

L'OPPORTUNITÉ D'UNE ACTION DE GROUPE EN DROIT DES SOCIÉTÉS ?

Sous la direction de Véronique Magnier,
Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, membre du CEPRISCA

Collection CEPRISCA

Sommaire

Avant-propos

Par Véronique Magnier, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, membre du CEPRISCA

L'action collective en droit français

Par Louis Boré, Docteur en droit, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Introduction à la class action en droit américain

Par José María Pérez, Avocat à la Cour, Associé, Bredin Prat

Action en justice du syndicat et action de groupe

Par Pierre-Yves Verkindt, Professeur à l'Université de Lille II, Centre R. Demogue

De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs

Par Virginie Canu, Avocat à la Cour d'appel d'Amiens

Vers une action publique civile des autorités de marché

Par Nicole Decoopman, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, Directrice du CEPRISCA

L'intérêt protégé

Par Michel Germain, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Class action et sociétés - La mise en œuvre de l'action - L'indemnisation

Par Hervé Lécuyer, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Pour une action de groupe à la française : enjeux et perspectives

Par Benoit Le Bars, Maître de conférence à l'Université de Cergy-Pontoise, Directeur du Master DJCE

L'introduction de la class action ou action de groupe en droit français, une fausse bonne idée

Par Joëlle Simon, Docteur d'Etat en Droit, Directrice des affaires juridiques, Mouvement des Entreprises de France - MEDEF -

L'introduction de la class action en droit français : le point de vue des actionnaires

Par Colette Neuville, Présidente de l'Association de défense des actionnaires minoritaires

L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés

De l'action civile à l'action sociale de l'actionnaire dans les affaires d'abus de biens sociaux

Par Mikaël Benillouche, Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne, membre du CEPRISCA

Brefs propos sur les actions en justice en droit du travail

Par Hélène Tissandier, Maître de conférences à l'IUT d'Amiens - Université de Picardie Jules Verne, membre du CEPRISCA

Rapport de synthèse

Par François Terré, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), membre de l'Institut

Avant-propos

Cet ouvrage, issu d'une journée organisée par les étudiants du DESS de droit des affaires et l'Association de Droit des Affaires de l'université Picardie-Jules Verne, en collaboration avec le CEPRISCA (Centre privé et de sciences criminelles d'Amiens), propose de s'interroger sur l'opportunité d'introduire une action de groupe en droit des sociétés. L'action de groupe suscite de nombreuses interrogations, à commencer par sa dénomination, car ce que l'on cherche à désigner est en fait la transposition d'une institution très ancienne dérivant de l'Equity dans les pays de common law, la class action. Ce type d'action comporte un certain nombre de particularités et n'a pas véritablement d'égal en droit français. C'est une procédure qui permet l'exercice groupé d'une action en défense de droits individuels et son introduction en France fait depuis longtemps l'objet de débats parlementaires et doctrinaux. Après avoir touché certaines branches nouvelles comme le droit de la consommation, l'actualité a porté récemment sur le droit des sociétés. Cet ouvrage a la modeste ambition d'apporter son lot d'interrogations et de perspectives aux débats relatifs, d'une part, aux préalables à l'action, d'autre part, à sa mise en oeuvre.

Premier préalable, il convient de chercher à préciser la notion d'action de groupe. C'est le grand mérite de Me Louis Boré de montrer que malgré le refus de principe d'accorder aux groupements la capacité d'agir en justice, né d'un caprice de l'histoire, le droit français n'en admet pas moins de nombreuses exceptions qu'il s'agisse d'observer, ici le contentieux de l'annulation, là, le contentieux de la répression ou encore celui de la réparation. Toutefois ces illustrations sont loin de la class action américaine, pour laquelle l'initiative peut être prise sans l'intermédiaire d'un groupement et dont Me José María Pérez révèle les avantages et les inconvénients, sans négliger les risques d'une acculturation sans nuance en droit français.

En second préalable, il importe de se pencher sur la recevabilité de l'action. Compte tenu de la nécessité d'une médiation en droit français, une première piste, ouverte par le professeur Pierre-Yves Verkindt, oriente vers l'action syndicale en justice, dans laquelle on peut voir «un embryon d'action de groupe». Egaleme nt prometteuses, les actions exercées par les associations de défense d'investisseurs et d'actionnaires, sous réserve, selon Me Virginie Canu, que celles-ci voient se réduire les contraintes légales et matérielles qui pèsent sur elles. Difficile, en revanche, comme le montre le professeur Nicole Decoopman,

de faire de l'action en justice ouverte aux autorités de marché devant les juridictions civiles un substitut à la class action.

Le débat se déplace alors vers la mise en œuvre de l'action. Deux questions indissolublement liées se posent en effet. Quel serait l'intérêt à protéger, tout d'abord ; qu'en est-il de l'indemnisation, ensuite ? La première question, difficile, appelle une réponse nécessairement subtile et mesurée. Après avoir écarté les idées du moment, comme de vouloir défendre un préjudice propre à l'associé, le professeur Michel Germain propose avec réalisme « le seul changement profond » envisageable, celui qui invite à distinguer « selon qu'est atteinte la substance du titre ou les droits de l'associé sur son titre ». Cette esquisse de solution, à chercher « dans la nature exacte de la relation que la société entretient avec l'associé », consisterait à trouver dans la société un nouveau responsable, démarche qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence américaine *Business judgment rule*... Quant à l'indemnisation, s'il est vrai qu'elle constitue un objectif légitime à l'introduction de la class action en droit français, le professeur Hervé Lécuyer en relativise l'importance pour convaincre d'une motivation plus fondamentale encore, qui est de « faire jouer à la responsabilité civile son rôle normatif, prophylactique ». L'approche de Benoît Le Bars, résolument optimiste mais lucide et précise, vise à proposer des solutions courageuses à la question de la représentation des victimes et à celle du financement de l'action.

Le débat ne pouvait avoir lieu sans les principaux intéressés, et place est faite aux entreprises et aux actionnaires, par les voix conjuguées de Mmes Joëlle Simon et Colette Neuville. Si elles sont en harmonie sur les difficultés pratiques que soulève la mise en place d'une action de groupe, les divergences portent sur la nécessité d'une class action à la française conçue comme un instrument efficace pour mettre en jeu la responsabilité des dirigeants sociaux. Le sujet méritait également d'être ouvert à d'autres horizons. Ainsi, en droit pénal des affaires, Mikaël Bénillouche démontre la possibilité de confirmer l'existence d'une véritable class action pouvant résulter du droit pour l'actionnaire de mettre en mouvement l'action publique et donc de défendre l'intérêt général. La même conviction se retrouve chez Hélène Tissandier, pour qui le droit du travail a également besoin d'une action de groupe.

Mais l'ouvrage ne peut tout dire et s'il revient au professeur François Terré de clore le débat, ce n'est peut-être pas définitivement !

Véronique Magnier
Professeur à l'université de Picardie- Jules Verne, membre du CEPRISCA

L'ACTION COLLECTIVE ⁽¹⁾ EN DROIT FRANÇAIS

Louis Boré

Docteur en droit,

Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Stephen Yeazell, dans un livre intitulé « From Medieval group litigation to the modern class action »², a montré que la class action américaine n'était que l'héritière de mécanismes d'actions de groupe qui existaient déjà au Moyen-âge, à une époque où l'on avait une vision organiciste et anthropomorphique de la société. De même que le corps de l'homme est composé d'organes distincts, on considérait que la société se composait d'une multitude de corps sociaux, les familles, villages, provinces, congrégations, corporations, etc..., qui devaient tous collaborer entre eux pour parvenir au bien être général. Les actions de groupe étaient destinées à représenter en justice ces corps sociaux.

La Révolution française a voulu détruire ces corps intermédiaires. Appliquant les idées de Rousseau, elle considérait que pour que la volonté générale puisse s'exprimer par le libre vote des individus, rien ne devait se dresser entre ces derniers et l'Etat. Il y avait aussi la volonté révolutionnaire de créer un homme nouveau, libérer des contraintes et des idées de l'Ancien régime, et pour créer cet homme nouveau, il fallait que rien ni personne ne vienne se dresser entre lui et l'Etat qui allait le façonner.

C'est pourquoi la loi Le Chapelier disposait, dans son article 2, que « les citoyens d'un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers d'un art quelconque, ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer ni président, ni secrétaire, ni syndic, tenir registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs ».

Montesquieu avait défendu une autre conception de l'Etat moderne. Pour lui, des « pouvoirs intermédiaires subordonnés et dépendants » pouvaient contribuer à l'équilibre de la société et servir de contrepoids au pouvoir central.

Et cette conception allait peu à peu l'emporter, grâce notamment au combat inlassable de Waldeck-Rousseau qui fit voter tout d'abord la loi

1 - J'emploie les termes d' « action collective » pour désigner l'ensemble des actions que les groupements peuvent exercer dans un intérêt collectif, l' « action de groupe » désignant uniquement la class action au sens strict.

2 - Yale University Press, 1987.

du 21 mars 1884 sur la liberté syndicale, après trois années de débats parlementaires, puis la loi du 1^{er} juillet 1901 sur la liberté d'association.

Ces deux textes consacraient en des termes presque identiques la capacité d'agir en justice de ces groupements, sans préciser s'ils pouvaient, ou non, agir pour la défense de leur objet social. Ils ont été, sur ce point, interprétés en sens opposé.

Les premiers groupements à agir en justice furent des syndicats d'employeurs, et plus particulièrement de viticulteurs qui cherchaient à lutter contre des fraudes sur les vins.

La Chambre civile de la Cour de cassation avait jugé leur action recevable³, tandis que la Chambre criminelle avait statué en sens contraire⁴.

Les Chambres réunies durent donc intervenir pour mettre fin à cette divergence de jurisprudence, et le 5 avril 1913, elles consacrèrent de façon très claire le principe de la recevabilité de l'action syndicale en précisant que celle-ci avait pour objet « d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession, envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat »⁵.

La loi du 12 mars 1920, qui est à l'origine de l'article L. 411-11 de notre Code du travail relatif à l'action syndicale, n'a fait que reprendre cette formule consacrée par la Cour de cassation.

En cette même année 1913, la Chambre civile de notre Cour suprême judiciaire statua sur la recevabilité d'une action engagée par l'« Association fraternelle des instituteurs et institutrices laïques du département de la Marne » qui voulait voir engager la responsabilité du Cardinal Luçon, archevêque de Reims, pour avoir, dans une lettre pastorale, fait des critiques de nature à porter atteinte, selon les associations, à l'honneur et à la considération des enseignants de l'enseignement public. Il s'agissait d'une association professionnelle et non d'un syndicat car, à l'époque, les fonctionnaires n'avaient pas le droit de se syndiquer.

La Chambre civile jugea cette action irrecevable non pas parce que l'association ne pouvait pas agir en justice sur le fondement de son objet social, mais parce que, selon elle, les propos incriminés visaient un service public de l'Etat et non les instituteurs pris individuellement⁶.

3 - Cass. civ., 18 janv. 1905, D.P. 1908.1.27 ; 25 janv. 1910, D.P.1912.1.395.

4 - Cass. crim., 20 déc. 1907, Bull. crim., n° 512 ; 5 nov. 1909, Bull. crim., n° 497.

5 - Ch. réun., 5 avr. 1913, D.P. 1914.1.65, concl. Sarrut, rapp. Falcimaigne.

6 - Cass. civ., 4 mars 1913, D.P. 1913.1.321, concl. Sarrut, note L. Rolland.

La Cour d'appel de renvoi résista à cette solution et les Chambres réunies furent donc saisies du dossier, 10 ans plus tard en raison de la guerre.

Devant elle, le Procureur général Mérillon conclut à la recevabilité de l'action associative, mais il ne fut pas suivi. Les Chambres réunies jugèrent, le 15 juin 1923, « qu'à la différence des syndicats professionnels, les associations ne représentent pas, de plein droit, la profession de ceux qui en font partie »⁷. Pourquoi ? Les Chambres réunies ne le précisent à aucun moment. Mais on peut penser que les circonstances de l'espèce ont pesé lourdement dans leur décision.

Il faut bien avouer, en effet, que l'affaire qui leur était soumise se présentait mal. Les faits étaient très anciens (ils dataient de 1907), ils étaient la manifestation d'une guerre scolaire née de la loi de 1905 sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat, guerre qui était en voie d'apaisement et que l'on ne souhaitait pas relancer, et l'association demanderesse était une association de fonctionnaires, association dont l'Etat ne souhaitait pas voir se développer la puissance. Aussi, tout concourait à une décision d'irrecevabilité. Mais la difficulté tient au fait que ce principe d'irrecevabilité a perduré jusqu'à aujourd'hui, avec des conséquences que je vais maintenant examiner en étudiant les trois principaux contentieux sur lesquels statuent nos juridictions : le contentieux de l'annulation, le contentieux de la répression, et le contentieux de la réparation⁸.

Section I – Le contentieux de l'annulation et de la cessation des agissements illicites

Les actions en annulation et les actions en cessation constituent les deux faces d'une même médaille. Les premières visent à mettre fin à un acte juridique illicite, les secondes à faire cesser des faits illicites. Examinons les successivement.

A. Les actions collectives en annulation

Le contentieux collectif de l'annulation est, pour l'essentiel, un contentieux administratif.

Le Conseil d'Etat a, dès 1906, et donc avant la Cour de cassation, admis la recevabilité de l'action collective dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

7 - Ch. réun., 15 juin 1923, D.P. 1924.1.153, concl. Mérillon, note L. Rolland ; S. 1924.1.49, rapp. A. Bouloche, note E. Chavegrin.

8 - Pour une présentation plus approfondie, v. L. Boré, La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, LGDJ 1997, préf. G. Viney.

On avait fermé la ligne de tramway de Léon Duguit, Doyen de la Faculté de droit de Bordeaux. Furieux, celui-ci constitua une association appelée improprement « Syndicat de propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey Tivoli », demanda au préfet de mettre en demeure la compagnie de tramway d'exécuter les obligations prévues dans son cahier des charges, et attaqua la décision de rejet prise par celui-ci.

Le Conseil d'Etat jugea ce recours recevable, par un arrêt du 21 décembre 1906⁹. Il précisa cependant, par une décision rendue une semaine après, que ce recours était plus largement admis contre les actes réglementaires que contre les actes individuels¹⁰.

Tel est encore le cas aujourd'hui.

Le recours pour excès de pouvoir des associations et des syndicats est toujours recevable lorsqu'il existe un lien suffisant entre l'acte réglementaire attaqué et l'objet social du groupement.

Au contraire, lorsqu'il est dirigé contre un acte individuel, le Conseil d'Etat opère une distinction.

Si cet acte est favorable à la personne concernée, celle-ci n'a naturellement aucun intérêt à l'attaquer. Dans ce cas, l'action du groupement est recevable contre cette faveur illégalement accordée.

Si cet acte est défavorable à la personne concernée, en principe, seule celle-ci est recevable à l'attaquer, même si le Conseil d'Etat a admis quelques exceptions à cette règle¹¹.

Mais notre droit public a un immense avantage par rapport à notre droit privé : il ne fait aucune distinction entre les associations et les syndicats, leur action étant soumise aux mêmes conditions de recevabilité, ce qui lui a permis d'échapper à une avalanche de textes habilitant les associations à agir selon des conditions toujours différentes, avalanche sur laquelle je reviendrai un peu plus loin.

B. Les actions collectives en cessation

Le contentieux de la cessation des agissements illicites est, lui, avant tout un contentieux judiciaire.

Le législateur est intervenu pour habilitier les associations agréées de consommateurs à demander au juge civil ou pénal « d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite »¹².

9 - CE, 21 déc. 1906, Syndicat de propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey Tivoli, Rec. p. 962, concl. Romieu ; S. 1907.3.33, note Hauriou.

10 - CE, 28 déc. 1906, Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges, Rec. p. 977, concl. Romieu ; RDP 1907.25, note Jèze.

11 - V. par ex. : CE, 10 avr. 1992, Société Montalev, RFDA 1993, p. 261, concl. Hubert.

12 - C. cons., art. L. 421-2.

Elles peuvent le faire par voie d'action lorsqu'une infraction pénale a été commise, ou par voie d'intervention lorsque tel n'est pas le cas¹³.

En l'absence d'une telle infraction, les associations agréées peuvent demander à la juridiction civile « d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression de clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs et dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres »¹⁴.

Il s'agit plus d'une action en cessation qu'en annulation puisque les clauses abusives seront supprimées dans les modèles de convention et non dans les contrats eux-mêmes, ce qui permettra de tarir la source de l'illicéité.

« La juridiction saisie peut ordonner la diffusion, par tous moyens appropriés, de l'information au public du jugement rendu »¹⁵.

Dans le droit de l'environnement aussi, plusieurs textes permettent aux associations d'obtenir la cessation de la pollution et la remise en état des lieux¹⁶, souvent dans le cadre de poursuites pénales, mais il n'existe pas, malheureusement, en la matière, de dispositions générales comparables à celles du Code de la consommation.

Enfin, une jurisprudence minoritaire a admis, en l'absence de toute habilitation législative, la recevabilité de l'action de la ligue contre la violence routière qui demandait l'interdiction d'une publicité pour une voiture fondée sur l'exaltation de la vitesse¹⁷, d'une association de lutte contre le racisme qui demandait l'interdiction d'ouvrages niant le génocide juif¹⁸ ou d'une association catholique qui tentait de faire interdire une affiche qui blessait ses convictions¹⁹.

Mais le principe de prohibition demeure, principe que l'on retrouve en matière répressive.

13 - C. cons., art. L. 421-7.

14 - C. cons., art. L. 421-6.

15 - C. cons. art. L. 421-9.

16 - V. par ex. : Code de l'environnement, art. L. 514-9-III et L. 541-46-II.

17 - TGI Paris, 9 oct. 1984, Gaz. pal. 1985.1.97.

18 - TGI Paris, 25 mai 1987, Gaz. pal. 1987.1.369.

19 - Cass. 1ère civ., 14 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 289.

Section II – Le contentieux de la répression

Les syndicats peuvent se constituer partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Ce droit, consacré aujourd'hui par l'article L. 411-11 du Code du travail, leur a été reconnu, on l'a vu, dès 1913 par la Cour de cassation, et cela, sans aucune condition d'ancienneté ou de représentativité.

En revanche, et même si la Chambre criminelle a fait quelques entorses à cette règle²⁰, les associations ne peuvent engager des poursuites pénales relativement aux faits portant atteinte à leur objet social que si elles y ont été expressément habilitées par le législateur.

Les textes d'habilitation se sont multipliés dans l'anarchie la plus totale, en sorte que l'on peut douter à la fois de la pertinence et de la solidité du principe de prohibition. Le régime juridique des dommages-intérêts qui sont accordés aux associations n'est pas, lui aussi, d'une très grande clarté.

A. La multiplication des textes d'habilitation

La première loi d'habilitation a été votée le 10 juillet 1915. Elle visait à autoriser les associations professionnelles à agir pour l'application des dispositions de cette loi relative au travail à domicile. Elle se situait donc dans le sillage de l'action syndicale.

Le 9 novembre 1915, une nouvelle loi d'habilitation était votée, en faveur, cette fois-ci, des associations de lutte contre l'alcoolisme. Celles-ci étaient habilitées à agir en cas de violation des dispositions du Code des débits de boisson, et ce texte est toujours en vigueur²¹.

Enfin, la loi du 6 mai 1919 autorisa les associations de défense des appellations d'origine à agir, aussi bien au pénal qu'au civil, pour lutter contre les usurpations de ces appellations²².

En 1932, le sénateur Godart déposa une proposition de loi tendant à habilitier à agir toutes les associations déclarées d'utilité publique.

Ce texte, qui aurait unifié et clarifié les conditions d'habilitation, fut malheureusement rejeté par 163 voix contre 120.

20 - V. par ex. l'arrêt « Le Pen » du 14 janvier 1971, D. 1971.102, rapp. Chapar.

21 - C. sant. pub., art. L. 3355-1.

22 - Texte devenu l'art. L. 115-8 du Code de la consommation.

Aussi, les textes d'habilitation continuèrent-ils à être adoptés, au cas par cas et selon des modalités toujours différentes, d'abord à un rythme relativement lent, puis de plus en plus fréquemment depuis 1970.

Aujourd'hui, l'énumération des textes d'habilitation serait longue et fastidieuse. On peut indiquer qu'il en existe 20 dans le Code de procédure pénale, et une quinzaine en dehors de ce code. La multiplication de ces textes fragilise, naturellement, le principe de prohibition.

Surtout, les conditions d'habilitation varient presque dans chaque disposition, ce qui rend le droit applicable en la matière particulièrement confus.

Certaines lois d'habilitation exigent que l'association ait une certaine durée d'existence qui peut être de 6 mois²³, trois ans²⁴, ou cinq ans²⁵. D'autres lois, plus exigeantes, n'ouvrent l'action d'intérêt collectif qu'aux associations qui ont reçu un agrément administratif²⁶. Les conditions d'agrément sont en général précisées par un texte réglementaire. Ces conditions visent souvent le nombre d'adhérents de l'association, son indépendance, sa durée d'existence ou l'adoption de statuts types établis par l'administration. Ici encore règnent la diversité et le foisonnement. D'un texte à l'autre, les conditions d'agrément varient presque toujours, sans aucune raison logique. En outre, dans la pratique, l'administration s'est montrée extrêmement libérale dans l'octroi des agréments. Ainsi, il existe plus d'une centaine d'associations nationales agréées pour la protection de l'environnement, et plus de 1500 associations locales agréées. A partir du moment où les agréments sont si facilement accordés, on peut se demander s'il n'aurait pas été plus simple pour le législateur d'admettre le principe même de la recevabilité de l'action d'intérêt collectif des associations, comme il l'a fait pour les syndicats, quitte à sanctionner les actions abusives par des dommages intérêts.

