



# LES RÉSISTANCES MÉCANIQUES DU SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS À ACCUEILLIR LA CLASS ACTION : OBSTACLES ET COMPATIBILITÉS

**MARIE-ANNE FRISON-ROCHE**

Professeur des Universités à Sciences Po  
Directeur de la Chaire Régulation

Lorsque l'on envisage l'importation d'un mécanisme d'un système juridique dans un autre, ce qui est le cas à propos de la *class action* (1), il existe trois niveaux d'interrogation, accompagnés d'un préalable.

1. Ce préalable est : est-ce que l'importation n'a pas déjà été indirectement opérée ? Par exemple parce que les personnes concernées ont les moyens d'avoir accès au mécanisme extraterritorial (2) ou parce que le système juridique offre déjà l'instrument, sous un autre nom ou par la combinaison de plusieurs mécanismes disponibles. On pourrait le penser concernant la *class action* si l'on soutient que l'action en représentation conjointe, présentée comme un possible mode français de la *class action* (3), en réalise les mêmes effets.

2. Mais en réalité l'action en représentation conjointe diffère fortement de la *class action* dans sa nature même, puisque la *class action* ne requiert pas de mandat alors que les actions en représentation conjointe restent dépendantes de mandats, même tacites, de personnes identifiées (4). Cette différence technique explique, indépendamment de l'analyse restrictive que la Cour de cassation a faite de l'action en représentation conjointe (5), l'ampleur acquise par les *class actions* aux États-Unis puisque la personne concernée sera dans la classe sauf volonté exprimée en sens contraire (*opt out*), ce qui engendre des classes très nombreuses conférant un impact fort à l'action collective attendue, alors que le droit français de l'action en représentation conjointe suppose que la personne concernée soit d'ac-

l'action (*opt in*), ce qui ne permet que la constitution de classes bien maigres, n'impressionnant guère l'entreprise défenderesse. La différence entre *opt out* et *opt in* est donc si fondamentale en pratique qu'il faut en conclure que pour l'instant le mécanisme de *class action* nous est bien étranger, voire est « typiquement » américain (6).

3. Si ce préalable est résolu, c'est-à-dire la détermination d'une véritable lacune — bienvenue ou non, qu'il faut combler ou non, c'est une autre question —, et qu'on se trouve donc devant une perspective effective d'importation, trois questions s'imposent. En premier lieu, est-ce une bonne idée en soi ? Admettons que la réponse soit positive (7). En deuxième lieu, ce mécanisme sera-t-il accepté par les personnes directement concernées et au-delà par le corps social ? Admettons que la réponse soit positive. En troisième lieu, le système juridique est-il techniquement apte à l'accueillir, l'insertion de la règle particulière peut-elle s'insérer sous le toit des principes généraux propres au système juridique ? C'est cette question-là qu'il m'est donné de traiter.

4. Remarquons pourtant que la séquence logique des trois questions est réversible. En effet, si l'insertion dans le système juridique français des *class actions* est très difficile techniquement (seulement très difficile, car au droit, rien d'impossible, en tout cas dans une conception positiviste de celui-ci), alors elle risque de n'être pas acceptée, en tout cas pas par les professionnels du droit qui constituent un des cercles d'acclimatation, et dès lors c'est une mauvaise idée de l'importer.

soi, de techniques juridiques bonnes ou mauvaises en soi ; il n'y a de droit que dans son contexte, c'est-à-dire du droit réussi et du droit raté. Ainsi, plus l'acclimatation technique est difficile et plus la réforme risque d'être ratée.

5. À première vue, les auteurs considèrent que techniquement le droit français ne peut accueillir les *class actions* telles quelles. On peut citer par exemple le compte-rendu d'un colloque organisé récemment par le cabinet Clifford, Vers des *securities class actions* à la française ? (8), dans lequel il était conclu que « le droit français est trop encadré pour permettre aux *class actions* sous la forme existant aux États-Unis de se multiplier en France ». La référence à l'excès d'encadrement est assez vague, allons vers plus précis.

6. Puisqu'il s'agit d'apprécier la perspective d'importation de la *class action* non pas en soi (9) mais en confrontation avec le système juridique français, il convient de mesurer les points d'achoppements entre les deux. On peut déceler des obstacles à l'importation de la *class action* dans la procédure et dans le jugement. Les deux sont à distinguer car la première concerne la manière de faire et le second l'acte juridictionnel même, acte qui met en cause la séparation politique des pouvoirs. La procédure mène au jugement mais ils ont une nature hétérogène l'un à l'autre (10). Prenons tout d'abord le plus important, c'est-à-dire la décision, l'acte de juger. L'article 5 du Code civil se dresse immédiatement et le premier obstacle, très souvent cité, est celui de la prohibition française des arrêts de règlement (1), le deuxième relève davan-

