

ACTES DU COLLOQUE

organisé par

Nicole BRICQ et Richard YUNG,
Sénateurs

« Un nouveau droit : le recours collectif ? »

Mercredi 21 juin 2006

Salle François Mitterrand
SÉNAT

Ouverture

Jean-Pierre BEL, *président du groupe socialiste du Sénat*

Bonjour à toutes et à tous. Je suis très heureux de vous accueillir au nom du groupe socialiste du Sénat pour une matinée de réflexion consacrée à un sujet juridique et politique, qui me paraît d'actualité, le recours collectif.

Qu'est-ce le recours collectif ?

Suivant la définition qui m'est donnée, il s'agit d'un nouvel instrument juridique qui permettrait à tout un chacun de pouvoir se défendre par l'intermédiaire d'une association contre les abus commis par les entreprises commerciales, souvent en position de force.

Pourquoi le groupe socialiste du Sénat organise un débat autour de ce sujet alors que dans l'esprit de beaucoup, d'autres débats importants ont cours ? Nous considérons ce point essentiel. Une analyse plus fine du sujet nous permet de comprendre qu'il s'agit de questions qui touchent directement à la vie quotidienne de nos concitoyens. Quand Nicole Bricq et Richard Yung ont pris l'initiative de l'aborder, nous les y avons naturellement encouragés.

Ce sujet est important en raison de faits quotidiens. Lorsque mon prestataire de téléphone m'adresse une facture exorbitante, la question de savoir comment je peux agir, résilier mon contrat se pose. Ces questions en apparence simples, finissent par être compliquées. Ce vers quoi nous devons aller est de ne pas encourager le renoncement à exercer un droit essentiel, mais plutôt de demander à celui qui nous a causé un dommage de le réparer. Nous avons le droit de nous défendre et d'aider nos concitoyens à le faire contre des manœuvres commerciales de plus en plus subtiles exercées par des professionnels du marketing et de la vente, de par l'élargissement de l'accès au droit, ce que doit permettre le recours collectif.

Je me permets de vous rappeler le rôle qu'ont joué un certain nombre de personnalités à gauche dans ce long marathon pour la défense des droits du consommateur, dont celui de Catherine Lalumière et Véronique Neiertz dans ses fonctions ministérielles ainsi que celui de Marylise Lebranchu qui s'exprimera.

J'ai le sentiment que c'est sous l'impulsion de la gauche et des socialistes qu'ont été réalisés des progrès significatifs en matière de protection de consommateurs et d'élargissement de l'accès au droit. Pourtant, des progrès restent à faire. La situation actuelle montre des points de blocage qui entravent l'efficacité des dispositifs que nous avons souhaité mettre en place. Il était nécessaire de réfléchir aux moyens d'améliorer l'action en représentation conjointe afin de renforcer cette efficacité. C'est dans cette perspective que mes amis, sénateurs socialistes, à l'initiative de Nicole Bricq et Richard Yung ont constitué, il y a plusieurs semaines, un groupe de travail sur le recours collectif. Ils ont procédé à une vingtaine d'auditions, à une analyse approfondie du droit comparé. Le 20 avril 2006, ils ont déposé cette proposition de loi autour de laquelle nous allons parler ce matin.

Il est dans la nature des socialistes de se battre pour la conquête de nouveaux droits. Le recours collectif en est un. J'espère que cette matinée de travail, animée par des intervenants de qualité, sera répondre à vos interrogations et permettra de faire avancer le débat sur ce sujet.

Introduction

Nicole BRICQ, *sénatrice de Seine-et-Marne*

Je voudrais te remercier, Jean-Pierre, de l'accueil que nous recevons dans cette salle qui a été inaugurée récemment avec la présence de Danielle Mitterrand. Nous sommes bien dans un lien de la République qui nous permet dans des conditions honorables de faire avancer le débat.

Quelle a été notre motivation à effectuer ce travail d'avancée législative ? La montée du mercantilisme, de la marchandisation de la société a introduit un bouleversement technologique important des nouveaux services et produits. Ces derniers ont laissé les consommateurs désemparés parce que ce marché n'était pas au départ régulé, ce que nous avons constaté avec les actions du Conseil de la Concurrence. La multiplication des petits litiges auxquels ils donnaient lieu, comme l'a rappelé Jean-Pierre Bel, introduisait dans la société de manière pernicieuse une frustration importante qui, accumulée, conduisait à un certain scepticisme voire à un rejet de la confiance dans un certain nombre d'institutions ainsi qu'un rejet de la confiance que nous devrions avoir dans un acte de consommation qui est avant tout un contrat entre un vendeur et un acheteur.

Pourquoi nous, sénateurs socialistes ?

Richard Yung, membre de la commission des lois et moi-même, membre de la commission des Finances, avons été les seuls à déposer au Sénat une proposition de loi. À l'Assemblée, le député UMP Luc Châtel a fait un travail avec lequel nous pourrions établir des comparaisons dans le débat.

Parce que nous avons confiance en la démocratie et nous voulons :

- l'extension du droit qui est la filiation de l'action des socialistes ;
- la restauration de la confiance en la justice ;
- enfin nous croyons au travail associatif, ce qui motive dans notre texte le passage par les associations agréées.

Nous avons un souci social et sociétal, qui n'est pas une machine de guerre contre les entreprises. Nous concevons notre travail comme la dissuasion du faible au fort. L'entreprise s'interrogera sur la capacité à nuire du recours collectif et fera en sorte que ses produits soient plus sûrs et plus propres à satisfaire ses clients ou que ses services commerciaux soient meilleurs de manière à ce que le risque d'une action contre elle soit finalement dissuasif par rapport à des pratiques commerciales douteuses.

Je suis attachée au souci économique à savoir que modestement je crois à la règle, aux règles qui régissent notre économie de marché. Nous essayons de participer à la régulation de l'économie et du commerce par des mécanismes encadrés.

Nous avons enfin un souci politique, celui de continuer la trace de tous ceux et celles qui ont réalisé avant nous ce travail avec ardeur.

Comment effectuer ce travail ?

Notre proposition de loi ouvre le débat, trop vite enterré par le souhait du président de la République et trop vite refermé par l'inaboutissement de la Commission mise en place pour y répondre. Cette proposition n'est pas parfaite et continue à approfondir le débat en présentant une voie réaliste. Nous ne voulons pas que le débat soit occulté par l'émotion qui consisterait à y voir une transposition des mécanismes anglo-saxons. J'ai assisté, il y a quelques mois, à un colloque organisé par le Medef auquel de nombreux avocats étaient

présents. Il y a eu une forte confrontation entre les intérêts patronaux et ceux d'un certain nombre de cabinets qui plaidaient pour l'introduction de ce que l'on appelait à l'époque les *class actions*. Ce sera un des éléments du débat.

Nous nous situons dans l'affiliation de notre droit. Il s'agit d'une action en réparation. Du reste, de jeunes étudiants, Thibaut Dauger et Nicolas Trimbour ont présenté leur mémoire de 3^e année, la semaine dernière, le 17 juin, à l'École supérieure des Mines. Je les remercie d'avoir prêté attention à notre travail. En le comparant à celui effectué par Luc Chatel à l'Assemblée nationale, ils ont considéré qu'il était une voie médiane, ce que j'apprécie.

Nous ne prétendons pas avoir sur ce sujet le monopole de la pensée. Nous considérons qu'il y a interrogation sur le champ d'application. Comme nous l'avons entendu à l'École supérieure des mines, des interrogations demeurent : faut-il avoir un champ d'application très large ? Faut-il définir un périmètre plus restreint ? Des clarifications sont certainement à apporter sur la partie « mise en œuvre de la réparation ». Le passage par le filtre associatif ne fait pas consensus. J'ai relu l'interview qu'a donnée le président Canivet à *La Tribune*, il y a quelques semaines. Il peut y avoir une interrogation sur le pourquoi alors que dans notre pays où l'Etat constitue historiquement le recours privilégié, il existe des régimes de solidarité nationale ; bien qu'ils puissent être ponctuels et à retardement ils sont d'une certaine efficacité. Nous l'avons vu quand on a constitué le fond amiante pour rendre droit aux victimes. Un sujet, que je connais pour avoir eu l'occasion de le travailler avec les assureurs, concerne le régime de solidarité nationale à propos des catastrophes naturelles. Des mécanismes existent déjà. Un vide juridique persiste sur les mécanismes de la nature dont on parle, c'est-à-dire liés à la multiplication des litiges de faible importance.

Bien qu'il n'y ait pas de tabous ni de totems dans ce débat, il y a une conviction, celle que les actions de groupe verront le jour. Notre pays doit s'y préparer. Le président Canivet dans *La Tribune* le 16 juin a parlé d'une « évolution inéluctable ». Le débat de ce matin doit nous préparer à affronter ce sujet.

Table ronde 1

POURQUOI INTRODUIRE LE RECOURS COLLECTIF EN DROIT FRANÇAIS ?

Participaient à cette table ronde :

Gaëlle PATETTA, *directrice juridique de l'Union fédérale des consommateurs – Que choisir*

Joëlle SIMON, *directrice des affaires juridiques au MEDEF*

Véronique MAGNIER, *professeur de droit privé à l'université de Picardie*

Thierry LÉVY, *avocat à la cour de Paris*

Arnaud MONTEBOURG, *député de Saône-et-Loire*

Cette table ronde était présidée par Marylise LEBRANCHU, *députée du Finistère, ancienne garde des Sceaux*

Marylise LEBRANCHU, *députée du Finistère, ancienne garde des Sceaux*

Merci à Jean-Pierre Bel, Nicole Bricq, à tous ceux qui ont organisé cette rencontre. Il est difficile, comme j'ai pu le constater après avoir été responsable de la consommation pendant un temps et ensuite avoir été au ministère de la Justice, en France d'avoir la bonne instance pour bâtir le bon texte. Généralement, les propositions arrivent d'un ministère, entrent dans l'enceinte particulière de la Chancellerie. À chaque article, on trouve de nombreuses raisons de l'écrire différemment, ce qui conduit à faire traîner les choses. En 2002, lorsque j'ai quitté mes fonctions au ministère de la Justice, la Chancellerie avait déjà en chantier un texte sur ces questions-là. La leçon à tirer est de reconnaître que le Parlement à l'Assemblée ou au Sénat peut prendre l'initiative sur des grands textes de société. Sans doute, dans les réformes à faire de nos institutions, il faudra avoir – je parle sous l'œil et le contrôle d'Arnaud Montebourg - des institutions qui nous permettent que des initiatives parlementaires ne portent pas simplement sur des petits textes mais des grands tels que celui-là. Le travail du Parlement est d'entendre la demande et de pouvoir y répondre.

Sur ce texte, il me semble qu'il faut faciliter le dialogue avec les entrepreneurs en France. C'est une réalité que j'ai vécue au ministère quand je m'occupais des petites entreprises. D'ailleurs, il faut rappeler que les petites entreprises ont été confrontées à ce type de sujets : téléphonie mobile, services en ligne, etc. Je me souviens d'une affaire au sujet de balances qui concernaient de nombreux charcutiers traiteurs et bouchers français. La masse de dysfonctionnements qui avaient pu se produire faisait qu'on aurait pu leur dire qu'en l'existence d'un texte, ils pouvaient ester en groupe en justice. C'est une façon de parler du sujet sans mettre d'un côté le consommateur qui serait le consommateur final et de l'autre côté l'ensemble des entrepreneurs. Les relations aujourd'hui sont telles, en amont de la production, dans les négociations entre les entrepreneurs et les artisans, qu'y compris les artisans et petites entreprises sont concernés. Il faut casser cette idée que les consommateurs se poseraient contre l'ensemble des entrepreneurs. J'ai beaucoup souffert de constater qu'à chaque fois quand on essayait de faire avancer le droit des consommateurs - je me souviens de la forte colère des associations de consommateurs concernant la téléphonie mobile et les abonnements -, en l'absence de texte, après de nombreuses heures de négociation nous sortions avec une cote plus ou moins bien taillée.

Un texte nous manque. Sans être une sorte de révolte organisée, il porterait sur le fait d'écrire simplement en droit ce qui est une revendication légitime soit le droit à la réparation quel que soit le fait pour lequel on demande réparation. J'espère que ce travail se terminera par la proposition d'un texte déposé. On pourrait l'envisager dans une période qui me semble être compliquée, en ce qu'il mobilise l'ensemble des consommateurs français.

En France, nous n'avons pas assez reconnu le rôle des associations de consommateurs. Dans une économie de marché telle qu'elle est aujourd'hui, pour une majorité de citoyens démunis, il est

complexe d'aller en justice – nous n'avons pas réussi à créer le droit à l'assistance judiciaire pour la simple consultation de l'avocat. C'était une de nos propositions. On peut rencontrer un avocat sans ester en justice en raison d'autres moyens d'obtenir réparation. Pour des personnes à faible revenu et peu formées, baisser les bras est ce qu'il se produit le plus souvent. Nous l'avons vu avec les ventes d'abonnements de téléphone et celles d'abonnements à des chaînes de télévision à domicile, Véronique Neiertz est partie de ce fait pour faire avancer les choses. Tellement de sujets touchent de nombreuses personnes qui sont en difficulté pour quelques euros. Les associations de consommateurs, que nous avons essayé de valoriser au maximum, pourraient avoir un rôle plus important pour répondre à cette anxiété qui peut devenir angoisse voire difficulté à vivre. L'idée de pouvoir avoir des associations agréées qui portent un litige collectif est excellente à la fois pour les consommateurs et ces associations qui ne sont pas des contre-pouvoirs mais une nécessité pour le bon fonctionnement de notre pays.

Je vais donner la parole à Gaëlle Patetta, directrice juridique de l'Union fédérale des consommateurs – Que choisir qui va sans doute penser de même quant au manque de place pour les associations de consommateurs.

Gaëlle PATETTA, *directrice juridique de l'Union fédérale des consommateurs – Que choisir*

Le point de vue d'une association de consommateurs

Je suis ravie d'être présente aujourd'hui pour vous présenter le point de vue d'une association de consommateurs. Je remercie Madame Bricq et Monsieur Yung pour cette invitation. Notre association s'est prononcée à de nombreuses reprises dans la presse ou lors d'un colloque également pour la création d'une véritable action de groupe en France. Pourquoi cette nécessité ?

On constate un bouleversement du contentieux de la consommation. Un développement des contrats d'abonnements et d'adhésions, une massification de l'économie font que les consommateurs se retrouvent à avoir par dizaine de milliers les mêmes litiges sans faire valoir leurs droits auprès des professionnels. En l'état actuel des choses, quand une pratique professionnelle touche un certain nombre de consommateurs de la même façon, chaque consommateur doit agir individuellement en justice pour faire valoir ses droits. On sait en pratique que les consommateurs ne vont pas saisir le tribunal pour quelques centaines d'euros. La contrainte, la démarche, le coût éventuel des honoraires d'avocats leur semblent beaucoup trop élevés ou compliqués pour faire cette démarche. De ce fait, on constate que des milliers de litiges sont laissés à plat, que les consommateurs n'obtiennent jamais gain de cause. Certes, le droit autorise une juxtaposition de ces actions individuelles. Un avocat ou une association, de façon déclarée ou non, peut prendre l'initiative de regrouper des dossiers individuels pour saisir un tribunal. Cette juxtaposition de dossiers individuels est extrêmement difficile à faire parce qu'il faut gérer et monter chaque dossier, saisir un avocat, le présenter au tribunal. Cela peut être très compliqué et coûteux pour la personne, l'avocat ou l'association qui le fait. Par ailleurs, en face, le tribunal a d'énormes difficultés à gérer des centaines de dossiers individuels pour une seule affaire.

