géant », *JCP G*, n°40, 30 septembre 2013, p. 177

GUEGAN-LECUYER, Anne

- « Incertitude et causalité dans la perspective des dommages de masse », <www.courdecassation.fr>

GUIOMARD, Frédéric

- « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 568

- « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *Revue de droit du travail*, 2016, p. 52 et s.

HAERI, Kami et JAVAUX, Benoît

- « L'action de groupe à la française, une curiosité », *JCP éd. G.*, 31 mars 2014, p.375
- « Les actions de groupe dans le domaine de la consommation : une première année mitigée », *RLDA*, 2014, p. 108 et s.
- « L'action de groupe : entre incertitudes procédurales et instrumentalisation », *Droit et Patrimoine*, 2015, p. 243 et s.

IDOT, Laurence

- « Entre « livre blanc » et « livre vert » : à propos des actions collectives et des droits des consommateurs », *Europe*, 4, avril 2009, alerte 12
- « Une année marquée par l'adoption de la directive 2014/104/UE sur les actions en réparation », *RTD Eur.*, 2015, p.807

JENNY, Frédéric

- « L'action de groupe. Une procédure qui renforce la dissuasion du droit de la concurrence », *JCP éd. G.*, 10 Septembre 2012, doct. 979

JULIEN, Jérôme

- « L'adoption de « l'action de groupe santé » en bonne voie... », *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, Janvier 2016, alerte 1

KREMPF, Antoine

- « Les Français, le pays de la class action », *Français Info*, 2 mai 2013, accessible sur : <http://www.franceinfo.fr/actu/economie/article/les-etats-unis-le-pays-de-la-class-action-249715>

LAFFAILLE, Franck

- « Class action de droit italien : condamnation d'une entreprise pharmaceutique », *D.*, 2013, p. 2456

LANZARA, Delphine

- « Les règles de procédure civile à l'épreuve de la pluralité des parties », *D.*, 2015, p. 2520

LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice

- « De la nature répressive de l'action de groupe et de son extension en droit du travail », *Droit social*, 2015, p. 256

LE BORGNE, Hervé

- « Le rôle des institutions et des associations de consommateurs », *RLDA*, 2015, p. 105 et s.

LEMONTEY, Jacques et MICHON, Nicolas

- « Les « class actions » américaines et leur éventuelle reconnaissance en France », *Journal du droit international*, Avril 2009, var. 2

LE MORE, Pauline

- « L'action de groupe française et le recours collectif européen », *JCP éd. E.*, 30 juillet 2015, p. 637

LYON-CAEN, Antoine

- « Action de groupe et droit du travail », *RLDC*, 2006, p. 33

MANCA, Eric et JAVAUX, Benoît

- « L'action de groupe contre les discriminations, source d'insécurité juridique pour les entreprises ? », *Dalloz Actualité*, 18 novembre 2015

MARTIN, Raymond

- « Le recours collectif au Québec et prospective pour la France », *JCP G.*, 10 septembre 1986, I 3255

MATTIL, Peter et DESOUTTER, Vanessa

- « Le recours européen. État de situation. – Le recours collectif européen sous la perspective des droit communautaire et comparé », *Revue de droit bancaire et financier*, Juillet 2008, dossier 26

MEHREZ, Florence

- « Justice du 21^e siècle : action de groupe en matière de discrimination », *Dalloz actualité*, 8 juillet 2015

MESA, Rodolphe

- « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gazz. Pal.*, 21 novembre 2009, 325, p. 15 et s.
- « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *Petites affiches*, 27 février 2012, n°41, p. 5 et s.
- « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2754 et s.

MOLFESSIS, Nicolas

- « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.*, 2014, p. 947

NAGY, Csongor István

- « Le débat sur l'action collective en Europe : ils n'ont rien appris, ni rien oublié ? », *RIDC*, 4, 2015, p. 941
- « Comparative collective redress from a law and economics perspective : without risk there is not reward ! », *Col. Journ. Eur. L.*, 2013, vol. 19, n°3, p. 470 et s.