(1) Technique issue de l'Equity et principalement développée aux États-Unis (v. J.-M. Pérez, Introduction à la class action en droit américain, in V. Magnier (dir.), L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?, coll. Ceprisca, 2004, p. 21-38, évoquant notamment la volonté de réformer le mécanisme).  
(2) Par exemple lorsque les investisseurs français forment une class action contre Vivendi en la portant devant le juge nord-américain (S. Bonifassi, L'accès au juge pour les épargnants, LPA 2003, n° 152, p. 39 et s.).  
(3) V. L. Boré, L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-né ?, D. 1995, chron., p. 267 et s., n° 7 ; L'action collective en droit privé, in V. Magnier (dir.), L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?, préc., p. 7-19.  
(4) L. Cadet et E. Jéuand, Droit judiciaire privé, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 492, p. 279 et s. ; R. Martin, L'action en représentation conjointe des consommateurs, JCP 1994. I. 3756.  
(5) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1999, LPA du 24 mars 2000, p. 16 et s., note L. Lawson-Body.  
(6) F. Terré, Rapport de synthèse, in V. Magnier (dir.), L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?, préc., p. 158-164, p. 158.  
(7) Sur cette question, qui ne sera pas abordée en tant que telle dans le présent article, v. M.-A. Frison-Roche, Le droit processuel des associations et la perspective de la class action, in Congrès des notaires, Les associations, n° spécial des Petites Affiches du 24 avril 1996, p. 28 et s.  
(8) C. Sordet, Vers des « securities class actions » à la française ?, LPA 2003, n° 244, p. 4 et s.  
(9) Sur le procédé même, d'une procédure menée par une personne habitué par le juge à le faire et aboutissant un jugement ayant une portée générale pour le groupe des personnes répondant à la détermination abstraite du groupe dont les intérêts sont ainsi portés en justice, v. not. S. Guinchard et al., Droit processuel, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2003, n° 710 et s., p. 1058 et s.  
(10) V. Les offices du juge, in Jean Foyer auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit, Mélanges J. Foyer, PUF

droit d'action (II), le troisième se réfère aux droits de la défense et au principe du contradictoire (III). Dans ces trois perspectives, il apparaît que le mécanisme de la *class action*, c'est-à-dire prévoyant un système de *opt out*, est compatible avec le droit français, dès l'instant qu'il se fonde sur le principe de l'effectivité de l'accès au juge et que le contentieux concerné est de nature objective.

### 1. La *class action* en perspective de la prohibition des arrêts de règlement

7. L'article 5 du Code civil prohibe les arrêts de règlement, c'est-à-dire les arrêts qui disposent par voie de disposition générale et abstraite. L'article 5 s'articule à l'article 4 du même Code : alors que l'article 4 oblige le juge à se faire législateur en cas d'insuffisance de la loi, l'article 5 lui enjoint de n'être qu'un « législateur particulier », pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, c'est-à-dire à limiter son invention normative au cercle des parties aux procès.

8. L'article 5 est de ce fait un mixte entre la disposition politique, de protection de la séparation des pouvoirs, et la disposition procédurale, car nul ne peut voir sa situation juridique affectée par un jugement sans qu'il ait pu au préalable faire valoir ses arguments propres dans l'instance. L'article 5 est à rattacher à la relativité de l'autorité de chose jugée (11).

### A. La *class action* confrontée à l'interdiction pour le juge de faire la loi

9. Mais l'on connaît l'hypocrisie du mantra de la prohibition des arrêts de règlement et l'équivalence de si-

principe. Dans le premier cas, l'annulation d'un jugement contraire ultérieur sera le fait direct de la violation de l'arrêt de règlement, dans le second cas, l'annulation d'un jugement contraire ultérieur sera le fait indirect de la répétition de l'arrêt de principe. Le résultat est donc le même pour les personnes concernées, le reste est disputé académique et renvoie davantage à la représentation que l'on se fait des pouvoirs du juge dans une société (12).

10. On ne peut pourtant faire tout à fait l'économie de cet argument de la prohibition des arrêts de règlement, parce que la *class action* opère comme un dévoilement (13). En effet, la *class action* révèle ce que l'arrêt de principe laisse sous couvert, à savoir le pouvoir normatif. La *class action* serait alors une lumière violente projetée sur la réalité du pouvoir judiciaire français, auquel on ne tolère qu'un pouvoir caché. Rien que pour cela, pour cette vertu de révélation, la *class action* est bénéfique car si l'on veut réguler les pouvoirs il faut encore les déclarer, mais le système juridique peut techniquement grincer à tant de vérité.

