

# L'action de groupe : une remise en cause de la stratégie contentieuse

Jean-Louis Fourgoux avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles, Président de l'Association Française d'Etude de la Concurrence

Les actions de groupe (ou class actions) constituent l'un des domaines du droit le plus souvent associé à la notion de stratégie juridique. Le programme de recherche « *Droit, Management et Stratégies* » du CEDE lui avait donc déjà consacré trois articles<sup>(1)</sup>. L'introduction en droit français de cette procédure mérite cependant de faire le point sur son incidence pour les entreprises. C'est pourquoi, nous avons demandé à Jean-Louis Fourgoux d'évoquer cette question.

(1) A. Masson, « Class action et stratégie juridique », in La Contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, C. Roquilly (dir), éditions joly, 2011, p. 87 à 108, et A. Masson « Les stratégies de réduction du risque de class action dans un cadre international », Revue Lamy de la concurrence, Juillet-Septembre 2011, p. 171, H. Bouthinon-Dumas, « Quel remède au désintérêt économique à agir : l'action de groupe ou les dommages-intérêts punitifs ? », Revue Lamy de la Concurrence, sept. 2011, p. 151

La volonté constante des pouvoirs publics d'améliorer la protection des consommateurs et la réparation de leurs préjudices a abouti à l'introduction d'une nouvelle arme réclamée depuis longtemps par les associations de consommateurs : l'action de groupe. L'action de groupe, mesure phare de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « LOI HAMON », a été reconnue conforme à la constitution le 13 mars 2014 et sous réserve de la publication imminente des décrets, fera partie des nouveaux outils procédurax.

Les nouvelles dispositions du code de la consommation, prévues aux articles L. 423-1 et suivants, permettent désormais aux associations de consommateurs agréées au niveau national de représenter les particuliers afin de voir réparer le préjudice qu'ils ont subi du fait de manquements de professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles, que ce soit à l'occasion de la vente de biens ou la fourniture de services, ou encore lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles.

La loi HAMON a ainsi anticipé la législation européenne. La Commission

européenne avait, le 11 juin 2013, publié une proposition de directive qui recommandait aux Etats membres de se doter de mécanismes permettant la réparation effective des pratiques anticoncurrentielles. Cette proposition a fait l'objet d'une position arrêtée en 1<sup>re</sup> lecture par le Parlement européen le 17 avril 2014, qui, une fois adoptée, entraînera des modifications substantielles de la procédure civile. Un guide pratique sur la quantification du préjudice a d'ailleurs été diffusé pour faciliter la tâche des juridictions.

L'introduction de l'action de groupe en droit français et prochainement de principes européens communs aux Etats membres aura dès lors un impact non négligeable sur la gestion du contentieux de masse des entreprises. Il convient donc de s'intéresser aux stratégies de gestion de ce nouveau contentieux que les entreprises peuvent mettre en place, que ce soit en amont (I) ou en aval (II).

## I. En amont : l'action de groupe oblige à revoir la stratégie de prévention du contentieux

Les opérateurs économiques présents sur le marché français sont désormais

susceptibles, en cas d'atteinte au droit de la consommation et de la concurrence mais aussi de toute autre règle impérative, de voir des actions de groupe introduites à leur encontre. En réalité, la loi vise aussi à dissuader en faisant peser sur les entreprises une menace.

Les professionnels doivent donc prévenir et anticiper ces actions éventuelles en portant une attention particulière aux réclamations clients et en prenant les mesures adéquates pour y remédier (A), ou encore en adaptant les stipulations contenues dans les contrats souscrits par les consommateurs (B).

### A. Une attention particulière aux réclamations clients

Afin de prévenir les risques de préjudice que des produits peuvent éventuellement créer, les entreprises peuvent conduire des veilles et des enquêtes sur leurs produits ou services. Cette surveillance doit passer par un recensement des réclamations individuelles ou des interrogations

*« L'introduction de l'action de groupe en droit français... aura dès lors un impact non négligeable sur la gestion du contentieux de masse des entreprises. »*

des associations de consommateurs. Une centralisation importante doit être effectuée, tant pour les simples mails que pour les courriers LRAR et évidemment les procès-verbaux des agents chargés de la protection des consommateurs (DGCCRF, DDPP...).

Les entreprises peuvent ainsi porter une attention particulière aux remontées croissantes des réclamations consommateurs faites aux services clients sur un



même produit ou service afin d'identifier un risque d'action de groupe, car par définition, l'action de groupe est initiée sur la base d'un ou plusieurs cas individuels qui conduiront à un jugement sur le principe de la responsabilité de l'entreprise. L'entreprise doit alors prendre les mesures nécessaires à la prévention d'une introduction en justice d'une action de groupe.