Mais les lois d'habilitation posent aussi un certain nombre de conditions relatives, non à l'association, mais à l'action exercée. Dans certains cas, le législateur a exigé qu'avant d'engager une action, l'association obtienne l'accord de la personne physique qui a été frappée par l'infraction pénale. Cette exigence intervient généralement dans des domaines où l'infraction commise touche la victime de façon tellement personnelle qu'elle peut préférer jeter un voile pudique sur celle-ci et s'épargner le choc psychologique d'un procès (ex. : victimes

23 - V. par ex. : C. cons., art. L. 115-8.

24 - V. par ex. : C. envir., art. L. 142-2.

25 - V. par ex. : C. sant. pub., art. L. 3512-1.

26 - V. par ex. : C. cons., art. L. 421-1.

de violences sexuelles, d'injures racistes, personnes malades et handicapées, etc...). Le législateur a voulu respecter ce choix et empêcher les associations d'agir sans l'accord de la victime. L'intérêt individuel est ici prépondérant par rapport à l'intérêt collectif.

Surtout, la plupart des textes d'habilitation n'autorisent l'action d'intérêt collectif des associations qu'en vue de la poursuite de tel ou tel type d'infractions. Contrairement au droit administratif qui exige simplement qu'il y ait un lien suffisant entre l'acte attaqué et l'objet social du groupement, le droit privé ne permet aux associations que de poursuivre certains faits précis, généralement constitutifs d'infraction pénale. Il contribue ainsi à une pénalisation regrettable de notre société.

Ainsi, par exemple, les associations de lutte contre le racisme et la xénophobie ne sont autorisées à poursuivre que les discriminations raciales réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal. Si un autre fait illicite était accompli pour un motif raciste ou xénophobe, l'association ne serait pas habilitée à agir contre lui.

Certains textes d'habilitation sont cependant plus larges. Ainsi, l'article L. 421-1 du Code de la consommation dispose que les associations agréées de consommateurs peuvent « exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ». Il ne mentionne pas une liste particulière d'infractions. Toutes celles qui sont de nature à menacer l'intérêt collectif des consommateurs peuvent être poursuivies. Mais la Cour de cassation a jugé, malgré les termes généraux de la loi, que les faits non-constitutifs d'infraction pénale ne pouvaient pas, eux, être poursuivis devant le juge civil²⁷.

Heureusement, certains textes habilite expressément les associations à agir devant les juridictions civiles sur le fondement de faits non-constitutifs d'infractions pénales, et c'est le cas pour les associations d'investisseurs en valeurs mobilières²⁸.

Enfin, certaines lois disposent que les associations peuvent obtenir la réparation des préjudices directs ou indirects causés à l'intérêt collectif qu'elles défendent, tandis que d'autres n'apportent aucune précision sur ce point. On doit en déduire que ces dernières ne peuvent pas, en principe, obtenir de dommages-intérêts, tandis que les premières devraient en obtenir systématiquement, ce qui doit nous conduire à étudier leur régime juridique.

27 - Cass. 1ère civ., 16 janv. 1985, D. 1985, p. 317, note J.-L. Aubert ; JCP 1985.II.20484, note J. Calais-Auloy.

28 - C. mon. et fin., art. L. 452-1.

B. L'obtention de dommages-intérêts punitifs

Les dommages-intérêts qui seront obtenus par le syndicat ou par l'association ne lui permettront que rarement de réparer véritablement le dommage qui a été causé. Ainsi, si une rivière a été polluée, l'association n'aura pas le droit d'effectuer elle-même des travaux de dépollution, la rivière ne lui appartenant pas, sauf à obtenir l'accord du propriétaire, qui sera en général l'Etat.

Le prononcé d'une mesure de cessation et de remise en état serait beaucoup plus efficace. On a vu, plus haut, que plusieurs textes prévoyaient de telles mesures en matière de droit de la consommation et de l'environnement, en sorte que l'action collective pourra utilement favoriser leur application, mais il n'existe malheureusement pas de disposition générale en ce sens.

Dans la majorité des cas, le groupement n'obtiendra que des dommages-intérêts. Ceux-ci ont, à mon avis, un caractère beaucoup plus punitif que réparateur. Même si notre droit ne reconnaît pas encore officiellement la fonction répressive de la responsabilité civile, celle-ci me semble difficilement contestable²⁹.

Le préjudice collectif causé par une publicité illicite en faveur du tabac n'est pas évaluable en argent. Pourtant, le « Comité national de lutte contre le tabagisme » a obtenu à plusieurs reprises la condamnation des publicitaires ou des producteurs de tabac à lui verser plusieurs centaines de milliers de francs hier, et d'euros aujourd'hui. Ces dommages intérêts avaient, selon moi, beaucoup plus pour but de sanctionner les auteurs de la publicité illicite que de réparer le préjudice collectif causé.

En effet, ce préjudice a été subi avant tout par les individus qui ont vu la publicité illicite et ont été ainsi incités à consommer du tabac, et non par l'association elle-même. Or, les dommages intérêts seront versés à l'association, et non à ces individus, difficilement identifiables, et celle-ci n'aura aucune obligation de leur reverser ces sommes.

On pourrait objecter à cela que le « Comité national de lutte contre le tabagisme » agit sur le terrain et dans les médias, que cette action engendre pour lui un certain coût, et que la publicité illicite met à néant une partie de ses efforts. En lui accordant des dommages intérêts, le juge répare l'atteinte illicite qui a été portée à son action et contribue au financement de l'association. Cette idée contient une part de vérité. Il demeure que pour fixer le montant de la condamnation, le juge tiendra

29 - V. S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ 1995, préf. G. Viney.

beaucoup plus compte de la gravité de la faute qui a été commise que de cette prétendue atteinte au budget associatif.

L'octroi au groupement de dommages intérêts qui ont un caractère punitif peut, à certains égards, paraître choquante, surtout lorsqu'elle émane du juge répressif.

En effet, cette peine privée s'ajoute aux sanctions pénales qui sont déjà prévues par la loi. Le condamné subit donc une double peine. Ce à quoi on peut ajouter que cette seconde peine est clandestine, et qu'elle n'est limitée par aucun maximum légal.

On peut objecter à cela que c'est le législateur qui a expressément prévu que certains groupements peuvent obtenir la réparation d'un préjudice collectif indirect, alors que seuls les préjudices directs sont normalement réparables en droit français. Il a donc instauré un régime dérogatoire au droit commun.

Au surplus, le montant des sommes accordées est généralement très faible, en sorte que s'il y a une peine privée, on peut douter que celle-ci soit particulièrement dissuasive.

On peut donc penser que l'état actuel de notre droit n'est pas pleinement satisfaisant, qu'il favorise une pénalisation excessive, et que pour échapper à celle-ci, il conviendrait de le réorienter vers ce qui constitue la vocation première de la responsabilité civile : la réparation des dommages.

Section III – Le contentieux de la réparation

La Cour de cassation juge que les membres d'une association peuvent faire collectivement ce qu'ils pouvaient faire antérieurement à titre individuel³⁰. En conséquence, lorsque plusieurs personnes ont été les victimes d'un préjudice collectif, elles peuvent former ensemble une association et celle-ci sera recevable à agir en justice en leur nom. Mais cette même jurisprudence juge aussi, ce qui est particulièrement peu logique, que les membres peuvent agir individuellement en même temps que l'association, en sorte que le préjudice dont elle demande la réparation n'est pas la somme des préjudices individuels de ses membres, mais « un préjudice à l'intérêt collectif qu'elle représente » qui est tout aussi vague et tout aussi inévaluable en argent que celui des associations habilitées.

Les seules actions collectives convenablement organisées actuellement en droit français sont l'action de substitution des syndicats, et l'action en représentation conjointe.

30 - Cass. civ., 23 juill. 1918, S. 1921.1.289, note E. Chavegrin ; cass. civ., 25 nov. 1929, Gaz. pal. 1930.1.29 ; cass. 2ème civ., 21 juill. 1986, Bull. civ. II, n° 119.

A. L'action de substitution des syndicats

Un certain nombre d'articles du Code du travail permettent aux syndicats d'engager une action en responsabilité civile en lieu et place des individus titulaires de ces actions sans avoir obtenu de mandat exprès de leur part, mais à condition de les en avoir informé. Leur silence vaut acceptation. C'est le cas pour les travailleurs à domicile³¹, les travailleurs temporaires³², en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes³³, de licenciement économique³⁴, etc...

Les conditions de cette action varient d'un texte à l'autre. Elle est ouverte soit à tous les syndicats, soit aux seuls syndicats représentatifs, et ils peuvent défendre soit n'importe quel salarié, soit leurs seuls membres. Ces différences ne s'expliquent par aucune raison logique : ici encore, elles sont dues aux simples hasards de la rédaction.

Le régime de l'action est, en revanche, unitaire.

Le syndicat peut exercer l'action du salarié aussi bien devant les juridictions civiles que pénales. Dans tous les cas, il doit être en mesure de prouver qu'il a averti le ou les titulaires de l'action de son intention de l'engager, ce qui implique que les salariés concernés soient « identifiés ou identifiables sans équivoque »³⁵.

La décision rendue a autorité de chose jugée non à l'égard du syndicat mais à l'égard des salariés³⁶. Si des dommages intérêts sont accordés, ils doivent leur être versés, éventuellement par l'intermédiaire du syndicat.

Le Conseil constitutionnel a rendu une décision très intéressante en la matière³⁷.

Il a jugé que cette action était conforme au respect de la liberté individuelle « à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action ». Le Conseil a ajouté que la lettre recommandée devait comporter « toutes précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action et que l'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise qu'autant que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que

31 - C. trav., art. L. 721-19.

32 - C. trav., art. L. 124-20.

33 - C. trav., art. L. 123-6.

34 - C. trav., art. L. 321-15.

35 - Cass. soc., 20 juin 1990, D. 1990, IR p. 202.

36 - Cass. soc., 17 avr. 1953, Bull. civ. V, n° 292.

37 - Conseil constit., 25 juill. 1989, AJDA 1989, p. 796, note F. Benoît-Rohmer.

le salarié a eu personnellement connaissance » de cette lettre.

Au regard de cette jurisprudence constitutionnelle, il est donc possible d'introduire en France une class action fondée sur un mécanisme d'acceptation tacite à condition qu'il y ait eu une information individuelle des intéressés par lettre recommandée. En cas d'information générale par voie de presse, seules les personnes ayant expressément donné leur accord pourront être incluses dans le groupe.

B. L'action en représentation conjointe

La loi du 18 janvier 1992 a ouvert aux associations agréées de consommateurs une nouvelle action, « appelée action en représentation conjointe ». Celles-ci peuvent agir « lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune »³⁸. L'action de l'association doit se fonder sur au moins deux mandats écrits donnés par des consommateurs, ce qui constitue selon moi une excellente définition de l'action de groupe : c'est celle qui est exercée au nom d'au moins deux personnes.

Mais ces mandats ne peuvent être sollicités par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Ils peuvent l'être, en revanche, par voie de presse écrite. Cette distinction entre les différents supports de l'appel public n'a aucun sens et aucun fondement logique.

Naturellement, le consommateur peut à tout moment mettre fin au mandat et se désister.

Ce mécanisme a été étendu aux associations de défense de l'environnement³⁹ et aux associations d'actionnaires et d'investisseurs⁴⁰, mais jusqu'ici, il a été très peu utilisé.

Les associations semblent craindre la lourde responsabilité qu'il entraînerait pour elles si elles commettaient une erreur dans la gestion de la procédure, et je crois qu'aucun assureur n'a accepté de couvrir ce risque.

Ce qui pose le problème du coût de l'action de groupe. Celui qui engage une class action au nom d'un groupe très nombreux va devoir faire face à des dépenses considérables, ne serait-ce qu'en frais de notification, et il n'obtiendra le remboursement de ces sommes que s'il gagne. On a coutume de dire que la class action profite avant tout aux avocats. Si elle leur profite quand ils gagnent, elle ne leur profite absolument pas quand ils perdent. On a vu bon nombre de cabinets faire

38 - C. cons., art. L. 422-1.

39 - C. envir., art. L. 142-3.

40 - C. mon. et fin., art. L. 452-2 à L. 452-4.

faillite aux Etats-Unis parce qu'ils avaient engagé, sans succès, une class action. C'est ce qui explique qu'elle soit, finalement, assez peu fréquente. Je ne sais pas si les associations qui, en France, sont généralement assez pauvres, pourront vaincre cet obstacle financier.

Mais si l'on réussit à le dépasser, alors rien ne me semble faire obstacle à l'introduction d'une class action dans notre pays.

Il convient à cet égard de souligner qu'il n'existe pas une class action, mais des class actions. Au-delà des différences entre le droit canadien et le droit américain, l'extrême diversité des droits applicables dans chaque Etat fédéré américain montre qu'il s'agit d'un mécanisme très souple qui offre une grande variété de solutions dans son organisation⁴¹.

Selon que l'on soumet la class action à un mécanisme d'opting in ou d'opting out, que l'on encadre sa recevabilité par des conditions très strictes ou plus souples, que l'on admet un appel au public par voie de presse ou que l'on exige une notification individuelle, que l'on accepte ou non un mécanisme de « réparation fluide », on peut donner à la class action plus ou moins d'ampleur et d'efficacité.

Aussi, l'hostilité de principe à la class action me semble très excessive. Elle est fondée sur la peur, et cela, à trois égards.

Peur de l'homme, tout d'abord, et plus particulièrement, de sa capacité à agir dans l'intérêt d'autrui. Notre Code civil a toujours regardé avec suspicion les actes altruistes, et a strictement encadré les donations et la gestion d'affaires. Et Xavier Martin a bien montré que bien loin de croire en l'homme, ses rédacteurs en avaient une vision très pessimiste car ils avaient été marqués par les excès révolutionnaires⁴².

Peur du juge, ensuite. Car après tout, la personne qui engage une class action n'a aucun pouvoir de décision. C'est le juge qui tranchera le litige. Or, on considère ce juge comme un être malfaisant qu'il faut absolument empêcher d'intervenir.

Peur du Droit, enfin. Car le juge ne fait qu'appliquer les règles de droit. Si la class action n'est pas fondée, si la loi n'a pas été violée, elle sera rejetée, et celui qui l'a engagée en sera pour ses frais, généralement très importants. Mais si elle a été violée, alors la class action permettra son application pleine et entière. Il ne sert à rien de voter sans arrêt des lois nouvelles si l'on ne dote pas notre système judiciaire des moyens nécessaires pour en assurer le respect. C'est une attitude particulièrement hypocrite que celle qui consiste à accorder aux citoyens des droits nouveaux avec de grands effets d'annonce afin d'en tirer un bénéfice politique, sans pour autant veiller à leur effectivité.

41 - V. T. Dickerson, *Class actions : the law of 50 states*, Law Journal Seminars-press 1992.

42 - V. X. Martin, *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, RHD 1982, p. 589 ; *Nature humaine et Code Napoléon*, Droits 1985, n° 2, p. 117.

L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés

INTRODUCTION À LA CLASS ACTION EN DROIT AMERICAIN

José María Pérez
Avocat à la Cour
Associé
Bredin Prat

La presse¹ nous rapporte récemment le fait qu'un nombre important d'investisseurs italiens sont en train d'adhérer aux multiples procès judiciaires engagés aux Etats Unis contre le groupe Parmalat et ses créanciers, alors qu'il s'agit d'un groupe dont la maison mère et les centres de décision principaux sont domiciliés en Italie. Selon les articles de presse cités, ces investisseurs italiens se seraient tournés vers les tribunaux des Etats Unis pour obtenir d'une société, elle-même italienne, réparation du préjudice qu'ils auraient subi, en raison du fait que :

- (i) le système légal italien n'admettrait pas les class actions ni l'attribution des dommages et intérêts dits punitifs ; et
- (ii) les avocats italiens ne seraient pas autorisés à fixer leurs honoraires en fonction du résultat obtenu (pacte de *quota litis*, connu en anglais sous le nom de *contingency fees*).

A contrario, la notoriété internationale de l'action en justice connue aux Etats Unis sous le nom de class action est due en grande partie au fait qu'elle permet à toute une catégorie de personnes pouvant se prévaloir d'une situation comparable à celle des parties à l'instance, d'obtenir des dommages et intérêts, et ce grâce notamment à la conjonction de quelques éléments caractéristiques du système judiciaire et juridique des Etats Unis.

Ces éléments comprennent :

- une procédure conférant aux parties des droits importants relatifs à la recherche de la preuve en matière civile (*discovery*) ;
- la présence des jurés populaires en matière civile ;
- l'institution de *punitive damages*, en vertu de laquelle le défendeur est condamné à payer aux victimes un montant qui, dépassant la somme considérée nécessaire pour dédommager les victimes, intègre un élément de sanction civile à but dissuasif ;
- le versement d'honoraires importants pour les avocats, fixés en fonction du résultat obtenu.

1- Parmalat plaintiffs put hopes in US justice ; Financial Times, Mars 2004 ; Parmalat spurs calls for reform in business, Washington Post, 20 janvier 2004.

En réalité, il n'y pas une class action uniforme en droit américain mais, d'une part, une class action mise en œuvre devant les tribunaux fédéraux, régie par l'article 23(a) des Règles fédérales de procédure civile², complétées par la jurisprudence fédérale ainsi que par des usages propres à chaque circonscription judiciaire fédérale et, d'autre part, des class actions devant les tribunaux étatiques de chaque état fédéré, régies par les règles de procédure, par la jurisprudence et par les usages dudit état fédéré.

Toute présentation d'une institution juridique des Etats Unis entraîne nécessairement une simplification d'une réalité juridique et judiciaire complexe et multiforme. Ainsi en est-il de la class action, dont les contours diffèrent non seulement entre la class action fédérale et les différentes class actions de chaque état fédéré, mais également au sein de chacune de ces sous-catégories, puisque chaque tribunal garde un pouvoir considérable d'appréciation et d'organisation de cette procédure lourde en termes d'administration.

Aussi, nous nous attacherons à faire une présentation sommaire des éléments caractéristiques de la class action prévue par les règles fédérales de procédure civile (I), pour ensuite évoquer brièvement les débats aux Etats Unis à propos de la pratique actuelle de cette action de groupe (II). (Nous adoptons le terme d'action de groupe comme traduction du terme class action suivant la proposition dans ce sens de l'Académie).

Section I – Présentation technique de l'action de groupe

A. Les éléments caractéristiques de l'action de groupe

1. Définition de l'action de groupe

1.1 Qu'est-ce que l'action de groupe ?

La class action ou action de groupe est une action d'origine prétorienne qui remonte au Moyen Age anglais³ mais dont le véritable essor n'a eu lieu qu'aux Etats Unis et seulement au cours du 20^{ème} siècle⁴. Elle est aujourd'hui codifiée à l'article 23 des Règles fédérales de procédure civile.

2 - Federal Rules of Civil Procedure ; Art. 23.

3 - From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action ; Stephen C. Yeazell (1987) (cité dans Civil Procedure, Materials for a Basic Course; Richard Field, Benjamin Kaplan and Kevin Clermont, University Casebook Series, The Foundation Press, Westbury NY; 1997; p. 1283.

4 - Cf. Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble, 255 U.S. 356, 41 S.Ct. 338 (1921), affirmant l'opposabilité de l'autorité de la chose jugée d'une décision rendue dans le cadre d'une action de groupe à tous les membres de la catégorie en question; cf. encore Hansberry v. Lee 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115 (1940), confirmant le fait que les personnes rattachables à la catégorie étaient liées par la décision judiciaire rendue, même si elles n'avaient pas été formellement parties à l'instance, dès lors que leurs intérêts avaient été représentés de façon appropriée par les parties à l'instance.

L'action de groupe est une action par laquelle une ou plusieurs personnes - se prétendant représentatives (« typiques ») d'une catégorie (*class*) de justiciables - engage une action en justice (généralement une action en responsabilité) pour le compte de cet ensemble de personnes.

La spécificité de l'action de groupe tient au fait que les parties à l'instance ne sont pas des représentants, au sens juridique du terme, de l'ensemble des personnes pour le compte desquelles elles prétendent néanmoins agir. La légitimité qui leur est reconnue découle plutôt du caractère représentatif de leur situation juridique par rapport à celle de l'ensemble des personnes rattachables à la catégorie.

1.2 Conditions d'exercice

Pour qu'un tribunal puisse accepter de reconnaître à l'action la qualité de l'action de groupe, il faut que les conditions suivantes soient réunies :

(i) les personnes rattachables à la catégorie sont suffisamment nombreuses pour qu'une jonction d'instances individuelles ne soit pas envisageable (*numerosity*) ;

(ii) il existe des questions de droit ou de fait communes à toutes les personnes rattachables à la catégorie (*commonality*) ; il est important de préciser ici que les règles actuellement en vigueur n'exigent plus, comme autrefois sous l'empire des règles fédérales en vigueur entre 1938 et 1966, que les questions de droit ou de fait communes soient identiques ; il suffit désormais que les questions soient suffisamment similaires pour justifier qu'elles soient traitées ensemble ;

(iii) les prétentions ou les moyens des parties représentatives correspondent typiquement à celles et ceux des autres personnes rattachables à la catégorie (*typicality*) ;

(iv) les parties à l'instance protégeront correctement et équitablement les intérêts de la catégorie (*representativeness*).