11. Transposé sur le terrain technique, cela signifie qu'il faudrait nécessairement une loi pour adopter un système de *class action*, alors même que la matière procédurale est du domaine réglementaire, puisque la disposition sera une exception à l'article 5 du Code civil. Or on sait que si la procédure a pu être profondément et magnifiquement transformée par le NCPC, c'est parce que ce « Code de professeurs » est demeuré intact, porté par le pouvoir réglementaire et non pas piétiné par l'aléa des amendements parlementaires

souci désormais depuis que l'astuce des lois qui, sous couvert de l'ambition de simplifier le droit, confient au pouvoir réglementaire le soin de le métamorphoser. Quand on observe à quel point les ordonnances adoptées sur habilitation bouleversent le droit, par exemple l'ordonnance du 23 juin 2004 sur le droit des sociétés, et à quel point les lois d'habilitation touchent à tous les domaines, en dernier lieu le sujet pourtant éminemment délicat et politique de la filiation, on peut penser que la voie est ouverte et l'instrument offert.

12. La difficulté est plus forte s'il s'avère que la règle de l'article 5 a une valeur supra-législative. En effet, dans une lecture politique de celui-ci, son objet est de veiller à une séparation des pouvoirs scellée dans la loi des 16 et 24 août 1790, dont l'article 12 liait la prohibition des arrêts de règlement et la solution du référé législatif d'alors ; c'est le retour et la suprématie du législateur jusque dans l'interprétation. Le Conseil constitutionnel pourrait avoir à examiner une loi insérant le mécanisme de *class action* sous cet angle, la perspective indirecte de la séparation des pouvoirs lui offrant une marge certaine de discrétion.

13. En effet, il pourrait motiver une décision de conformité sur le motif que le jugement obtenu ne concerne que le groupe des personnes concernées et non pas l'ensemble des sujets de droit, le jugement ne modifiant donc les règles objectives du système juridique, le juge qui adopte un tel jugement ne faisant donc pas la loi. Mais le Conseil constitutionnel pourrait tout aussi bien estimer que le jugement, en visant un type de personne concernée, par exemple une

(11) *V. infra* nos 17 et s.

(12) *Le spectre d'une société menée par les juges, notamment par le pouvoir que les class actions leur apporte, est sous-jacent à la discussion technique. V., par ex., L. Cadet, Le spectre de la société contentieuse, Mélanges G. Cornu, PUF 1994, p. 29-50.*

(13) *Le Précis Dalloz de droit processuel observe : « Une telle procédure, et le rôle qu'elle suppose donné au juge, constitue, à la disposition des groupes de pression, l'instrument d'une action politique plutôt que juridictionnelle. (...) le juge français (...) n'est investi d'aucun pouvoir réglementaire et n'est pas un organe de*

d'un comportement dommageable, modifie l'ordonnement juridique en ce qu'il sort du cas particulier, et empiète ainsi sur le pouvoir législatif, seul maître de l'abstrait. Le choix entre les deux raisonnements accessibles dépendrait sans doute de la représentation que le Conseil se fera des bienfaits ou méfaits des *class actions*, la plasticité des raisonnements juridiques offrant au Conseil le pouvoir d'enrober d'une façon juridiquement crédible une approbation ou une réticence sur le fond.

14. Mais faudrait-il vraiment choisir entre une technique de « bon » ou de « mauvais » arrêt de règlement ? En effet, le jugement obtenu par *class action*, s'il peut froisser l'autorité relative de la chose jugée (14), n'apparaît tout simplement pas comme un arrêt de règlement. Si l'on reprend la définition de ce qu'est un arrêt de règlement, celui-ci lie non seulement d'autres personnes que les parties identifiées à l'instance particulière mais encore, et le critère est cumulatif, choisit une solution qui vaut pour l'avenir puisque celle-ci sera obligatoirement reprise pour des cas ultérieurs. Or le jugement obtenu sur *class action* ne joue pas pour les situations à venir, il est très classiquement un acte juridictionnel qui apure le passé, qui fait les comptes du passé, certes à l'égard de multiples et anonymes personnes mais en n'ayant d'effet que sur des situations déjà passées.

15. Il n'est donc finalement pas nécessaire que la prohibition des arrêts de règlement soit vaincue, en ce qu'elle serait déclarée sous un motif ou un autre compatible avec la Constitution, pour que la *class action* soit insérée dans le système français.

offert au Conseil constitutionnel si le procédé de la *class action* rencontrait sa sympathie : il suffirait de souligner que le mécanisme n'aboutit pas à un arrêt de règlement, mettant alors hors jeu et l'article 5 du Code civil et le principe de séparation des pouvoirs.

### **B. La *class action* confrontée à la relativité de la chose jugée**

16. Le véritable problème reste donc l'autorité relative de la chose jugée, parce que celle-ci joue indépendamment de la prohibition des arrêts de règlement. En effet, pour qu'un jugement affecte la situation d'une personne, il faut que celle-ci ait été partie à l'instance, ce qui paraît exclure une *class action* dès l'instant que la volonté des personnes n'est plus requise et que leur volonté ne serait sollicitée que pour n'être pas intégrées dans le groupe (15).