Les associations de consommateurs disposent de procédures particulières pour saisir les tribunaux sur les litiges de droit de la consommation. Ces actions ne sont pas satisfaisantes. Certes, il y a l'action dans l'intérêt collectif qui permet à une association d'agir seule, au pénal ou au civil, avec des consommateurs. Lorsque cette procédure est engagée, la décision ne va bénéficier directement qu'aux personnes qui sont dans la procédure. Une association qui agit avec un ou deux consommateurs obtient gain de cause en la condamnation du professionnel, mais les consommateurs qui sont dans la même situation, n'étant pas dans la procédure, ne vont pas pouvoir bénéficier de la décision. Je prendrais un exemple concret de cette situation. Nous avons en 2000-2002 fait une action contre un opérateur de téléphonie mobile pour l'augmentation d'un forfait. Cette augmentation était illicite parce qu'elle s'était réalisée pendant la période initiale de l'abonnement. Le magistrat a sanctionné le professionnel, en déclarant l'augmentation illicite, a donné gain de cause à l'association et aux deux consommateurs joints à la procédure. 400 000 personnes étaient abonnées à ce forfait. Les 300 000 et quelque personnes qui n'étaient pas dans l'action n'ont pas pu utiliser cette décision pour obtenir le remboursement de cette augmentation illicite. Le préjudice individuel pour chaque consommateur était de 13 euros. Les deux consommateurs joints à la procédure ont obtenu une centaine d'euros de

dommages et intérêts à titre de réparation de leur préjudice, l'association quelque 1 500 euros. Le bénéficiaire frauduleux que l'opérateur de téléphonie mobile a conservé était de l'ordre de 7 millions et quelque d'euros. Non seulement, dans ce cas particulier, les consommateurs ne peuvent pas obtenir réparation de leur préjudice puisqu'ils ne sont pas dans la procédure mais par ailleurs, la procédure en elle-même n'a pas d'effet dissuasif parce que le professionnel a tout intérêt à ne pas rembourser le consommateur puisqu'il va conserver le bénéficiaire frauduleux même s'il y a quelques procédures engagées contre lui. Les moyens de droit actuels ne permettent pas à la fois la réparation des consommateurs et d'avoir un effet dissuasif pour modifier le comportement des entreprises.

L'action en représentation conjointe ne permet pas non plus malheureusement de régler les litiges de consommation. La représentation conjointe est la même chose qu'une action engagée par un avocat pour des milliers de consommateurs. L'association va agir en regroupant des dossiers de litiges individuels, obtient un mandat des consommateurs, dépose ces dossiers individuels devant un tribunal. Dans ce cas, l'écueil de la constitution de ces nombreux dossiers individuels demeure ainsi que la difficulté de leur gestion, leur dépôt devant le juge, la difficulté pour le magistrat en face et le tribunal de prendre en charge des milliers de dossiers de consommateurs. La procédure de l'action en représentation conjointe ne permet pas de régler les problèmes actuels d'accès au tribunal des consommateurs.

Par une action récente nous avons essayé de regrouper 10 000 dossiers de consommateurs suite à la décision du Conseil de la concurrence qui a sanctionné une entente entre les trois opérateurs de téléphonie mobile. Dès lors, on pourrait nous rétorquer que nous avons la possibilité de faire un regroupement d'actions individuelles et que les associations de consommateurs peuvent aller en justice au nom des victimes et avec eux. Certes, nous l'avons fait pour démontrer les difficultés pour saisir un tribunal. 10 000 dossiers individuels amenés devant le tribunal de commerce de Paris, nous ont occasionné beaucoup de travail au sein de l'association et nous ont demandé des moyens financiers exorbitants. Nous pouvons le faire une fois parce que nous sommes la 1ère association de consommateurs et nous avons des moyens financiers liés aux abonnements à notre revue. Je ne pense pas que les autres associations aient les moyens de le faire. En tout cas, nous ne serons pas en mesure de le faire une deuxième fois. 10 000 dossiers individuels vont nous demander 7 mois de travail pour les monter et les déposer devant le tribunal, la création d'un site Internet particulier, la création d'outils informatiques particuliers, ceci pour la modique somme de 500 000 euros. C'est une opération très coûteuse. Sur les 20 millions de consommateurs qui auraient pu être amenés devant le tribunal, 10 000 seulement vont pouvoir saisir le magistrat parce qu'au-delà, nous ne sommes pas en mesure de prendre en charge plus de dossiers.

Quelle action de groupe faut-il créer en France au vu des moyens d'action et procédures actuelles insuffisants à ce jour ?

Deux systèmes s'opposent :

- le système dit « opt-in » (l'option d'inclusion)
- le système dit « opt-out » (l'option d'exclusion).

En choisissant l'*opt-out*, vous me direz que nous allons vers une américanisation du droit. Il faut savoir que ce système n'existe pas qu'aux États-Unis, mais aussi au Québec et au Portugal. Depuis les années 1970-1980, il n'y a pas eu, que je sache, d'américanisation du droit portugais. Par ailleurs, le système judiciaire français est différent de celui américain. Nous n'avons pas de jurys populaires, pas de dommages et intérêts punitifs, pas de magistrats élus. Il y a peu de chances que les dérives que nous pouvons dénoncer dans certaines procédures de *class actions* ne se produisent en France. De plus, si nous voulons vraiment régler le problème de l'accès pour tous les consommateurs victimes d'un même professionnel au tribunal, il faut introduire l'option d'exclusion dans le droit français. C'est le seul moyen d'obtenir que tous les consommateurs bénéficient directement de la décision. Dans ce type d'actions, c'est une seule personne ou une association qui agit en justice pour le compte de milliers d'autres, ces dernières n'ont pas besoin de se manifester. Elles ne se manifestent qu'à l'issue de la procédure après que la décision soit rendue pour récupérer les dommages et intérêts qui leur auront été alloués par le juge.

En optant pour une option d'inclusion, il faut que chaque personne qui souhaite bénéficier de la décision, fasse partie de la procédure, se manifeste en donnant mandat ou constitue un dossier individuel. Nous retombons dans les travers du système actuel, dans la nécessité pour chaque consommateur de se manifester, de monter un dossier individuel, dans la nécessité pour le magistrat de prendre en charge tous ces dossiers, ce qu'il n'est pas en mesure de faire à l'heure actuelle.

Le système idéal est celui avec option d'exclusion. Contrairement à ce que nous avons pu entendre dans les débats, nous ne pensons pas que l'introduction de ce système se heurte à des obstacles constitutionnels. De nombreux auteurs se sont penchés sur la question. Certains partagent notre opinion. Plusieurs principes constitutionnels sont à apprécier les uns par rapport aux autres. Il faut un juste équilibre. Le système d'action de groupe avec option d'exclusion permet concrètement la réalisation du principe d'accès au droit et au juge, ce que les procédures actuelles ne permettent pas. Il faut apprécier l'éventuelle atteinte au principe de la liberté d'agir en justice au principe des droits de la défense par rapport à l'application effective de ce principe d'accès au droit et au juge qui n'existe pas à l'heure actuelle. Par ailleurs, si on permet à chaque personne qui fait partie du groupe de s'exclure à tout moment de la procédure même après que la décision soit rendue, le principe de liberté d'agir en justice est également respecté. Pour le principe du respect du droit de la défense, comme tous les litiges sont à peu près identiques, il est difficile pour un professionnel de prétendre qu'il pourrait faire valoir des moyens de droits individuels différents pour certains consommateurs.

Nous avons tous les instruments existants à l'heure actuelle. Il faut juste avoir la volonté politique de les inclure dans notre droit.

Marylise LEBRANCHU, *députée du Finistère, ancienne garde des Sceaux*

Y compris sur l'appréciation des choses, on ne peut pas ne pas avoir de texte sinon on organise une forme d'impunité. Dans une société où l'on parle tellement de sanction de réparation, il faut que tout le monde puisse « être logé à la même enseigne ». Véronique Magnier, vous allez nous donner votre avis. Vous êtes professeur de droit privé à l'université de Picardie. À tous les intervenants, ne traitez pas tous les points afin que le débat nous permette, à défaut d'une pensée commune, d'avoir un consensus.

Véronique MAGNIER, *professeur de droit privé à l'université de Picardie*

Le droit français, l'action en représentation conjointe et le recours collectif

À titre préliminaire, c'est peut-être le défaut d'une universitaire qui ressurgit, il semble important de souligner le besoin que vise à satisfaire le recours collectif. La société de consommation telle qu'elle est développée aujourd'hui a engendré un nouveau type de préjudice : le préjudice de masse probablement mal identifié. Il a ceci de particulier d'avoir été subi par un nombre important de personnes, en général des consommateurs. Peu importe que ce préjudice soit de faible ou de grand montant. Ce n'est pas la nature ni le montant du préjudice qui nous intéresse mais le nombre de personnes concernées. À ce titre, comme l'a signalé Madame Patetta, il est important de souligner qu'il n'existe pas de procédure permettant de réparer précisément un préjudice qui brasse un nombre trop important de personnes.

Je ne reviendrais pas sur l'existant qui a été bien développé, sur les actions nombreuses – là est le paradoxe français -, de plus en plus développées par le législateur que sont :

- les actions en défense d'un intérêt collectif. C'est l'intérêt collectif qui est protégé et non individuel, ce qui ne conduit pas à une réparation individuelle des victimes ;
- les actions en représentation conjointe qui se rapprocheraient le plus du recours collectif. Ce sont les associations de consommateurs qui nous montrent que c'est ingérable dès lors que le préjudice atteint un trop grand nombre de personnes et que c'est à grande échelle qu'il faut réfléchir.

Quand on confronte les textes à la réalité, de nombreux exemples nous montrent l'existence d'un dysfonctionnement et le manque de ce recours. L'exemple en est celui de l'affaire de la téléphonie mobile avec un Conseil de la concurrence qui a prononcé des sanctions à des montants record, il s'agissait de 534 millions d'euros alors que les consommateurs ne sont pas pour autant dédommagés d'un préjudice qu'ils ont indéniablement subi. Je m'arrêterais sur un autre exemple qui montre qu'au-delà de la gestion des dossiers en amont, c'est-à-dire par les associations de consommateurs, il y a un énorme gaspillage judiciaire. L'affaire Bénéfic concernait la Poste pour 300 000 épargnants qui avaient été lésés par un fonds à formule, ce dernier s'est révélé de la publicité mensongère. Le traitement procédural de cette affaire est aberrant. D'après les informations publiques recueillies dans la presse, elle a donné lieu à 94 procès civils et à deux procédures pénales encore en cours. À l'évidence, il s'agit d'un gaspillage massif des ressources judiciaires alors qu'une bonne partie des moyens, des preuves échangées, des arguments débattus est sans doute commune à tous ces procès sans parler des risques de divergence entre les différentes solutions judiciaires.

Le recours collectif devient un impératif. Comment l'améliorer ? Je vais sans doute me dégager du point de vue des associations de consommateurs et en particulier de celui de l'association UFC Que choisir. Il faut être respectueux de nos traditions juridiques. Le système de l'*opt-in* me semble seul acceptable en l'état du droit positif en considérant la position du Conseil constitutionnel. Je cite sa décision rendue en 1999 : « On peut représenter des individus (en l'espèce des salariés) à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause. » Il s'agit bien de la protection de la liberté des justiciables à agir ou à ne pas agir. C'est le seul système acceptable. Le mandat individuel reste un problème. De ce fait, envisageons un recours en deux temps qui me semble souhaitable entre autres raisons pour éviter une publicité trop en amont à l'encontre des entreprises. La première étape serait une action en déclaration de responsabilité pour préjudice. Après recours éventuel possible, suivrait une décision définitive sur l'évaluation individuelle des préjudices.

Un paradoxe existe à vouloir introduire aujourd'hui le recours collectif alors que les États-Unis cherchent à le modifier. Une réforme aux États-Unis est en cours liée à la procédure judiciaire tout à fait particulière dans un État fédéral. En aucun cas, il n'a été question de supprimer la *class action* aux États-Unis. En revanche, il faut tirer les leçons de l'expérience américaine : ne pas introduire une *class action*, éviter l'*opt-out*, éviter les *contempt judge's fees* c'est-à-dire des honoraires au pourcentage des avocats qui sont une des dérives du système américain, éviter les situations de concurrence déloyale entre entreprises. À ce titre, une démarche en deux étapes permet d'éviter une contre-publicité trop défavorable aux entreprises, en tout cas tant qu'elles ne sont pas déclarées responsables.

Marylise LEBRANCHU, députée du Finistère, ancienne garde des Sceaux

Nous avons limité le nombre de magistrats en France à 8 000, en estimant qu'avec ce nombre, nous avons une institution judiciaire qui fonctionne. Sauf pour les problèmes de litiges de consommation. On ne pourra pas les traiter. À l'intérieur du ministère, nous nous sommes souvent posé la question. À chaque fois, le magistrat a à choisir, le procureur va choisir le contentieux que l'on va conduire jusqu'au bout. Généralement, les litiges de consommation ne sont pas retenus pour diverses raisons entre autres pratiques. Il faut faire un texte pour ne pas arriver à grands pas à la solution qui est la spécialisation d'un tribunal en fonction des contentieux. On finira par ne plus avoir que des TGI spécialisés sur la téléphonie, etc. L'institution ne pourra fonctionner qu'en la présence d'un texte. Il ne faut pas penser que l'on ne peut pas avancer parce que le Conseil constitutionnel a dit telle ou telle chose. Ce n'est pas immuable. Si cela avait été le contraire, nous ne serions pas présents ici dans ce lieu, qui n'est pas récent dans notre histoire. Il faut permettre y compris peut-être de revoir certains articles de la Constitution afin de tenir compte de l'évolution de la vie.

Monsieur Thierry Lévy, avocat à la Cour va nous donner son avis.

Thierry LÉVY, avocat à la cour de Paris

De la nécessité d'assurer la défense des associations de consommateurs

En lisant l'énoncé de l'intervention que l'on attend de moi, j'ai pensé à une erreur de casting. On me demande de m'exprimer sur la nécessité d'assurer la défense des associations de consommateurs. C'est un sujet qui m'est totalement étranger, aussi bien celui des associations que celui des consommateurs. Ce sont des notions qui n'ont jamais suscité chez moi aucune véritable réaction. Quand j'ai été invité par Nicole Bricq et Richard Yung, j'ai cédé à la tentation à laquelle les avocats cèdent souvent quand on leur donne la parole mais je me demandais pourquoi on avait fait appel à moi. J'ai tout de même trouvé un début d'explication qui est assez malicieux de la part de ceux qui m'ont invité et je vais m'en expliquer dans un instant. D'abord, je voudrais rendre hommage à une personne, un ancien ami, Francis Caballero, qui depuis trente ans milite en faveur des actions de groupe. Il était avocat avant d'être devenu professeur de droit pour être mieux armé afin de mettre en œuvre ce mécanisme emprunté aux Américains. Je m'étonne qu'en France ce système ne soit pas encore rentré en vigueur alors qu'il est parfaitement adapté à un pays qui se caractérise par une communauté de râleurs, à un pays qui ne cesse de récriminer. On s'étonne que cette action ne soit pas encore installée et ce depuis longtemps.