1.3 Typologie des class actions

L'article 23 des Règles fédérales de procédure civile prévoit trois types de situations où le recours à une action de groupe est justifié :

(i) « *Incompatible standards or Impeding of interests actions* »⁵

5 - Traduction : critères d'appréciation incompatibles ou actions empêchant la défense des intérêts.

Elles correspondent aux situations où la poursuite d'instances distinctes par chaque personne rattachable à la catégorie entraînerait un risque de voir se dégager au fil d'espèces similaires des solutions jurisprudentielles différentes, voire contradictoires, au regard d'un même comportement, d'une même situation soumise à l'appréciation du juge ; ainsi, par exemple, les obligations d'un même trustee agissant dans des situations similaires pourraient faire l'objet d'une appréciation différente quant à leur étendue.

Ces situations étant rares, ce type d'action de groupe l'est aussi.

(ii) Situations rendant nécessaire une injonction de faire ou de ne pas faire (« *injunctive class actions* »)

Elles correspondent aux situations où un même comportement du défendeur est susceptible d'être mis en cause par une pluralité de personnes qui se verraient opposer les mêmes motifs par le défendeur, rendant ainsi utile une décision commune (qu'elle soit de nature conservatoire ou qu'elle tranche la question au fond). Ce type d'action de groupe vise essentiellement l'obtention des injonctions de faire ou de ne pas faire. Elle est connue aux Etats Unis sous le nom de *public law class actions* et a été très utilisée dans les années 60 et 70 pour contraindre notamment les administrations publiques à respecter les nouveaux droits civiques consacrés dans les années 60, tels que la déségrégation raciale.

(iii) Situations où les éléments de fait ou de droit sont communs (« *common question of law or fact* »)

Le recours à une action de groupe peut aussi être justifié -c'est d'ailleurs aujourd'hui le cas de figure le plus habituel- lorsque les demandeurs arrivent à persuader le tribunal du fait:

(a) que le traitement au procès des questions de droit ou de fait communes aux prétentions d'un certain nombre de personnes prédominera sur le traitement des questions particulières à chaque situation individuelle⁶ ; et

(b) que l'action de groupe s'avère, en l'occurrence, être une procédure plus idoine que les autres procédures éventuellement envisageables pour un jugement efficace et équitable du litige.

Ce troisième type d'action de groupe vise essentiellement la réparation pécuniaire des dommages subis par une pluralité de personnes ; elle permet de retenir l'existence d'une catégorie de personnes susceptible

6 - Cent. Power & Light Co.v.City of San Juan, 962 S.W. 2d. 602, 610 (Tex. App. 1998), cité dans Southwest Ref. Co. v. Bernal, 22 S. W. 3d 425, 434 (Tex.2000).

de justifier l'utilisation de l'action de groupe même en l'absence d'une identité parfaite d'intérêts entre ces personnes dès lors qu'il existe entre elles un degré suffisant de communauté d'intérêts pour que le mécanisme de l'action de groupe constitue un moyen approprié de résoudre les différends de manière équitable et efficace.

1.4 Distinction entre l'action de groupe et l'action ut singuli (derivative action)

Une *derivative action* (action du droit américain équivalente à l'action *ut singuli*) est une action contre les dirigeants sociaux exercée pour le compte de la société du fait d'un dommage subi par la société. Son exercice est, par conséquent, soumis à un certain nombre de contraintes procédurales visant à protéger les intérêts de la société pour le compte de laquelle l'action est engagée. Les dommages et intérêts éventuellement octroyés par le tribunal reviennent à la société et c'est la société qui, en contrepartie, supporte les frais de la procédure.

En revanche, l'action de groupe, bien qu'elle soit exercée pour le compte d'un ensemble de personnes, n'en est pas moins fondée sur des griefs personnels, consistant généralement en l'existence d'un dommage personnel à chaque actionnaire (*special injury*), distinct de celui subi par la société. Les actionnaires qui agissent au moyen d'une action de groupe n'agissent pas, comme ils le font dans le cadre d'une action *ut singuli*, dans l'intérêt social mais, au contraire, dans leurs intérêts personnels respectifs ainsi que dans l'intérêt personnel de chaque personne rattachable à la catégorie.

1.5 Distinction entre la class action au sens du droit américain et les actions groupées en droit français

Dans le cadre d'une action de groupe aux Etats Unis, les personnes rattachables à la catégorie en question (*class members*) ne sont pas, dans leur très grande majorité, parties à l'instance, ni directement ni par procuration. L'initiative de la procédure est prise par une ou plusieurs d'entre elles, mais sans un quelconque mandat des autres. La formule consacrée en anglais pour décrire l'initiateur d'une class action est : « *suing on behalf of himself and all others similarly situated* »⁷. Une fois l'action de groupe engagée, les demandeurs s'adressent publiquement (par voie de presse générale ainsi que par communications ciblées) à tous ceux qui, se trouvant dans une situation juridique similaire, auraient vocation à être rattachés à la catégorie pour le compte de laquelle l'action a été engagée.

7 - « engageant une action en son nom et pour son compte ainsi que pour le compte de tous ceux se trouvant dans une situation similaire ».

Le contraste est saisissant avec les contraintes du droit français concernant l'exigence d'un mandat explicite permettant l'identification de la personne pour le compte de laquelle l'action est engagée. Les règles déontologiques applicables aux avocats en France font également obstacle à la mise en œuvre par ceux-ci des techniques de démarchage utilisées par les avocats américains pour « nourrir » les catégories de justiciables dont ils entendent assurer la « représentation ».⁸

2. Recevabilité de l'action de groupe

Afin de déclarer recevable une action en tant qu'action de groupe, les tribunaux doivent, aux termes de l'article 23 des Règles fédérales de procédure civile, s'interroger sur l'existence d'une catégorie, d'une part, et sur l'adéquation du mécanisme de l'action de groupe à la résolution du litige en question, d'autre part.

2.1 *L'existence d'une catégorie*

La catégorie pour le compte de laquelle le demandeur prétend agir doit être suffisamment bien définie (*adequately defined*) et clairement vérifiable (*clearly ascertainable*) sur la base de critères objectifs.⁹

Ainsi, par exemple, les tribunaux n'ont pas conféré la qualité de catégorie à un ensemble de personnes comportant « des résidents d'un état de l'Union impliqués activement dans le mouvement pour la paix », jugeant qu'il s'agissait d'une définition trop vague¹⁰. En revanche, un ensemble de personnes comportant au moins cent quatre vingt individus qui auraient tous subi l'impact d'une fraude commune a été reconnue en tant que catégorie.¹¹

La question du nombre des membres qu'une catégorie peut comporter dépend des faits et circonstances de chaque espèce. A titre d'exemple, des catégories ont été reconnues avec vingt cinq membres¹² et jusqu'à trois millions sept cent cinquante mille membres¹³, cette dernière reconnaissance ayant été obtenue malgré l'opinion contraire du Président du tribunal qui considérait qu'une action de groupe visant un nombre aussi important de personnes serait ingérable.

8 - Voir à ce propos : La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires», thèse, Paris I, L. Boré ; voir également : L'opportunité d'une class action en droit des sociétés, V. Magnier, D. 2004, point de vue., p. 554 ; « Class actions : peu transposables en France », J.-P. Grandjean, Les Échos, édition du 21 et 22 novembre 2003, p. 11.

9 - Group Litigation under Foreign Legal Systems: Variations and Alternatives to American Class Actions, Edward F. Sherman, DePaul Law Review, Winter 2002, 52 DePaul L. Rev. 401, p. 6.

10 - Idem.

11 - Idem.

12 - Philadelphia Elec. Co v/ Anaconda American Brass Co., 43 F.R.D.

13 - Eisen c. Carlisle & Jacquelin, 392 F. 2d 555 (2d Cir. 1968).

Les tribunaux consacrent beaucoup d'attention à la question de savoir s'il existe une identité d'intérêts ou une cohésion suffisante entre les membres potentiels de la catégorie invoquée. Néanmoins, des différences notables existent entre la prédisposition des différents tribunaux à certifier l'existence des catégories et, par là même, à accepter de conférer à une action la qualification d'action de groupe.

2.2 Adéquation de l'action de groupe au litige en question

Le tribunal doit, tôt dans la procédure, rendre une ordonnance reconnaissant ou non à l'action engagée la qualité d'action de groupe ou la lui refusant. L'ordonnance du tribunal doit contenir une définition de la catégorie, les prétentions des parties et la désignation des conseils de la catégorie.

La décision du tribunal est rendue sur la base d'un certain nombre de critères pragmatiques:

- (i) l'intérêt des personnes rattachables à la catégorie de contrôler individuellement le déroulement de la procédure ;
- (ii) l'importance et la nature des procédures déjà en cours portant sur le litige en question ;
- (iii) l'intérêt ou non de rassembler toutes les procédures portant sur le litige devant une même juridiction ;
- (iv) les difficultés à prévoir dans la gestion de l'action de groupe.

La décision de reconnaître l'existence d'une catégorie ou le refus de le faire est susceptible d'appel dans les 10 jours.

B. Traits spécifiques du déroulement de l'action de groupe

La mise en œuvre d'une action de groupe implique un certain nombre de spécificités par rapport aux actions individuelles, dont nous évoquerons les principales ci-après.

1. Notification aux personnes remplissant les conditions de rattachement à la catégorie

La communication la plus idoine, eu égard aux circonstances, doit-être adressée aux personnes rattachables à la catégorie y comprises des notifications individuelles aux personnes identifiables moyennant

un effort raisonnable, comprenant les caractéristiques principales de l'action engagée¹⁴.

La jurisprudence de la Cour suprême fédérale a précisé que des notifications individuelles doivent être communiquées à toutes les personnes rattachables à la catégorie dont les noms et adresses peuvent être identifiés moyennant un effort raisonnable du demandeur.¹⁵

Cette obligation est d'ordre publique et les frais qui en découlent doivent en règle générale être supportés par le demandeur.

Il s'agit, en effet, du pendant essentiel au fait que, par exception au principe de l'autorité relative de la chose jugée qui existe également en droit américain, les effets d'une décision ou d'une transaction résultant d'une action de groupe sont opposables à toutes les personnes rattachables à la catégorie pour le compte de laquelle l'instance est engagée, alors même que la plupart de ces personnes ne sont pas parties à l'instance.

Les personnes rattachables à la catégorie ont ainsi le droit de s'exclure de ladite catégorie par le biais du mécanisme de « l'opt out ». A défaut d'exercer ce droit, ces personnes se verront donc opposer tous les effets de la procédure. Ceci est vrai même si les personnes rattachables à la catégorie n'ont à aucun moment au cours de la procédure été nommément citées.

2. Désignation des conseils de la catégorie

Le tribunal doit également procéder, dans le cadre de sa décision de reconnaissance d'une catégorie, à la désignation officielle des avocats autorisés à agir devant lui en représentation de ladite catégorie. Le tribunal se prononce généralement en considération des éléments suivants :

- (i) le travail déjà accompli par le conseil pour identifier ou rechercher les éventuels moyens afférents à l'action ;
- (ii) l'expérience du conseil dans le domaine des actions de groupe, autres litiges complexes et la matière même objet du litige ;
- (iii) le niveau de connaissance de la loi applicable ; et
- (iv) les ressources humaines et financières que les conseils sont prêts à consacrer à la représentation de la catégorie.

¹⁴ - Article 23 (c)(2)(B) des Règles fédérales de procédure civile.

¹⁵ - Eisen ; 417 US 156, 94 S.Ct. 2140, 40 L.Ed.2d. 732 (1974).

Le tribunal peut, avant la désignation, demander aux avocats candidats toutes informations jugées pertinentes à leur désignation ainsi qu'une proposition d'honoraires et frais. La décision de désignation prise par le tribunal peut comprendre de mesures relatives à l'attribution d'honoraires et au remboursement des frais.

Les conseils ainsi désignés sont tenus de représenter les intérêts de la catégorie de manière équitable et appropriée.

3. Jugement

Que la décision rendue par le tribunal soit favorable ou non à la catégorie, elle doit décrire le profil des personnes appartenant à la catégorie. Comme cela a été précédemment indiqué, les effets de la décision leur sont opposables. Cette exception à la règle de l'autorité relative de la chose jugée est à l'opposé de la solution dégagée par la jurisprudence française sur la portée de l'article 1351 du Code Civil, selon laquelle l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard des parties qui ont été présentes ou représentées au litige¹⁶.

4. Transaction, désistement

Toute transaction et tout désistement relatifs à une action de groupe doivent être approuvés par le tribunal saisi de l'action de groupe, lequel se prononce après avoir tenu une audience et après avoir vérifié le caractère équitable, raisonnable et approprié de la transaction ou du désistement en question.

A titre d'exemple, une transaction en vertu de laquelle les personnes rattachables à la catégorie demanderesse se voient attribuer le droit de recevoir -en réparation du dommage subi- des coupons d'achat leur permettant d'acquérir auprès du défendeur certains biens avec une remise, alors même que les avocats reçoivent un paiement au comptant, a été refusée par le tribunal¹⁷.

Les parties proposant la transaction ou le désistement doivent communiquer au tribunal l'existence de tous accords qui seraient intervenus en rapport avec la transaction proposée. Le tribunal doit en informer (y compris par publication de presse) toutes les personnes qui pourraient se voir opposer la transaction ou le désistement. Le tribunal peut refuser d'homologuer la transaction si une nouvelle opportunité n'est

16 - Cass. 1ère civ., 8 déc. 1959, Bull. I. n°524, p. 432.

17 - General Motors Corp. v. Bloyed, 916 S.W.2D 949 (Tex. 1996). Cf. également à ce propos un article paru dans Le Figaro du 1 juin 2004 : La manne contestée des avocats américains, Pierre-Yves Dugua.

pas offerte à ces personnes de s'exclure (*opt-out*) de la catégorie demanderesse et de préserver ainsi leur droit individuel d'agir.

La dynamique propre aux transactions conduit les tribunaux à veiller attentivement à leur portée. En effet, les défendeurs ainsi que les avocats des demandeurs ont naturellement tendance à vouloir, dans le cadre de la transaction, voir la catégorie des personnes auxquelles elle est opposable définie aussi largement que possible. Les défendeurs cherchent de la sorte à limiter l'éventualité de litiges ultérieurs sur la même question ; les avocats des demandeurs ont également tout intérêt à s'assurer que la catégorie comprenne le plus grand nombre possible de personnes puisque le montant global de l'indemnisation convenue dans le cadre d'une transaction est généralement déterminé en fonction du nombre de bénéficiaires, et la rémunération des avocats est établie sur la base du montant global attribué aux bénéficiaires.

Les tribunaux ont, par exemple, écarté les transactions visant des personnes exposées à l'amiante mais n'ayant pas encore -au moment de la transaction- manifesté de symptômes. Il en découle qu'une personne ne peut être subsumée, par anticipation, dans une catégorie à laquelle sont opposables les effets d'une action de groupe, avant d'avoir effectivement subi le dommage objet du litige en question. Cette position de la jurisprudence vise à éviter les actions de groupe portant sur des prétentions futures (*future claims class actions*).¹⁸

5. Attribution des dommages et intérêts

(a) Preuve du préjudice

Le préjudice subi par les membres de la catégorie peut être de nature similaire et faire donc l'objet d'une preuve au moyen de méthodes généralement applicables à toutes les victimes : modèles mathématiques, formules, extrapolations¹⁹.

Toutefois, le préjudice subi par chaque personne rattachable à la catégorie peut parfois exiger une preuve individualisée en raison des différences de nature parmi ces préjudices individuels. La pratique judiciaire américaine a alors imaginé une procédure dite de « bifurcation », voire de « polyfurcation ». Dans ces situations, l'action de groupe n'est pas nécessairement exclue, car le tribunal peut considérer souhaitable, eu égard à l'efficacité judiciaire, de procéder à la certification d'une catégorie aux fins d'établir l'existence ou non d'une responsabilité de la part du

18 - Edward F. Sherman, *op. cit.*, p. 7.

19 - Southwest Ref. Co., 22 S.W. 3d.

défendeur, tout en permettant que la détermination individuelle du préjudice subi et des dommages et intérêts dus à chaque membre de la catégorie fasse l'objet de procédures individuelles ultérieures, judiciaires voire même administratives²⁰.

(b) Modalités de recouvrement des dommages et intérêts alloués

Suite au jugement du tribunal ou à la conclusion d'une transaction, les personnes pouvant se prévaloir de leur appartenance à la catégorie au profit de laquelle ledit jugement a été rendu ou au profit de laquelle la transaction a été conclue, et qui n'ont pas été parties à l'instance, doivent faire valoir leur qualité de membre pour pouvoir bénéficier de leur quote part des droits qui auraient ainsi été reconnus à l'ensemble des membres de la catégorie.

Le législateur encourage les tribunaux à veiller avec soin à cette procédure (dite *claims procedure*) et à sa mise en œuvre, compte tenu notamment du fait que le montant des honoraires des avocats est souvent fixé en fonction du montant des dommages et intérêts attribués.

Les réserves du législateur tiennent à la constatation du fait que de nombreuses personnes éligibles ne présentent finalement pas de demande de recouvrement de dommages et intérêts auxquels elles ont pourtant droit. Malgré cela, les avocats soutiennent (se fondant sur la décision *Boeing v. Van Gemert*²¹) que le montant de leurs honoraires doit être déterminé par rapport au montant total de dommages et intérêts attribués par le tribunal (ou convenus dans la transaction) et non pas par rapport au montant effectivement versé aux ayant-droits à l'issue de la procédure de recouvrement.

Les travaux parlementaires révèlent que le législateur s'est même posé la question de l'opportunité (dont l'appréciation est laissée aux tribunaux) de différer le paiement d'une partie du montant total des honoraires attribués aux conseils en attendant de vérifier le montant total du dédommagement effectivement versé aux membres de la catégorie²².

6. Montant des honoraires

Le tribunal peut déterminer un montant raisonnable d'honoraires et de frais au profit des conseils de la catégorie sous réserve que la demande lui ait été faite soit par une des parties (par voie de requête

20 - Edward F. Sherman, *op. cit.*, p. 7.

21 - 444 US 472 (1980).

22 - Notes de l'Advisory Committee sous l'article 23 (h) (cités par la *New York Law Journal* du 4 décembre 2003).

signifiée à toutes les autres parties), soit par les conseils eux-mêmes (dès lors qu'une copie de leur requête est communiquée aux membres de la catégorie par les moyens jugés idoines et raisonnables en l'espèce).²³

Toute personne rattachable à la catégorie, ainsi que toute partie à laquelle on demande le paiement en question, peut s'opposer à la requête.

Le tribunal peut fixer une audience et doit rendre sa décision en se prononçant sur les faits et en motivant en droit ses conclusions.

Le législateur encourage les tribunaux, lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur le montant des honoraires dans ce type de procédure, à faire preuve d'une attention particulière à l'appréciation du bénéfice effectivement apporté aux membres de la catégorie par l'action engagée²⁴.

Lorsque le montant d'honoraires des conseils est fixé dans le cadre d'une transaction, il doit être autorisé par le tribunal qui doit convoquer une audience à cet effet.

Pour procéder à la détermination d'honoraires, les tribunaux utilisent habituellement l'une des deux méthodes suivantes :

(i) *lodestar* : cette méthode consiste à fixer le montant des honoraires sur la base du temps passé par les conseils sur le dossier, multiplié par un facteur rapporté aux risques pris, au succès obtenu, à la difficulté de l'affaire; cette méthode, autrefois très pratiquée, fait aujourd'hui l'objet d'une forte critique en raison de sa lourdeur administrative et de la difficulté de sa mise en oeuvre ;

(ii) un pourcentage du montant obtenu : cette méthode consiste à déterminer les honoraires purement et simplement en fonction d'un pourcentage du montant global des dommages et intérêts alloués par le tribunal ou convenus dans le cadre d'une transaction ; ce pourcentage se situe habituellement dans une fourchette comprise entre 25 et 35% ; cette méthode est aujourd'hui la plus généralement utilisée compte tenu de la facilité de sa mise en oeuvre et de la transparence du résultat ; c'est justement à cause du fait que, dans un certain nombre de cas (assez réduit compte tenu de la masse de procédures engagées chaque année aux Etats Unis), le montant des dommages et intérêts alloués à la catégorie a atteint des niveaux astronomiques, que le montant des honoraires auxquels les avocats ont eu droit a également atteint des montants décriés par la presse du monde entier et montrés du doigt par ceux qui

23 - Cf. à ce propos le paragraphe I.B.1 ci-dessus.

24 - Notes de l'Advisory Committee sous l'article 23(h) (cités par la *New York Law Journal* du 4 décembre 2003).

critiquent les « dérives » auxquelles peut conduire le mécanisme de l'action de groupe.

Il convient, à présent, de nous intéresser aux débats sur la raison d'être et sur la pratique de l'action de groupe aux Etats Unis.

Section II – Débats suscités par l'action de groupe et réformes en cours

Tout d'abord, il paraît utile de donner un aperçu rapide de la pratique de l'action de groupe aux Etats Unis.