17. Mais la règle de l'autorité relative de la chose jugée a pour effet, et pour seul effet tant que le jugement n'a pas acquis force de chose jugée (notion distincte), que la partie qui est partie à l'instance ne puisse de nouveau saisir un juge du premier niveau pour lui soumettre le même cas contre la même personne. Le seul mode de protestation juridiquement admissible est l'exercice des voies de recours. Ainsi, ce dont prive l'autorité de la chose jugée prive la partie, c'est d'un nouvel exercice du droit d'action, qui est épuisé dans l'instance. La relativité de l'autorité de la chose jugée fait que le droit d'agir devant un juge de premier niveau demeure intact pour la personne qui n'a pas manifesté sa volonté d'être dans l'instance.

18. Dès lors, l'énoncé de ces

d'autorité de chose jugée anihile l'objection concernant la *class action*. En effet, il faut et il suffit que le jugement dont la portée serait générale laisse entier le droit pour une personne appartenant au groupe de personnes visées mais n'ayant pas expressément exprimé sa volonté d'y figurer, de saisir au besoin la justice pour son compte propre, si le contenu du jugement auquel aura abouti la *class action* ne le satisfait pas. Ainsi, la personne déclenche le bénéfice de l'effet du jugement s'il lui sied mais demeure titulaire d'un plein droit d'action. Si on a pu douter de la compatibilité entre relativité de la chose jugée et *class action*, c'est parce que l'on confond souvent autorité de chose jugée et pouvoir de contrainte du jugement. Le jugement obtenu par *class action* contraint le défendeur à l'égard de toutes les personnes de la classe, mais ne supprime pas le droit individuel d'action, ce qui est le seul objet de l'autorité de la chose jugée. Cela nous conduit à la question de la compatibilité de la *class action* avec la théorie française du droit d'action.

### **II. La *class action* en perspective de la théorie du droit d'action**

19. L'objection est très souvent avancée tenant à l'interdiction pour une personne d'agir sans mandat pour présenter en justice la défense de l'intérêt d'un autre : nul ne plaide par procureur. Cependant, on peut concevoir une dissociation entre l'intérêt à agir et la qualité à agir dès l'instant que la théorie traditionnelle de l'action qui refusait de les penser l'un sans l'autre n'aurait pas de valeur

(14) V. *infra* n° 17 et s.

(15) Sur la différence fondamentale

## A. La class action confrontée à l'interdiction de plaider par procureur

20. La théorie de l'action repose aujourd'hui sur l'idée d'un droit subjectif processuel qui double un droit subjectif substantiel, conception de Motulsky (16) traduite dans l'article 30 du NCPC. Les deux sont à distinguer, l'action en justice n'étant pas que le droit subjectif substantiel « en état de guerre » (17), mais ils sont néanmoins en lien à travers la notion d'intérêt : c'est parce que son droit substantiel est en cause que la personne peut faire usage de son droit processuel en formant une prétention devant un juge. Le lien est même de plus en plus fort à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui admet l'irrecevabilité d'une action lorsqu'il apparaît que n'existe aucun droit substantiel pour la justifier (18).

21. Or les *class actions* correspondent mal à ce schéma puisque le demandeur n'a pas nécessairement d'intérêt personnel direct (19), sauf à considérer que la classe elle-même aurait un intérêt propre, ce qui renvoie à l'autonomie conceptuelle de l'intérêt collectif (20). Voilà un net point d'achoppement entre la *class action* et le système juridique français. En effet, la qualité pour agir ne peut pour l'instant que se superposer à l'intérêt pour agir, transformant alors une « action banale » en « action atûtrée » (21), et non pas suppléer l'intérêt à agir. On se souvient de la fameuse charge que Francis Cabarello fit contre l'adage français « Nul ne plaide par procureur » (22), mais pour l'instant la règle demeure.

22. Il est vrai qu'en droit du

sonnes juridiques ont qualité pour agir pour l'intérêt d'autrui, par exemple le syndicat pour le salarié. Mais il s'agit alors d'une sorte de découplage de l'intérêt à agir (intérêt de la personne identifiée à protéger) et de la qualité à agir (qualité de la personne ayant pour fonction d'agir dans l'intérêt de la première), il n'y a pas substitution de l'une à l'autre. À cet égard la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 sur la loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion (23) est exemplaire, puisqu'elle considère que « l'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise qu'autant que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions sus-indiquées ; que c'est seulement sous ces réserves que l'article 29 de la loi n'est pas contraire à la liberté personnelle du salarié ».

23. C'est pourquoi fondamentalement les « actions en représentation conjointes », que l'on présente parfois comme des « *class actions* à la française », n'en sont pas (24), parce que dans le mécanisme de la *class action* quiconque peut prétendre représenter la classe, alors que les actions en représentation conjointe, reposant toujours sur ce que l'on peut désigner comme des « structures collectives concertées », n'est qu'un découplage entre l'intérêt et la qualité, et non pas une substitution. L'admission que l'on puisse agir « sans intérêt » et obtenir du juge l'attribution d'une « qualité » pour mener la procédure, est le socle de la *class action*, la qualité étant alors non pas le préalable de

quance éventuelle de la première étape de celle-ci.