PÉCAUT-RIVOLIER, Laurence

- « Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 101

PHALIPPOU, Alexandre

- « Les class actions qui ont marqué l’histoire », *Huffington Post*, 22 juin 2012, accessible sur : http://www.huffingtonpost.fr/2012/06/22/les-class-actions-qui-ont-marque-erin-brockovich_n_1617921.html

PIERRE-MAURICE, Sylvie

- « Le code de procédure civile et les maximes », *Scientia iuris*, 2, avril 2013

PIETRINI, Silvia

- « Action de groupe italienne », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, Mai 2015, alerte 37

PRIETO, Catherine

- « Actions de groupe parmi les recours collectifs, impulsions et démonstrations en droit européen de la concurrence », *D.*, 2012, p. 1831
- « Rapport introductif » au colloque « Sur la voie de l’action de groupe », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n°136

RODRIGUEZ, Karine

- « Une action de groupe oui, mais à la française ! », *JT*, 2014, n°162, p. 44
- « A... comme – Action de groupe », *JA*, 2015, n°527, p. 50

SIMON, Joëlle, FOULON Chantal et FERRER, Anaïs

- « Faut-il introduire l’action de groupe en droit du travail ? », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 603

SUSSET, Emmanuel

- « Les enjeux de l’analyse économique du droit », *Labyrinthe*, 9, 2001, Actualité de la recherche, pp. 111-114

TEMPLE, Henri

- « « Class action » et économie de marché », *JCP éd. G*, n° 22, 1^{er} Juin 2005, act. 284

TIN, Louis-Georges, LEMAIRE, Sophie et ALLAL, Mehdi Thomas

- « Discriminations collectives : une nouvelle class action ? », *Recueil Dalloz* 2014 p. 1992

UTZSCHNEIDER, Yann et MUSSI, Costanza

- « L'action de groupe en droit de la concurrence, une intention louable à la mise en œuvre complexe », *AJ Contrats d'Affaires*, 2014, p. 222

VERBECQ, Edouard

- « Données personnelles : les nouveautés du projet de loi Lemaire », 10 mars 2016

VINEY, Geneviève

- « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2009, p. 2944 et s.
- « La mise en place du système français de responsabilité des producteurs pour le défaut de sécurité de leurs produits », *Mélanges J.-L. Aubert*, p. 346
- « L'influence de l'admission d'une action de groupe sur la réparation des atteintes aux intérêts collectifs », *RLDC*, décembre 2006, n°33, p. 60 et s.

ZOLYNSKI, Célia

- « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », *Responsabilité civile et Assurances*, 5, Mai, 2013, dossier 31

ZOUAG, Sonia

- « Loi de modernisation – Santé – La réforme sur les rails », *JA*, 2016, n° 533, p. 8

B. Articles italiens

ALPA, Guido

- « L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale », *Corr. Merito*, 7, 2008, p. 765

AMATUCCI, Carlo

- « La vera ambizione delle azioni di classe : brevi note sulla deterrenza », *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, p. 11 et s.

BENATTI, Francesca

- « Il danno nell'azione di classe », *Danno e resp.*, 1, 2011, p. 14
- « Note in tema di class actions transfrontaliere », *Danno e resp.*, 1, 2012, p. 5
- « Danni punitivi e « class action » nel diritto nordamericano », *Analisi giuridica dell'Economia*, 1, 2008, p. 231

BOVE, Mauro

- « Profili processuali dell'azione di classe », www.judicium.it, 2010

BUGATTI, Laura

- « Pratiche commerciali scorrette e tutela risarcitoria del consumatore », *Danno e resp.*, 2, 2013, p. 195

CAMILLETTI, Francesco

- « Il nuovo art. 140-*bis* del Codice del consumo e l'azione di classe », *I Contratti*, 12, 2009, p. 117
- « L'azione collettiva risarcitoria : profili processuali », *I Contratti*, 6, 2008, p. 638

CASTRONOVO, Carlo

- « Del non risarcibile aquiliano : danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale », *Eur. Dir. priv.*, 2008, p. 315 et s.