Les domaines d'activité dans lesquels le mécanisme de l'action de groupe est le plus fréquemment utilisé sont ceux de l'émission et de la commercialisation des valeurs mobilières (*securities class actions*), la protection des consommateurs en général et la responsabilité du fait des produits défectueux en particulier, les dommages environnementaux, les pratiques commerciales et concurrentielles déloyales et, surtout dans les années 60 et 70, les actions de reconnaissance des droits civiques (*public law enforcement actions*).

Dans l'optique particulière de cette journée d'étude sur l'utilisation du mécanisme de l'action de groupe dans le domaine du droit des sociétés, il est intéressant de présenter rapidement quelques statistiques et de prendre la mesure de l'envergure et du fondement de ces actions. Les chiffres présentés ci-après ne visent que les actions de groupe portées devant les tribunaux fédéraux²⁵:

(i) Nombre d'actions de groupe

Le nombre d'actions de groupe engagées en 2002 par rapport à celui des actions de groupe engagées en 2001 est en augmentation de 31% (de 171 à 224) ;

3% des sociétés cotées sur les marchés réglementés nationaux aux Etats Unis ont fait l'objet d'une action de groupe en 2002 ;

7 des 30 sociétés de l'index Dow Jones Industrial Average ont fait l'objet d'une action de groupe en 2002 ;

25 - "Thirty one percent more Securities Class Action Suits filed in 2002 than in 2001", Stanford Law School Securities Class Action Clearinghouse (en collaboration avec Cornerstone Research), 13 mars 2003 ; "Empirical Analysis: Securities Class Action Settlements", Mukesh Bajaj, Sumon C. Mazumdar, Atulya Sarin, 43 Santa Clara L. Rev. 1001, 2003.

(ii) Fondements invoqués

85% des actions se fondent sur des violations par les émetteurs des obligations de communication au marché (*10b-5 violations*), voire sur la communication d'informations trompeuses (*affirmative fraud*) ;

80% des actions se fondent sur la publication d'informations erronées (*misrepresentations*) ;

60% des actions se fondent sur la violation des principes comptables, dont la moitié sur la violation des principes comptables relatifs aux modalités de comptabilisation du chiffre d'affaires (*revenue recognition*) ;

26% des actions se fondent sur des infractions aux règles réprimant le délit d'initiés ;

enfin, le défaut de communication des éléments importants (material information) est également souvent invoqué à l'appui des actions de groupe.

(iii) Montant des transactions

Le montant moyen des transactions conclues depuis 1996 est compris entre 2,6 et 4,5 millions de US dollars. Le montant moyen des transactions conclues entre 1988 et 1999 représente entre 3 et 7% du montant initialement réclamé par les demandeurs.

Après cet aperçu rapide, examinons d'abord les arguments invoqués en faveur du mécanisme de l'action de groupe aux Etats Unis ainsi que ceux mis en avant par les opposants à un tel mécanisme (A), pour ensuite passer brièvement en revue les réformes en cours déclenchées par ces critiques (B).

A. Arguments en faveur de l'action de groupe et critiques à son encontre

1. Arguments en faveur de l'action de groupe

Pour la Cour Suprême fédérale, le mécanisme de l'action de groupe permet d'économiser les ressources des tribunaux et des parties en permettant qu'une affaire susceptible d'avoir un impact sur chaque membre de la catégorie puisse être plaidée d'une manière économique²⁶.

En effet, selon ses défenseurs, l'action de groupe permet aux petits porteurs de s'adjoindre les services de conseils compétents grâce à

26 - « Fundamentals of Securities Regulation », Louis Loss, Joel Seligman, Aspen Law and Business, fourth edition, 2001, p.1304, note 205.

l'attrait d'éventuels honoraires importants, conseils que ces petits porteurs ne pourraient pas payer individuellement²⁷. L'action de groupe permet également aux demandeurs d'accroître considérablement leur pouvoir de négociation face aux défendeurs²⁸.

Par delà cette fonction individuelle, les défenseurs de l'action de groupe soulignent le rôle dissuasif qu'elle joue en obligeant les sociétés émettrices et tous les autres acteurs des marchés financiers à une plus grande vigilance et transparence, faute de quoi ces acteurs du marché risquent d'être confrontés à la perte de temps et de ressources, ainsi qu'aux risques d'image, entraînés par les actions de groupe²⁹.

2. Critiques à l'encontre de l'action de groupe

En dehors des critiques bien connues concernant le rôle moteur joué par les avocats dans la mise en œuvre des actions de groupe,³⁰ un certain nombre de critiques supplémentaires sont souvent formulées à l'encontre de l'action de groupe, notamment au regard de son impact sur le droit de chaque personne à un procès équitable.

En effet, le mécanisme sui generis de l'action de groupe, en vertu duquel toutes les personnes dont la situation correspond au profil des personnes rattachables à la catégorie pour le compte de laquelle l'action est engagée se verront opposer (à moins d'avoir exercé en temps utile leur droit de solliciter leur exclusion de ladite catégorie) l'autorité de la chose jugée de la décision de justice rendue ou de la transaction conclue, continue de susciter des critiques au regard du respect des droits de chaque justiciable à contrôler l'instance et à soulever des exceptions personnelles³¹.

Par ailleurs, en cas d'absence d'une communauté suffisante d'intérêts entre les personnes ainsi rattachées à la catégorie, les droits du justiciable à un procès adapté aux spécificités de sa situation peuvent également être enfreints³².

Enfin, une reconnaissance trop laxiste de l'existence d'une communauté d'intérêts entre un groupe de personnes permettant la mise en

27 - Louis Loss, Joel Seligman, *op. cit.*, p. 1304.

28 - Edward F. Sherman, *op. cit.*, p. 1.

29 - Louis Loss, Joel Seligman, *op. cit.*, p. 1304, footnote 203.

30 - Cf. encore dernièrement un article paru dans le Figaro du 1 juin 2004 : La manne contestée des avocats américains, par P.-Y. Dugua.

31 - Alfred W. Cortese Jr. se prononçant au nom des Lawyers for Civil Justice devant la Advisory Committee on Civil Rules le 13 février 2002 (citée en note de bas de page 34 par Edward F. Sherman, *op. cit.*).

32 - Edward F. Sherman, *op. cit.*, p. 1.

œuvre d'une action de groupe peut contribuer à créer un effet de chantage exercé sur le défendeur³³.

Les critiques les plus virulentes formulées à l'égard de la façon dont l'action de groupe est actuellement utilisée comparent le comportement des avocats qui en sont à l'origine à des chercheurs de butins, voire à des brigands similaires à ceux qui, au Moyen Age, ne laissaient derrière eux qu'un champ dévasté³⁴!

B. Réformes en cours

La Cour Suprême fédérale, investie aux côtés du législateur fédéral du pouvoir de fixer les règles de procédure applicables devant les juridictions fédérales, vient de promulguer un certain nombre de réformes à la procédure de l'action de groupe (1). Par ailleurs, un projet de loi fédérale portant modification de certaines dispositions applicables aux actions de groupe est en cours de discussion (2).

1. Réformes promulguées par la Cour suprême

Face aux critiques formulées à l'encontre de l'action de groupe, la Cour Suprême fédérale vient d'adopter par voie d'ordonnance³⁵ un certain nombre de réformes à la procédure de l'action de groupe. D'une manière générale, cette ordonnance a pour objectif de pousser les tribunaux à prendre un rôle plus actif dans le déroulement de l'action et, notamment, dans la détermination des honoraires des conseils.

Par ailleurs, l'ordonnance rallonge le temps donné au défenseur pour s'opposer à la certification de l'existence d'une catégorie, et par là même, à la déclaration de recevabilité de l'action en tant qu'action de groupe. Il est ainsi laissé plus de temps au défenseur pour effectuer les diligences (*class discovery*) destinées à lui permettre de s'opposer plus efficacement à ladite certification.

Enfin, l'ordonnance confère aux tribunaux le pouvoir d'exiger, dans le cadre de l'homologation d'une transaction, qu'une deuxième opportunité soit offerte aux personnes rattachables à la catégorie de solliciter leur exclusion de la catégorie après avoir pris connaissance du contenu de la transaction proposée.³⁶

33 - Rhone-Poulenc Rorer Inc ; 51 F.3rd 1293 (7th Cir. 1995).

34 - The Class Action Con Game, Lawrence W. Schonbrun, Regulation, Fall 1997.

35 - Supreme Court Order, 27 mars 2003 ; www.uscourts.gov.

36 - Cf. la section I.B.4 ci-dessus.

2. *Class action fairness act* : projet de loi fédérale en discussion

Le législateur fédéral avait déjà introduit en 1995³⁷ un certain nombre de garde-fous destinés à restreindre des pratiques qui relevaient, selon les critiques formulées à leur encontre, d'un usage abusif du mécanisme de l'action de groupe de la part des plaignants et leurs avocats.

En vertu de ces réformes : (i) un demandeur ne doit pas avoir acheté les titres ou valeurs mobilières (dont la propriété lui confère la qualité d'agir contre le défendeur) à la suite des instructions de l'avocat ou avec pour seul objectif d'avoir qualité d'agir ; (ii) les tribunaux doivent accorder aux actionnaires de référence de la société mise en cause une préférence en tant que parties « représentatives » à l'instance de l'ensemble de personnes rattachables à la catégorie ; (iii) les demandeurs ne peuvent pas se voir attribuer, au détriment des autres personnes rattachables à la catégorie mais non parties à l'instance, une portion du montant de l'indemnisation globale plus importante que celle qui leur correspond au prorata de leur participation.

Les critiques ne s'étant pas réellement estompées, un nouveau projet de loi connu sous le nom de *Class Action Fairness Act* est en cours de discussion. Ce projet contient des dispositions destinées essentiellement à : (i) mieux régler le partage de compétences (*rationae loci* et *rationae materiae*) entre les tribunaux fédéraux et les tribunaux des états fédérés ; (ii) restreindre d'avantage la possibilité pour les parties à l'instance de conclure une transaction en vertu de laquelle les personnes rattachables à la catégorie ne reçoivent que certains avantages en nature (coupons d'achat, par exemple), et (iii) renforcer les obligations des parties à l'instance de communiquer aux personnes rattachables à la catégorie les éléments essentiels du litige (droits et obligations en jeu ; montant des honoraires) en utilisant un langage accessible à tous (*plain English*).

Conclusion

Une question s'impose en guise de conclusion : comment assurer efficacement l'accès au droit à un nombre important de justiciables dont les prétentions trouvent leur origine dans les mêmes faits ou dans des faits comparables, à un coût qui ne soit pas rédhibitoire, et en conformité avec les exigences du procès équitable ?

37 - Private Securities Litigation Reform Act; Pub.L.No 104-67, 109 Stat. 737 (1995). Cf. également le Securities Litigation Uniform Standards Act de 1998 qui encadre davantage la procédure relative aux actions de groupe en matière de valeurs mobilières fondées sur les lois des états fédérés ; Pub.L.No 105-353, 112 Stat. 3227 (1998).

Il s'agit bien évidemment d'un équilibre difficile à trouver. L'action de groupe est la réponse issue de la pratique américaine, imprégnée du pragmatisme qui la caractérise.

Compte tenu du fait que l'efficacité de l'action de groupe aux Etats Unis est due dans une large mesure à la conjonction de trois éléments caractéristiques des systèmes judiciaires et juridiques en vigueur dans ce pays (la procédure de la discovery, la présence des jurés populaires en matière civile et l'institution des dommages et intérêts punitifs), il n'est pas du tout évident qu'une éventuelle transposition de l'action de groupe dans des systèmes juridiques qui ne connaissent pas ces institutions ait le même succès.

C'est la raison pour laquelle le pouvoir d'attraction mondiale de l'action de groupe américaine ne risque pas de s'estomper rapidement. Au contraire, on va probablement assister au phénomène croissant de justiciables européens assignant en responsabilité des sociétés européennes devant les juridictions américaines par le biais de l'action de groupe.

ACTION EN JUSTICE DU SYNDICAT ET ACTION DE GROUPE

P.Y. Verkindt
*Professeur à l'Université de Lille II,
Centre R. Demogue*

1. Aborder la question de la recevabilité de l'action syndicale en matière économique à l'occasion d'une réflexion sur l'opportunité d'une action de groupe (class action) en droit des sociétés peut paraître *a priori* surprenant. Il semble en effet que les finalités de l'action en justice du syndicat restent fort éloignées des préoccupations animant les promoteurs contemporains de la class action ou action de groupe. Bien plus, même si l'histoire de l'article L 411-11 du code du travail qui fonde cette action syndicale est celle d'une expansion continue, il n'en demeure pas moins qu'en déclarant irrecevable l'action du syndicat de salariés en cas de délit d'abus de biens sociaux, la chambre criminelle de la Cour de cassation donne le sentiment de vouloir poser des limites à l'action syndicale dans le domaine économique¹.

2. L'intérêt du propos est sans doute ailleurs et plus précisément dans l'interrogation suivante : peut-on trouver dans le régime de l'action syndicale en justice quelque chose qui ressemblerait ou annoncerait un embryon de class action « à la française » ? En d'autres termes, cette action dont les origines se trouvent dans la légalisation du syndicat en 1884 est-elle susceptible de correspondre au schéma classique de la class action qui conduit à faire rendre par un juge une décision à portée réglementaire au profit d'une catégorie d'intéressés² ?

3. Il existe trois façons différentes pour un syndicat d'être acteur d'un procès. La première, et la plus ancienne puisqu'elle résulte de l'article 6 de la loi du 21 mars 1884, est parfois qualifiée d'action corporative. Le syndicat agit en ce cas en tant que personne morale pour la défense de ses intérêts propres. Cette action est l'attribut de toute personne juridique physique ou morale et aucune analogie n'est possible avec l'action de groupe. Le collectif syndical est effacé derrière l'unité de

1 - Cass. crim. 11 mai 1999, Bull. n° 89.

2 - F. Bussy, in Encycl. Dalloz Procédure, v. Action n° 196. S. Guinchard, L'action de groupe en procédure civile française, RIDC 1990, p. 599. Il importe de remarquer d'emblée que la class action peut présenter des physionomies variables suivant que l'habilitation ou la qualité pour agir est attribuée par un texte antérieur à tout contentieux ou par le juge au moment où il est saisi, suivant que le mandat pour agir est d'origine légale ou conventionnelle, suivant que l'action est ou non cantonnée à la réparation d'un préjudice, suivant le degré d'initiative du représentant agissant ou encore suivant le pouvoir de contrôle et de maîtrise du contentieux laissé au représenté.

la personne morale. En revanche, les deux autres modes d'intervention méritent un examen plus précis en ce qu'ils évoquent de façon plus ou moins nette les résultats attendus d'une action de groupe définie comme « l'action exercée par une personne physique ou morale pour représenter en justice un groupe inorganisé de personnes placées dans la même situation juridique »³.

4. Le syndicat est en effet, en application de l'article L 411-11 du code du travail, habilité à exercer devant toutes les juridictions les droits réservés à la partie civile en cas de préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente. Cette action pour la défense de l'intérêt collectif de la profession (I) n'exclut pas que dans certains cas prévus par des textes spéciaux le groupement syndical puisse agir pour la défense des intérêts individuels de certaines catégories de salariés. Cette action dite « de substitution » peine à trouver sa place dans le droit syndical pour des raisons liées pour partie à son régime juridique et pour partie au contexte dans lequel elle est appelée se développer caractérisé par les rapports de pouvoir propres à l'entreprise. Il n'en demeure pas moins qu'en donnant au groupement syndical la faculté d'agir pour le compte d'un salarié sans avoir recueilli préalablement un mandat en ce sens, l'action de substitution offre quelque analogie avec l'action de groupe (II).

Section I - L'action syndicale en justice pour la défense de l'intérêt collectif de la profession

5. Jouissant de la personnalité civile⁴, les syndicats ont, selon les termes de l'article L 411-11 du code du travail, « le droit d'ester en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Ce texte ne prend tout son sens que rapproché de celui de l'article L 411-1 du code du travail définissant l'objet du syndicat comme « l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts ». Il est aisé de constater que chacun des termes de ces deux dispositions porte en germe une interprétation extensive qui s'inscrit dans l'histoire de l'action syndicale en justice.

A. L'origine de l'action

6. L'action syndicale en justice trouve son origine dans la combinaison de l'article 6 et l'article 3 de la loi du 21 mars 1884. Les débats doctrinaux et jurisprudentiels auxquels elle a donné lieu sont à l'origine de la loi du 12 mars 1920 qui pose les bases du système contemporain.

3 - S. Guinchard, *op. cit.*

4 - C. trav., art. L 411-10.

7. La légalisation du groupement syndical par la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels⁵ prend acte du fait associatif professionnel que les dispositions répressives du 19^{ème} siècle n'ont pas réussi à éradiquer. Elle répond encore au souci politique de placer les organisations syndicales sous contrôle en les obligeant à sortir de la clandestinité⁶. La « liberté syndicale » ainsi accordée est loin d'être dénuée d'arrière-pensées politiques et reste très largement cantonnée par la fixation dans l'article 3 d'un objet syndical lui-même enserré dans de strictes limites. En effet, selon ce texte, « les syndicats ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles ». Par ailleurs, l'alinéa 1 de l'article 6 de la loi dispose que « les syndicats professionnels de patrons ou d'ouvriers auront le droit d'ester en justice ».

8. L'article 3 de la loi est à la source d'un débat doctrinal dont de nombreuses thèses soutenues à partir de 1885 se font l'écho⁷. Certains auteurs voient dans les adjectifs « industriels », « commerciaux » et « agricoles » de simples illustrations de la notion d'« intérêts économiques ». Ils en déduisent que l'objet du syndicat peut être « économique » et qu'en conséquence son champ d'action est extrêmement large. D'autres considèrent que les seuls intérêts économiques que le syndicat peut défendre sont les intérêts industriels, les intérêts commerciaux et les intérêts agricoles. Leur interprétation du texte est donc plus restrictive et l'objet du syndicat plus strictement cantonné. Ce premier débat en rejoint un autre relatif cette fois à la combinaison des articles 3 et 6 de la loi. Faut-il comme le défend Planiol⁸ lire les deux textes de façon autonome ? En ce cas l'article 6 ne concernerait que l'action corporative et le syndicat ne serait pas habilité à assurer en justice la défense de son objet défini à l'article 3. Faut-il en revanche, donner du droit d'agir en justice posé à l'article 6 une interprétation plus large et considérer dès lors que le syndicat par l'effet de la combinaison des articles 3 et 6 peut agir en justice pour la défense des intérêts « économiques, industriels, commerciaux et agricoles » qui entrent dans son objet. Ce débat constitue la toile de fond d'une divergence de jurisprudence qui trouvera son aboutissement dans l'arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation en 1913⁹. Cette décision met fin à la divergence de jurisprudence apparue entre la Chambre civile de la Cour de cassation et la Chambre criminelle.

5 - D.P. 1884.4.129 ; Cahiers de l'IRT, Histoire du droit du travail par les textes, t. 1, 1999, p. 86.

6 - Sur cette question, L. Bonnard-Plancke, Droit et démocratie sociale. Contribution à l'étude des rapports entre organisations syndicales et démocratie sociale, Th. dr. Lille, oct. 2004.

7 - P. Y. Verkindt, Le syndicat dans l'espace du procès *in* Mélanges en l'honneur de J. P. Royer, Lille, 2004.

8 - *Ibid.*

9 - Ch. réun., 5 avr. 1913, D.P. 1914.1.65, Rapport Falcimaigne et concl. Sarrut ; S. 1920.1.49 note A Mestre ; v. aussi J. Pradel, A. Varinard, Les grands arrêts de la procédure pénale, Paris, Dalloz, 4ème édit. 2003, n° 12, p. 143.

Cette dernière, après avoir admis la recevabilité de l'action syndicale, l'avait par la suite refusée¹⁰.

L'arrêt du 5 avril 1913 accueille l'action d'un syndicat de la viticulture dans le cadre de poursuites pénales engagées pour falsification. Il estime à cette occasion que l'action du syndicat avait pour but « la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat » et qu'elle entraînait bien dans son objet tel que défini par l'article 3 de la loi du 21 mars 1884.

9. Prévu par certains textes particuliers adoptés après l'arrêt des chambres réunies de 1913¹¹, le principe selon lequel le syndicat a qualité pour défendre en justice l'intérêt collectif de la profession est généralisé par le nouvel article 5 de la loi du 21 mars 1884 issu de la loi du 12 mars 1920¹². Il est par la suite codifié à l'article 11 du Livre 3 du code du travail par la loi du 25 février 1927¹³. L'actuel article L. 411-11 du code du travail en reprend le contenu sans modification : « [Les syndicats] ont le droit d'ester en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent »¹⁴. Ce texte a ouvert à l'action syndicale un large espace d'action et pour employer une expression empruntée à J. Habermas un large espace de discussion. Il a conduit aussi les organisations syndicales ouvrières et patronales à développer des stratégies judiciaires dont des

10 - Cass. crim. 20 déc. 1907, Bull. n° 512.

11 - Lois du 10 juill. 1915 sur le travail des ouvrières à domicile (C. trav., Livre 1, art. 33 k), du 9 nov. 1915 sur l'ouverture des nouveaux débits de boissons, du 6 mai 1919 sur les appellations d'origine et bien entendu la loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives (C. trav., art. 31 t et 31 v).