24. Le droit français n'admet pas pour le moment ce qui serait une autonomie de la qualité à agir, certes admise au cas par cas par le tribunal qui autorise la lancée d'une *class action*, mais sans que le représentant puisse avoir un intérêt. Or au sein du système français, seul l'État, à travers le ministère public, peut se prévaloir d'une telle qualité à agir sans avoir un intérêt à agir qui lui soit particulier, la prise en charge de ce haut intérêt ayant longtemps justifié que l'intérêt collectif, défendu notamment par les associations de consommateurs, soit peu reçu dans les prétoires.

25. L'on peut même dire que l'admission des « actions en représentation conjointe » a été un moyen de refuser l'admission des *class actions*, et l'échec du mécanisme d'action en représentation conjointe, notamment en matière de consommation (25), mais aussi en matière financière pour laquelle on avait plus d'espoir (26), est sans doute une conséquence naturelle de cette attitude consistant à n'admettre un mécanisme que pour en écarter un autre, ici une action en représentation conjointe avec *opt in*, pour éviter une vraie *class action* avec *opt out* (27).

## B. L'aptitude de la loi à dissocier intérêt à agir et qualité pour agir

26. Une loi peut en décider autrement, mais encore faut-il que la transformation très forte que cela implique dans le concept de droit d'action relève dans la hiérarchie des normes du simple niveau de la loi. En effet, si la théorie du droit d'action a une valeur supralégislative, la perspective de réforme s'assom-

(16) *L'action en justice et le droit subjectif*, in *Le droit subjectif*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1963.

(17) V. par ex. G. Wiederkehr, *Action en justice*, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF 2004, p. 6-7 et les références citées.

(18) *Sur ce renouveau du lien entre réalité de la prérogative pour laquelle la personne demande la protection du droit, au nom de son « droit au juge » et l'accueil de son action même, au stade de la recevabilité*, v. La procédure et l'effectivité des droits substantiels, in D. d'Ambrà Dominique, F. Benoit-Rohmer, C. Greve (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, coll. *Droit et justice*, n° 49, éd. Bruylant, 2003, p. 1-23.

(19) *Sur l'assouplissement de la qualité concernant le recours pour excès de pouvoir et l'usage que l'on pourrait en faire pour penser l'insertion des class actions en droit français*, v. supra n° 35 et s.

(20) V. par ex. V. Canu, *De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs*, in V. Magnier (dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, préc., p. 51-61, spéc., p. 55 et s.

(21) G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., coll. *Thémis*, PUF 1996, n° 78, p. 338 ; Ch. Lefort, *Procédure civile*, coll. *Cours Dalloz*, Dalloz, 2005, n° 81 et s., p. 54 et s.

(22) *Plaidons par procureur ! De l'archaïsme juridique à l'action de groupe*, RTD Civ. 1985, p. 247 et s. F. Terré prend la défense du principe au nom de la transparence de l'action en justice (F. Terré, *Rapport de synthèse*, préc., p. 161 et s.

(23) *DC* n° 89-257.

(24) *Sur cette différence fondamentale*, v. L. Boré, *L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-né ?*, préc., n° 7, et supra n° 2.

(25) *Une seule a été répertoriée par É. Bazin (qui se présente comme « ancien juriste de consommation »)*, *De l'exercice du droit par les associations de consommateurs*, D. 2001, chron., p. 2395 et s. *Pour une analyse plus optimiste*, bien qu'antérieure, v. G. Chabot, *L'action des associations agréées en suppression des clauses abusives*, LPA du 10 octobre 2000, p. 202 et s.

(26) B. Le Bars, *Associations d'actionnaires et d'investisseurs : un droit renoué d'ester en justice ?*, LPA, n° spéc., 14 novembre 2003, p. 102 et s.

alors crucialement à cerner la portée de la décision précitée du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989. Si on étudie le considérant de la décision (28), à première vue, la technique du mandat paraît incontournable. Nous pourrions donc refermer le dossier des *class actions*.

27. Mais à relire l'affirmation du Conseil, on voit que le critère n'est pas tant la réalité du mandat tacite, mais le fait que la « liberté du salarié » ne soit pas atteinte par le procédé. Ce n'est donc pas le procédé technique qui est en cause mais sa conséquence sur la liberté du justiciable potentiel. Dès lors, la solution d'une loi compatible avec la Constitution consiste à organiser un droit de sortie légal au bénéfice de toute personne membre naturel — c'est-à-dire par un effet de nature et non pas par un effet de volonté — de la classe. Par une autre voie, celle de la relativité de la chose jugée, nous étions déjà arrivés à cette solution (29).