Il y a le fameux adage dont je n'ai pas retrouvé l'origine – les professeurs de droit éminents présents pourront me la dire –, très ancien et antérieur à la Révolution : « Nul ne plaide par procureur ». C'est un adage qui recouvre toutes sortes de réalités, certaines assez intéressantes, sachant que le juge veut avoir affaire à la personne elle-même et non pas à quelqu'un qui se prétendrait investi avec des droits plus ou moins vérifiés de ses intérêts.

J'en viens à l'objet de mon intervention. Je me suis intéressé à une association, une petite association improbable, l'Observatoire international des prisons, qui s'occupe des gens privés de liberté. S'il y a une action de groupe qui me paraît nécessaire, c'est précisément celle qui pourrait être engagée pour faire reconnaître à tous les détenus un droit qui a été reconnu à l'un d'entre eux. C'était peut-être cela la malice de ceux qui m'ont invité. Cela me permet de m'exprimer sur ce sujet que je connais, celui des gens en prison qui ont le plus grand mal à faire entrer le droit dans leur vie quotidienne, comme vous le savez Madame Lebranchu. Cette réflexion sur les détenus – parce que je trouve que l'action est pleinement justifiée –, pourrait faire l'objet d'un même raisonnement pour une quantité de minorités qui n'ont pas la capacité matérielle ou intellectuelle, les moyens, la volonté de s'exprimer.

Cela nous amène à un autre type de réflexion qui concerne d'une part :

- le préjudice lui-même – on part de ce que l'on peut appeler un préjudice de groupe c'est-à-dire un préjudice causé à un ensemble de personnes qui se trouvent dans une situation identique,
- pour arriver au juge, qui quel que soit le système adopté, exclusion/inclusion, doit se prononcer sur la recevabilité de l'action collective c'est-à-dire dire si les personnes qui agissent peuvent faire valoir un préjudice commun à tous ceux qui agissent. Entre le point de départ (le préjudice) et le point d'arrivée (le juge), une quantité de solutions sont imaginables.

Dans la proposition de loi que j'ai pu lire, il est question de réserver cette action aux associations. Est-ce une nécessité ? Je me méfie beaucoup de l'*imperium* des associations qui exercent notamment devant les tribunaux une sorte de monopole de l'action collective, cette action aboutit parfois à des aberrations. Je sens que ce propos ne fera pas l'unanimité. Ce qui me semble le plus original dans l'action de groupe est qu'une personne quelconque vient nous dire qu'elle a subi un préjudice, demande au juge de constater la réalité de ce préjudice et demande que tous ceux qui ont subi le même préjudice soient indemnisés de la même manière qu'ils aient agi ou pas à côté d'elle. C'est l'idée de base de cette structure, ce qui la rend intéressante car elle permet de réparer des dommages très souvent laissés à l'abandon et en même temps elle fait éclater l'action, la fait sortir de la gangue des institutions collectives publiques ou privées.

Ces actions peuvent conduire à de nombreux effets pervers. Comme nous sommes invités par le groupe socialiste, un de ces effets va intéresser particulièrement. Au Canada, des actions de groupe ont eu comme résultat de mettre fin à l'exercice du droit de grève dans les transports parce que les usagers du transport ont engagé une action de groupe à la suite d'une série de grèves. C'est une action

qui plairait beaucoup aux usagers du RER en région parisienne ! Les syndicats ont été condamnés à de telles indemnités que l'exercice du droit de grève s'en est trouvé de ce fait très limité.

Un autre aspect sera nécessaire à aborder, celui de l'unité de juridiction – ce qui intéresse Arnaud Montebourg. Peut-on introduire un tel système en maintenant notre dualité de juridiction administrative d'une part et judiciaire d'autre part ? En le faisant, on risque de placer les usagers du service public, ceux de l'administration et les détenus en tant qu'usagers de l'administration pénitentiaire dans une situation assez défavorable par rapport à ces groupes qui iraient devant les tribunaux judiciaires.

Ce type d'action – je parle de l'initiative du groupe socialiste -, de proposition de loi entre, me semble-t-il, dans une réforme plus vaste, très intéressante qui me paraît répondre à des motifs nombreux, excellents, ceux d'unifier le système judiciaire français et de n'avoir plus qu'un juge pour toutes les causes.

Marylise LEBRANCHU, *députée du Finistère, ancienne garde des Sceaux*

Maître, c'est très intéressant. Vous avez au moins brisé un certain nombre d'accords qui semblaient se faire. Nicole Bricq, Jean-Pierre Bel et leurs collègues ont eu raison de vous inviter. Lorsque vous parlez de justice administrative, je crois qu'à l'intérieur de la Chancellerie existent des fissures. À chaque fois qu'on parle de ce sujet, le Conseil d'État réagit. C'est extrêmement difficile en France de pouvoir parler sereinement d'une évolution, qui est peut-être une révolution. Cela vaut le coup qu'on la garde en mémoire même si elle ne sera pas réglée aujourd'hui et y compris comme une conséquence de ce qui est proposé ici. Concernant le droit de grève, c'est un des arguments avancés moult fois lorsque le sujet avait été préparé en 2001. Deux propositions acceptables pouvaient exclure ce type de recours mais à chaque fois que nous avons demandé à des juristes, avocats, professeurs de droit leur avis sur les moyens mis en œuvre pour éviter cela, ils nous confirmaient la possibilité d'attaquer au titre de tel ou tel argument. Cette question doit être présente dans notre débat.

Je remercie les trois intervenants. Nous allons poursuivre avec les deux derniers intervenants de cette table ronde pour qu'ensuite vous puissiez leur poser vos questions.

Arnaud MONTEBOURG, *député de Saône-et-Loire*

Le recours collectif : l'outil de responsabilisation des entreprises

Je voudrais remercier Nicole et Richard de leur invitation, et pour avoir engagé ce débat. C'est un sujet en rapport direct avec l'évolution de l'économie et des rapports de force qui la traversent. On ne peut pas aujourd'hui regarder cette question seulement sous l'aspect juridique. On doit la regarder à travers l'évolution profonde de la nature du capitalisme et de sa puissance acquise dans ses rapports avec l'ensemble des partenaires de l'entreprise.

Je me souviens que dans nos études de droit, on nous apprenait les premiers balbutiements de la loi Scrivener et du premier rééquilibrage du consommateur face à l'entreprise. Depuis, l'économie a changé. La standardisation des comportements de consommation et la marchandisation de l'offre à destination des consommateurs ont conduit à avoir des entreprises de plus en plus puissantes sur des marchés de plus en plus vastes avec des produits de plus en plus standardisés. La similitude des préjudices, la toute puissance et le renforcement de l'entreprise face à son marché, les abus de positions dominantes, les positions de rentes économiques - qui se traduisent juridiquement par les abus de positions dominantes qui ne sont plus sanctionnés car les outils de la régulation ne sont pas au rendez-vous par rapport à l'évolution de ce rapport de force -, nous conduisent à réfléchir à faire évoluer les instruments du rééquilibrage.

Sur ce terrain-là, nous avons constaté, quand nous avons travaillé en 2000 sous la 11^e législature à la responsabilisation des entreprises sur le plan social et environnemental, qu'une première obligation était inscrite dans la loi « nouvelle régulation économique », celle de faire un rapport sur le comportement social de l'entreprise pour les sociétés cotées. Aujourd'hui, six ans plus

tard, 50 % des entreprises concernées par l'application de ce texte n'appliquent pas cette loi par manque de sanctions. Au moment où nous avons décidé de ce début de responsabilisation sur le terrain social des entreprises, nous les questionnions sur quels étaient les niveaux de salaires, les types de contrats qu'ils avaient, qui ils faisaient travailler dans leurs filiales à l'étranger ou lorsqu'ils étaient en Chine, etc., c'est-à-dire le regard qu'à la fois le consommateur mais aussi l'actionnaire portent sur le comportement bon ou mauvais de l'entreprise avec laquelle il a un rapport. Sur le terrain environnemental, nous sommes encore loin de cette évolution.

Aujourd'hui, la question se pose de savoir quelles seront les sanctions comme nous avons posé précédemment la question de l'effectivité du droit. Tout le monde reconnaît qu'il y a des droits mais tout le monde s'accommode du fait qu'ils soient piétinés. C'est la question centrale du décalage entre les proclamations d'une société pour elle-même – liberté, égalité, fraternité – et du mensonge permanent dans un système économique de plus en plus déséquilibré par rapport à ces proclamations. Politiquement, c'est intenable. Soit on enlève tout ce qui n'est pas appliqué, on regarde la réalité en face, nous faisons reculer nos proclamations et dans ce cas un important nettoyage des valeurs sera fait, soit on fait en sorte que ce qui est proclamé soit effectif et appliqué. Je me tourne vers Madame Simon qui aura fort à faire pour expliquer sa position. Je veux saluer sa force de conviction. Cela fait quelques années que nous travaillons ensemble avec des désaccords permanents sur tous les sujets de l'entreprise – la réforme des tribunaux de commerce, la réforme des faillites, etc. Je souhaitais saluer votre présence pour ce nouveau terrain de constructions communes. Nous avons besoin dans une société comme la nôtre qui se pose la question de son état de non-droit, d'assurer l'effectivité de ces droits.

Pour répondre à Madame Magnier qui a posé un certain nombre de réticences, l'argument de la tradition juridique est un argument qui n'a pas de sens politique. Même les juristes les plus conservateurs ont expliqué dans l'histoire de Potier à Carbonnier, qu'il fallait considérer la tradition pour ce qu'elle est, c'est-à-dire quelque chose qu'il faut changer. La tradition en tant que telle dans une société qui n'est pas l'Ancien Régime mais qui est une république n'a pas de sens. J'écarterais cette objection. Ce qui nous intéresse ce sont les besoins de la société plutôt que la tradition juridique défendue par quelques gardiens du temple. C'est beaucoup plus important que les livres de droit et les manuels poussiéreux des grands ancêtres qui veillent sur je ne sais quelle tradition qui, comme le disait Thierry Lévy, fabriquée sous forme d'adage dont on ne retrouve pas la provenance tellement elle remonte avant que notre grand peuple ait fait la Révolution. Nous pouvons très vite nous accommoder du changement des traditions.

La question est de savoir si ce que nous voulons construire est en rapport avec les besoins de la société et si cela peut être maîtrisé en rapport avec ce qu'elle est et sa culture. C'est un débat plus difficile. Je crois que les questions des effets pervers, du risque de dérapage sont au cœur de la discussion.

J'écarterais toutes objections relatives à ce qui serait une américanisation de la société. Nous ne sommes pas des Américains et quoi que nous fassions rien ne nous fera jamais ressembler à cela. La question est de savoir ce que nous faisons avec les problèmes que nous avons, comment nous les réglons concrètement, d'une façon raisonnable qui permette d'éviter l'absence de maîtrise.

À titre personnel, je suis assez sensible à l'argumentation concernant ce que nous appelons l'*opt-out*. Nous le savons, le fait de vouloir rechercher le consentement avant l'action, l'*opt-in*, c'est-à-dire l'expression de l'accord et presque du mandat nous ramène dans le droit actuel, celui de l'ineffectivité du droit. C'est le barrage, le mur du son qu'il nous faut passer si nous voulons arriver à changer réellement le rapport des consommateurs avec les bénéfices frauduleux réalisés par les entreprises – qu'ils conservent parce que c'est une forme de rente. Parce que le système judiciaire ne se transforme pas, les entreprises sont dans une rente économique qui leur permet d'encaisser le bénéfice d'une violation des règles. C'est inacceptable. Il nous faudrait construire une procédure qui éviterait aux associations de devoir elles-mêmes regrouper les consommateurs victimes. Cela favoriserait l'aboutissement et l'indemnisation et, de plus, ce serait un véritable outil de responsabilisation des entreprises.

Sur la question juridique concernant l'objection du Conseil constitutionnel. Pour nous les parlementaires, et ce je le constate depuis dix ans que j'exerce ce mandat, il y a toujours un article, un considérant de décision de Conseil constitutionnel qui nous empêcherait d'exercer notre souveraineté. Je considère aujourd'hui le Conseil constitutionnel comme la troisième chambre, qui n'a aucune légitimité. D'ailleurs, nous avons prévu dans notre projet socialiste de régler le problème du Conseil constitutionnel non pas que l'état de droit soit un problème mais en raison de l'absence de légitimité de ceux qui prétendent le dire et qui empêchent finalement ceux qui sont titulaires de la souveraineté de l'exercer. Souvent en Commission des lois, sur de nombreux amendements, il y a toujours un fonctionnaire émérite de l'Assemblée nationale qui nous explique que le Conseil constitutionnel a dit telle chose en 1963 et en 1973 son contraire, parce que le président ou la composition n'étaient pas les mêmes. Nous avons un vrai problème de stabilité, de sécurité juridique dans l'état de droit. Cela devient préoccupant.

Pour faire parler les considérants de la décision de 1999, j'ai cru comprendre que le Conseil constitutionnel ne rendait pas incompatible le système de l'*opt-out* dès lors que toute personne pouvait décider volontairement de s'excepter de l'action en question. Il ne s'agit d'agir contre la volonté des intéressés mais en quelque sorte d'agir pour permettre à l'association de consommateurs de disposer de la force de discussion et de la menace d'une procédure pour obliger une entreprise à modifier son comportement. C'est beaucoup plus préventif que réparateur. On pourrait imaginer l'entreprise comme se dirigeant vers toutes formes de réparation. L'expérience du Québec est tout à fait intéressante parce qu'elle montre à quel point les tribunaux saisis conduisent les entreprises à proposer des formes de réparation. En cas de pollution d'un lac, l'entreprise organise la dépollution immédiate avant la procédure parce que la menace du nombre, qui n'est pas à recruter avec les difficultés que ces associations ont, est en effet une véritable mesure de dissuasion.

La contrepartie de l'*opt-out* serait le verrouillage de la procédure par les mécanismes de contrôle de recevabilité. Il faut préserver le monopole aux associations, ce qui est un point de vue divergent de Thierry Lévy, mon ancien maître de stage en tant qu'avocat débutant. Il faut éviter la dérive des *succes fees* des avocats. Nous avons là à organiser la maîtrise du système dès lors qu'on ouvre sur l'*opt-out*. En cas de non *opt-out*, ce sera un coup d'épée dans l'eau.