Ces mesures peuvent être prises par le service juridique et contentieux de l'entreprise, lequel étant conscient de l'existence d'un risque d'action de groupe mettra en place une stratégie de règlement du litige adéquate. Les déboires récents d'un grand constructeur automobile américain confirment que la mauvaise gestion d'un rappel de produits peut avoir plus d'impact que le rappel lui-même. En effet, le rappel de 30 millions de véhicules par General Motor, plus de dix années après que le défaut ait été décelé a écorné l'image du groupe, lequel doit également faire face à des enquêtes du département de la Justice, du gendarme des marchés financiers, la SEC, et du Congrès.

D'autres services internes de l'entreprise peuvent intervenir à cette occasion pour s'assurer notamment de la conformité du produit ou encore mettre en place une politique commerciale de gestion de litiges, afin de limiter le nombre de consommateurs lésés et susceptibles d'obtenir réparation en cas d'action de

groupe. La formalisation de ce type d'accord sous forme de transaction devra être encadrée par les juristes.

#### **B. L'adaptation des contrats conclus avec les consommateurs**

Les entreprises devront, plus encore que par le passé, adapter les stipulations prévues aux contrats souscrits par les consommateurs et ne plus prendre le risque de gérer les contentieux au cas par cas.

Accepter d'inscrire des clauses abusives dans les conditions générales de vente de groupes importants ayant des millions de clients n'aura évidemment plus les mêmes conséquences. Le professionnel qui est reconnu responsable lors de la première phase de jugement sur l'action de groupe devra indemniser un nombre très important de consommateurs, lesquels adhéreront à cette action après la publication du jugement. Or, au regard du nombre de consommateurs potentiellement susceptibles d'adhérer à l'action de groupe, les conséquences financières pour le professionnel peuvent être très importantes.

Des actions immédiates devront donc être engagées parmi lesquelles :

- Faire un audit des modalités de ventes.

La loi Hamon a renforcé l'information précontractuelle due aux consommateurs, non seulement pour la vente hors établissements ou la vente à distance, mais aussi pour toute vente de biens ou de services (Articles L 111-1 et L111-22 du code de la consommation);

- Evaluer toutes les clauses contractuelles pour éviter de maintenir des dispositions traduisant un déséquilibre des droits et obligations à l'avantage du professionnel

- Vérifier si les polices d'assurance contiennent une garantie spécifique destinée à couvrir les actions de groupe. Si une action de groupe devait effectivement être introduite à l'encontre d'une entreprise, celle-ci disposerait de différents moyens de gérer le contentieux

*« L'action de groupe est initiée sur la base d'un ou plusieurs cas individuels qui conduiront à un jugement sur le principe de la responsabilité de l'entreprise. »*

introduit à son encontre. Si, en dépit de ces précautions, l'action est engagée, il faut alors envisager les actions défensives.

## **II. En aval : l'action de groupe modifie la stratégie de gestion des contentieux**

Les entreprises disposent de différents moyens leur permettant d'avoir une vision globale des enjeux financiers de l'action de groupe qui a été intentée à leur encontre et de s'y préparer (A). De plus, diverses actions leur permettant de se protéger sont envisageables (B).

### **A. Une appréhension collective du contentieux**

L'action de groupe est divisée en deux phases : le jugement reconnaissant la responsabilité de l'entreprise permettra ensuite aux consommateurs lésés d'adhérer à l'action de groupe et d'obtenir réparation individuelle de leur préjudice.

Là encore, une veille devra être assurée pour éviter que des associations ne tentent par des actions test de faire juger subrepticement des dossiers individuels, avant de passer à une action de groupe officielle en utilisant la jurisprudence

obtenue, sans une défense attentive de l'entreprise qui minimiserait les réclamations judiciaires.

L'entreprise peut donc mettre en place une stratégie de défense, soit pour défendre un dossier de façon sérieuse, soit pour gérer au mieux les conséquences négatives de sa responsabilité. Le calendrier de procédure, qui certes sera approximatif, pourra donner une vision globale de la procédure contentieuse à venir et de préparer ainsi ses services en interne, mais aussi d'organiser sa défense avec ses conseils. Le décret de procédure annoncé devra être étudié attentivement pour y déceler les paramètres pouvant améliorer l'information de la juridiction (expertise...) parfois chronophage, mais déterminante pour le débouté des demandes.