28. En outre, le Conseil constitutionnel, comme la Cour européenne des droits de l'homme, attache une grande importance à l'effectivité de la garantie des droits. Cela doit être rattaché au « droit au juge » (30), qui est un principe concret impliquant que les personnes dont les droits sont menacés ou atteints puissent effectivement trouver un juge, une solution, et une solution exécutée dans les faits. Quelle ambition...

29. En outre, le Conseil affirme que les victimes ont un droit constitutionnel de voir sanctionner les fautes du responsable. Le Conseil a par exemple exclu que des personnes soient démunies d'un droit d'agir là où elles ont un intérêt à obtenir réparation à

fautif (31), de la même façon que le Conseil a exclu que le législateur n'associe pas à un droit subjectif substantiel le droit d'action « qui va avec » (32). Donc, la privation du droit d'accès à la justice expose au grief d'inconstitutionnalité. Or la *class action* ajoute une voie d'accès puisque concrètement elle permet au juge d'examiner une prétention que la personne considérée n'aura pas formulée seule à travers une demande en justice isolée. Cette considération concrète doit interférer avec la règle « Nul ne plaide par procureur » et tempérer la difficulté liée au respect de la liberté individuelle, puisque de fait si une victime n'agit pas individuellement, ce n'est pas tant qu'elle ne le veut pas mais bien plutôt parce qu'elle ne le peut pas. Dès lors, le souci de l'effectivité de l'accès au droit, comme moyen d'effectivité des droits substantiels eux-mêmes (33).

30. La solution juridique technique pourrait donc être la suivante : l'insertion par une loi nouvelle d'une vraie *class action*, c'est-à-dire sans mandat, même implicite, doit se fonder expressément sur la théorie de l'accès au droit et au juge et prévoir un droit de sortie, afin que la liberté individuelle du membre de la classe n'en soit pas froissée. Mais une fois la question réglée du jugement et de l'action, demeure celle de la compatibilité de la *class action* avec la procédure proprement dite, c'est-à-dire essentiellement les droits de la défense.

### III. La *class action* en perspective des droits de la défense et du principe du contradictoire

31. L'obstacle paraît le plus

Conseil constitutionnel fait une très large place aux droits de la défense et au principe du contradictoire comme principes constitutionnels. Or il est par ailleurs acquis que si les droits des personnes de la classe ne sont pas concernés, puisqu'ils pourront agir de nouveau, les droits de la défense de la personne attaquée sont réduits par le fait que le défendeur n'a pas en face de lui ceux qui demandent sa condamnation. Cela a justifié notamment que la Cour suprême des États-Unis oblige par un « ordre » du 27 mars 2003 que plus de temps soit donné au défendeur pour qu'il puisse efficacement s'opposer à la certification de l'existence d'une catégorie (34). Cependant les droits de la défense ne sont plus méconnus si l'on limite le domaine de la *class action* au contentieux objectif, les procès faits à l'acte permettant au défendeur de développer tous les arguments pour convaincre le juge de la validité de l'acte en cause et alors que les arguments relatifs à la personnalité du demandeur, inaccessible dans une *class action*, n'ont pas la même pertinence.

#### A. La *class action* confrontée au droit fondamental du défendeur à se battre à armes égales avec le demandeur

32. De la même façon, lorsque les systèmes juridiques choisissent, parce que la *class action* est avant tout un moyen politique de défense des consommateurs, de ne donner le droit de contester en appel la décision tenant à la recevabilité de l'action collective au représentant de la classe à qui cette recevabilité est refusée, en refusant de donner tout droit de faire appel au défendeur lorsque sy-

(28) Ce l'on rappelle ici : « l'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise qu'autant que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions sus-indiquées ; que c'est seulement sous ces réserves que l'article 29 de la loi n'est pas contraire à la liberté personnelle du salarié ».

(29) V. supra n° 17 et s., spéc. n° 19.

(30) J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ 1998 ; Th. Renoux, *Le droit au recours juridictionnel*, JCP 1993, I, 3675 ; L. Favoreu, *Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge*, in *Gouverner, administrer, juger*, Mélanges R. Chaput, Dalloz 2002, p. 513-521.

(31) Cons. const., 22 octobre 1982, D. 1983, p. 189, note F. Luchaire ; 9 novembre 1999, D. 2000, somm. comm., p. 424, note S. Garnier. Sur l'analyse, v. P. Brun, *La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute*, RCA juin 2003, p. 37 ; B. de Berrier-Lestrade, *Des fautes sans responsabilité*, LPA 2005, n° 17, 25 janvier, p. 5-14.

(32) Cons. const., 8 avril 1996, AJDA 1996, p. 371, obs. O. Schrameck.

(33) D. d'Ambréa Dominique, F. Benoit-Rohmer, C. Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, préc.