12 - Cette attribution légale de la qualité pour agir au syndicat professionnel et l'expansion continue dont elle a fait l'objet contrastent fortement avec la relative réticence du législateur et de la jurisprudence à admettre les actions diligentées par les associations auxquelles l'article 6 de la loi du 1er juillet 1901 accorde sous certaines conditions la personnalité juridique. J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz, Paris, 25^{ème} édité. 1999, p. 155 ; L. Cadiet, Droit judiciaire privé, Paris, Litec 3ème édité. 2000, n° 863 ; en matière pénale, J. Pradel, A. Varinard, Les grands arrêts de procédure pénale, Dalloz, Paris, 4ème édité. 2003, n° 12 p. 143 ; S. Guinchard, J. Buisson, Procédure pénale, Litec, Paris, 2000, p. 396. L. Boré a mis en évidence les origines de cette différence de régime entre l'action syndicale et l'action associative (La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, LGDJ, Paris, 1997).

13 - A. Jeammaud, La codification en droit du travail *in* Droits, 1998, n° 27, p. 161.

14 - Sur ce texte, B. Teysié, Droit du travail. Relations collectives, Litec, Paris, 3ème édité. 2002, n° 65 et suivants ; G. Couturier, Traité de droit du travail. Relations collectives de travail, PUF, Paris, 2001, n° 155 et suivants ; A. Mazeaud, Droit du travail, Paris, Montchrestien, 3ème édité., 2002, n° 279 et suivants ; J. Pellissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, Paris, 21ème édité, 2002, n° 568 et suivants ; J. Le Goff, Droit du travail et société. 2. Relations collectives de travail, PU Rennes 2002, p. 210 ; A. Brun, P. Galland, Droit du travail, t. 2. Les rapports collectifs de travail, Sirey, Paris, 1978, n° 808 et suivants ; J.M. Verdier, Syndicats et droit syndical, *in* Traité de droit du travail (dir. G.H. Camerlynck), t. 5, vol. 1, Dalloz, Paris, 2ème édité. 1987, n° 190 et suivants, spéc. 195 et suivants ; parmi les références plus anciennes mais postérieures à la loi du 12 mars 1920, A. Rouast et P. Durand, Précis de législation industrielle, Dalloz, Paris, 3ème édité. 1948, p. 196 ; P. Durand et A. Vitu, Traité de droit du travail, Dalloz, Paris 1956, n° 114 et suivants ; H. Dupeyron, L'action collective, D. 1952, chr. p. 153 ; P. Durand, Défense de l'action syndicale, D. 1960, chr. p. 20 ; J.M. Verdier, Sécurité sociale, intérêt collectif de la profession et action syndicale, Dr. social 1963, p. 235, Licenciement économique. Droit des syndicats d'ester en justice aux lieux et places du salarié, RJS 1990 ; Accords collectifs et action syndicale en justice, le rôle fondateur de l'article L 411-11 du code du travail, D. 2002, chr. 503 ; A. Supiot, La protection du droit d'agir en justice, Dr. social 1985, p. 774 ; B. Mathieu et S. Dion-Loye, Le syndicat, le travailleur et l'individu, trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini, Dr. social 1990, p. 525.

évolutions significatives du droit du travail portent la marque¹⁵. Il a fait l'objet d'une expansion continue de source prétorienne pour l'essentiel ne laissant pour l'heure à l'extérieur de sa force d'attraction que le droit de se constituer partie civile dans les cas d'abus de biens sociaux ou de banqueroute¹⁶.

B. L'évolution de l'action syndicale en justice : une extension continue de son champ d'action

10. L'extension du champ d'action des syndicats résulte en premier de la diversité des juridictions susceptibles d'être saisies. Contrairement à une interprétation restrictive du texte encore parfois soutenue¹⁷, tant les juridictions administratives¹⁸ que judiciaires et parmi ces dernières tant les juridictions civiles¹⁹ que pénales²⁰ ont accueilli l'action des organisations syndicales. Surtout, les conditions de recevabilité de l'action ont fait l'objet d'assouplissements successifs, la distinction entre l'action syndicale patronale et l'action syndicale ouvrière ayant par ailleurs tendance à s'estomper²¹.

11. L'examen de l'application jurisprudentielle des conditions posées à l'article L 411-11 du code du travail²² établit l'extension quasi continue de son domaine donnant à l'action syndicale en justice une originalité même au regard des principes fondamentaux du droit processuel. On sait en premier lieu que ce dernier impose normalement que le demandeur puisse justifier d'un intérêt « né et actuel »²³. Or comme le relève J.M Verdier, l'objectif de l'action du syndicat en justice n'est pas seulement d'obtenir la réparation d'un préjudice déjà né mais

15 - Ainsi en matière de protection des représentants du personnel (cass. ch. mixte, 21 juin 1974., D. 1974, p. 593 concl. A. Touffait). Sur les stratégies syndicales en matière d'action en justice, A. Supiot, Les juridictions du travail, *in* Traité de droit du travail (dir. G.H. Camerlynck), t. 9, Dalloz, Paris, 1987 ; J.C. Javillier, Une nouvelle illustration du conflit des logiques, *in* Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes offertes à G H Camerlynck, Dalloz, Paris, 1978, p. 101.

16 - Sur l'évolution de la jurisprudence et son extension, J.M. Verdier, Syndicats et droit syndical, *op. cit.*, p. 603.

17 - J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, *op. cit.* n° 123, qui estiment que la loi de 1920 ne concerne que l'action née d'une infraction pénale.

18 - A l'occasion d'un recours en annulation. Pour des illustrations récentes, CE 10 avr. 1992, JCP édité E 1992, I, 162.

19 - Qu'il s'agisse de juridictions sociales ou civiles.

20 - En présence d'une infraction pénale. V. aussi la recevabilité de l'action devant les juridictions disciplinaires (cass. 1ère civ., 28 nov. 1995, JCP E 1996, I, 545, p. 150).

21 - J. M Verdier, Syndicats et action syndicale, *op. cit.*, p. 603.

22 - La première condition est évidemment la reconnaissance de la nature juridique de syndicat. Cass. crim. 14 juin 2000, Bull. crim. n° 220 (« malgré sa dénomination, le syndicat des commerçants...qui ne comprenait pas des personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes...ne constituait pas un syndicat ou un association professionnelle »). En revanche, le renouvellement du dépôt en mairie des statuts modifiés ne prive pas le syndicat d'existence et laisse entière sa capacité d'action en justice (cass. soc., 11 mai 2004, RJS 2004, n° 827).

23 - L. Cadet, *op.cit.*, n° 844 ; Fl. Bussy *in* Enc. Dalloz Procédure, v. Action, n° 81.

d'assurer le respect d'une règle de droit pour l'avenir²⁴ L'action syndicale a non seulement une « fonction préventive »²⁵ mais permet encore d'assurer l'efficacité d'un ordre normatif professionnel. L'appréciation du caractère « né et actuel » de l'intérêt à agir s'en ressent nécessairement²⁶. Par ailleurs, tous les préjudices subis paraissent désormais admis qu'ils soient matériels ou moraux, directs ou indirects²⁷. La modification de l'article L 411-1 du code du travail en 1982 et l'extension de l'objet syndical qui en est résulté ont encore accentué le phénomène²⁸ Enfin, l'intérêt atteint doit être professionnel et collectif les deux qualificatifs étant liés. La nécessité d'un intérêt professionnel résulte de la formulation de l'article L 411-11 qui évoque « l'intérêt collectif de la profession qu'ils [les syndicats] représentent ». L'expression est constamment reprise par la jurisprudence la plus récente²⁹ mais la notion de profession n'est pas analysée de la même manière lorsque l'action est patronale ou ouvrière. Elle semble faire l'objet d'une appréciation plus restrictive dans le premier cas. Dans le second, l'affirmation que le préjudice invoqué doit être subi par la catégorie professionnelle que le syndicat représente³⁰ doit être corrélée avec le fait que chaque organisation syndicale est supposée représenter l'ensemble des salariés qu'ils soient ou non adhérents au syndicat, et qu'ils soient ou non syndiqués³¹. L'expression « profession » n'est alors pas employée dans un sens étroit.

12. La difficulté de tracer la frontière entre les trois catégories d'intérêts (intérêt général, intérêt collectif professionnel, intérêt individuel) en jeu dans chaque action syndicale en justice est à l'origine des principaux débats portant sur la recevabilité de l'action syndicale. L'intérêt collectif n'est ni l'intérêt individuel des membres du syndicat ou d'un salarié, ni l'intérêt général. Lorsque l'intérêt individuel d'un ou de plusieurs salariés est seul en cause, l'action reste irrecevable³². Mais l'existence d'un intérêt individuel n'exclut nullement la recevabilité de l'action

24 - J. M. Verdier, *Syndicats et action syndicale*, *op. cit.*, n° 202, p. 626.

25 - Sur la recevabilité de l'action syndicale lorsque le litige porte sur une question de principe, cass. soc. 3 févr. 1998, TPS 1998, comm. 173.26 - Cass. soc., 21 janv. 2004, RJS 2004, n° 328 qui déclare recevable l'action d'un syndicat tendant à faire imposer la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi aux motifs que le transfert d'activité projeté concernait l'intérêt collectif des salariés du site concerné par l'opération.

26 - Cass. Soc. 21 janv. 2004, RJS 2004, n°328 qui déclare recevable l'action d'un syndicat tendant à faire imposer la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi au motif que le transfert d'activité projeté concernait l'intérêt collectif des salariés du site concerné par l'opération.

27 - Ainsi le syndicat peut-il intervenir dans une instance en cours lorsque la solution est de nature à emporter des conséquences pour la profession qu'il représente ; en ce sens cass. soc., 6 nov. 1984, D. 1985, inf rap. 454, observ. J.M. Verdier ; 3 févr. 1998, *op. cit.*

28 - Sur la jurisprudence antérieure à 1982, v. P. Durand et A. Vitu, *op. cit.*, p. 327 ; A. Brun et H Galland, *op. cit.*, p. 73 ; J. M Verdier, *Syndicats*, in *Traité de droit du travail* (dir. G.H. Camerlynck), Dalloz, Paris, 1ère édit. 1966, n° 189 et suivants, p. 394.

29 - Cass. crim., 16 févr. 1999, TPS 1999, comm. 204.

30 - Cass. crim. 5 déc. 1972, Gaz. Pal. 1973, 2, 527.

31 - Sauf lorsque l'organisation syndicale est elle-même catégorielle.

32 - Pour un exemple récent concernant un salarié victime de viol et de harcèlement sexuel sur les lieux de son travail, cass. crim., 23 janv. 2002, RJS 2002, n° 592 (v. aussi pour une atteinte à la vie privée, cass. 1ère civ., 19 déc. 1995, Bull. civ., I, n° 479).

syndicale lorsque le fait se rattache à l'intérêt collectif. Il en est ainsi en cas de violation par l'employeur d'une convention collective³³ ou encore dans l'hypothèse où l'employeur fait un usage abusif de contrats à durée déterminée³⁴. L'évolution est logique si l'on admet que rares sont les hypothèses où l'intérêt d'un salarié peut totalement dissocié de son appartenance à la collectivité de travail. Ainsi, l'intérêt du salarié victime de harcèlement moral ou sexuel sur le lieu de travail est bien un intérêt individuel mais la possibilité même de tels agissements révèle quelque chose de la vie de la collectivité de travail³⁵. Le champ de l'irrecevabilité fondée sur le caractère purement individuel de l'intérêt est donc allé en rétrécissant. C'est la raison pour laquelle après avoir été longtemps écartée, la recevabilité de l'action syndicale en contestation d'une procédure d'élections professionnelles est désormais admise³⁶. Le champ de l'irrecevabilité est donc allé en se restreignant.

Une évolution similaire est constatée à propos de la distinction entre la défense de l'intérêt général qui serait la prérogative exclusive du Ministère public et la défense de l'intérêt collectif. C'est ainsi qu'ont été déclarées recevables les actions d'un syndicat patronal tendant à obtenir le respect des règles du repos hebdomadaire dominical³⁷ ou de syndicats de salariés en cas de violation de la réglementation professionnelle, du droit du travail et du droit de la sécurité sociale. Seules aujourd'hui paraissent rester en dehors du champ de l'article L 411-11 du code du travail les constitutions de partie civile en cas de banqueroute et d'abus de biens sociaux³⁸.

13. L'extension de la capacité civile du syndicat nourrie d'emblée par le débat sur la recevabilité de l'action syndicale en justice a permis l'inscription du syndicat dans l'espace du procès. La remarquable adaptabilité de l'article L 411-11 du code du travail a fait de lui à la fois le produit d'une action juridique syndicale et le point de départ d'une conception différente de la démocratie qui permet de soumettre au juge non seulement des différends individuels mais encore des questions de principe qui traversent le champ des relations professionnelles. Loin de n'être

33 - Cass. soc. 12 juin 2001, JCP 2002, II, 10049 note F. Petit, Dr. social 2001, p. 1019, obs. P.-H. Antonmattéi ; J.E. Tourreil, Application d'une convention collective étendue : recevabilité de l'action judiciaire d'un syndicat non signataire, JSL n° 83-2001, p. 13 adde, cass.soc. 14 févr. 2001, DO 2001, p. 174 ; v. aussi cass. crim 29 oct. 1996, Bull. crim. n° 379 s'agissant d'un salarié victime d'une discrimination syndicale.

34 - Pour une illustration, TGI Marseille, 27 sept. 2001, DO 2001, p. 120.

35 - Cass. crim., 23 janv. 2002, RJS 2002, n° 592.

36 - Cass. soc., 18 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 509.

37 - Cass. ass.plén. 7 mai 1993, D. 1993, p. 437 concl. Av. gén. Jéol. On remarquera cependant que seules sont recevables les organisations patronales représentant la profession exercée par les entreprises contrevenantes (cass. soc. 2 févr. 1994, Bull. civ. V n° 40 ; cass. crim. 29 oct. 1996, Bull. crim. n° 375).

38 - Cass. crim. 8 janv. 1980, Bull. crim. n° 11 ; 27 nov. 1991, Bull. crim. n° 439, RJS 1992, n° 312 ; 11 mai 1999, Bull. crim. n° 89 ; 27 oct. 1999, RJS 2000, n° 422 ; 29 nov. 2000, Bull. crim. n° 359 (« le préjudice indirect qui serait porté par un délit d'abus de biens sociaux à l'intérêt collectif de la profession ne se distingue pas du préjudice lui-même indirect qu'auraient pu subir les salariés de l'entreprise »). Dans le même sens : cass. crim. 19 juin 2002, DO 2002, p. 554 ; F. Crost, La recevabilité de l'action syndicale en justice en matière de délits dits financiers, SSL 28 juin 1999.

qu'une force d'appoint dans le procès, le syndicat a été progressivement appelé à y jouer un rôle central. Pour autant, l'habilitation légale du syndicat à défendre en justice l'intérêt collectif de la profession ne correspond que très imparfaitement au schéma de l'action de groupe. L'intérêt collectif défendu ne peut être considéré comme la simple addition d'intérêts individuels. Tout au plus l'analogie peut elle être recherchée du côté du résultat ultime de l'action syndicale qui est la réaffirmation du droit violé, mais ne s'agit il pas là en réalité la finalité de toute action en justice de quelque nature qu'elle soit. En revanche, l'action du syndicat pour la défense de l'intérêt individuel d'un salarié particulièrement lorsqu'est en cause l'application d'une convention collective permet d'utiles rapprochements avec l'action de groupe.

Section II - L'action de substitution³⁹

14. La première action de substitution apparaît avec la loi du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail. L'article 31 v du code du travail issu de ce texte prévoit en effet que « les groupements capables d'ester en justice qui sont parties à la convention collective de travail peuvent exercer toutes actions qui naissent de cette convention en faveur de chacun de leur membres sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer... ». Cette action obéit à une finalité précise dans un contexte où le bénéfice du texte conventionnel est réservé aux seuls adhérents du syndicat signataire. Il s'agit d'assurer l'exécution de l'accord collectif. Après une longue éclipse, l'action de substitution réapparaît en 1957 au profit des travailleurs à domicile mais elle commence alors à changer de finalité ce que confirme la multiplication ultérieure du recours à cette technique procédurale⁴⁰. Le constat de départ est toujours le même lié au risque que représente toute action en justice. Mais l'examen du régime juridique des différentes actions conduit à distinguer celles réservées aux seuls syndicats représentatifs et les actions que tout syndicat peut engager.

A. Le fondement sociologique de l'action de substitution

15. Agir en justice représente toujours un risque et ce risque est d'autant plus grand que la situation de celui qui prend l'initiative est fragilisée ou précaire. Le constat n'est pas propre au droit du travail mais prend en ce domaine une acuité particulière en raison de la subordina-

39 - M. Cohen, Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats, Dr. social 1990, p. 790 ; E. Wagner, Le rôle des syndicats et des associations dans la défense des droits et l'accès à la justice des salariés, Dr. ouvrier 1990, p. 291 ; E. Jeuland, L'action de substitution des syndicats à la place des salariés, JCP 2001, édit. E, p. 35 ; F. Petit, L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur, Dr. social 2004, p. 262.

40 - F. Petit, *loc. cit.*

tion inhérente au travail salarié. Il arrive que cette subordination dont on sait qu'elle participe de la définition même du contrat de travail soit encore renforcée par la fragilité de l'emploi du salarié ou par son isolement de la collectivité de travail. La première hypothèse correspond à la situation du travail précaire ou du travailleur étranger, la seconde concerne plus spécifiquement les travailleurs à domicile ou les salariés d'un groupement d'employeurs. Dans l'action de substitution exercée par le syndicat pour la protection des intérêts individuels de certains salariés, l'idée qui domine est celle que le groupement syndical peut servir d'« écran protecteur ». Son intervention permet la restauration d'un droit bafoué mais difficile à exercer individuellement soit parce que le salarié est dans un rapport à l'emploi fragilisé (ainsi pour le travailleur précaire ou le salarié licencié pour motif économique) soit parce qu'il est toujours dans l'entreprise et que l'action qu'il engagerait serait de nature à lui faire perdre son emploi. L'action de substitution s'analyse comme le moyen de faire respecter le droit fondamental de toute personne de saisir une juridiction à même de statuer sur les droits qu'elle revendique. Elle est alors non seulement le moyen d'assurer la protection d'un droit individuel mais encore l'instrument d'une réaffirmation d'un droit pour toute une collectivité.

Pour autant ce rôle d'écran protecteur doit être relativisé pour des raisons purement procédurales, la Cour de cassation estimant depuis longtemps que les personnes pour le compte desquelles l'action est intentée doivent être identifiées ou au moins identifiables. Le caractère protecteur de l'action de substitution vient donc buter en quelque sorte sur l'impossibilité d'assurer l'anonymat du salarié agissant.

Le régime des différentes actions de substitution est cependant et malheureusement loin d'être homogène ce qui est source de complexité et d'insécurité.

B. Le régime juridique de l'action de substitution

16. Dans le cadre de l'action de substitution, le salarié n'est pas dépossédé de sa propre action et même si le syndicat n'a pas à justifier d'un mandat de l'intéressé, celui-ci doit non seulement être averti de l'action mais encore ne pas s'y être opposé. Il garde toujours la possibilité d'intervenir à l'instance engagée et doit rester maître du procès au besoin en y mettant fin⁴¹. Une fois posées ces règles communes aux différentes hypothèses de substitution, il est nécessaire de distinguer suivant que l'action est réservée ou non aux seuls syndicats qualifiés de représentatifs.

41 - Même si cette faculté n'est expressément prévue que dans des textes particuliers (C. trav., art. L 321-15, 124-20 et 125-3-1, 122-3-16, 122-53). En ce sens, F. Petit, *op. cit.*, p. 270.

17. Certaines actions sont en effet réservées aux seuls syndicats représentatifs soit qu'ils bénéficient de la présomption de représentativité attachée à l'adhésion à une centrale syndicale elle-même reconnue représentatives soit qu'ils aient établi leur représentativité. Ces actions sont celles exercées au bénéfice des travailleurs sous contrat précaire⁴² ou victimes de pratiques qualifiées de marchandage de main d'œuvre⁴³. Sont encore soumises à la même limitation, les actions prévues en faveur des salariés de groupements d'employeurs⁴⁴, des travailleurs étrangers⁴⁵ et de ceux ayant fait l'objet d'un licenciement pour motif économique⁴⁶. Des dispositions similaires concernent les hypothèses de contentieux trouvant leur source dans une rupture d'une égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de rémunération⁴⁷, en cas de harcèlement⁴⁸ ou de discrimination⁴⁹. L'action du syndicat représentatif n'est pas conditionnée par l'existence d'un mandat donné par l'intéressé. La qualité spécifique du syndicat ne prive en aucune manière le bénéficiaire de l'action du droit d'intervenir à l'instance pas plus qu'elle ne l'empêche de mettre fin à l'action, le Conseil constitutionnel ayant rappelé à cet égard qu'en aucun cas l'action personnelle du salarié ne pouvait être confisquée par le groupement⁵⁰ fût-il qualifié de représentatif.