Marylise LEBRANCHU, députée du Finistère, ancienne garde des Sceaux

Nous avons toujours autant de plaisir à t'écouter. Sur la dernière réflexion, en particulier sur les associations, il faudra se poser la question des associations agréées mais aussi de l'évolution dans le temps : quelle association, quel type d'agrément, comment, quelle création d'association sera acceptée ou non ? J'ai entendu parler récemment d'une volonté de créer une association concernant les alicaments. Qui décide de l'agrément ? J'entends ce qu'a dit Thierry Lévy. On sait que dans un certain nombre de champs de l'économie du marché, on voit poindre l'idée que sur tel ou tel aspect, ce facteur limitant dans un état de libertés est difficile au moment où on ouvre le droit au droit.

Madame Simon, vous allez défendre une position différente de celles qui ont pu être défendues.

Joëlle SIMON, directrice des affaires juridiques au MEDEF

L'intérêt d'un débat est d'avoir des personnes qui ne sont pas du même avis. J'ai beaucoup entendu brocarder la société de consommation. C'est un peu facile. Y a-t-il une personne dans la salle qui se priverait de son téléphone mobile ? Je ne défends pas des comportements d'entreprises qui peuvent être quelquefois critiquables, mais, je souhaiterais simplement que l'on évite les généralisations et les amalgames.

Je reviens au débat lancé et développé par Monsieur Montebourg qui est le problème important de l'effectivité du droit ou l'ineffectivité de celui-ci. Certains des partisans de l'introduction de l'action de groupe prétendent que le droit à la consommation serait ineffectif. Il faut savoir raison garder. Il suffit de se référer au rapport de la Commission européenne sur l'accès des consommateurs à

la justice de 2004 qui rappelle que plus de 90 % des litiges de consommation sont réglés directement entre le consommateur et le professionnel. Il faut donc faire la part des choses. Or, en écoutant le débat, nous avons l'impression qu'il n'y a que des conflits sans solution alors que beaucoup de litiges en trouvent, il était nécessaire de le rappeler. Concentrons nous maintenant sur ceux qui ne trouvent pas de solution.

L'action de groupe est-elle une solution adaptée ?

L'action de groupe est née aux États-Unis et s'est étendue au Québec et à d'autres provinces canadiennes. Rappelons qu'aux États-Unis, cette procédure a été conçue comme un instrument de régulation pour pallier une réglementation moins prégnante qu'en Europe et en France. Je me permets de citer, à cet égard, Monsieur Badinter qui, parlant de la France, lors des auditions organisées par la Commission des Lois de votre Assemblée, le 1^{er} février, a souligné : « *Seule existe une économie de marché contrôlée et régulée* ». On nous dit que le système américain est différent, chacun en convient et que ceci nous met à l'abri des dérives constatées Outre-Atlantique. Nous n'en sommes pas convaincus. Ce que je peux vous dire pour avoir participé à un certain nombre de débats et notamment à un débat qui s'est tenu hier à Bruxelles, c'est que les cabinets de *plaintiff lawyers* sont l'arme au pied, en train de regarder les nouveaux marchés qui vont s'ouvrir en Europe. .

On nous dit que le système québécois est préférable. Nous ne sommes pas d'accord. C'est une procédure en deux étapes qui comporte les mêmes risques de chantage qu'aux États-Unis. Selon le bord où l'on se trouve, on parle de pression ou de chantage. Cette pression à l'issue de la décision sur la certification ou l'autorisation de l'action - puisque c'est là que se fait la publicité -, fait que même si une entreprise sait qu'elle a raison au fond, elle transigera. On va nous dire que c'est justement l'objectif poursuivi. Pour nous, une bonne transaction est une transaction qui se fait en fonction de l'évaluation de vos chances de gagner ou de perdre un procès et non pas en fonction d'une pression médiatique. Enfin, le système québécois retient l'*opt-out*. Je ne vois pas en quoi ce système nous paraîtrait plus raisonnable que le système américain.

Pour revenir à l'effectivité du droit, tout d'abord, ainsi que je l'ai rappelé, beaucoup de litiges sont réglés à l'amiable. Par ailleurs, on nous dit que des actions en représentation conjointe fonctionnent mal.

On invoque le fait qu'elles sont difficiles à utiliser, mais on peut également se poser la question, comme l'ont fait certains lors des auditions précitées, de savoir si l'on veut vraiment les utiliser, notamment en raison du fait que l'association peut engager sa responsabilité en tant que mandataire.

Nous sommes tous d'accord sur le fait qu'il faut réparer un dommage quand il y en a un. Mais est-ce vraiment la réparation des dommages que l'on cherche ? Il existe, en effet, une confusion assez constante dans le discours des partisans de l'action de groupe, entre réparation et sanction. On le voit notamment dans les termes utilisés dans la brochure de l'UFC. Il y a toujours dans la réparation une connotation de sanction. C'est flagrant dans la notion de préjudice diffus, concept développé à l'origine par Monsieur Caballero. Le mot « diffus » n'est peut-être pas le plus approprié. À quoi fait-on référence ? À des préjudices de très faible montant. Ceci nous conduit à soulever la question des moyens de la Justice, dont on n'a pas suffisamment parlé. . . On nous dit que du fait qu'ils sont d'un trop faible montant, il serait trop coûteux de les répartir entre les consommateurs concernés. Il est donc proposé de les mettre dans un pot commun : un fonds. L'objectif est donc bien de sanctionner un comportement illicite. Or, cette sanction est déjà prononcée par le Conseil de la concurrence et quand ce dernier évalue le montant de la sanction, il prend en compte le préjudice à l'économie. Cette confusion entre sanction et réparation est contestable. . Si on est dans le domaine de la sanction, les associations disposent déjà de l'action dans l'intérêt collectif de la consommation. Le débat a été ouvert sur ce sujet par la Commission européenne qui prône un développement de l'action privée en droit de la concurrence. Certes, mais est-ce en sus ou en substitution ? L'action privée, si elle peut venir à l'appui de l'action publique ne nous paraît jamais pouvoir se substituer à l'action publique en ce sens qu'elle vient toujours en défense d'intérêts particuliers, même si ce sont des intérêts catégoriels cela n'est pas pour autant l'intérêt général.

Pour rétablir ce déséquilibre entre le faible et le fort, on nous dit qu'on peut faire fi d'un certain nombre de principes de notre procédure judiciaire. Monsieur Montebourg et d'autres intervenants disent brillamment que ce sont de vieux principes et que, de ce fait, on peut les jeter aux orties. Or ces vieux principes, ont quand même une justification qui est la protection des droits des justiciables. Nous trouvons préoccupant qu'on puisse nous dire qu'il faut mettre en situation les droits de la défense dès lors que se sont les professionnels qui sont en défense. Si dans un pays démocratique, les droits de la défense sont fonction de la personne qui est en défense c'est très inquiétant. Gardons-nous de cette brèche dans les droits de la défense parce que les droits de la défense ne se divisent pas.

Autre point majeur de désaccord : l'opt out, c'est-à-dire un système qui lie l'ensemble des membres du groupe, sauf s'ils font la démarche de s'en exclure.

Ce qui nous gêne avec le système de l'opt-out c'est qu'on oblige un professionnel à se défendre face à un groupe dont il ne connaît pas la consistance. C'est choquant. Ceci pose clairement un problème de respect du contradictoire et des droits de la défense. La règle « Nul ne plaide par procureur » signifie simplement qu'on ne peut pas plaider, avancer masqué, ce qui nous paraît normal.

De ce fait, nous y sommes opposés.

De plus, on nous dit que les procédures vont tout simplifier. Il faut savoir raison garder. On a un problème que l'on ne peut pas résoudre d'un coup de baguette magique, c'est celui du nombre des plaignants. L'action de groupe simplifie la question de l'entrée dans la procédure mais vous retrouverez ces plaignants « à la sortie » car vous avez le problème de la vérification des créances et celui de l'allocation des dommages. Différentes possibilités se présentent. Soit c'est l'association qui le fait sous le contrôle du juge, soit c'est l'entreprise. J'ai eu récemment un débat avec des magistrats dans le cadre de l'ENM sur ce sujet, ceux-ci récuse l'idée que cette mission puisse être confiée à l'une des parties. Donc, il faudrait se tourner vers un tiers. Dans la loi Borloo sur le surendettement, on a confié la mission de la vérification des créances au mandataire liquidateur, système qui apparemment ne marche pas. Il nous reste les juges. Se pose alors la question des moyens. Que font l'Angleterre, les États-Unis ? Quand le Congrès a décidé de basculer une partie du contentieux au niveau fédéral à la suite des excès au niveau des États, une étude a été faite sur le coût que représentait ce transfert de contentieux. Cette étude est disponible sur le site du Congrès. Nous sommes en train d'aborder un dossier important, on ne regarde pas ses conséquences sur le fonctionnement de la justice. C'est un point qu'on ne peut pas laisser hors du champ du débat. Admettons que cela améliore la situation, ce sont quand même des contentieux lourds. Comment la justice va-t-elle les gérer ?

D'autres questions se posent, celle du champ d'application. On discute aujourd'hui de la consommation, demain ce sera environnement et d'autres matières. Par ailleurs, il est évident que si le débat est sur la table, il n'y a pas de raison que les entités publiques restent en dehors du champ. Pour avoir refait le point avec des juristes suédois hier à Bruxelles, 50 % des contentieux sont tournés contre des entités publiques. C'est un débat global. Il n'y a pas de raison que les entreprises soient seules visées par ce type de contentieux. Je suppose que nous reviendrons sur la question du financement dans le cours du débat. Je vous remercie de votre attention.

Marylise LEBRANCHU, députée du Finistère, ancienne garde des Sceaux

Désormais, nous avons des éléments du débat. Une seconde table ronde va suivre. Richard Yung conduira ce débat parce que je suis obligée de vous quitter, j'en suis désolée vu la qualité des interventions.

Dans cette proposition dont on comprend les arguments en droit, il ne s'agit pas de clouer au pilori des entreprises mais de traquer des entorses au droit et au respect des consommateurs. Je reste profondément persuadée que les entreprises françaises ont intérêt à ce que les consommateurs aient une voie de recours organisée sinon nous vivons dans une société de défiance, de soupçons, ce qui n'arrange pas la société ni les acteurs économiques.

Vous dites qu'il faut rester dans la tradition. Si nous avons respecté ce que vous dites, l'évolution de la gouvernance des entreprises, la distribution des stock-options et autres aspects auraient pu être contestés au nom de cette tradition. Il faut bouger. Pour avoir passé trois ans dans ce ministère et avoir reçu longuement les associations de consommateurs et après avoir vu avec un certain nombre de personnes tous les courriers reçus, on ne peut pas laisser les consommateurs vivre avec cette impression qu'ils n'ont aucun moyen de se défendre. C'est extrêmement mauvais pour la société en tant que telle, la démocratie ainsi que pour le système économique.

Je ne comprends pas qu'on ne puisse pas trouver un accord non pas sur la façon d'écrire le texte mais au moins sur cette analyse du rapport de confiance entre le consommateur et le producteur ou le distributeur.

Vous parlez de la difficulté par rapport aux magistrats. Nous sommes dans une société du contrat (téléphone, télévision, fournitures, restauration à domicile, garde d'enfants, etc.). Qu'on n'aime ou pas cette société, elle est là. Aujourd'hui, c'est la seule et unique façon pour l'institution judiciaire de pouvoir répondre et elle doit répondre. S'il n'y a pas de respect du droit, je ne crois plus à cette société. La société est un patchwork, le droit est le fil, quand le fil casse c'est à la justice d'intervenir. Si on ne donne pas les moyens avec un texte de ce type d'avoir une intervention qui soit rationalisée, on n'y arrivera pas. Nous devons vous suivre sur réparation/sanction. Je me souviens des discussions sur la téléphonie et des contrats. La réparation eut été possible si l'on n'avait pas marché aussi vite vers la sanction, une sanction qui avait été mesurée en termes de monnaie. Nous avons à travailler sur la réparation c'est-à-dire la bonne foi, l'erreur, et sur la volonté de nuire ou de créer des bénéfices anormalement acquis. Ces notions pourraient être travaillées par des juristes mais il ne faut pas rentrer dans une caricature. Concernant les gardes d'enfants privées, il y a une affaire en cours dans un département du centre de la France mais cela pourrait être aussi un acteur public entre le coût et le service rendu. Personne ne l'exclut.

Richard Yung va animer un débat à la salle qui a été sage, attentive, et consommatrice de paroles et donc elle va pouvoir réagir.

Débat

Richard YUNG, *sénateur représentant les Français établis hors de France*

Nous avons 10 minutes pour un premier débat avant la pause. Le mieux serait que vous réagissiez par rapport à un certain nombre de points évoqués.

Hubert PERREAU, *juge consulaire honoraire*

Je souhaite intervenir, sans doute, de façon provocatrice et, peut-être, iconoclaste. Il a été beaucoup parlé au cours de cette première table ronde de Démocratie et de rente de situation économique pour justifier la nécessité de l'action de groupe. Pensez-vous que cette 'action puisse, au-delà de la rente économique que vous avez stigmatisée, être une réponse à la rente publique et à la rente politique pour lesquelles on observe une moindre de régulation que pour la «rente économique» ?. Vous semble-t-il normal que les propositions de lois ne visent que la rente économique et ne cherchent pas à répondre aux frustrations de l'utilisateur et du citoyen en englobant les rentes publique et politique ?

Richard YUNG, *sénateur représentant les Français établis hors de France*

Sans doute, certains de mes collègues voudront participer à la réponse. Ma réponse au fond de votre question est que nous n'avons pas envisagé l'extension du mécanisme au secteur public, aux collectivités locales parce que nous considérons qu'un ordre juridique existe déjà pour ces collectivités et on créerait un degré d'incertitude et de difficulté majeur pour la sphère publique et politique. En fin de matinée, nous allons aborder le débat sur l'étendue du recours collectif. Quant à la question de

l'amnistie, elle ne fait pas partie de ce débat. Ce sont les pouvoirs qui sont conférés au président de la République.

Claude LAZARUS, *avocat, Clifford Chance, membre du Conseil de l'ordre de Paris*

Ma question est assez identique, même si formulée différemment. J'ai l'impression que si le Medef est véritablement contre cette réforme, c'est parce que depuis le début nous avons focalisé l'attention sur les consommateurs dans leurs rapports avec les entreprises. Or, il faut savoir qu'aux États-Unis, les actions collectives sont d'abord nées non pas en matière économique mais en matière sociale, de discrimination. En réalité, c'est une question d'accès au droit qui est à la base de notre réflexion. Si vous aviez la réflexion et la communication sur l'accès au droit en général de ceux qui n'y ont pas accès, vous feriez une œuvre beaucoup plus utile et probablement vous arriveriez à avoir pour partie raison des réticences du Medef. De ce point de vue, je voudrais ajouter une remarque à propos non pas des politiciens mais de leur responsabilité. On sait très bien que leur responsabilité se joue à l'élection ou devant la Cour de justice de la République selon les cas. En revanche, tout ce qui est de la sphère publique pose un problème. La séparation des juridictions pose également un problème.