(34) Cité par J.-M. Pérez, *Introduction à la class action en droit américain*,

est accordé, solution québécoise, la compatibilité avec les droits de la défense paraît difficile. Il ne faudrait pas que la loi française accepte une telle asymétrie de traitement et de distribution des garanties processuelles. Certes, le double degré de jurisprudence n'a pas de valeur constitutionnelle (35) mais l'égalité des justiciables devant la justice est de ce niveau.

**33.** En outre, l'égalité des armes, logé dans la notion mécanique de « procès équitable » de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, interdit de donner à l'un sans donner à l'autre. Or l'égalité des armes est un principe proprement européen qui récuse l'organisation de procédure fortement asymétrique. Ainsi, le fait que le défendeur ne connaisse pas les membres de la classe n'est pas un obstacle en soi, c'est la rupture d'égalité entre le représentant de la classe et le défendeur qui constitue une difficulté, car il est inéquitable que l'un connaisse l'autre et pas inversement. Dès lors, n'importe quel juge, en charge de faire respecter la supériorité de la Convention européenne des droits de l'homme sur les lois nationales, pourrait neutraliser par voie d'exception une *class action* adoptée par le législateur, au nom de l'article 6.

**34.** Plus encore, cette rupture d'égalité heurte elle-même les droits de la défense car le défendeur ne peut se prévaloir d'une spécificité d'un des demandeurs virtuels, par exemple une victime fautive, parce qu'il ne connaîtra celle-ci qu'une fois condamnée, lorsque le membre de la classe se présentera pour tirer bénéfice du jugement collectif. Dès lors, le débat entre représentant de la classe et défendeur en est faussé. Or les droits de la dé-

fense comme le principe du contradictoire sont des principes pleinement constitutionnels (36) et un législateur qui importerait sans limite le mécanisme de *class action* pourrait avoir des difficultés à faire passer le texte sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel. Comment sortir de cette difficulté ? En recourant à la distinction du contentieux objectif et du contentieux subjectif.

#### **B. La nécessité corrélatrice de limiter la *class action* aux contentieux objectifs**

**35.** L'asymétrie entre défendeur identifié et bénéficiaires non identifiés d'un accueil par le juge de la prétention d'un demandeur ne pose pourtant pas vraiment de problème dans le contentieux objectif, c'est-à-dire les procès faits aux actes (37). C'est ainsi à très juste titre qu'on a présenté le recours pour excès de pouvoir comme étant déjà structurellement une *class action* (38). En effet, l'annulation de l'acte que le demandeur isolé obtient par voie d'action a un effet pour l'ensemble de l'ordonnement : ce qu'il a obtenu, c'est l'ensemble des personnes auxquels l'acte annulé s'appliquait qui en bénéficie, sans qu'on ait trouvé à redire car le défendeur, par exemple l'administration auteur de l'acte attaqué, peut développer dans l'instance tous les arguments pour sauver la légalité de l'acte.

**36.** En effet, parce que ce dont peut se prévaloir l'acteur de l'acte est afférent à celui-ci, indifféremment de la personnalité du demandeur à l'action en annulation, il n'y a pas vraiment de difficulté de méconnaissance de droits de la défense lorsqu'en réalité, il s'agit d'un procès fait à l'acte, au sens large. Dès

lors, pourquoi en rester à l'hypothèse de l'acte administratif illégal ?

**37.** En effet, lorsqu'il s'agit de détruire dans des contrats standardisés des clauses, structurellement l'action est de même nature que celle du recours pour excès de pouvoir. Le droit de la consommation a précisément mis en lumière le fait que le professionnel dessine le contrat d'adhésion d'une façon quasi unilatérale, ce qui le rapproche de fait de l'acte normatif unilatéral. Ainsi, la possibilité de donner contre une clause abusive une annulation qui soit efficace pour toutes les parties victimes de la stipulation illicite serait non seulement très efficace mais encore parfaitement conforme au droit français, tel que le droit public notamment l'a conçu. Pour prendre des exemples, une telle *class action* serait fondée non seulement à propos des clauses abusives mais encore, au-delà du droit de la consommation, dans tous les mécanismes de fixation unilatérale des prix, pour insérer de nouvelles obligations contractuelles, par exemple des obligations d'information dans les contrats bancaires, ou bien encore pour retirer de tous les contrats les clauses constitutives d'un comportement anticoncurrentiel.

**38.** Mais le mécanisme de la *class action* pose davantage de difficultés d'ordre constitutionnel lorsque le contentieux est plus de nature subjective, c'est-à-dire liée à un comportement plus particulier et du demandeur et du défendeur, ce qui justifie que des arguments plus particuliers, c'est-à-dire tenant à leurs personnes mêmes, puissent être opposés et entrer dans le débat judiciaire. Dès lors, il faudrait que la loi arrive à distinguer les deux hypothèses, la bonne liaison

(35) *Justice et double degré de juridiction*, *Revue Justices*, n° 4, juillet-décembre, Dalloz 1996.

(36) *Cette qualité est ancienne, constante et contestée*. V., par ex. M.-A. Frison-Roche, *Le principe du contradictoire*, thèse Paris II, 1988.