CONSOLO, Claudio

- « E legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello « opt-in » anziché quella danese dello « opt-out » e il filtro (« L'inutil precauzione »), *Corr. giur.*, 1, 2008, p. 5 et s.
- « Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-*bis* e la *class action* consumeristica », *Corr. giur.*, 10, 2009, p. 1297

CORSI, Giorgia

- « Il Sì della Suprema Corte all'*astreinte* straniera », *Danno e resp.*, 12, 2015

DE SANTIS, Angelo Danilo

- « Recenti sviluppi della giurisprudenza sull'azione di classe a tutela dei consumatori », disponibile au lien
<http://www.treccani.it/export/sites/default/diritto/approfondimenti/pdf/Azione_di_classe_ADD.pdf>
- « La prima sentenza di accoglimento di una azione di classe a tutela dei consumatori », disponibile au lien
<http://www.treccani.it/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/1_de_santis_sentenza_azione_di_classe.html>

DI GIACOMO RUSSO, Bruno

- « La class action italiana », *Il giudice di pace*, 2, 2012, p. 169

DI LANDRO, Amalia Chiara

- « La « nuova » azione di classe. Linee di riforma e riflessioni critiche », *I Contratti*, 1, 2016, p. 64

DONZELLI, Romolo

- « L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative », *Corr. giur.*, 1, 2013, p. 103

FERRANTE, Edoardo

- « *Opt-out* ed incentivi d'oltreoceano : idee per una vera *class action* in Italia e in Europa », *Contratto e impresa/Europa*, 2012, p. 484 et s.
- « Pubblicità dell'ordinanza ammissiva e *status* degli aderenti nell'azione di classe », *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 357 et s.

FIORIO, Paolo

- « L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori », *Giurisprudenza di Merito*, 5, 2009, p. 1445 et s.
- « L'azione di classe nel nuovo art. 140-*bis* e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori », in Paolo Demarchi, Stefano Ambrosini (dir.), « *I diritti dei consumatori e la nuova class action* », Torino, Zanichelli, 2010, p. 516 et s.

FRATA, Laura

- « L'art. 140 *bis* Cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito, *Danno e resp.*, 12, 2012, p. 1236
- « « Class actions » e « azioni collettive risarcitorie » : un primo confronto », *Danno e resp.*, 5, 2008, p. 493

GIUSSANI, Andrea

- « L'azione di classe : un primo bilancio », *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1177
- « Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito », *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 238 et s.

GUERNELLI, Michele

- « Class action e competenza antitrust », *Il diritto industriale*, 3, 2010, p. 249

MANENTI, Micol et PALMIERI, Alessandro

- « Azione risarcitoria collettiva : dove l'Italian Style lascia a desiderare », *Danno e resp.*, 7, 2008, p. 737

MANFRON, Marco

- « Il danno da vacanza rovinata e il danno da inadempimento contrattuale », *Danno e resp.*, 3, 2016, p. 310 et s.

MARINUCCI, Elena

- « Il difficile decollo dell'azione di classe », *Corr. Giur.*, 8, 2011, p. 1108

MASTRORILLI, Annachiara

- « Illecito antitrust e tutela civilistica », *Danno e resp.*, 8-9, 2010, p. 815

PELLE, Lorenzo

- « Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. Cons. », *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 955

PONZANELLI, Giulio

- « L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza », in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 293 ss.

PORCARI, Francesco

- « Le continue oscillazioni della azione di classe (ancora sulla ricerca della sua vera fisionomia) », *Resp e prev. soc.*, 3, 2013, p. 1607 et s.

POSSIERI, Luca

- « L'Azione di Classe (ex art.140 bis Cod. Cons.) come azione a tutela dei consumatori e suo rapporto con la mediazione finalizzata alla conciliazione », disponibile sur le site internet <www.mondomediazione.it>

RUPERTO, Saverio

- « L'azione collettiva risarcitoria in Italia : osservazioni *de jure condendo* », in *Giurisprudenza civile*, 2008, p. 511 et s.

SANGIOVANNI, Valerio

- « Nozione di consumatore e legittimazione alla class action », *Corriere del merito*, 11, 2010, p.1045

SCHIRRIPA, Marco

- « Azione di classe e ordinanza di inammissibilità », *I Contratti*, 11, 2015, p. 979

SCHLESINGER, Piero

- « La nuova « azione di classe » », *Corr. giur.*, 4, 2011, p. 547

SPADAFORA, Alessandro

- « Tutela e sanzione nei rapporti consumeristici. Prospettive *de jure condendo* », *I Contratti*, 12, 2014, p. 1158
- « La « nuova » azione di classe : da strumento protettivo settoriale a rimedio di diritto comune ? », *I Contratti*, 1, 2016, p. 73

TRUBIANI, Franco

- « Le persistenti difficoltà applicative dell'azione di classe », *Corr. giur.*, 7, 2015, p. 948

C. Articles et ouvrages anglosaxons

CALABRESI, Guido

- *The costs of accidents: a legal and economic analysis*, New Haven – Londre, Yale University Press, 1970

CAPPELLETTI, Mauro

- « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC*, Vol. 27, n. 3, Juillet-septembre 1975, pp. 571-597
- « The law-making power of the judge and its limits : a comparative analysis », *Monash U.L. Rev.*, 8, 198, p. 15 et s.