*« Une coordination entre communicants et juristes devra être mise en place pour gérer ce type de contentieux initialement quasi individuel avant de devenir de masse et choisir les réponses qui seront acceptables pour les deux services. »*

Il est dans l'intérêt de l'entreprise de garder la maîtrise du temps dans ce type de contentieux et particulièrement dans ceux où sa responsabilité est engagée au titre de pratiques anticoncurrentielles. En effet, dans ce cas précis, l'action de groupe ne pourra être introduite qu'à partir du moment où la décision constatant les manquements au droit de la concurrence n'est plus susceptible de recours.

Contrôler la procédure permettrait, dans une certaine mesure, de moduler le nombre de consommateurs pouvant obtenir réparation du préjudice subi du fait de pratiques anticoncurrentielles. La preuve du préjudice sera le plus généralement soumise à la production de tickets de caisse ou de factures. Or, au-delà de l'éventuelle illisibilité de ces derniers des années après leur émission, il semble peu probable que les

consommateurs les conservent plusieurs années après l'achat...

**B. Une gestion proactive des contentieux**

L'entreprise qui se voit mise en cause dans le cadre d'un contentieux où une action de groupe est formée peut mettre en place une stratégie de protection à différents niveaux.

Tout d'abord, il peut s'agir d'une protection financière à travers le provisionnement des sommes correspondant aux dommages et intérêts auxquels elle sera condamnée.

Afin d'avoir une idée globale de cette somme, l'entreprise, peut, dès le début du contentieux, tenter d'identifier le nombre global de consommateurs susceptibles d'avoir subi un préjudice. Le juge ayant, au stade du jugement sur la responsabilité de l'entreprise, défini le montant du préjudice ou du moins les éléments permettant son évaluation, il sera dès lors possible d'évaluer approximativement le montant des dommages et intérêts auxquels pourrait être condamnée l'entreprise.

Ensuite, le professionnel peut, tel que prévu à l'article L. 423-15 du code de la consommation, participer à une médiation collective avec l'association de consommateurs requérante. L'accord négocié devra être homologué par le juge. La médiation collective permettra ainsi de réduire les conséquences financières de l'action de groupe.

En outre, une coordination entre communicants et juristes devra être mise en place pour gérer ce type de contentieux initialement quasi individuel avant de devenir de masse et choisir les réponses

qui seront acceptables pour les deux services. Le professionnel pourra tenter de limiter l'impact négatif de l'action de groupe sur son image par la création d'une cellule de crise, chargée de mettre en place des plans de communication. Ces derniers peuvent notamment consister à reconnaître la responsabilité de l'entreprise, ce qui pourra produire un effet psychologique positif sur les consommateurs ayant subi un préjudice. A cette occasion, le professionnel peut tenter de contrôler les excès des demandeurs et rechercher la responsabilité civile et pénale de l'association agréée de consommateurs.

Sa responsabilité civile pourra être engagée sur le fondement de l'article 1382 et 1383 du code civil et être ainsi soumise à la preuve d'une faute. Cette faute peut notamment être constituée par la promotion du boycott du professionnel alors que d'autres moyens permettant de protéger le consommateur existent. La responsabilité pénale de l'association peut notamment trouver son fondement dans l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Ainsi, si l'association agréée de consommateurs tient des propos diffamatoires à l'encontre du professionnel, celui-ci pourra rechercher sa responsabilité. Ainsi, l'introduction de l'action de groupe est susceptible d'avoir un impact beaucoup plus significatif que les actions qui seront réellement engagées. La possibilité sérieuse d'être la cible d'une action de groupe obligera donc toutes les entreprises, quelle qu'en soit la taille, à se prémunir contre ce type de mise en cause.

■ **Jean-Louis Fourgoux**

**BIO EXPRESS**

Jean-Louis Fourgoux est Avocat aux Barreaux de Paris et de Bruxelles. Après avoir obtenu un DEA de Droit des Affaires et de Droit Économique (Université Paris I La Sorbonne), il s'est spécialisé en Droit Européen de la concurrence, et en droit de la distribution (certificats CNB).

En plus de sa profession première, Jean-Louis Fourgoux est chargé d'enseignement à Sciences-Po Paris et intervient régulièrement à l'EFB et à l'ENM en droit de la concurrence. Il est également co-auteur du Guide pratique du Contentieux de la Concurrence et du fascicule Juris-Classeur commercial sur les pratiques restrictives de concurrence. Ancien Président du réseau international d'avocats GESICA, il préside désormais l'AFEC (Association Française d'Étude de la Concurrence).