(37) *Pour une présentation plus problématisée de la distinction entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif*, v. M.-A. Frison-Roche, *Le pouvoir du régulateur de régler les différends, entre office de régulation et office judiciaire civil*, in *Les risques de régulation*, coll. *Droit et Economie de la Régulation*, vol. 3, Presses de Sciences-Po, Dalloz, à paraître, n° 35 et s.

(38) S. Guinchard et al., *Droit*

partage étant donc l'objet objectif ou subjectif du contentieux...

**39.** Le législateur qui voudrait en tenir compte dispose de deux méthodes : la loi pourrait lister des hypothèses précises de cas ou de branche du droit, notamment le droit de la consommation (39), s'éloignant alors résolument de la *class action* nord-américaine qui peut être utilisée pour toute question. Il s'agirait alors de cas d'ouverture spécifiquement ouverts par la loi, ayant l'inconvénient d'obliger par la suite la jurisprudence à insérer telle ou telle situation qui est soumise aux juges dans un des cas d'ouverture. Cette difficulté serait moindre ici dans la mesure où une *class action* doit toujours être dans un premier temps déclarée recevable par le tribunal, ce qui permet d'intégrer dans les critères de recevabilité cet examen.

**40.** Le législateur peut choisir, se situant alors à mi-chemin entre l'abstraction du droit nord-américain et la restriction extrême des cas d'ouverture, de formuler un critère général et distinctif. Il pourrait alors admettre l'usage de véritables *class actions*, les seules, c'est-à-dire sans mandats préalables même implicites, lorsque l'objet du contentieux est objectif, c'est-à-dire ce qui concerne les stipulations contractuelles ou la sécurité des biens. Deviendraient alors plus efficacement accessibles la suppression de clauses dans les contrats, l'insertion de nouvelles obligations contractuelles ou le retrait de biens mis en circulation. Certes, cela exclut alors le contentieux subjectif, c'est-à-dire la responsabilité, du moins lorsque celle-ci a pour objet de réparer par l'attribution de dommages et intérêts des

conception plus moderne de celle-ci, conduit à des injonctions judiciaires de modifier un comportement pour l'avenir, le contentieux redevient objectif (40).

**41.** Certes, en excluant l'usage de la *class action* pour l'attribution de dommages et intérêts, le droit français fait perdre un des premiers avantages que cette technique a produit aux États-Unis et l'on a pu affirmer que l'indemnisation est « au cœur de la *class action* » (41). Mais en premier lieu, on peut aussi affirmer que cette hypothèse est celle par laquelle les effets pervers se sont faits le plus nettement sentir, notamment à travers des montants extraordinairement élevés, mettant en cause l'équilibre économique des entreprises, par une seule alliance perverse entre des jurys civils impressionnables et des avocats payés au pourcentage sur les dommages et intérêts obtenus.

**42.** En second lieu, l'art législatif peut consister parfois à ne pas à ce point forcer les choses d'un seul coup et de préférer procéder par étape. Ainsi, comme il a été montré, la limitation de la *class action* au contentieux objectif rend le mécanisme plus fortement compatible avec la Constitution. En outre, la *class action* est présentée d'une façon plus tolérable. La méthode par étape, qui est un mode bien connu d'acclimatation, ne doit plus prendre la forme d'un compromis entre *opt in* et *opt out*, comme l'avait fait malencontreusement la loi ayant établi l'action en représentation conjointe, mais cette progression peut permettre de partir des actes juridiques pour ensuite concevoir les *class actions* sur les faits juridiques.

**43.** La solution juridique

l'insertion législative d'une *class action* sans mandat nécessaire même implicite mais avec un droit légal de sortie, pouvant être déclenchée à propos de clauses contractuelles, de tarifications, ou de biens.

(39) Sur le lien très fort entre opportunité de class action et difficulté à protéger les consommateurs, v. E. Jeuland, *Résolution des litiges*, in D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Economica*, 2002.

(40) Sur la démonstration très convaincante sur le terrain de la responsabilité, v. S. Abouddrar, *Responsabilité et sujet. Pour une responsabilité personnelle objective*, Thèse Institut universitaire européen de Florence, 2002. Elle pourrait trouver ici ses prolongements sur le terrain processuel.

(41) H. Lécuyer, *Class action et sociétés. La mise en œuvre de l'action - L'indemnisation*, in V. Magnier (dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?*, *préc.*, p. 85-95, p. 86 et s., mais l'auteur montre précisément que cette fonction a des effets heureux limités et que la class action préfère un attrait supérieur lorsqu'elle opère un « renforcement de la fonction normative de la responsabilité civile » (p. 94), ce que nous ramène à la perspective objective. Dans le même sens, v. C. Neuville, *L'introduction de la class action en droit français : le point de vue de l'actionnaire*, *ibid.*, p. 125-127.