Si l'on veut qu'une action collective soit introduite avec un certain succès, il faut assurer une certaine homogénéité de la jurisprudence. Comme vous le savez, au Québec, c'est un seul tribunal qui est compétent, la Cour supérieure du Québec. En France, la séparation des ordres judiciaires et administratifs n'a rien de constitutionnel. Le Conseil constitutionnel l'a déjà dit en 1987 lorsque l'on a retransféré le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence de la Cour d'appel du Conseil d'État à la Cour d'appel de Paris. À défaut que ce soit révolutionnaire, excessif du moins je crois réaliste, économique du point de vue des finances publiques, je milite en faveur de la création d'un seul tribunal en France – je ne parle pas d'autorité administrative indépendante car je ne les aime pas beaucoup. Pour traiter toutes ces réclamations, il faudra des moyens informatiques considérables d'une part, d'autre part je milite pour la formation d'un seul tribunal qui soit à la fois un tribunal administratif et un tribunal judiciaire. Vis-à-vis de certaines entreprises publiques, nous restons dans le flou et on se retrouve devant le tribunal des conflits ce qui en termes d'accès à la justice n'est pas véritablement très efficace. Cela met des années. Ce n'était pas une question, uniquement une intervention mais comme cela n'est pas dans le sujet que vous m'avez attribué tout à l'heure, je tenais à le dire.

Richard YUNG, *sénateur représentant les Français établis hors de France*

Une autre question.

Daniel TOURNEZ, *secrétaire général de l'association de consommateurs, INDECOSA CGT*

Dans les débats de ce matin, nous avons vu un certain nombre de points. Au niveau de notre association, nous sommes doublement concernés. J'ai été membre de la Commission qui a été mise en place pour déboucher sur le rapport qui a été remis à la fin de l'année. Un point qui est un peu le nœud gordien dans cette affaire par rapport au droit de la défense a été défendu par Madame Simon. On se retrouve dans un débat que l'on connaît bien en tant que consommateurs. À ce jour, quand on signe un contrat, on doit en connaître l'économie. Mais dans un certain nombre de domaines, dans la téléphonie et autres, pour le consommateur, cela est de plus en plus difficile. Je renverrais la balle à Madame Simon. Dans le débat du contradictoire, il y a bien le sujet, les faits qui peuvent être mis en avant. Vous avez évoqué la problématique du nombre de personnes concernées parmi les victimes au niveau des consommateurs. Si on excepte la problématique du préjudice, par définition les entreprises qui ont elles-mêmes leurs clients ne connaissent-elles pas leur nombre et n'ont-elles pas une évaluation assez précise du montant global ?

Joëlle SIMON, *directrice des affaires juridiques au MEDEF ()*

Dans le cadre du contrat d'abonnement, on peut même connaître les abonnés. En revanche, quand vous ne connaissez pas la consistance du groupe, vous ne pouvez pas transiger de la même façon que si vous la connaissiez. Pour nous, il est tout à fait important de savoir qui et combien de personnes on a en face de soi.

Gilles POUZIN, *magazine Le Revenu Placements*

Dans l'hypothèse où la loi sur les actions collectives ou une forme d'action collective serait adoptée, ne craigniez-vous pas qu'il y ait une multiplication de recours à des lois dérogatoires comme nous avons pu en voir ces dernières années au profit de grandes institutions financières comme les banques avec la loi Murcef ? Les banques ont bénéficié d'une loi qui permet finalement de changer les tarifs en cours de contrat ce qu'aucun autre commerce ne peut faire. Également, la loi de sécurité financière a créé des nouvelles obligations d'information pour défendre les consommateurs de services financiers qui s'appliquent aux distributeurs de services financiers indépendants mais dont les banques et réseaux d'assureurs sont exonérés. Ne craigniez-vous pas s'il y avait un pouvoir accru des consommateurs pour se défendre, qu'il y ait en face des lobbies qui permettent de faire passer ce type de lois dérogatoires ?

Nicole BRICQ, *sénatrice de Seine-et-Marne*

Il y a toujours un risque. Quand on ouvre un droit, on sait qu'il y a toujours des tentatives de contournement du droit. C'est la vie. Cela ne doit pas nous empêcher d'ouvrir des nouveaux droits et de favoriser l'accès au droit pour tous. La loi produit du droit et le droit positif en fait partie. J'ai plutôt tendance à faire confiance à la jurisprudence qui applique la loi. Je ne vais pas paraphraser un ancien candidat à la présidence de la République qui disait : « la loi ne peut pas tout ». Toute bonne mesure comporte quelque part son effet pervers.

Gilles POUZIN, *magazine Le Revenu Placements*

Mon inquiétude par rapport à l'action collective à laquelle on est très favorable en tant que journal qui regroupe de nombreux consommateurs, est qu'il n'y ait plus de jurisprudence puisqu'aux consommateurs qui se défendaient individuellement pour faire valoir le respect de leurs contrats avec leurs banques, on leur a dit du jour au lendemain qu'en raison d'une loi, ils n'avaient plus le droit de réclamer quand la banque augmente les tarifs. En tout cas, ils n'ont plus le droit de se plaindre en justice.

Gaëlle PATETTA, *directrice juridique de l'Union fédérale des consommateurs – Que choisir*

Premièrement, j'interviens suite aux propos de Madame Simon sur l'impossibilité de connaître les personnes qui font partie du groupe. On peut prévoir un mécanisme où dans le cadre de la recevabilité le magistrat, s'il accepte l'ouverture de l'action de groupe, détermine le contour du groupe. À partir du moment où vous avez un contrat qui lie le professionnel au consommateur, il est tout à fait possible au magistrat d'obliger l'entreprise à fournir les *listings* clientèles et là on a non seulement une bonne idée du contour du groupe mais aussi les identités et coordonnées des personnes. Il ne faut pas dire des choses qui ne sont pas tout à fait exactes en fonction du mécanisme choisi.

Concernant les lois qui excluent certains acteurs économiques de l'application du droit de la consommation notamment les banques, les lois peuvent aussi être défaites. Il est question d'introduire une procédure pour obtenir réparation pour les consommateurs au vu de la législation existante. On peut très bien imaginer que par ce biais les consommateurs et les associations aient un plus grand pouvoir de dialogue avec les pouvoirs publics et les parlementaires et puissent mieux faire valoir leur voix et du coup influencer sur l'adoption d'un texte.

Quand à la possibilité pour les consommateurs de ne pas souscrire à des conventions de compte, il faut dans ce cas-là aller voir une autre banque. Pour faire jouer la mobilité en matière bancaire, nous avons aussi de grandes difficultés.

Richard YUNG, *sénateur représentant les Français établis hors de France*

Nous entamons la deuxième table ronde.

Table ronde 2

COMMENT INTRODUIRE LE RECOURS COLLECTIF EN DROIT FRANÇAIS ?

Participaient à cette table ronde :

Bernard VALETTE, *premier vice-président du TGI de Paris*

Claude LAZARUS, *avocat, Clifford Chance, membre du Conseil de l'ordre de Paris*

Maité ERRECART, *ancienne directrice de l'Institut national de la consommation*

Daniel RAOUL, *sénateur du Maine-et-Loire*

Cette table ronde était présidée par Christophe CLERGEAU, *responsable national du PS pour la consommation*

Christophe CLERGEAU, responsable national du PS pour la consommation

Je voulais remercier Nicole Bricq et Richard Yung de m'avoir proposé de présider cette table ronde. Depuis quelques mois, je suis responsable national du PS à la consommation. Jusqu'à maintenant, cela a été une affaire de femmes. J'espère que je pourrais apporter non pas un regard d'homme mais m'inscrire dans la continuité du travail qui a été fait. Nicole, depuis quelques années, depuis que tu n'as plus occupé cette responsabilité au sein du parti socialiste, il y a eu une petite parenthèse dans le travail collectif sur ces sujets. J'espère que l'on va savoir collectivement réparer cela.

Le débat d'aujourd'hui est essentiel. On voit bien à travers certains échanges de la table ronde précédente qu'il ne peut devenir le seul débat en matière de droit des consommateurs et de droit de la consommation. Des questions restent entières sur la formation des consommateurs, sur la définition des normes, sur les modalités de mise en œuvre du principe de précaution et sur toutes les questions de démocratie, d'équilibre des pouvoirs autour des questions de consommation et autour des questions d'innovation économique, scientifique, technologique. Cette procédure qu'il s'agit de réfléchir et d'élaborer doit être pensée en lien avec l'ensemble de ces enjeux. Aujourd'hui, un débat a lieu grâce à l'initiative du groupe socialiste au Sénat, nécessairement un débat pluraliste car c'est l'intérêt de la présente réunion de pouvoir confronter les différentes positions. Il faudra à un moment dans le cadre du parti socialiste qu'une position collective soit adoptée et que cette réflexion-là soit pleinement intégrée, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle dans la réflexion sur le projet socialiste dans le cadre de la préparation des échéances de 2007.

L'articulation souhaitée était de discuter des principes dans la première table ronde et du comment dans la seconde. Une petite dérive, me semble-t-il, m'est apparue dans le premier débat qui était que pour mieux combattre le principe on cherchait à charger la barque des modalités pour montrer que les risques l'emportaient sur les avantages éventuels. Une position assez dominante se dégageait sur l'intérêt d'avancer sur une rupture forte dans la direction qui était ouverte par le groupe socialiste au Sénat. On pourrait retenir une question d'équilibre dans les dispositifs. Je retiens l'approche d'Arnaud Montebourg qui mettait en relation le choix entre l'*opt-in* et l'*opt-out* et la question de l'ouverture de la procédure et des verrous dans son déroulement pour essayer de définir un équilibre qui permettrait de prendre en compte l'ensemble des intérêts concernés. D'autres équilibres sont peut-être possibles. Il serait intéressant d'avoir une discussion pour savoir s'il y a une alternative à ce qu'avancait Arnaud Montebourg qui est de nature à apporter une véritable modification dans le rapport au droit et dans la défense des consommateurs dans ce domaine.

La question des différentes étapes de la procédure des garanties juridiques, y compris des droits de la défense, a été évoquée rapidement. Il serait nécessaire d'y revenir.

Nous n'avons pas encore évoqué les questions de publicité et de démarchage, au cœur de l'opérationnalité des dispositifs qui pourraient être créés.

La question du champ d'application est majeure. S'agit-il du seul champ du Code de la consommation ? Ainsi, concernant celui de la santé, il faudra se poser la question de ce qui relève déjà du Code de la consommation, de ce qui n'en relève pas. Qu'est-ce qui pourrait être un domaine supplémentaire.

La question de l'environnement est d'une autre nature. Autant à travers le premier échange de ce matin, il m'apparaissait logique d'écarter les acteurs publics pour ce qui concernait le Code de la consommation, autant on voit mal comment, si on élargissait au champ de l'environnement, on pourrait écarter les acteurs publics qui sont souvent les principaux décideurs dans ce domaine-là.

Je ne vais pas aller plus loin dans mon introduction. Je cède la parole à Monsieur Valette.

Bernard VALETTE, *premier vice-président du TGI de Paris*

Le rôle du juge dans la défense des associations de consommateurs

Bonjour Mesdames et Messieurs. Ce qui me vaut l'honneur d'être devant vous, est que je préside la section sociale du tribunal de grande instance de Paris et à ce titre je connais des litiges « collectifs » de la consommation. J'ai eu l'honneur d'être interrogé par la Commission des lois du Sénat, il y a quelque temps, où j'ai fait part de mon expérience du terrain. En propos liminaire, je voudrais vous parler de l'existant tel qu'il est dans le Code de la consommation. En ce qui concerne la juridiction à laquelle je siége, je constate, au travers des procédures qui nous sont soumises, que l'action des associations de consommateurs - notamment dans le domaine de la publicité et surtout dans le rôle de la suppression des clauses abusives qui sont fondées sur les dispositions combinées de l'article L. 421-1 et L. 421-6 du Code de la consommation -, me paraît fonctionner de façon normale. Les associations de consommateurs – quelques affaires avaient trait à des fournisseurs d'accès Internet – nous saisissent et obtiennent souvent gain de cause. Notre rôle est de considérer si effectivement une clause est abusive par le déséquilibre qu'elle crée entre le fournisseur et le consommateur.

Quand nous tranchons ce genre de litige qui oppose une association de consommateurs à une société, par exemple un fournisseur d'accès Internet, nous déclarons abusives une série de clauses et ensuite ces clauses sont réputées non écrites. Dans ce cadre-là, nous « indemnisons » l'association de consommateurs pour le préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs. Nous allouons les dommages et intérêts qui nous sont sollicités. Ce qui est très important pour les associations de consommateurs, ce sont les mesures de publicité que nous ordonnons soit par ordre de presse soit sur les sites Internet même des sociétés qui sont condamnées.

Nous avons beaucoup de difficultés pour apprécier l'indemnisation qui doit revenir aux associations de consommateurs pour le préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs. C'est une notion difficile à cerner. Les associations de consommateurs ne nous apportent pas forcément les éléments nécessaires pour apprécier le présent préjudice. Ceci étant, nous allouons des dommages et intérêts non négligeables. Dans une des dernières affaires en avril 2005 qui a été publiée, nous avons alloué à l'UFC 30 000 euros à ce titre. Je ne sais pas si c'est la juste réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs, en tout cas ce n'est pas une somme négligeable à notre esprit. On peut se poser la question lorsque nous allouons des dommages et intérêts à ce que dans notre inconscient nous ne sanctionnons pas la société, le fournisseur. Ne sont-ils pas des dommages et intérêts à caractère punitif ?

Dans ce type de dossiers, il se peut que des consommateurs aient subi un préjudice individuel par des clauses qui ont été déclarées réputées non écrites. En l'état actuel des textes, nous ne sommes pas en mesure de les réparer dans ce cadre strict de la procédure. L'action en réparation conjointe telle qu'elle a été définie par l'article L. 422-1 du Code de la consommation n'a pas apporté les résultats qu'on pouvait escompter pour des raisons que l'on retrouve dans l'exposé de mes motifs de la proposition de loi.

En faisant un premier bilan de l'existant, dans le cadre classique des actions collectives citées sur L. 421-1 et L. 421-6, je pense que cela fonctionne convenablement. Reste effectivement l'indemnisation individuelle du consommateur pour des préjudices résultant d'une atteinte au groupe.

On sent le besoin d'un recours collectif. Je voudrais vous apporter une précision. Actuellement, sans que ce soit véritablement des actions de groupe, nous avons des procès qui sont la somme d'intérêts individuels. Il y a un procès en cours devant la première chambre du tribunal où nous avons près de 10 000 personnes qui se sont rassemblées à titre individuel pour demander la réparation d'un préjudice suite à une action responsabilité contre des mutuelles.