18. Parmi les actions ouvertes à tous les syndicats sans condition préalable de représentativité celle relative à l'application du droit du travail à domicile est la plus ancienne. Prévue à l'article L 721-19 alinéa 2 du code du travail, sa finalité première est de compenser l'isolement résultant des modalités d'exécution de la prestation de travail. Comme les précédentes, elle n'implique pas que le syndicat ait reçu préalablement de l'intéressé le mandat d'agir, tout au plus le bénéficiaire doit il avoir été averti de l'action syndicale et ne pas avoir déclaré s'y opposer. Plus significative sans doute est l'action fondée sur l'article L 135-4 du code du travail. Selon ce texte, les groupements disposant de la capacité d'agir en justice et dont les membres sont liés par une convention collective peuvent exercer les actions qui naissent du texte conventionnel en faveur de leurs membres sans avoir à justifier d'un mandat⁵¹.

42 - C. trav., art. L 122-3-16 pour les salariés sous contrat de travail à durée déterminée, art. L 124-20 pour les travailleurs intérimaires.

43 - C. trav., art. L 125-3-1.

44 - C. trav., art. L 127-6.

45 - C. trav., art. L 341-6-2.

46 - C. trav., art. L 321-15.

47 - C. trav., art. L 123-6.

48 - C. trav., art. L 122-53.

49 - C. Trav., art. L 122-45-1.

50 - Cons. const., n° 89-257 DC, Dr. social 1989, p. 627 note X. Prétôt.

51 - Comme pour les autres actions de substitution, il suffit simplement que celui au bénéfice duquel l'action est intentée ait été préalablement averti et n'ait pas déclaré s'y opposer.

Comme les autres actions de substitution, celle-ci donne au groupement syndical la possibilité de jouer un rôle d'écran protecteur du salarié. Il est en effet hautement probable que ce dernier est présent dans l'entreprise et que son action, s'il la menait seul, l'exposerait à des mesures de rétorsion d'autant plus dangereuses pour lui qu'il resterait soumis pendant le temps du procès au pouvoir de direction de son employeur. Mais il y a plus. En effet, si l'on admet qu'une convention collective fait partie de l'ordre juridique professionnel, tout groupement syndical en raison même de son objet tel que défini à l'article L 411-1 du code du travail est directement intéressé à ce que les normes applicables soient respectées qu'il s'agisse des normes étatiques ou conventionnelles. Cet intérêt n'est pas lié au fait que le groupement est signataire de la convention collective en cause comme vient de le rappeler la Cour de cassation⁵², il suffit que le salarié soit membre du groupement et bénéficiaire du texte conventionnel.

19. L'article L 135-4 du code du travail, plus nettement que les autres actions de substitution opère « le retour du collectif dans le rapport singulier »⁵³ né du contrat de travail, la seule limite résultant de la possibilité pour le salarié de mettre au fin au procès⁵⁴. En donnant au groupement syndical le pouvoir de faire respecter une norme conventionnelle au profit d'un ou de plusieurs de ses adhérents, l'article L 135-4 s'analyse comme une déclinaison particulière du droit d'action en justice que le syndicat tire de l'article L 411-11 du code du travail. Contrairement à ce dernier cependant, il opère une combinaison originale de l'individuel et du collectif. C'est de ce point de vue qu'il s'apparente le plus nettement à l'action de groupe.

52 - Cass. soc., 14 févr. 2001, RJS 2001, n° 479.

53 - M.L. Dufresne-Castet, *Actualité des actions de substitution et des actions collectives*, Dr. ouvrier 2004, p. 123.

54 - F. Petit, *op. cit.* On remarquera cependant que le texte ne prévoit pas cette possibilité. A vrai dire en pareil hypothèse l'article L 411-11 du code du travail offre un fondement de substitution à l'action du syndicat, l'intérêt collectif de la profession étant directement intéressé au respect des normes conventionnelles.

L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés

DE LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION JUDICIAIRE DES ASSOCIATIONS D'ACTIONNAIRES DES SOCIÉTÉS COTÉES ET DES ASSOCIATIONS DE DÉFENSE DES INVESTISSEURS

Virginie Canu
Avocat à la Cour d'appel d'Amiens

Le nouveau code de procédure civile définit l'action comme le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée (art. 30 NCPC). Ce droit d'action est ouvert à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet de cette prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. Il convient d'ailleurs de dire le droit « d'agir¹ » car il s'agit autant du droit du demandeur que celui du défendeur. Deux conditions sont essentielles pour l'existence de ce droit d'action : la capacité et l'intérêt à agir, définis par l'article 31 du NCPC. Il ne sera pas abordé ici la question de la qualité à agir qui concerne plus la régularité de l'instance que l'exercice de l'action. Avant d'aborder la question de la recevabilité du droit d'action de ces associations il convient tout d'abord de les présenter.

Section I – Présentation des associations

A. Des associations nées du « phénomène » de minorité

Elles sont nées du constat par les actionnaires minoritaires de leur incapacité à agir et de leur faible poids de par leur petit actionnariat dans leur entreprise et de l'idée qu'en se regroupant il serait plus facile de donner une réponse.

Le phénomène de la minorité est un des éléments les plus importants dans la structure des sociétés anonymes cotées en bourse.

Le développement des marchés financiers dans les années 80, les incitations du gouvernement à l'épargne en action, traduites par les privatisations, ont développé l'actionnariat individuel et multiplié le nombre des petits porteurs².

La minorité dans les sociétés de capitaux a pour caractéristique essentielle de ne pas pouvoir décider de la gestion de la société.

1 - Gérard Couchez, Procédure civile, Ed. Sirey, § 149 et s.

2 - Ce nouvel actionnariat est plus jeune et plus actif.

Elle se définit selon le Professeur Schmidt³ par opposition à la majorité, pour le Professeur Guyon⁴, comme ceux qui ne participent pas à l'élaboration des décisions prises et pour le Professeur Ducouloux-Favard⁵ comme tous «ceux qui peuvent agir pour contrôler et contester la gestion sociale»⁶.

Les minoritaires sont donc isolés et inorganisés dans une structure sociale où la loi de la majorité reste le principe.

Cette situation d'augmentation du nombre de petits porteurs a créé un nouveau type de rapport juridique, comme pour la société de production, mettant en relation une entité économique puissante face à une masse de sujets dispersés se trouvant dans la même situation, de force inférieure.

La place réservée aux minoritaires, stigmatisée notamment lors des opérations de restructuration, a conduit ceux-ci à s'interroger sur la réalité de leurs droits dans l'entreprise.

Les actionnaires ont compris que la seule issue, pour tenter d'échapper à leur isolement, pour pouvoir reconquérir les droits attachés à leurs actions et pour faire pièce à la concentration des pouvoirs qui s'opère entre les mains des dirigeants des sociétés cotées, était de se regrouper. Le regroupement des minoritaires se fait, le plus souvent, en associations pour trois raisons :

- seuls, ils sont en situation de faiblesse, ici ils se font reconnaître en tant qu'entité ;
- certaines actions ne sont ouvertes que sous réserve de détention d'un minimum d'actions et cela permet également une diminution des frais ;
- cela permet à certains de ne pas apparaître nommément.

Cette évolution est contemporaine du développement associatif (1), de l'apparition de la défense des masses de sujets dispersés face aux entités économiques puissantes (2), et de la *corporate governance* (3).

1. Le développement du mouvement associatif est visible dans tous les domaines.

L'association est sans doute le modèle de regroupement le plus simple et le plus souple. Elle devient une structure de collaboration.

2. Masse de sujets dispersés, il est possible de transposer aux actionnaires minoritaires les caractéristiques de la situation des consommateurs⁷ :

- Les petits épargnants renoncent bien souvent à agir en réparation du préjudice qu'ils ont subi étant donné la longueur et le coût des procédures ;

3 - D. Schmidt, Les droits de la minorité dans la société anonyme, L.G.D.J., Paris, 1970.

4 - Y. Guyon, Les droits des actionnaires minoritaires, Rev. Droit banc. et Bourse, n° 17, janv.-fév. 1990, p. 35.

5 - Cl. Ducouloux-Favard, Le pouvoir minoritaire, Les annonces de la Seine, 28 juin 1993, n° 47, p. 2.

6 - Cités par H. de Vauplane, *in* Class actions : premiers pas en Europe, Bull. Joly Bourse, n° spéc., avril 1994, p. 35.

7 - Sans les y assimiler.

De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs

- L'association de défense de leurs intérêts, sous quelque forme qu'elle soit, semble être le plus efficace.

3. La *corporate governance* est le terme américain pour désigner l'intervention des actionnaires dans la vie des sociétés qui va de l'information à la reconquête du pouvoir abandonné aux mains des managers et de forcer ceux-ci à partir s'ils ne réussissent pas. « Il s'agit d'un véritable contre-pouvoir poussant les dirigeants à agir dans l'intérêt de la société et donc des actionnaires »⁸ mais surtout visant à la meilleure revalorisation du titre.

B. Leur définition

S'agissant spécialement de la défense des intérêts des minoritaires, notre droit n'a songé véritablement à s'adapter à cette évolution qu'à partir de 1989.

Ainsi, ont été promulguées deux lois, du 23 juin 1989 relative aux associations d'investisseurs⁹ (1) et du 8 août 1994 permettant le regroupement des actionnaires d'une société cotée en une association destinée à représenter leurs intérêts au sein de la société¹⁰ (2).

1. Les associations d'investisseurs

Les associations agréées de défense des investisseurs en valeurs mobilières ont été habilitées à agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif des investisseurs et d'exercer des actions en représentation conjointe¹¹ sous certaines conditions.

Elles regroupent des porteurs de divers titres, et non pas les porteurs de titres d'une seule société.

Pour pouvoir agir en justice trois conditions sont nécessaires, à savoir :

- être régulièrement déclarées et publiées ;
- avoir pour objet statutaire la défense des investisseurs en valeurs mobilières et en produits financiers ;
- être agréées à cette fin ;

Pour obtenir cet agrément, les conditions étaient, avant la loi de sécurité financière, assez difficiles à remplir car elles devaient justifier, au moment de la demande :

- de deux années d'existence depuis leur déclaration ;
- d'au moins 1000 membres cotisant individuellement ;
- d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des investisseurs ;

8 - M.S. L'Helias, Les moyens effectifs de défense des actionnaires, Bull. Joly Bourse, n° spéc., avril 1994, p. 55.

9 - Loi modifiant la loi du 5 janvier 1988, art. 12.

10 - Article 172-1 de la loi du 24 juillet 1966, aujourd'hui article L.225-120 du Code de Commerce.

11 - Depuis la loi DDOEF du 8 août 1994.

L'action en justice pour la défense de l'intérêt collectif de ses membres peut être assimilée à l'action «syndicale». Mais la loi de 1989 n'a pas résolu le problème posé par l'infraction ayant causé un dommage identique à plusieurs actionnaires.

Ceci a été permis par la loi du 8 août 1994 donnant aux associations agréées d'investisseurs le pouvoir d'agir si un mandat est donné par au moins deux investisseurs lésés, même devant le juge pénal.

La loi dite de sécurité financière a assoupli les conditions d'agrément en imposant :

- la justification de six mois d'existence ;
- et pendant cette période de deux cents membres cotisants individuellement, (au lieu de deux ans d'existence et de mille membres cotisant auparavant).

Néanmoins il a été prévu que l'agrément serait soumis pour avis à l'Autorité des marchés financiers, les dirigeants d'association devant remplir des conditions d'honorabilité et compétence.

2. Les associations d'actionnaires

C'est par la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier qu'a été inséré dans la loi de 1966 un article 172-1¹² ouvrant, sous certaines conditions, aux associations d'actionnaires la possibilité d'exercer les divers droits précédemment rappelés¹³.

Ainsi les actionnaires de sociétés inscrites sur un marché réglementé, peuvent se grouper au sein d'associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société, sous certaines conditions :

- Les actionnaires doivent justifier d'une inscription nominatives depuis au moins deux ans ;
- Ils doivent détenir ensemble au moins 5 p. 100 des droits de vote. Toutefois, lorsque le capital de la société est inférieur à 750 000 €, la part des droits de vote à représenter est réduite ainsi qu'il suit :
- 4 p. 100 entre 750 000 à 4 500 000 € ;
- 3 p. 100 entre 4 500 000 à 7 500 000 € ;
- 2 p. 100 entre 7 500 000 à 15 000 000 € ;
- 1 p. 100 au-delà de 15 000 000 €

Leurs statuts doivent être communiqués à l'Autorité des Marchés Financiers.

Ce regroupement permet de mettre en oeuvre plus facilement les dispositions du droit des sociétés concernant l'information et la défense des droits des actionnaires souvent limités par un seuil minimum.

Nous n'étudierons pas ici les moyens dont disposent les actionnaires au

12 - Article L.225-120 du Code de Commerce.

13 - V. cf. Les associations d'actionnaires, Bull. Joly Bourse et Produits Financiers, n° spécial avril 1994 ; Les associations d'actionnaires et d'investisseurs, Revue des soc. n°2, avril-juin 1995.

De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs

cours de la vie de la société qui seraient autres qu'un moyen judiciaire¹⁴, notamment le droit d'information ou l'expertise de gestion.

Ces deux formes de groupement, donnant un pouvoir supplémentaire, ou plus concret, aux minoritaires, est très encadré par la loi car il y a une peur de l'influence sur la bonne marche des sociétés cotées, de paralysie du marché financier.

Comment peut-on définir l'intérêt à agir de ces associations représentant pour l'une des porteurs de titres de diverses sociétés et pour l'autre des porteurs de titres d'une seule et même société ?

Section II - L'intérêt collectif des actionnaires minoritaires

La vocation de l'association est de défendre un nouvel intérêt que l'on a appelé l'intérêt collectif, qui peut être soutenu en justice par le groupement. Mais que faut-il entendre par *intérêt collectif* ?

La définition de cet intérêt¹⁵ peut se faire en déterminant ce qu'il n'est pas. Ainsi, il ne correspond pas à la somme des intérêts individuels des actionnaires minoritaires (A), il ne se confond pas avec l'intérêt général (B) et il ne rejoint pas nécessairement l'intérêt de la société (C).

C'est un intérêt qui concerne au moins deux personnes. Il n'est défini ni par la loi ni par la jurisprudence.

A. Ce n'est pas la somme des intérêts individuels

Il semblerait, pour la Cour de Cassation, qu'il n'y aurait pas d'intérêt collectif si l'infraction porte atteinte à une personne déterminée par un acte intentionnel¹⁶.

Par contre, ce qui paraît être de l'essence du « collectif » c'est l'intérêt propre d'un groupe de personnes non identifiées. Ce n'est pas l'addition des intérêts individuels.

Néanmoins, un intérêt, qu'il soit individuel ou collectif, se détermine de façon subjective. Il n'est pas le même pour tous et il ne peut être objectivement déterminé.

Mais quand il faut définir l'intérêt de ce groupe, il faut arriver à un consensus et le plus souvent la détermination de l'intérêt collectif passe par le mécanisme de la représentation.

Un représentant nommé ou élu prend la décision¹⁷.

Ce sera donc toujours l'intérêt considéré comme prépondérant et les individus du groupe se soumettent au choix fait.

14 - Cf. M. Cozian et A. Viandier, Droit des sociétés, Litec, 1997, 10ème éd., spéc. n° 766.

15 - Il faut se référer à l'excellent ouvrage de M. Louis Boré, La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, L.G.D.J., 1997.

16 - Ex : cass. crim., 27 oct. 1992, Bull. n° 344.

17 - Il peut donc exister au sein de ce groupe à nouveau une minorité !

C'est là où réside la différence importante dans le mode de détermination des intérêts individuels et des intérêts collectifs même s'ils sont autant subjectifs.

Il n'existe pas dans l'intérêt collectif la liberté de déterminer ce qui est important pour soi.

B. Il ne se confond pas avec l'intérêt général

Il existe tout d'abord une différence organique.

L'intérêt général est défendu par des personnes publiques alors qu'un intérêt collectif est défendu par des personnes privées.

L'intérêt général est protégé par l'Etat et, pour le compte de ce dernier, par le ministère public. Pour satisfaire cet intérêt, existe l'action publique tendant au prononcé de la peine. Il est clair que cet intérêt ne peut pas être confié à une partie privée au titre d'une l'action civile.

En principe, aucun particulier ne peut exercer une action uniquement pour obtenir le respect de la loi, il n'a pas la possibilité de faire sanctionner la violation d'une norme, sans aucun autre intérêt direct et personnel¹⁸; cette action appartient au ministère public.

«L'allégation d'un simple préjudice d'ordre moral provenant du non-respect de la législation ne serait pas suffisant pour justifier une action civile de la part d'une association agréée d'investisseurs »¹⁹.

C. Il ne rejoint pas nécessairement l'intérêt de la société

L'intérêt d'un actionnaire minoritaire est sans doute que la société soit pérenne. Néanmoins étant seulement actionnaire de cette société, et même peut-être de plusieurs par l'intermédiaire de son portefeuille d'actions, il n'en est donc pas salarié, et son intérêt à moyen et court terme est de percevoir des dividendes.

Or étant minoritaire, soumis à la loi de la majorité, les majoritaires peuvent vouloir une autre solution telle que mettre en réserve, ainsi l'actionnaire ne touchera pas le fruit de son investissement.

Ainsi l'exemple de ces trois associés dont deux étaient majoritaires, qui continuaient à ne pas distribuer de dividendes et le troisième actionnaire minoritaire non salarié de la société se trouvait lésé²⁰.

Dans le même temps si un groupe de pression, en montrant sa capacité de vigilance et de résistance, en faisant pression en direction d'une politique de dividendes et de plus-values, rend service à l'ensemble des actionnaires, il contribue à la recherche de la qualité et de l'efficacité de la gestion, ce qui devrait être dans l'intérêt de la société.

18 - L'action populaire n'existe pas, en principe, en droit français ; cf. J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz 1996, 24^{ème} éd., n° 133.

19 - B. Bouloc, Les attributions et la responsabilité des associations, rev. Sociétés, avril-juin 1995, p. 264.

20 - Prise en compte de l'abus de majorité ; cass. com., 18 avril 1961, JCP 1961, 12164. Egalement cass. civ. 20 mars 1989, Bull. Joly 1989, p. 411.

Néanmoins les associations représentant le plus souvent ce groupe doivent savoir qu'un dialogue essentiellement judiciaire entre les actionnaires de contrôle et les autres n'est peut-être pas dans l'intérêt de la société et donc également peu profitable pour les minoritaires.

En effet, le marché financier, notamment, est très sensible aux déboires judiciaires des sociétés cotées et ils représentent donc un risque.

En recherchant l'intérêt des actionnaires il faut aussi chercher l'intérêt de la société. L'intérêt des actionnaires minoritaires ne peut être uniquement économique.

La notion d'intérêt collectif de trouve donc à la jointure de l'intérêt individuel et de l'intérêt social confié à la diligence des parquets.

Selon M. Boré, l'intérêt collectif est l'intérêt d'un groupe de personnes représentées par une personne privée et la lésion de cet intérêt collectif constitue un préjudice collectif²¹.

Section III – Observations sur les moyens d'actions judiciaires de ces associations

L'action associative, dans le sens de la « défense d'un préjudice moral causé par l'atteinte à une cause qui sert de fondement à l'action des associations de défense d'intérêts altruistes »²², n'en est qu'au stade des balbutiements.

Il n'y a pas en droit français d'action de groupe en ce sens qu'une association ne peut pas représenter un groupe inorganisé de personnes, elle peut défendre collectivement la somme des intérêts individuels de ses membres.

La jurisprudence civile a bâti de toutes pièces la théorie de l'action « associationnelle » en défense d'intérêts individuels : une association peut défendre collectivement la somme des intérêts individuels de ses membres dès lors que ceux-ci sont atteints dans leurs intérêts individuels déterminés et auraient pu agir ou agissent concomitamment²³.

La jurisprudence admet que le préjudice invoqué n'ait été subi que par un seul des membres de l'association et ait été antérieur à la date de constitution de l'association, à condition, toutefois, que son objet social indique qu'elle peut représenter en justice l'intérêt de ses membres.

Les associations n'ont qualité pour assurer en justice le défense des intérêts collectifs correspondant à leur objet statutaire qu'en vertu d'un texte spécial²⁴.

L'action associationnelle peut se présenter sous deux aspects : ou bien l'association représente purement et simplement les individus qu'elle groupe ou cette personne morale exerce une action collective propre.

21 - L. Boré, *op. cit.*

22 - vL. Boré, *op. cit.*, n° 351.

23 - Cass. civ. 23 Juillet 1918, D.P. 1918, I, 52 ; cf. J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 126.

24 - Cass.1ère civ. 16 janv. 1985 : D. 1985. 317 note Aubert ; JCP 1985, II, 20484 note Calais-Aulouis.

Les deux grandes nouveautés dues aux lois de 1989 et 1994 signalées sont l'action « syndicale » des associations agréées (A) et l'action civile par représentation conjointe ou substitution (B).

A. L'action « syndicale »

La qualité pour défendre l'intérêt collectif a tout d'abord été admise pour les syndicats professionnels²⁵ qui se définissaient par « un trouble susceptible d'être ressenti par chacun des membres du syndicat et de nuire à la profession toute entière »²⁶.

Cette action leur a été reconnue très tôt : « le droit de se porter partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente », alors que le droit d'agir des associations était cantonné.

Le législateur a attribué un droit d'action semblable à certaines catégories d'associations, souvent limité aux secteurs précis d'activité sociale et soumis à condition.