HAY, Peter

- *Law of the United States*, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2010

HODGES, Christopher

- « US class actions : promise and reality », *European University Institute*, (EUI Working Paper LAW 2015/36 ERC-ERPL-14), 2015

KALADJZIC, Jasminka

- « How much is too much ? Contingency fees in class actions », *Class Action*, Vol. IX, No. 4

McGOVERN, Francis E.

- « Punitive damages and Class Actions », *Louisiana Law Review*, vol. 70, 2010, p. 435 et s.

MILLER, Geoffrey P.,

- « Compensation and deterrence in consumer class actions in the United States and Europe », pp.263-282, in Fabrizio CAFAGGI et Hans-W. MICKLITZ, *New frontiers of consumer protection. The interplay between private and public enforcement* », Antwerpen – Oxford – Portland, *Intersentia*, 2009

PACE, Nicholas M.

- « Class actions in the United States of America : an overview of the process and the empirical literature », disponible au lien http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/USA__National_Report.pdf

PICHE, Catherine

- « The Cultural Analysis of Class Action Law », *J. Civ. L. Stud.*, vol. 2, 2009, pp. 102-145

POSNER, Richard A. et PARISI Francesco

- *Law and Economics. Theoretical and Methodological Foundations*, Vol. 1, Edward Elgar, Elgar Reference Collection, Cheltenham-Lyme, 1997

REDISH, Martin H. et BERLOW, Clifford W.

- « The Class Action As Political Theory », 85 *Wash. U. L. Rev.* 753, 2007, disponible sur : <http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss4/2>

SCHEB, J. M. et SCHEB, J. M. II

- *An introduction to the American legal system*, 2^{ème} éd., Aspen Publishers, 2010

ULEN, Thomas S.

- « An introduction to the law and economics of class action litigation », *Eur. J. Law Econ.*, 2011, vol. 32, pp. 185–203

IV. THESES ET MEMOIRES NON PUBLIES

BRUS, Florence

- *Le principe dispositif et le procès civil*, thèse de doctorat de soutenue à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, 26 mars 2014

HAUPT, Cécile

- L'évaluation des dommages et intérêts dans l'action en contrefaçon de marque – approches théoriques et pratiques, Mémoire de Recherche CEIPI, 2015, disponible sur <<http://www.lepetitjuriste.fr/divers/memoire-%EF%BF%BC%EF%BF%BCevaluation-dommages-interets-laction-contrefacon-de-marque-approches-theoriques-pratiques/>>.

V. RAPPORT, AVIS ET AUTRES

DEFFAINS, Bruno, DORIAT-DUBAN, Myriam et LANGLAIS, Eric

- *Economie des actions collectives*, Paris, Presses universitaires de France, 2008

Table de jurisprudence

I. Jurisprudence française

- Cass. civ. 2, 28 octobre 1954, *JCP éd. G*, II, 8765, note R. Savatier
- Cass. com., 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 101
- Cass. civ., 1 décembre 2010, n°1090, (09-13303), Numéro JurisData : 2010-022675
- Cons. const., décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014
- Cons. const., décision n. 89-257 DC du 25 juillet 1989

II. Jurisprudence italienne

- Cass. Ass. plen., 21 février 2002 n° 2515
- Cass., 19 janvier 2007, n° 1183
- CA Trento, sect. Bolzano, 16 août 2008
- Cass. Ass. plen., 11 novembre 2008, n° 26972
- Cass., 13 février 2009, n° 3640
- Cass., 8 février 2012, n°1781
- Cass., 15 avril 2015, n° 7613
- Cass., 24 avril 2015n n° 8433 (ord.)
- Cass., 16 mai 2016, n°9978 (ord.)