Comme je l'ai dit déjà au Sénat, en l'état actuel des moyens de la justice, nous n'avons pas les moyens matériels de traiter ce genre d'actions ou très difficilement. Je prends cet exemple de procès en cours devant la première chambre de section sociale. Ces requérants sont très nombreux. Il y a eu un incident de procédure sur une demande de statuer qui a été rejetée... Pour le greffier, la mise en page de l'en-tête du jugement a demandé des mois parce que le matériel informatique du tribunal ne le permet pas. J'ai lu récemment que l'UFC allait engager une action collectant des mandats de 10 000 personnes qu'ils allaient saisir devant le tribunal de commerce – j'ai été un peu déçu de ne pas avoir cette affaire cela m'aurait intéressé sur le plan du droit de la consommation mais d'un certain côté un peu soulagé parce que le greffe en l'état actuel n'est pas en mesure de traiter ces actions.

Faut-il des juridictions spécialisées ? Oui, je le pense. En faut-il une ou plusieurs ? Si on faisait la comparaison avec la matière des marques et des brevets où il y a dix juridictions, me semble-t-il, spécialisées dans la France, si on veut une réponse efficace, un traitement dans des délais raisonnables, on ne peut pas faire l'économie d'une spécialisation des juridictions ou éventuellement une seule juridiction. C'est un débat qu'il faudra poser.

En ce qui concerne votre proposition, notamment le problème évoqué de savoir s'il faut le monopole des associations, je dirais que c'est un problème politique qui me regarde moins.

Par contre, j'ai étudié le mécanisme procédural que vous proposez suite à l'action en déclaration en responsabilité. Je voudrais juste faire une observation. Dans votre modification du texte, il y a l'action en déclaration de responsabilité qui appartient exclusivement à toutes associations agréées et reconnues représentatives. Après, vous envisagez le recours qui ne peut être intenté que dans le mois qui suit la déclaration. Vous dites que le recours ne peut avoir lieu qu'en référé. A priori, je pense que la déclaration de responsabilité sera une décision de fond et modifier une décision de fond par une décision de référé me gêne, même si je comprends les raisons pour lesquelles vous voulez que cela aille rapidement. Je vous signale la difficulté. Je vous suggère la procédure dite « en la forme du référé » c'est-à-dire une procédure qui a le goût du référé sans en être un. C'est un encadrement judiciaire qui permet au juge de statuer sur le fond. Sinon, je crains que cela pose problème sur le plan de l'exécution.

En ce qui concerne le texte, l'intérêt de votre proposition est de redonner une certaine forme de dynamisme à la représentation. On peut garder les deux modes de saisine. C'est très efficace. Sur la procédure elle-même, elle serait efficace. Le problème est d'avoir des voies de recours : que feront les voies de recours contre la décision de responsabilité ? Ce que j'avais dit au Sénat à titre de témoin et praticien est que comme c'est un jugement mixte, on déclare la responsabilité et ensuite on sursoit à statuer pour l'indemnisation des préjudices, donc cela va prendre du temps. Ce seront des procédures plus longues et plus complexes que l'on imagine même si elles sont favorables au consommateur.

Claude LAZARUS, *avocat, Clifford Chance, membre du Conseil de l'ordre de Paris*

Le rôle des avocats dans la procédure de recours collectif

Je viens ici porter la parole d'un avocat et peut-être des avocats. Comme Thierry Lévy tout à l'heure, je me suis dit en regardant la proposition de loi, d'après le titre de mon intervention que je n'avais pas grand-chose à dire. Concernant le rôle des avocats dans la procédure de recours collectif, si la proposition de loi est votée dans les termes dans lesquels elle est écrite, les avocats assureront leur mission. Ils assisteront les associations de consommateurs lorsqu'elles seront demandresses et de même défendront les entreprises. Les avocats appliqueront la loi.

Disant cela, vous n'êtes peut-être pas frustrés. Moi, je le suis beaucoup. Je vais me livrer à un exercice sympathique et historique. Je vais initier devant vous la première vraie action collective de

l'histoire du droit français. Je parle sans mandat au nom des 40 000 avocats que nous sommes qui viennent réparer justice du préjudice moral que leur fait subir aussi bien votre proposition de loi que la proposition de loi de Monsieur Châtel. Je dis bien préjudice moral et non pas financier. Comme l'a déjà dit à plusieurs reprises Madame Patetta, nous autres les avocats nous interviendrons dans les procédures. La vraie question est de savoir – Thierry Lévy a abordé le sujet –, si le filtre des associations de consommateurs est véritablement justifié. C'est à ce point-là que je vais m'attacher. Pourquoi ce filtre ? Si j'ai bien compris, c'est parce que l'on craint les dérives des *class actions* à l'américaine. Pourtant, Madame Patetta, vous avez dit tout à l'heure qu'il n'y avait pas de risque du fait qu'il n'y a pas de jury populaire, de juges élus, pas de procédure de *discovery*, pas de dommages et intérêts punitifs. Il reste un risque que vous n'avez pas mentionné – Monsieur Montebourg, ancien avocat, l'a mentionné –, celui des *success fees*. En l'occurrence, ce n'est pas de *success fees* dont il s'agit mais de pactes *decotalitis* (cela consiste à ne pas demander d'honoraires à son client et ensuite à lui demander à l'issue de la procédure un honoraire qui est fonction du résultat obtenu exclusivement). D'une part, le pacte *decotalitis* est interdit en droit français, d'autre part il arrive parfois que cette interdiction soit transgressée. Il se trouve que je suis le responsable des poursuites disciplinaires à l'ordre des avocats de Paris. Ces dossiers-là viennent sur mon bureau. En six mois, j'ai vu un cas de pacte *decotalitis*, ce qui ira devant une formation de jugement de notre conseil de discipline. Si jamais un pacte *decotalitis* échappait à notre vigilance, et que les plaignants n'étaient pas heureux des sommes exorbitantes payées à l'avocat, ils ont un recours judiciaire qui fonctionne très bien : les juges et la Cour de cassation en vertu de l'article 1999 du Code civil se sont accordé un pouvoir de révision des honoraires des avocats qui sont des mandataires. Le juge est là, et nous autres avocats, nous considérons que nous avons en les juges des partenaires pour que ceci fonctionne bien. Ne vous méfiez pas de manière injustifiée des avocats.

Sachez ce que sont exactement les avocats. Pour simplifier, c'est une des rares professions qui fait passer les intérêts de ses clients avant les siens propres. C'est une profession très réglementée soumise à de nombreuses obligations dans l'intérêt du public. Je ne vais pas vous les citer toutes, uniquement celles qui sont pertinentes pour les actions collectives :

- Nous sommes soumis à ce que l'on appelle les principes essentiels, qui sont repris dans ce document qui est le règlement intérieur national de la profession d'avocat et dont le non-respect entraîne des sanctions disciplinaires. On y lit : « L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité [...] Il respecte dans cet exercice les principes de loyauté, de désintéressement, de délicatesse, de modération. » Ce n'est pas rien, c'est même beaucoup.
- Nous sommes soumis non seulement à une obligation d'assurance mais aussi à une obligation de disposer d'une garantie financière de représentation des fonds qui nous sont confiés. Si jamais les fonds qui résulteraient d'une action collective transitaient par un avocat – ce qui nous arrive en permanence et pour des sommes très considérables en tout cas pour les avocats d'affaires sans difficulté, sans sinistre –, la CARPA (Caisse autonome de règlement pécuniaire des avocats) fonctionne parfaitement.
- Nous ne pouvons pas transiger sans l'accord préalable de nos clients par écrit *a contrario* de ce que font les Américains en matière de *class action*. Nous, nous ne le pouvons pas. C'est dans le règlement intérieur national.
- Il nous est interdit de faire du démarchage et de la sollicitation. Je ne dis pas que certains ne le font pas. Je suis là temporairement pour un an ou deux pour les faire passer en conseil de discipline et après moi ce seront mes successeurs qui continueront à le faire.

Je ne suis pas demandeur de monopole. Quelles que soient mes convictions politiques qui n'ont pas lieu d'être étalées ici, je suis contre les monopoles. Pourquoi donner un monopole pour les associations de consommateurs qui premièrement n'ont pas toutes les garanties que nous fournissons. Je ne dis pas qu'elles n'ont pas une éthique, mais elles ont aussi des préoccupations par exemple d'ordre politique. J'imagine très bien une association de consommateurs se disant : « Encore un nouveau litige avec cette société, on s'est déjà occupé d'elle l'année dernière, cette année on va laisser tomber. » Du coup, le consommateur va se retrouver « le bec dans l'eau ». Tout ceci représente une

entrave à quelque chose qui m'est cher, l'accès à la justice. Jusqu'ici celui qui était le pont entre le justiciable et la justice était l'avocat. Cela doit continuer à l'être. Les avocats sont garants de l'accès à la justice de par la loi. Comme le disait le président Canivet - je suis heureux des de son interview à *La Tribune* du 16 juin : « Pourquoi des intermédiaires, il n'y a aucune raison. » Nous ne demandons pas le monopole mais il y a une chose que nous ne voulons pas faire. Si un client vient me voir, dans l'exercice de mon métier et de ma compétence, si je pense que son affaire est justiciable d'une action de groupe, je ne veux pas avoir à aller mendier auprès d'une association de consommateurs le droit d'engager cette action. Les associations de consommateurs ne sont pas et ne doivent pas être et j'espère ne seront pas des procureurs privés qui bénéficieront en quelque sorte de l'opportunité des poursuites en matière d'action de groupe.

Ceci étant dit, tout n'est pas suffisamment vissé dans la déontologie des avocats. Je vous indique quatre points qui me paraissent mériter d'être pris en considération et éventuellement améliorés :

- Le fait que les avocats fassent éventuellement l'avance des fonds nécessaires à la publicité, chose à laquelle je suis totalement opposé. Les avocats ne sont pas des promoteurs immobiliers, des producteurs cinématographiques, ils ne doivent pas se lancer dans ce genre d'affaires. Quand ils l'ont fait, à un moment ou à un autre, ils vont avoir la tentation de se refaire au détriment de leurs clients (revoyez Erin Brokowitz), ce que nous ne voulons pas. Il faut que la loi prévoie que les avocats ne puissent faire l'avance des fonds. Ainsi, Madame Simon, les *plaintiff fliers*, les vautours qui planent autour de vous qui vous font tellement peur, vous en aurez raison assez facilement. Croyez bien que dans cette affaire, nous sommes avec vous.
- Le problème de la transaction. On sait bien les dérives auxquelles elle a donné lieu aux États-Unis. Je me tourne vers le premier vice-président du tribunal. Autant nous avocats sommes jaloux de nos prérogatives par rapport aux magistrats, autant il nous semble, dans cette circonstance où nous aurions 10 000 ou 100 000 plaignants avec lesquels nous ne pourrions pas communiquer directement, normal de transmettre une transaction à l'homologation du juge. Je n'y vois ici aucun inconvénient.
- La publicité. Dans les propositions de lois que j'ai lues, ce sera le juge qui la fera. Je me permets de signaler qu'il serait peut-être bon d'ajouter le filtre du bâtonnier. Le juge a ses préoccupations qui ne sont pas les mêmes que celles de l'avocat. Nous, nous avons ces préoccupations de modération, de courtoisie, de loyauté. Nous n'avons pas l'intention de faire du racolage. Il serait bon que ce soit l'avocat qui propose éventuellement un texte de publicité au bâtonnier avec son visa et nanti de ce visa, il le soumette au juge. Le juge instaure un débat contradictoire sur cette publicité.
- Dernier point mineur. Aux États-Unis, on connaît bien les bagarres sanglantes, minables entre les avocats qui veulent être le *lead counsel* parce qu'il y a beaucoup d'avocats comme il y aura peut-être beaucoup d'associations de consommateurs si cet extraordinaire développement que vous souhaitez naît un jour. Il faut un avocat chef de file. Dans ce cas-là, on ne peut pas tolérer la cacophonie puisque c'est le même préjudice. Il est très facile de désigner l'avocat chef de file. Il faut que les bâtonniers le désignent, le bâtonnier si c'est dans le même barreau, plusieurs bâtonniers si c'est dans des barreaux différents et en cas de désaccord entre eux, un tiers bâtonnier. L'existence d'un avocat chef de file signifiera nécessairement que ceux qui ne sont pas chefs de file devront discuter mais surtout obéir. En cas de mécontentement, il faudra qu'ils sortent du dossier tout en ayant droit à la rémunération des efforts qu'ils auront consenti jusqu'au moment où ils sortiront du dossier, ce qui est d'ailleurs présent dans les textes actuels.

Pour terminer, je voudrais vous dire mais pas en forme de provocation, que cette méfiance envers les avocats nous fait très mal et en retour elle nous porte à nous interroger et à nous méfier de ceux qui a priori se méfient de ce pilier d'état de droit que constituent les avocats.

Christophe CLERGEAU, *responsable national du PS pour la consommation*

Avant de prendre une ou deux questions, je voudrais dire qu'il peut y avoir – ce qui a été évoqué par Marylise Lebranchu –, des raisons strictement politiques à réserver la possibilité d'engager des poursuites aux associations. Cela peut être lié à un objectif politique de renforcement du rôle des associations de consommateurs. Si l'on est plus dans une logique de dissuasion ou de modification du rapport de force entre consommateurs et acteurs économiques et si on pense que l'existence de cette procédure va amener à des négociations et à des accords en amont ou sur les premières étapes de la procédure judiciaire, il peut y avoir une certaine cohérence à réserver la possibilité d'engager les poursuites aux associations. C'est aussi lié – Nicole Bricq l'évoquait en début de matinée –, à la recherche d'une voie médiane. Pourquoi ne pas assumer le fait d'ouvrir une possibilité de recours nouveau et en même temps d'en limiter l'accès (cela s'est fait dans d'autres domaines) à partir du moment où on veut trouver un compromis entre les intérêts des acteurs économiques et ceux des consommateurs et des associations qui les représentent. Quand au monopole des associations, d'autres le diront mieux que moi, 18 sont agréées aujourd'hui. Le monopole est tout à fait relatif. Les critères pourraient être révisés. Si on élargit à la question de l'environnement, si on prend aujourd'hui les différentes modalités de reconnaissance des associations dans le champ environnemental, on est face à un champ d'intervenants possible qui est encore beaucoup plus large. On n'est pas face à une ou deux associations qui s'institueraient en monopole.

Par rapport à ce que je viens de dire, je laisse la parole à Maïté Errecart pour terminer avec Daniel Raoul.

Maïté ERRECART, *ancienne directrice de l'Institut national de la consommation*

Une voie d'amélioration du droit pour les consommateurs

On m'a demandé d'intervenir avec le regard à l'égard des associations de consommateurs. J'ai participé au groupe de travail, j'ai eu l'occasion de regarder la façon dont les positions se construisaient autour de cette question du recours collectif. Je ne reviendrais pas sur la critique et l'analyse de la situation actuelle. Madame Patetta et Madame Magnier ont bien démontré la difficulté de l'état de droit actuel et son ineffectivité.