L'association devra être agréée par les pouvoirs publics et son objet doit l'avoir prévu. L'intérêt collectif, par cet agrément nécessaire, ne serait donc qu'une part éclatée de l'intérêt général, comme nous l'avons vu plus haut. « L'action associationnelle n'est qu'auxiliaire à l'action publique »²⁷, c'est pourquoi ce n'est que quand la loi les a habilitées qu'elles peuvent se substituer à l'action de l'Etat dans la défense des intérêts généraux de la société.

La situation caractéristique d'isolement du consommateur a développé un ordre public de consommateur. Le législateur a donc tout d'abord autorisé l'exercice d'actions en justice dans l'intérêt collectif des consommateurs par certaines associations de consommateurs agréées²⁸.

La loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative aux associations de défense des investisseurs en valeurs mobilières permet à celles-ci « d'agir en justice devant toutes les juridictions, même par voie de constitution de partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct et indirect à l'Intérêt collectif des investisseurs ou de certaine catégorie d'entre eux ». On retrouve ici la formule de la Cour de cassation pour les syndicats professionnels de 1913.

Ces associations sont elles aussi soumises à condition, et jusqu'à la loi de sécurité financière, elles devaient avoir deux années d'existence, avoir un nombre minimum de membres, avoir une activité effective et publique dans le domaine de la défense des intérêts des investisseurs, l'agrément étant accordé pour trois ans après avis de la COB, renouve-

25 - Ch. réun. 5 avril 1913, D.P. 1914, I, 65.

26 - J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n°122.

27 - R. Martin et J. Martin, *op. cit.*, n° 6.

28 - Loi Royer du 27.12.73 mod. L. 5. 1.88., remplacée par le code de la consommation par une loi n° 93-949 du 26 juillet 1993.

De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs

lable dans les mêmes conditions que l'agrément initial²⁹.

Si ces conditions ne sont pas réunies l'association n'a pas la capacité d'ester en justice, son action étant irrecevable³⁰.

Ces associations ont qualité pour agir dans toutes les sociétés cotées, la loi se contentant d'un préjudice indirect.

Elles peuvent demander en justice qu'il soit mis fin à une pratique contraire à la loi et aux règlements, qu'il soit ordonné à la personne de se conformer à ces dispositions ou d'en supprimer les effets.

L'action associationnelle n'est jamais ouverte à l'initiative d'un particulier (ex: avocat), l'approbation de l'association est toujours nécessaire. Ce qui veut dire que des considérations autres que compensatoires peuvent entrer en jeu.

En effet, l'association ne cherche pas à obtenir la réparation d'un dommage qu'elle n'a pas subi. Elle tente d'obtenir le respect de la loi et de prévenir la réitération de nouvelles violations des droits des investisseurs.

Si l'association obtient des dommages et intérêts, ceux-ci ne vont pas aux membres du groupement qui ont pu subir un dommage.

Ces associations se caractérisent par l'absence de moyens financiers, empêchant les associations d'investisseurs de louer les services des cabinets d'avocats spécialisés.

En cas d'accueil de la demande, l'association recevra une indemnité versée pour le préjudice porté à l'intérêt collectif de ses membres³¹.

La fonction compensatoire de l'action associationnelle est très limitée par les tribunaux.

B. L'action en représentation conjointe

La loi DDOEF du 08 août 1994 a transposé aux associations d'investisseurs l'article 8 de la loi du 18 janvier 1992 existant pour les associations de consommateurs relatif à l'action en représentation conjointe. Elle permet d'obtenir la réparation devant toutes juridictions, de préjudices individuels subis par plusieurs personnes d'un même fait qui ont une origine commune. Elle agit en vertu d'un mandat.

Ici, la loi prend en considération des préjudices individuels et élimine le préjudice collectif.

L'association n'a pas à justifier d'un intérêt personnel à agir. Lorsqu'elle agit au nom des investisseurs, ce sont ceux-ci qui sont réputés exercer les droits reconnus à la partie civile.

Toutefois, les significations ou notifications concernant l'investisseur seront adressées à l'association.

29 - Deux associations avaient obtenu l'agrément : la FNACI, Fédération Nationale des Clubs d'Investissement ; l'ANAF, Association Nationale des Actionnaires de France. La FNACI n'a pas sollicité la reconduction de son agrément. Nous n'avons pas pu contacter de représentant de l'ANAF pour avoir des précisions sur leur situation actuelle.

30 - Par ex, cf. Paris, 7 novembre 1990, Bull. Joly, Janv. 1991, p. 62, §12.

31 - Ce qui la différencie de la class action américaine.

Ces actions occupent une position mixte, intermédiaire entre l'action civile proprement dite et l'action publique. Elles marquent sans conteste une évolution de notre droit judiciaire privé.

Ce modèle suppose la présence d'un groupe organisé, d'une institution préétablie sous forme d'association ou d'une structure équivalente, ce qui la différencie nettement de la class action américaine.

Cependant, l'action associative, qui vise à compenser les membres individuels de l'association pour le tort que chacun a subi individuellement, est un recours collectif au sens de l'action nord-américaine.

La loi de sécurité financière a modifié les dispositions relatives aux associations d'investisseurs en assouplissant leurs conditions d'agrément mais aussi élargissant leur « saisine » en autorisant de façon limitée la sollicitation de mandat sous contrôle du juge³².

En effet le législateur a instauré dans le nouvel article 452-2 du Code monétaire et Financier un alinéa 3 qui dispose que le président du Tribunal de Grande Instance ou le président du Tribunal de Commerce peuvent, par ordonnance de référé, autoriser l'association à solliciter des actionnaires un mandat pour agir en leur nom en ayant recours, à ses frais, aux moyens de publicité.

Il convient d'attendre pour vérifier l'activité d'une telle modification mais il faut constater que le législateur, depuis 1989, procède par tâtonnement.

En ce qui concerne les associations d'actionnaires, il doit être constaté que les simples conditions de constitution condamnent le développement et l'action possible des associations d'actionnaires³³.

Il convient ici de rappeler que les membres de l'association doivent détenir les titres depuis au moins deux ans, mais surtout les pourcentages de droit de vote qui doivent être réunis qui sont extrêmement importants exprimés en terme de valorisation financière.

Le législateur oscille toujours entre la protection des minoritaires et la possibilité pour les dirigeants de mettre en oeuvre une bonne gestion de leur société.

Mais les lois citées plus haut ont un bilan³⁴ neutre ou négatif, elles n'ont pas vraiment modifié le paysage judiciaire concernant les sociétés cotées en général, en bien ou en mal d'ailleurs.

La loi dite de sécurité financière du 1er août 2003³⁵ a tiré les conséquences

32 - Sur ce point cf. Benoît Le Bars, La rénovation du statut des associations d'actionnaires et d'investisseurs : un épiphénomène révélateur du besoin d'évolution en droit des sociétés, *Rev. Soc.* 2003.

33 - Cf. B. de Saint Mars - V. Canu, Les associations d'actionnaires, éléments du gouvernement d'entreprise ?, *Rev. De Dr. Banc. Et Fin.* n°1, janv.-Févr. 2000, p. 46.

34 - Interview de Colette Neuville, présidente de l'ADAM, association non agréée qui fonctionne très bien sous la simple législation L.1901.

Interview de Françoise Buisson, en 2000, alors vice-présidente de la FNACI, association d'investisseurs très active pour les actionnaires, mais qui n'a pas eu de développement de l'activité judiciaire malgré les modifications apportées par la loi de 1994.

35 - Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, *JO* n° 177 du 2 Août 2003, p. 13220.

De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs

de ce constat et a apporté certaines modifications au système en place. Les associations d'actionnaires et d'investisseurs sont désignées par le législateur comme organes représentatifs des actionnaires et des investisseurs.

Contrairement à cette frilosité législative ne faudrait-il pas aller beaucoup plus loin et adopter la procédure d'action de groupe pour une meilleure défense judiciaire de cette minorité que peuvent être les actionnaires ?

Actuellement, les intérêts et les moyens ne sont pas égaux donc « le procès se trouve parallèlement transformé »³⁶. Un petit porteur ne fera pas un procès de principe qui lui coûtera plus en frais que ce qu'il ne risque de gagner.

La sanction prévue pour une infraction peut-elle être efficace si l'auteur se doute que personne n'enclenchera la procédure ?

36 - R. Martin et J. Martin, L'action collective, JCP, I, n° 3162, p. 36.

VERS UNE ACTION PUBLIQUE CIVILE DES AUTORITÉS DE MARCHÉ

Nicole Decoopman
*Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne,
Directrice du CEPRISCA*

1. L'octroi aux autorités de marché, autorités publiques, d'une qualité à agir devant les juridictions civiles suscite interrogation. La question est de savoir si le droit des marchés propose des mécanismes qui peuvent s'apparenter à la class action, en constituer un substitut¹ – on serait alors dans le domaine de défense des intérêts privés – ou si les actions en justice ouvertes aux autorités de marché devant les juridictions civiles constituent des moyens de régulation – on serait alors dans le domaine de protection des intérêts publics –. La question mérite d'autant plus d'être posée que, précisément, l'action est ouverte devant les juridictions civiles, qui assurent d'abord la protection des intérêts privés.

2. Quelle que soit l'analyse retenue, un brouillage des frontières peut être observé. D'un côté, la porosité de la frontière pénal/civil s'accroît. Tandis que l'ordonnance du 1er décembre 1986² amorçait un mouvement de dépenalisation du droit économique, elle octroyait dans le même temps aux autorités publiques des moyens d'action non négligeables au plan civil, moyens d'action étendus par la loi NRE du 15 mai 2001, si bien que certains ont pu parler de « civil para-pénal »³. D'un autre côté, la frontière public/privé est elle-même mouvante. La remarque a été souvent faite dès lors que l'on s'intéresse aux autorités de marché, ne serait-ce que sur le plan de la compétence juridictionnelle. Le fait qu'il s'agit d'actions intentées devant les juridictions civiles et ouvertes le plus souvent aux personnes privées pour la défense de leurs intérêts privés mérite néanmoins réflexion. Ne serait-on pas face à une publicisation des actions civiles en nullité, en responsabilité...,

1 - V. A. Penneau, La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique (critique de l'article L 442-6, III, du code de commerce et propositions), D. 2003, chr. p. 1278.

2 - Ex. suppression du délit pénal du refus de vente. La loi du 1er juillet 1996 a depuis supprimé le délit civil de refus de vente qui relève éventuellement du champ des pratiques restrictives de concurrence.

3 - C. Vilmart, L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi NRE, JCP éd. E 2001, n°50, p. 1994 et spéc. p. 2046.

comme le manifeste par ailleurs l'action des syndicats ou des associations parfois qualifiés de « ministère public privé »⁴, publicisation qui serait à rapprocher de la privatisation de l'action publique souvent soulignée⁵ ?

3. L'analyse serait sans doute plus simple si la qualité à agir devant les tribunaux civils était simplement reconnue au ministère public ; le schéma serait alors relativement classique et connu : depuis de nombreuses années, ce droit d'action du ministère public est reconnu en droit des sociétés comme en droit des procédures collectives et montre que l'ordre public, au moins l'ordre public économique, n'est pas étranger à ces matières. Le fait que ce droit d'action soit octroyé à des autorités de marché entendues dans un sens large (ministre de l'économie, président du Conseil de la concurrence, Autorité des marchés financiers ou son président) invite à s'interroger sur sa finalité et sa nature. Certes, il ne peut s'agir d'une class action⁶, d'une action de groupe que l'on peut schématiquement caractériser par trois éléments. La représentation en justice par une personne privée, inhérente au mécanisme de la class action, suppose que l'on soit en présence d'un ensemble de personnes individualisables et qui ont subi une atteinte à leurs droits en partie commune (même origine, nature identique) ; elle impose que ces personnes soient informées de telle sorte qu'elles puissent décider de faire ou non partie du groupe ; le jugement profite soit à l'ensemble du groupe, soit à chacun des membres du groupe et la question de savoir si la personne membre du groupe conserve son droit individuel d'agir en justice se pose de façon inéluctable. Les deux derniers éléments, quelles qu'en soient les modalités, sont également présents dans les actions en substitution que peuvent tenter les syndicats⁷ comme dans les actions en représentation conjointe ouvertes aux associations⁸ et l'on pourrait se demander si, bien qu'étant des autorités publiques, les autorités de marché ne disposent pas d'actions par lesquelles elles se substitueraient aux particuliers dans la défense de leurs intérêts privés. Il se peut aussi que l'on soit en présence d'un nouveau visage de l'action publique dont la finalité serait certes la protection de l'intérêt général, mais intentée devant les tribunaux civils : elle figurerait parmi les nombreux moyens de régulation confiés aux autorités de marché. La philosophie de l'ac-

4 - M. Cappelletti, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile), RID Comp. 1975, p. 571 et s., spéc. p. 596.

5 - V. notamment A. Decocq, L'éloge funèbre de l'action publique, *in* L'avenir du droit, Mélanges F. Terré, 1999, p. 781.

6 - M. Cappelletti, art. préc.; F. Caballerro, Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe, RTD Civ. 1985.247 ; N.J. Mazen, Le recours collectif : réalité québécoise et projet français, RID Comp. 1987.373 ; H.P. Glenn, A propos de la maxime "nul ne plaide par procureur", RTD Civ. 1988.59.

7 - V. dans cet ouvrage supra P.Y. Verkindt, La recevabilité de l'action syndicale en matière économique ; v. également F. Petit, L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur, Dr. social 2004, p. 262.

8 - V. dans cet ouvrage supra Virginie Canu, Les associations d'actionnaires et d'investisseurs ; v. également B. Le Bars, Associations d'actionnaires et d'investisseurs : un droit rénové d'ester en justice ?, Petites Affiches, numéro spécial, La loi de sécurité financière (Loi n° 2003-706 du 1er août 2003), p. 102 ; L. Boré, L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?, D. 1995 chr. p. 267.

tion de l'Etat est profondément différente selon que l'une ou l'autre analyse est retenue. Avant de procéder à cette analyse, il convient d'examiner les actions concernées.

Section I - Le constat : les mécanismes

4. Pour plus de clarté, la présentation des actions soumises à notre réflexion sera opérée en fonction du domaine et des autorités qui y interviennent. L'accent sera mis sur les caractéristiques de ces actions, au moins du point de vue qui nous intéresse dans cette étude, et nous verrons que les mécanismes retenus comme leur contexte sont profondément différents qu'il s'agisse du droit boursier ou du droit de la concurrence.

A. Les actions des autorités boursières

5. La première action que nous allons étudier est relativement connue, même si d'une part elle a été peu utilisée⁹ du moins jusqu'à aujourd'hui et si d'autre part la loi de sécurité financière du 1er août 2003 y apporte des modifications non dénuées d'importance ; il s'agit du pouvoir d'injonction indirecte ou judiciaire, du pouvoir pour le président de l'Autorité des marchés financiers (AMF) de « demander en justice¹⁰ qu'il soit ordonné à la personne qui est responsable de la pratique relevée de se conformer aux dispositions législatives ou réglementaires, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets» (art. L. 621.14 II C. monét. fin.).

Ce texte suscite plusieurs observations. En premier lieu, nous sommes en présence d'une action en cessation des pratiques illicites. Si l'on fait abstraction de l'injonction de respecter les dispositions législatives ou réglementaires, le juge peut enjoindre aux intéressés de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets. L'accent est mis sur les effets attendus plus que sur la nature de l'action ou l'objet de l'irrégularité. Le domaine de celle-ci est cependant défini très largement, il s'agit de la violation des dispositions législatives et réglementaires. La seule limitation réside dans les missions de l'Autorité telles que définies par l'article L. 621-1 du code monétaire et financier et dans le fait que les pratiques

9 - Deux affaires sont connues. L'affaire *Herrickoa* : TGI Paris 22 févr. 1988, JCP E 1988, II, 15 177, n. 26, obs. A. Viandier et J.J. Caussain ; CA Paris 28 mars 1988, Gaz. Pal. 1988, I, 308, note C. Ducouloux-Favard, D. 1989, 116, note N. Decoopman. L'affaire *H. Finance et participation* : TGI Paris 5 août 1994, JCP E 1994, II, 623, p. 220, note A. Viandier, Bull. Joly Bourse 1994, p. 597, note C. Ducouloux-Favard, M. Germain et M.A. Frison-Roche, RD bancaire et bourse 1994, n. 46, p. 267 ; Cass. com. 24 févr. 1998, Bull. civ IV, n. 85, JCP E 1998, n. 17, p. 636. D. Schmidt et M. Delespaul, Recours judiciaires de la COB, Bull. Joly Bourse 2001.1. Sur l'injonction judiciaire du président du Conseil des marchés financiers créée par la loi NRE sur le modèle de l'ancien article L. 621-17 du code monétaire et financier, v. H. Causse, *Le référé financier. Le cas de l'action du président du CMF*, JCP E 2002, 1553.

10 - Compétence est donnée au président du tribunal de grande instance de Paris (et non du tribunal de commerce) qui statue en la forme des référés (art. L. 621-14 § II al.2, c. mon. fin.), il s'agit donc d'une action au fond.

relevées doivent soit être de nature à porter atteinte aux droits des épargnants, soit avoir pour effet de fausser le fonctionnement du marché¹¹. Cette seconde observation est riche d'enseignements. Avant la loi de sécurité financière, les seules pratiques susceptibles de relever du champ de l'injonction judiciaire du président de la COB étaient celles de nature à porter atteinte aux droits des épargnants¹², la question de savoir si l'on était ou non en présence d'une action ayant pour objet de protéger des intérêts privés était alors pertinente ; elle le devient moins depuis que la loi de sécurité financière a élargi le champ des pratiques visées à celles ayant pour effet de fausser le fonctionnement du marché. Qui plus est, les épargnants dont les droits sont lésés ne sont pas forcément individualisables et leur individualisation n'est pas recherchée. On n'est donc pas en présence d'une « classe ». Enfin, le contentieux dont il s'agit ayant pour objet de mettre fin aux violations des dispositions législatives et réglementaires est un contentieux objectif¹³ alors que la class action (ou ses substituts) relèverait d'un contentieux subjectif¹⁴. Dans le même sens, il est à noter que l'astreinte éventuellement prononcée est versée au Trésor Public¹⁵.

6. Les autres actions que peut intenter l'Autorité des marchés financiers devant les juridictions civiles sont prévues par le code de commerce et n'ont guère été plus utilisées. On pense à la possibilité pour l'Autorité des marchés financiers de demander dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne la nomination d'un expert de gestion¹⁶, le relèvement¹⁷ ou la récusation¹⁸ d'un commissaire aux comptes, actions que le ministère public et le comité d'entreprise peuvent également intenter ainsi que les actionnaires minoritaires qui étaient lors de l'adoption de la loi du 24 juillet 1966 les seuls demandeurs possibles. La faculté ouverte à la COB d'abord, à l'AMF désormais d'agir aux côtés des actionnaires minoritaires peut là encore conduire à se poser la question de l'existence éventuelle d'une action en substitution ou en représentation conjointe.

Mais force est d'observer d'une part que cette analyse serait quelque peu artificielle si elle était menée uniquement à propos de l'Autorité des marchés financiers qui n'est que l'un des demandeurs possibles¹⁹. A propos de l'expertise de gestion, la loi NRE du 15 mai 2001 a d'ailleurs dissocié l'ac-

11 - Art. L. 621-14 I et II du code monétaire et financier.

12 - Ancien art. L. 621-17 du code monétaire et financier.

13 - J. Normand, RTD civ. 1985, p. 765 ; H. Causse, art. préc., JCP éd. E 2202, 1553, spéc. n° 11.

14 - H. P. Glenn, A propos de la maxime « nul ne plaide par procureur », RTD civ. 1988, p. 59.

15 - Art. L. 621-14 II, al. 2 *in fine*, c.mon.fin.

16 - Art. L. 225-231, c. com.

17 - Art. L. 225-233, c. com.

18 - Art. L. 225-230, c. com.

19 - Cette analyse serait parfaitement incongrue si elle était transposée au comité d'entreprise.

tion des actionnaires minoritaires et celle des autres demandeurs : les premiers – on est alors dans l'ordre interne à la société – doivent d'abord adresser des questions écrites aux dirigeants sociaux. Ce n'est qu'à défaut de réponse ou en cas de réponses insuffisantes qu'ils peuvent demander en justice la nomination d'un expert. L'articulation de l'action des actionnaires minoritaires et de celle de l'AMF devient ainsi beaucoup plus délicate. D'autre part, on remarquera que ces différentes actions ont trait aux organes de contrôle des sociétés soumises au contrôle de l'Autorité des marchés financiers, organes qui peuvent être considérés comme des auxiliaires de cette autorité, c'est-à-dire que l'on serait en présence de moyens qui permettraient à l'AMF de mettre en œuvre sa mission de protection de l'épargne.

B. Les actions des autorités de la concurrence

7. Bien que diversifiées et attribuées à différentes autorités, elles siègent dans un seul texte : l'article L. 442-6 III du code de commerce, texte modifié par la loi NRE, qui se substitue à l'ancien article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et qui sanctionne les pratiques discriminatoires ou abusives restrictives de concurrence. La question de la nature de ces actions se pose d'autant plus que les pratiques portent d'abord atteinte aux intérêts privés des partenaires économiques et sont prohibées indépendamment de leurs effets sur le marché, ce qui explique que le président du Conseil de la concurrence n'a qualité pour introduire l'action que s'il constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence²⁰, une pratique illicite au regard de l'article L. 442-6 c. com.