Je vais essayer de dire ce qui me semble être les conditions de la réforme exposée par les associations de consommateurs. Il y a une volonté de réussir. Cela fait en effet trop longtemps que le dispositif est proposé. L'action de groupe est revendiquée par les associations de consommateurs et les spécialistes du droit de la consommation depuis plus de vingt ans. Les premières références recensées à une telle action remontent en 1975. Dès 1983, des projets de textes sont élaborés dans le cadre de commissions sur le règlement des litiges de consommation ou sur la commission de refonte du droit de la consommation.. Ceci a donné lieu à deux initiatives en 1985 et à une proposition de loi déposée par Monsieur Stasi ou encore à une proposition de directive au niveau européen sous l'égide du secrétaire d'État à la consommation de l'époque Jean Arthuis. C'est un dossier qui vient de loin. En 1990, la commission de refonte de la consommation avait proposé de réinclure cette action de groupe. On ne compte plus les épisodes. La volonté claire est que cette fois-ci ce soit la bonne, ceci d'autant que la société a beaucoup évolué. Les litiges de masse sont relativement fréquents compte tenu de l'importance des contrats et de leur complexité pour des consommateurs.

Cette volonté de réussir concernant les associations de consommateurs se traduit par une attitude de prudence. Il s'agit de réussir et réussir ne veut pas dire tomber dans la judiciarisation de notre société ou la pénalisation systématique des entreprises ou une quelconque déstabilisation des entreprises. Il s'agit juste de créer une procédure qui rendra plus efficace le droit de la consommation et son application et pourra contribuer à assainir la concurrence en sanctionnant les entreprises peu respectueuses du respect de la règle de droit. C'est la raison pour laquelle les associations retiennent unanimement après discussion que l'action soit engagée uniquement par des associations agréées. C'est effectivement dans un souci de prudence et de volonté de réussir que cette position est prise. Comme vous l'avez dit Monsieur Clergeau, il ne faut pas craindre pour autant que cela soit une

barrière absolument infranchissable, ne serait-ce parce que l'on a une pluralité d'associations, donc une pluralité d'acteurs tout à fait possible.

La deuxième condition que les associations retiennent est le rôle central du juge pour que la procédure soit bien maîtrisée. Il y a une position unanime pour qu'à chaque étape de la procédure il y ait une présence du juge. Elles situent l'action dans le domaine des préjudices subis par les consommateurs, certaines limitant le recours au seul préjudice économique afin d'éviter des dérives qui peuvent exister notamment aux États-Unis.

Les associations restent déterminées sur la réparation et n'enclenchent pas de demandes de dommages et intérêts. Je vous ai entendu parler ce matin de la brochure de l'UFC. Si je me réfère au débat qui a eu lieu notamment dans la Commission, il n'y avait pas cette volonté de dépasser l'aspect de la réparation. On est bien dans la volonté de la réparation et non pas de dommages et intérêts. Pour cela, il y a du pénal, d'autres solutions existent en la matière.

Par ailleurs, la prudence s'exprime en limitant cette action aux seuls consommateurs. Bien sûr, une certaine ambiguïté demeure sur le terme « consommateur » mais on se réfère si on prend la définition européenne à « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle », ce qui reviendrait à exclure les personnes morales. C'est encore un objet de débat. Dans un souci d'aboutir, on peut aussi retrouver des solutions limitatives. Cela ne veut pas dire pour autant qu'on se limite aux matières traitées dans le Code de la consommation – le Code de la consommation ne traite pas par exemple de questions du logement –, et a priori il n'est pas question d'exclure des domaines aussi importants que celui du logement ou des finances qui ne sont pas non plus intégralement compris dans le domaine du Code de la consommation.

Cette attitude de prudence n'implique pas pour autant un manque de réalisme. Il s'agit de ne pas tomber dans les raisons qui ont fait l'échec de la procédure de représentation conjointe : la difficulté de recueillir des mandats avant toute action, la difficulté pour l'association de gérer ces mandats, les défaillances en matière d'information des consommateurs. Il s'agit de ne pas retomber dans ces écueils-là et de trouver la façon d'avancer et d'avoir réellement une effectivité du droit. C'est la raison pour laquelle certaines associations se sont résolument exprimées pour la procédure d'*opt-out*. D'autres, dans un souci de réalisme, mais c'est dans une appréciation de réalisme, craignent soit l'anticonstitutionnalité soit le fait effectivement - Monsieur Montebourg l'a évoqué -, que le droit doit être en conformité avec la culture, l'état de la pensée du moment. Donc, ces associations sont en faveur de l'*opt-in*. Je reconnais que sur cette question il n'y a pas d'unanimité. Les législateurs ont toute possibilité d'évoluer sur ces deux options.

Dans tous les cas, elles insistent pour ouvrir les possibilités de publicité dès lors que la responsabilité est reconnue par le juge. Là encore, il ne s'agit pas de déstabiliser les entreprises dès le début de la procédure mais une fois que la procédure est engagée et la responsabilité reconnue qu'il y ait toute possibilité de publicité. Dans votre proposition, Madame Bricq, vous avez mis cette possibilité.

Elles s'expriment en la faveur de la mise en place d'un fonds d'intervention alimenté par les amendes et le reliquat des sommes qui ne seraient être versées individuellement afin de financer les actions en défense. Les associations de consommateurs ne sont pas riches et elles auront besoin de moyens pour fonctionner.

Les associations ont vraiment la volonté d'aboutir et c'est ce qu'elles essaient d'imprimer au législateur en étant à la fois prudentes et réalistes.

Daniel RAOUL, sénateur du Maine-et-Loire

Réflexions sur le champ d'application du recours collectif

Je devrais être comme Monsieur Lévy un observateur exotique. Je me demandais pourquoi Nicole m'avait sollicité étant donné que je ne suis que scientifique, ex-universitaire et accessoirement

sénateur. Sur le plan économique, nous devons avoir des réflexions en particulier sur le champ d'application concernant les acteurs.

Je me permets quelques observations suite aux propos tenus ce matin. Le terme « consommateur » revient en permanence et me choque profondément. Cela équivaut déjà à restreindre l'accès au droit par rapport à l'ensemble de la population. Comme l'objectif est bien de favoriser l'accès au droit, ce terme me gêne. Je préférerais tout autant le terme « citoyen ».

Cela va avoir comme conséquence de retomber sur l'histoire du monopole des associations agréées. Il y a une corrélation évidente si vous gardez le terme consommateur avec les associations des consommateurs. C'est aussi une corrélation avec le champ d'application. Étend-t-on le champ au domaine du cadre de vie dans lequel j'inclus plus globalement la santé et l'environnement et éventuellement le logement ? C'est peut-être au cadre de vie que je ferais allusion plutôt que de décliner parce que cela ne sera jamais exhaustif et cela conduira à des difficultés.

Il ne nous a pas échappé qu'il y a un préambule dorénavant à la Constitution et un fameux article 5 qui me pose problème en tant que scientifique, en particulier dans le domaine de la recherche et du développement. Ce fameux principe de précaution, s'il est invoqué pour une action de masse, pourrait conduire à une stérilisation complète dans le domaine médical en tout cas au niveau du stade clinique et préclinique. Je ne sais pas jusqu'où va-t-on quand on évoque d'étendre ces actions de masse au domaine de la santé. Il va falloir prêter attention aux limites possibles. Est-ce que des gens qui relèvent d'un protocole expérimental pourraient se retourner dans le cadre d'une action de masse – quelquefois cela peut être des cohortes de 500 à 1 000 patients concernés. Ne va-t-il pas y avoir le même problème qu'avec les anesthésistes, les chirurgiens c'est-à-dire un réflexe de ne plus agir, de ne plus essayer des protocoles expérimentaux ?

Bénéfices, avantages, risques, il faut les mesurer. Sur le plan scientifique, cela pose un problème. Bien sûr que l'inscription du principe même tel qu'il est rédigé ne pose pas problème, ce n'est pas le principe de précaution qui pose problème mais c'est que l'on met derrière qui me gêne le plus en tant que scientifique. Imaginez Pasteur à qui on aurait appliqué ce principe de précaution. Je ne vois pas bien comment nous aurions pu progresser.

Je souhaiterais - je plaide pour cela -, que vous étendiez le champ au-delà des consommateurs, à celui des citoyens d'une façon large et leur cadre de vie plutôt que la relation entre une entreprise et ses clients. C'est bien là où est l'évolution. C'est ainsi que nos concitoyens le vivent au quotidien. Je suis très réticent sur le monopole des associations agréées prévu par le Code. Tout cela est cohérent. Mais si j'élargis le champ, ce n'est plus les associations de consommateurs et les consommateurs mais les citoyens.

Christophe CLERGEAU, *responsable national du PS pour la consommation*

Je vous propose de passer aux interventions de la salle.

Débat

Une intervenante

Ma question est adressée à Madame Bricq. Pourquoi avez-vous dans votre proposition de loi éludé la question du champ d'application, l'avoir renvoyée d'une façon qui manque un peu de courage au Conseil des ministres et au décret et par ailleurs avoir bien noté dans votre proposition de loi que vous réservez l'action aux associations de consommateurs agréées. Si le Conseil des ministres et le décret étendaient le champ à la santé et à l'environnement, cela voudrait-il dire que de ce fait toutes les associations de patients, écologiques, etc. pourraient se prévaloir de l'action de groupe ou pas ? Pourriez-vous nous expliquer ?

Nicole BRICQ, sénatrice de Seine-et-Marne

Vous avez raison et tort. Tort, parce que si vous me connaissiez mieux vous sauriez que le courage n'est vraiment pas ce qui me manque mais raison sur la contradiction. Nous avons eu un débat à ce sujet entre nous pour trouver finalement une formule de compromis. Comme je l'ai dit dans mon propos liminaire, le sens que je donne à cette réunion est de faire avancer le débat pour résoudre cette contradiction. Daniel Raoul vient de le souligner de manière très claire, il peut y avoir aussi une contradiction entre le champ d'application qui peut être large et le fait que l'on passe par les associations agréées. Sur le champ d'application, je n'ai pas de vérité révélée. Je pense qu'à un moment donné, il faut fixer un périmètre. C'est mieux si la loi le fait. Je répète mes propos, la loi ne sait pas tout par avance. Notre démarche est d'avancer, de regarder et de corriger. On peut sans doute faire des expérimentations. Il y a un débat qui n'est pas clos, ce qui peut vous apparaître flou. Ce n'est pas par manque de courage mais plutôt pour écouter ce que les uns et les autres peuvent avoir à dire.

Monsieur Valette, je ne voudrais pas que le débat tourne autour de la question avocat/association/monopole... Un de vos propos m'a interrogée. Vous avez dit : « dans les actions que j'ai à examiner il peut arriver que les dossiers qui me sont transmis par les associations ne m'aident pas à émettre un jugement... ». Cela m'intéresse de voir comme cela marche actuellement.

Bernard VALETTE, premier vice-président du TGI de Paris

J'ai surtout parlé de la réparation du préjudice de l'intérêt collectif des consommateurs qui est difficile pour le juge à apprécier. Dans les dossiers tels qu'ils nous sont soumis, nous n'avons pas forcément les critères de type objectif qui nous permettent d'apprécier le préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs. Il est vrai que dans les affaires que nous avons eues au tribunal, nous ne mesurons pas – ce n'est pas la faute des associations de consommateurs –, le préjudice éventuellement personnel de chaque consommateur par rapport à l'annulation des clauses réputées abusives. C'est l'intérêt de l'introduction de ce recours collectif qui permettra dans une première phase de faire la déclaration de responsabilité et ensuite d'évaluer les dommages et intérêts.

Dans le mécanisme procédural que vous proposez dans la proposition de loi, il n'y a aura pas dans la première phase que la recevabilité. Comme classiquement, on appréciera le fond puisqu'il faudra apprécier la faute du professionnel.

Martina BARCAROLI, avocat, Consiglio Nazionale Forenze

Bonjour Monsieur le Président. Je vous remercie de m'avoir donné la parole. Je parle en tant qu'avocate mais aussi citoyenne européenne. Je suis accueillie par la France en raison de mes activités professionnelles. Je travaille dans ce secteur des *class actions* depuis l'Italie. Je suis la question depuis la première loi de réforme de 2003, la loi sur l'épargne, qui n'a pas abouti puis a été approuvée en 2005 mais la section consacrée aux *class actions* n'a pas abouti. La raison pour laquelle cela n'a pas abouti est du fait que les associations de consommateurs, je rejoins mon confrère Claude Lazarus,

n'assurent pas l'indépendance, ne sont pas toutes indépendantes. En France, la situation est un peu différente et c'est une considération à prendre congruam salis par rapport à la situation italienne.

Il faudrait insérer ce débat dans un contexte plutôt européen et voir la question dans le sens d'un rapprochement entre le système des pays de tradition continentale dont l'Europe continentale fait partie et qui adhèrent à un acquis communautaire qui bouge vers un droit de la consommation communautaire. L'Allemagne en 2005 a émis une loi sur les *class actions* dans le secteur financier à terme. Ils se sont donnés six ans pour réfléchir pour voir l'application de cette législation. L'Italie n'a pas avancé. Le Portugal a avancé dans le sens des *class actions* même si c'est dans des limites très fortes. Pour le reste, les discussions n'ont pas continué. Il sera plus logique peut-être pour la France d'avancer dans le sens d'une proposition de loi sur les *class actions* après avoir partagé des idées dans le sens européen avec ses partenaires et surtout ceux de tradition civile. Comme on le sait, la *class action* est un mécanisme de *common law* et la transposition de ce modèle va clairement bouleverser les principes de droit civil continental.

Nadia ZIANE, *Familles Rurales*

Je voudrais revenir sur les derniers propos. On ne souhaite pas se réserver la procédure. La DGCCRF a montré que dès lors que les consommateurs avaient un problème, nous étions les premiers à être contactés. Nous sommes les plus à même en termes de visibilité à déceler un problème. Pour information, le mouvement Familles Rurales regroupe 3 300 associations plus les consommateurs qui nous contactent directement. Suite aux propos de Maître Lazarus, je tenais à signaler qu'effectivement il y a des règles. Un site s'est créé classaction.fr dès lors que l'on a commencé à parler d'actions de groupe. Nos craintes sont fondées. Nous sommes habilités pour défendre les consommateurs. Je pense que nous sommes les plus à même à pouvoir gérer ce genre de procédures.

Joëlle Simon

J'aurais une question à poser à Maître Lazarus. N'est-il pas facile de contourner l'interdiction du pacte de *quota litis*, en demandant un honoraire de départ dérisoire, 10, 20, 50 euros ?

Est-ce que ce type de comportement est également sanctionné sur le plan disciplinaire ?

Claude LAZARUS, *avocat, Clifford Chance, membre du Conseil de l'ordre de Paris* (je suppose)

[...] puisque l'on parle de sites malencontreux, on n'a pas eu l'occasion de parler du site très malencontreux qui s'appelle [...] qui le lendemain de la décision du Conseil de la concurrence [...] alors que l'affaire est encore en appel, n'est pas encore jugée [...] En ce qui concerne le pacte *decotalitis*, bien qu'il s'agisse d'argent [...] Bien entendu, quand il n'y a pas honoraires fixes du tout, il n'y a pas cet impact de pacte *decotalitis*. Lorsqu'il y a une somme fixe insuffisante et une somme [...] au pourcentage trop importante, on s'interroge. C'est une question [...] En dernier lieu, c'est Monsieur le Président qui tranche [...] il y a une prestation d'honoraires [...] c'est une juridiction un peu particulière [...] Je voudrais simplement attirer votre attention sur le fait, lors d'un petit litige de consommation, de demander une participation fixe de 10 euros et un honoraire de résultat de l'ordre de 20 % des sommes récupérées, on peut se demander si c'est un pacte *decotalitis* ou si c'est quelque chose de raisonnable ? Cela dépend si c'est raisonnable.

Christophe CLERGEAU, *responsable national du PS pour la consommation*

Je laisse la parole à Madame Patetta. Je demande aux intervenants d'être rapides pour pouvoir prendre plusieurs questions et terminer à 12 h 30 avec la conclusion de Richard Yung.

Gaëlle PATETTA, *directrice juridique de l'Union fédérale des consommateurs – Que choisir*

Je voulais préciser la problématique de l'évaluation du préjudice à l'intérêt collectif que l'on a évoquée tout à l'heure. On a créé l'action des associations en réparation du préjudice à l'intérêt collectif parce que l'on n'a pas voulu créer l'action de groupe. On a créé une espèce d'entité en ce préjudice à l'intérêt collectif qui n'est pas l'intérêt général et pas non plus la somme des intérêts individuels. Du coup, en pratique, en tant qu'associations nous avons un réel problème d'évaluation de ce préjudice à l'intérêt collectif puisque nous n'avons pas d'élément pratique - la loi d'ailleurs ne le précise pas -, pour évaluer ce préjudice. On part du nombre de personnes qui étaient liées par le contrat, on essaie de chiffrer ce montant au vu de certains éléments ou alors on part du travail fait par l'association pour le problème précis, les actions qu'elle a pu mener envers le public, ses adhérents, etc. Nous sommes très avertis du fait que les magistrats ont eux aussi beaucoup de mal à l'appréhender. Ce qui fait qu'en pratique les évaluations diffèrent d'un tribunal à l'autre, que nous n'avons pas vraiment de continuité.

Concernant l'option d'exclusion et le fait qu'on est lié par la décision, dans le système que nous préconisons, on prévoit que, même après la décision, le consommateur a la possibilité de s'exclure de la procédure et de la décision et de faire une action individuelle.

Nicole BRICQ, *sénatrice de Seine-et-Marne* (je suppose)

Quel est à ce moment-là l'avantage pour le professionnel ? On ne peut pas avoir tout et son contraire.

Gaëlle PATETTA, *directrice juridique de l'Union fédérale des consommateurs – Que choisir*

Il faut aussi rester logique. J'imagine mal un consommateur pour 20 euros qui va refuser le bénéfice de la décision qu'il aura obtenu par le biais d'un groupe pour faire une action individuelle en estimant avoir plus.

André LONGUET des DIGUERES, *DGCCRF*

Je suis chef du bureau de la protection économique à la DGCCRF. Nous avons différentes propositions parlementaires sur lesquelles il est intéressant de débattre. De son côté, les administrations et le Gouvernement continuent à travailler à partir de la demande du président de la République, au-delà même du groupe de travail. Ce groupe a abouti à un rapport remis aux deux ministres de la Justice et de l'Économie. Il a été rendu public puisqu'il a été mis sur les sites Internet des deux ministères pour ensuite donner lieu à un débat. C'est sans doute à la suite de cela, que les associations se sont reprononcées pour une action de groupe dans telle ou telle condition, que des initiatives parlementaires ont lieu. Le travail gouvernemental continue. Un certain nombre de réunions interministérielles se tiennent encore toutes les semaines à ce sujet.

Pour rebondir sur les propos de l'avocate italienne, un débat est lancé au niveau communautaire et la DGSANCO, la direction générale santé et protection des consommateurs a décidé de créer un groupe de travail sur cette question. Un certain nombre de pays y participent y compris la France. Rien n'est exclusif. Il peut très bien y avoir des avancées dans tels ou tels pays et parallèlement la Commission européenne poursuit un travail d'harmonisation éventuellement de son côté.

Nicole BRICQ, *sénatrice de Seine-et-Marne*

Il est important de le répéter pour faire avancer le droit en France: compte tenu de la prégnance dans les débats communautaires de certains pays très influencés par les méthodes anglo-saxonnes, je pense que nous avons intérêt en France à disposer de notre droit pour être en position de

négocier le moment venu s'il y a un projet de règlement ou de directive. Cela plaide encore plus pour déboucher sur une solution française même si elle n'est pas parfaite.

Peggy OKOI, UFCS (Union féminine civique et sociale)

Je vais rebondir sur les propos de Madame Bricq. Comme le disait Madame Errecart tout à l'heure, il y a vraiment une unanimité de la part des associations de consommateurs de faire en sorte qu'il y ait l'instauration du recours collectif. Certes, nous ne sommes pas d'accord sur le déroulement de la procédure puisque l'UFCS est plutôt partisane d'un déroulement tel que l'a décrit Madame Magnier. Nous sommes prudents et pressés. Cela fait plus de vingt ans que ce débat existe. Nous avons peur qu'encore une fois malgré la porte ouverte qu'elle ne soit de nouveau refermée et que l'on recommence le même débat dans dix ans. Nous sommes partisans d'un recours collectif avec *opt-in* en se disant que c'est le mécanisme le plus simple à introduire actuellement en droit français. L'*opt-out* demanderait beaucoup de changements et prendrait du temps. Nous voulons une procédure rapide et efficace. Nous militons activement pour ce faire.

Un intervenant

Je voudrais rajouter deux éléments parce qu'à mon avis il n'a pas été dit ce matin le pourquoi des associations de consommateurs. Le terme consommateur a un sens générique, large, 60 millions en France. Derrière tout cela, il y a eu beaucoup de sagesse et de réflexion. Comme l'a souligné Madame Errecart, pourquoi « consommateur » ? Dans le monde d'aujourd'hui, on a cité le problème de la santé, de l'environnement. En matière de santé, nous avons une loi Kouchner qui prévoit à la fois les statuts au niveau des associations santé et en même temps un certain nombre de mécanismes de réparation. Dans le monde de la consommation, nous devons chercher dans les contrats qui nous lient économiquement par rapport à des opérateurs, banques, etc. l'existence de ces éléments. En matière d'environnement, le cas est le même. Nous allons nous retrouver sur une autre difficulté concrète : prenons l'exemple de l'Amococadis et autres dégâts qui ont pu être causés, à partir de ce moment-là comment concrétiser ? On se retrouve dans une difficulté de réparation de préjudice diffus. En consommation, le débat est différent puisqu'on va se trouver sur des contrats précis. On sait que telle entreprise a tant de clients. L'idée est bien d'avancer, d'aller de l'avant pour avoir ce mécanisme d'action collective et ne pas, d'entrée de jeu, s'enfermer dans des considérations qui de fait nous amèneraient à ne pas avancer. Voilà pourquoi nous étions restés uniquement sur les associations de consommateurs.

Je partage ce que disait notre représentante italienne. J'ai été pendant un temps représentant et président d'une association européenne de consommateurs. J'ai eu largement l'occasion de travailler avec des associations de consommateurs d'origine italienne.

Je ne partagerais pas tout à fait son point de vue concernant la déontologie de quelques-unes des associations mais il est vrai que le monde associatif est ce qu'il est avec toutes ses difficultés. Le monde associatif est-il véritablement reconnu au niveau européen comme il l'est aussi bien en France ? On ne peut pas reprocher un certain nombre de points aux uns et aux autres. L'idée n'est pas de se jeter l'anathème les uns contre les autres parce qu'à partir de ce moment-là ce seront autant d'éléments qui permettront de ne pas avancer comme pour les avocats ou les autres. S'il n'y a pas aujourd'hui d'avancée sur le recours collectif *a minima* avec les associations de consommateurs, comment demain se permettre de dire que cela marche, aller de l'avant et ouvrir plus largement ce champ ?

Daniel RAOUL, sénateur du Maine-et-Loire

Dans mon intervention et dans la logique même, je ne vois pas pourquoi on exclue les acteurs publics qui peuvent être des deux côtés du parquet : soit les citoyens vis-à-vis des acteurs publics, soit les acteurs publics vis-à-vis d'autres acteurs. Autrement dit, j'imagine que des villes pourraient être acteurs au titre de leurs habitants vis-à-vis d'un problème d'environnement, de pollution et donc il n'y

a pas simplement le monopole des associations de consommateurs mais aussi les citoyens, les habitants, etc.

Christophe CLERGEAU, *responsable national du PS pour la consommation*

Juste un mot avant de laisser la parole à Richard Yung. Cette question de l'environnement est très spécifique. Elle demande un approfondissement de la réflexion important. Il est vrai que cela modifiera le champ des acteurs concernés. Il faut quand même réfléchir à l'opportunité que cela représente. On se retrouve dans la Constitution avec un principe de précaution qui ne trouve dans les faits aujourd'hui aucun mode d'opérationnel au bénéfice des citoyens. Si on reste dans l'esprit du principe de précaution, cette démarche du recours collectif accompagnée d'une réflexion sur ce que serait la réparation en matière d'environnement conduirait à une réparation de type études, procédures de dépollution, pas forcément des réparations financières en direction des plaignants. On aurait peut-être un outil d'activation du principe de précaution au-delà de la circonstance actuelle où on s'appuie sur la Constitution pour contester des décisions gouvernementales, ce qui reste un débat entre acteurs produisant de la réglementation ou de la loi.

L'essentiel est sans doute de concilier le souci des associations de consommateurs qui est d'aboutir à un résultat rapide et efficace et le souci que cette réforme se traduise par une effectivité réelle du droit, une possibilité réelle pour les consommateurs concernés d'accéder à de la réparation et que les procédures définies ne conduisent pas à un retour dans les faits sur la pratique actuelle et retombent dans les mêmes erreurs et impasses que les dispositions précédentes. Cela va être un travail d'approfondissement et de choix qui ne sera pas facile.

Clôture

Richard YUNG, sénateur représentant les Français établis hors de France

Je vais essayer de rassembler un certain nombre d'idées évoquées. Au niveau général, j'ai l'impression qu'il y a, à l'exception du MEDEF, un consensus sur la nécessité d'avancer sur le domaine, que c'est quelque chose d'inéluctable. Quand on est dans une situation de ce genre, il faut mieux anticiper et avancer ses propres idées plutôt que d'attendre que d'autres le fassent à votre place.

J'ai été frappé du fait que l'on a peu évoqué la dimension européenne. Il a fallu attendre la deuxième partie du débat et notre amie italienne pour le faire. C'est probablement un défaut français, celui de toujours être centré sur nous-mêmes. Ce qui ne veut pas dire que nous ne devons pas avancer même si à Bruxelles, la Commission devait prendre des initiatives, nous ne sommes pas dans le même calendrier. S'ils doivent en prendre, on sera sur un calendrier de 5-6 ans alors que nous pensons que nous pouvons avancer plus vite.

Nous n'avons pas non plus évoqué les autres initiatives, soit ce qui est sorti ou non du groupe de travail gouvernemental ou l'initiative du député Châtel.

Je note, semble-t-il, qu'il y a un accord général sur l'architecture de la procédure qui est proposée en deux temps.

Les débats ont porté sur *opt-in*, *opt-out*. Nous avons nous-mêmes longuement discuté et hésité et avons choisi finalement l'*opt-in*. La procédure de l'*opt-out* a des mérites forts, plusieurs d'entre vous les ont signalés. Nous nous sommes finalement décidés pour l'*opt-in* par réalisme. Nous avons cherché dans les différentes propositions ce qui avait le plus de chance de marcher dans la situation française telle qu'elle est. Il nous a semblé que l'*opt-in* pour les raisons qui ont été évoquées était dans cette voie-là. J'ajouterais un argument qui n'a pas été évoqué, pourtant assez fort pour moi, dans l'*opt-in* il y a la manifestation d'une volonté de la part de ceux qui sont concernés. Or, nous inscrivons cette démarche aussi dans une démarche citoyenne. C'est la traduction de cet aspect citoyen de l'engagement qui n'est pas reflété dans l'*opt-out*.

Sur le monopole des associations, sujet sur lequel maître Lazarus a plaidé avec beaucoup de talent, nous avons choisi cette voie par réalisme. Nous avons voulu dégager deux difficultés :

- que puissent se constituer des associations *ad hoc* sur des sujets quelconques. Cela peut être aussi des outils qui poursuivent d'autres objectifs, pas ceux de défense du consommateur, du cadre de vie, etc. Le fait d'être sur la liste des associations agréées est une garantie par rapport à tous types de manipulations d'associations *ad hoc*.
- Du fait que ce sont des associations reconnues d'utilité publique, elles satisfont à un certain nombre de règles.

Sur l'étendue, c'est un débat éternel. Il est certain que l'aspect consommateur n'est pas satisfaisant puisque plusieurs juristes de très haut niveau nous ont dit que nous ne savions pas ce qu'était un consommateur car cela n'était pas défini juridiquement. De ce fait, on préfère une approche citoyenne. Du fait que dans notre proposition de loi nous avons dit que l'étendue sera définie par décret, ce point mérite effectivement débat. Vous avez eu un mot dur en parlant de manque de courage, d'autres parlent de lâcheté. Faut-il le définir *explicit verbis* dans la loi ? J'aurais tendance à dire oui sauf que dans la tradition juridique française on n'a pas cette capacité de revenir un ou deux ans après en disant après avoir fait fonctionner la chose, voilà les enseignements qu'on en tire et donc on va la modifier. Dans d'autres pays, comme la Chine, pays avec lequel j'ai beaucoup travaillé, j'ai été très frappé par la capacité qu'ont les Chinois de se lancer à l'eau avec un système et ensuite ils le modifient chaque année en fonction des besoins.

Concernant les points sur lesquels nous pouvons améliorer notre texte, deux arguments sur quatre de Maître Lazarus, me semblent intéressants :

- Le fait que la publicité organisée faite par le juge soit aussi en quelque sorte validée avec le bâtonnier. C'est un point qui mérite réflexion ainsi que l'idée d'avoir un avocat chef de file désigné par le bâtonnier. Je ne sais pas si cela relève de la loi.
- La procédure évoquée par le vice-président du tribunal, dite « en la forme du référé », répond à l'inconvénient du référé pur et simple.

Je note l'idée évoquée par plusieurs d'avoir une juridiction spécialisée. C'est une chose que l'on n'aime pas beaucoup à la Chancellerie pour de nombreuses raisons mais cela répondrait à la difficulté d'organiser des recours collectifs importants avec des moyens importants et ensuite avoir des magistrats spécialisés. Il faut voir à améliorer le texte sur ce point et si cela relève de notre proposition ou pas.

Voici les points retenus. Nous en discuterons entre nous avec le Groupe. Nous pensons que nous pouvons améliorer le texte sur ces points. À la rentrée, nous serons prêts, quelles que soient les perspectives politiques qui seront celles du mois d'octobre ou novembre, à faire avancer les choses.

Paris Sénat le 21 juin 2006

STAUT & ASSOCIÉS
33, rue de Tocqueville - 75017 Paris
Tél. : 01 43 80 62 26 - Fax : 01 43 80 35 54
contact@stautassocies.fr
www.stautassocies.fr