8. L'action en cessation des pratiques illicites²¹ n'est pas dans l'article L. 442-6 c. com. isolée, elle ne constitue que l'une des demandes possibles et ne se rapproche que pour partie de l'action de même nature que peut intenter le président de l'Autorité des marchés financiers. Non seulement elle n'est pas concurrente du pouvoir d'injonction du Conseil de la concurrence²², mais elle n'appartient pas de façon exclusive au président dudit Conseil qui n'en dispose que de façon marginale. Les principaux bénéficiaires de cette action sont le ministre de l'économie et le ministère public²³ qui peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques. Il s'agit alors d'une demande présentée au juge du fond. La compétence du juge du fond n'est bien entendue pas exclusive de celle du juge des référés qui, comme l'indique

20 - Il s'agit du strict respect du principe de spécialité des autorités de marché.

21 - Dans l'article L. 442-6 C. com., l'action en cessation des pratiques prohibées n'est qu'une action parmi d'autres.

22 - Contrairement aux solutions du droit boursier depuis la loi de sécurité financière du 1er août 2003.

23 - Le texte ne prévoit pas que les personnes intéressées peuvent former ce type de demandes (v. l'alinéa 2 de l'article L. 442-6 III c. com).

expressément l'article L. 442-6 in fine, peut ordonner la cessation des pratiques prohibées ou tout autre mesure conservatoire.

En accordant expressément auxdites autorités la faculté de demander au juge du fond d'ordonner la cessation des pratiques illicites, la loi du 15 mai 2001 rejoint en quelque sorte la jurisprudence antérieure²⁴ qui considérait que le pouvoir d'action du ministre ne peut tendre qu'au rétablissement de l'ordre public par la seule cessation des pratiques illicites alors même que ce type d'action ne lui était pas ouvert explicitement. L'officialisation de cette action ne se traduit pas pour autant par une explicitation de son régime ou de ses effets, on notera simplement le caractère objectif, concret des éléments incriminés : il s'agit de « pratiques » dont le contrat ou l'une de ses clauses n'est que le support. L'opération de qualification, typique du travail du juriste, ne présente plus la même importance. Cette remarque vaut également, bien qu'à un moindre degré, pour les autres actions que peuvent tenter les autorités publiques.

9. La faculté octroyée aux autorités publiques d'agir devant les juridictions civiles peut s'expliquer par des raisons historiques : la dépénalisation des pratiques discriminatoires²⁵ à laquelle a procédé l'ordonnance du 1er décembre 1986 a conduit le législateur à prévoir l'intervention des autorités publiques (ministère public, ministre de l'économie et, dans certains cas, président du Conseil de la concurrence). A l'origine (Ord. 1er déc. 1986, art. 36), était uniquement ouverte aux personnes intéressées et aux autorités publiques l'action en responsabilité. La jurisprudence²⁶ avait fait preuve d'une extrême circonspection dans l'application de ce texte. En effet, la Cour de cassation, à la suite de certains juges du fond, avait considéré que le ministre de l'économie ne disposait que d'une action en responsabilité et non d'une action en annulation, il ne pouvait davantage solliciter la restitution au lieu et place de la victime, ni demander des dommages-intérêts à son profit. Cette jurisprudence, largement conforme aux textes alors en vigueur, aurait pu s'analyser comme ouvrant aux autorités publiques une action de substitution ou, au moins, de représentation des victimes des pratiques répréhensibles qui sont individualisables et peuvent même être uniques. Ce serait oublier que la jurisprudence, contrairement cette fois aux dispositions légales ou au moins par une interprétation extrêmement stricte de ces dispositions, estimait que le texte (l'ancien article L. 442-6 du code de commerce) ne donnait pas au ministre de l'économie la faculté de se substituer aux victimes des pratiques

24 - V. en particulier Cass. com. 5 déc. 2000 : RJDA 2001, n°511.

25 - Les pratiques discriminatoires étaient auparavant prévues par l'article 37-1 de l'ordonnance du 30 juin 1945 et soumises aux peines prévues par l'article 41 de ladite ordonnance ; v. not. J. Azéma, La dépénalisation du droit de la concurrence, *rev. sc. crim.* 1989, p. 651.

26 - Cass. com 5 déc. 2000, préc. ; CA Paris, 9 juin 1998 : RJDA 1998, n. 1053, *Petites Aff.* 21 août 1998, p. 10, obs. M. Malaurie-Vignal, *JCP éd. E* 2000, p. 178, obs. D. Fasquelle *infirmant sur ce point T. com. Paris* 25 nov. 1996 : RJDA 1997, n. 376, *Petites Aff.* 4 juin 1997, p. 17, note V. Sélinisky et J. Peyre, *D.* 1997, IR. 22.

discriminatoires pour évaluer, à leur place, le préjudice causé par les agissements restrictifs de concurrence et en solliciter la réparation, le ministre pouvait uniquement solliciter la cessation des pratiques illicites. La Cour de cassation rejetait ainsi toute idée d'action de substitution. A l'encontre de ces solutions jurisprudentielles restrictives, la loi NRE du 15 mai 2001 a octroyé aux autorités de la concurrence une panoplie étonnante.

Outre l'action en cessation des pratiques illicites déjà évoquée, le ministre de l'économie ainsi que le ministère public peuvent à l'occasion de l'action en responsabilité « faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile... La réparation des préjudices subis peut également être demandée ». La loi, dans un inventaire à la Prévert, octroie explicitement aux autorités publiques les différents types d'actions que certaines juridictions du fond²⁷ leur reconnaissent et par lesquelles ces autorités pouvaient appuyer les demandes formées par les victimes. Cependant, le message est brouillé et la philosophie du texte difficilement perceptible en raison d'une part de sa rédaction défectueuse²⁸, d'autre part du manque de cohérence entre les différentes actions envisagées. Quelle relation existe-t-il par exemple entre la répétition de l'indu qui relève de la protection des intérêts privés et le prononcé d'une amende civile, sanction rare en droit privé et qui s'apparente à une sanction pénale ? Cette absence de lisibilité impose l'analyse.

Section II - L'analyse : vers une action publique civile des autorités de marché

10. Deux questions se posent. D'une part, quelle est la nature de l'action : une action publique ou une action privée ? D'autre part, s'il s'agit d'une action publique, comment analyser l'octroi de la qualité à agir à plusieurs autorités publiques différentes ?

A. Une action publique civile

11. Est-on en présence d'une action publique d'un nouveau genre²⁹ ou d'une action de substitution³⁰ ou en représentation conjointe³¹ exercée

27 - V. en particulier T. com. Versailles, 7 mars 1997, Petites Aff. 5 nov. 1997, p. 24, note P. Arhel.

28 - Ainsi, l'allusion à la réparation des préjudices subis est incompréhensible dans la mesure où l'on se place par hypothèse dans le cadre d'une action en responsabilité, à moins que le texte envisage la réparation des préjudices publics : la signification de cette phrase serait alors déterminante, mais la loi reste silencieuse sur ce point.

29 - Le rapprochement avec l'action publique a été effectué par S. Guinchard, M. Bandrac, M. Douchy, F. Ferrand, X. Lagarde, V. Magnier, H. Ruiz Fabri, L. Sinopoli, J.M. Sorel, Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès, Dalloz, 2^e éd., 2003, n° 732.

30 - V. A. Penneau, La sanction civile de contrats commerciaux déloyaux par l'effet de l'action de substitution d'une autorité publique (critique de l'article L. 442-6, III, du code de commerce et propositions), D. 2003, p. 1278. V. en droit du travail supra note 7.

31 - R. Martin, L'action en représentation conjointe des consommateurs, JCP 1994, I, 3756 ; L. Boré, L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?, précité.

non par une association, mais par une autorité publique ? Dans ces deux derniers cas, on serait proche de la class action, seule changerait la nature privée ou publique de l'institution (association, syndicat ou autorité de marché), on serait en présence d'un substitut à la class action. Il faut tenir compte également du fait qu'entre le privé et le public existe à mi-chemin le collectif (organismes professionnels, associations, syndicats) qui peuvent agir soit en défense d'intérêts privés individuels, même s'ils sont regroupés, soit en défense d'un intérêt collectif (ex. l'intérêt de la profession), soit enfin en défense d'un intérêt public. L'hypothèse de la défense d'un intérêt collectif peut être ici éliminée³² dans la mesure où l'intérêt collectif défendu par une autorité publique ne peut être que l'une des formes de l'intérêt général³³. Si l'autorité de marché agit en défense d'un intérêt public, la question se dédouble de la même façon que sont distingués l'ordre public de direction et l'ordre public de protection.

12. Quels sont les critères qui permettent de déterminer s'il s'agit d'une action privée, substitut³⁴ d'une class-action ou d'une action publique ? La nature (publique) de l'autorité ne suffit pas, même si elle constitue un indice intéressant. Le critère organique ne peut à lui seul emporter qualification, les exemples contraires sont trop nombreux : la loi de sécurité financière peut fournir une illustration récente lorsqu'elle permet, dans certaines conditions, à l'Autorité des marchés financiers d'intenter une action civile devant les juridictions répressives³⁵.

La nature de l'action décelée à travers son objet peut constituer un élément suffisant (ex. amende civile, mais c'est le seul cas) ; l'action en cessation des pratiques illicites est une action parfaitement adaptée au rétablissement de l'ordre public comme l'indique la Cour de cassation³⁶, mais – du moins en référé – elle n'est pas réservée aux autorités publiques, elle constitue au contraire une mesure conservatoire classique³⁷.

Autre interrogation qui permet de déterminer si l'on est en présence d'une action privée ou publique : les victimes sont-elles ou non identifiables ? Si les victimes ne sont pas identifiables ou qu'aucune recherche d'identification n'est et ne doit être entreprise, il y a peu de chance pour que l'on soit en présence d'une action en substitution³⁸, mais est-ce réellement

32 - V. contra J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz, 2003, n° 133 à propos de l'action du président de la COB. Cette analyse ne peut manifestement plus être retenue depuis que la loi de sécurité financière admet que cette action n'est plus limitée aux pratiques « de nature à porter atteinte aux droits des épargnants, v. supra.

33 - V. S. Guinchard, L'action de groupe en procédure civile française, RIDComp. 1990, p. 634.

34 - Peu importe en l'occurrence qu'il s'agisse d'une action en substitution ou d'une action en représentation conjointe qui constituent toutes deux une action privée.

35 - Art. L. 621-16-1 c. mon. fin.

36 - Cass. com. 5 décembre 2000, préc. Il n'en reste pas moins que l'action en cessation paraît être une action assez fruste dont la théorie reste à construire.

37 - Art. 809 et 873 du Nouveau code de procédure civile.

38 - La référence à l'idée de protection des intérêts diffus rend inutile cette question et permet en outre de dépasser la *summa divisio* public/privé, v. M. Cappelletti, art. préc., p.373.

la bonne question ? Non, ce qui importe c'est de rechercher quelle est la finalité de l'action. S'agit-il de protéger les intérêts privés de telle ou telle catégorie de personnes : dans ce cas, on est en présence d'un substitut de la class action, ou, au contraire, est-ce la protection de l'intérêt général qui est poursuivie : dans ce cas, il s'agit d'une action publique.

13. En l'occurrence, il s'agit d'une action publique intentée devant les tribunaux civils et non d'une action de substitution³⁹. La mission d'intérêt général des autorités concernées le postule ; si le droit d'agir en représentation d'intérêts privés leur était accordé, ce droit devrait nécessairement être organisé, d'une part afin de protéger les droits et libertés fondamentales des personnes privées concernées, et en particulier leur droit d'agir en justice, d'autre part en raison du caractère largement dérogatoire de ce droit. Or, en droit de la concurrence, les textes prévoient seulement que les autorités peuvent prendre l'initiative de l'action sans qu'une information quelconque des victimes soit envisagée, ce qui va à l'encontre de toute représentation, même édulcorée. De plus, on voit mal comment peut s'opérer l'évaluation des préjudices subis sans l'intervention des victimes, ce qui explique sans doute la jurisprudence restrictive de la Cour de cassation relative à l'application de l'article L. 442-6 c. com. dans sa rédaction antérieure à la loi NRE⁴⁰. De même, en droit boursier, non seulement le pouvoir d'injonction judiciaire n'est pas nécessairement utilisé pour protéger les droits des épargnants, mais lorsque tel est le cas, les épargnants ne sont pas forcément aisément identifiables. S'ils le sont, par exemple à la suite d'une plainte d'un épargnant, la finalité de l'injonction judiciaire n'est pas concrètement la réparation du préjudice éventuellement subi ou la nullité de l'acte⁴¹, mais plus abstraitement – le contentieux est objectif – la cessation de la violation des dispositions législatives et réglementaires. L'objectif poursuivi est le rétablissement de l'ordre public économique⁴² perturbé par les pratiques illicites.

L'action intentée par les autorités publiques, action autonome qui n'est pas subordonnée à l'initiative ou à la volonté des personnes lésées et ne nécessite pas leur information, n'a pour objet ni de faciliter l'accès à la justice des personnes dont les intérêts sont lésés ni d'assurer la protection des intérêts privés. C'est un acte de régulation et le type d'action le plus adéquat est l'action en cessation des pratiques illicites ; on retrouve

39 - En faveur de l'action de substitution, v. A. Penneau, art. préc. V. également E. Claudel, obs. RTDCom 2000, p. 891 et s., spéc. p. 896.

40 - V. *supra* n. 9.

41 - Pour ce faire, une action intentée par l'intéressé devant les juridictions civiles est nécessaire.

42 - En ce sens, Cass. Com. 5 déc. 2000 préc. ; CA Paris 9 juin 1998 préc. ainsi que Y. Guyon, *Droit des affaires*, t.1, *Economica*, 2003, n. 872, p. 939 ; A. Pirovano, *Droit de la concurrence et progrès social* (après la loi NRE du 15 mai 2001), D. 2002, p. 62, spéc. p. 68. V. avant la loi NRE, not. J. P. Brill, *Les sanctions civiles des violations de l'ordonnance du 1er décembre 1986*, *Gaz. Pal.* 1987, II, doct. 775 ; V. Sélinsky et J. Peyre, note précitée, p. 27 ; D. Ferrier, *Droit de la distribution*, *Litec*, 2000, n. 265, p. 132.

alors le pouvoir d'injonction des autorités. Pouvoir suffisant pour assurer le respect de l'ordre public, qui porte néanmoins atteinte à la liberté contractuelle, mais celle-ci est encadrée de façon classique par les lois d'ordre public (art. 6 du code civil). Il est vrai que la qualité à agir conférée aux autorités de marché réalise un interventionnisme plus important que la seule définition de règles d'ordre public.

14. Dès lors que l'on considère que nous sommes en présence d'une action ayant pour finalité la défense de l'intérêt général dont l'ordre public est le gardien⁴³, encore faut-il préciser de quel intérêt général il s'agit et quelles sont ses relations avec les intérêts particuliers. Le ministre de l'économie comme l'Autorité des marchés financiers ou le Conseil de la concurrence (ou son président) sont des autorités spécialisées et l'intérêt général que ces autorités défendent est l'ordre du marché. Cet ordre public spécifique qui consiste à assurer le développement du marché peut concorder avec ou passer par la protection d'intérêts particuliers (par exemple la protection des épargnants ou celle des fournisseurs). Dans cette analyse, la césure ordre public de protection/ordre public de direction est dépassée. Il est fréquent qu'une même action poursuive plusieurs objectifs concomitamment, à la fois la protection de la partie faible et la protection de l'intérêt général⁴⁴, le premier objectif pouvant être au service du second. Ainsi, le souci de permettre une concurrence libre peut conduire à prohiber les pratiques discriminatoires ou abusives et à donner aux autorités publiques les moyens juridiques de les combattre en venant au secours des victimes de ces pratiques. C'est le mécanisme qu'instaure l'article L. 442-6 III du code de commerce. Cependant, la difficulté de combiner protection des intérêts privés et protection de l'intérêt général explique que les actions classiques telles que les actions en responsabilité ou les actions en nullité intentées par les autorités publiques ne paraissent pas adéquates ou du moins efficaces⁴⁵, l'action en cessation des pratiques illicites en ce qu'elle permet un contentieux objectif répond mieux à l'objectif poursuivi. Plus exactement, ce sont les notions mêmes d'ordre public de protection⁴⁶ et d'ordre public de direction qui ne sont plus totalement adaptées à un ordre du marché fondé sur le libéralisme économique, la liberté et l'égalité des opérateurs.

43 - B. Fauvarque-Cosson, L'ordre public, *in* Le code civil - Un passé, Un présent, Un avenir, Dalloz, 2004, p. 473 et s.

44 - M. Salah, Les transformations de l'ordre public économique : vers un ordre public régulateur ?, Mélanges Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261 qui propose la notion d'ordre public régulateur pour rendre compte du dépassement de la césure ordre public de protection/ordre public de direction.

45 - V. C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat, *in* Le contrat au début du XXI^e siècle, Mélanges Ghestin, LGDJ, 1999, p. 601.

46 - Il est à noter que s'agissant des pratiques restrictives de concurrence, on est dans tous les cas en présence de professionnels (fournisseurs et distributeurs) alors qu'en droit boursier, il serait envisageable d'assimiler les épargnants - du moins s'il s'agit de personnes physiques - à des consommateurs.

B. L'action publique des autorités spécialisées

15. Il est caractéristique que pour les actions étudiées, l'action « publique » puisse le plus souvent être intentée par différentes autorités publiques : le ministère public, le ministre de l'économie ou le président du Conseil de la concurrence en droit de la concurrence. En droit boursier, l'action est intentée soit par le président de l'Autorité des marchés financiers, laquelle dispose désormais de la personnalité morale⁴⁷ soit par l'AMF elle-même (auparavant par la COB) et le ministère public. Cette pluralité d'acteurs est la plus riche d'un point de vue théorique. La présence du ministère public devient en droit des affaires classique comme l'illustre le droit des procédures collectives. Il est moins fréquent qu'une ou plusieurs autres autorités publiques soient présentes à ses côtés. Outre qu'il pourrait s'agir tout simplement de pallier l'éventuelle défaillance du ministère public due à l'absence de moyens ou de volonté d'intervenir en matière économique, une première distinction est possible : distinguer entre la société et l'Etat. La première serait représentée (pas au sens juridique du terme) par le ministère public tandis que le second le serait par le ministre de l'économie et le président de l'Autorité des marchés financiers ou du Conseil de la concurrence. Si, en droit pénal, l'analyse relative au ministère public peut être reçue⁴⁸, c'est beaucoup plus délicat en droit des affaires. Par exemple, en droit des sociétés, il est difficile de considérer que le ministère public qui intervient pour demander la nomination d'un expert de gestion agit pour protéger les intérêts de la société civile. Il est vrai qu'il est tout aussi difficile d'imaginer qu'il intervient pour sauvegarder l'intérêt de l'Etat. On pourrait plus simplement considérer que le ministère public intervient, comme dans le cadre de l'article 423 du NCPC, « pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; c'est d'ailleurs plutôt l'article 422 du même code qu'il faudrait invoquer : « le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi ». Une sorte de présomption d'atteinte ou de risque d'atteinte à l'ordre public serait ainsi posée par la loi.

Quant au ministre de l'économie (ou son représentant) et le président de l'une ou l'autre instance, il s'agit cette fois clairement de la protection des intérêts de l'Etat qui assure une fonction de régulation et non plus de direction de l'économie. Il s'agit de la protection d'un intérêt public particulier : c'est l'ordre du marché⁴⁹ que les autorités publiques spécialisées doivent faire respecter.

47 - Art. L. 621-1 c. mon. fin.

48 - Henri Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du Recueil Sirey, 1943, p. 543.

49 - Le terme marché est polysémique (v. M.A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, Archives de philosophie du droit, 1995), il est pris ici dans un sens large, aussi peu importe que la condition d'affectation du marché n'est pas posée en ce qui concerne les pratiques restrictives de concurrence, contrairement aux prévisions légales relatives aux pratiques anticoncurrentielles.

16. Une autre question se pose également. Les actions des différentes autorités publiques sont-elles complémentaires, concurrentes ou se substituent-elles les unes aux autres ? Il faut sans doute tenir compte de la « spécialité » des différentes autorités, de la même façon que l'on parle du principe de spécialité des personnes morales. Cette analyse aurait pour avantage de cantonner l'intervention de ces autorités (du moins lorsqu'elles ne disposent pas d'une compétence générale comme le ministère public), mais pour inconvénient ou au moins pour conséquence de compartimenter l'intérêt général défendu, ce qui pourrait être considéré comme une contradiction dans les termes (« intérêt général spécial »). De plus, un rapprochement avec les intérêts catégoriels pourrait s'observer. On serait alors en présence d'une sorte de sectorisation de l'intérêt général.

17. En conclusion, l'action en justice ouvertes aux autorités de marché devant les juridictions civiles ne constitue pas un substitut à la class action, mais une action publique essentiellement en raison de la finalité des actions : assurer la régulation.

La question de savoir si l'action publique exercée par les autorités de marché devant les juridictions civiles constitue un bon instrument de la régulation reste posée sur le plan de la légitimité comme sur celui de l'efficacité ; à tout le moins, devrait-elle être cantonnée à certaines actions spécifiques. En revanche, il ne paraît pas opportun d'admettre l'action de substitution des autorités publiques, une contradiction insurmontable nous paraît exister entre la mission de régulation et la seule protection d'intérêts privés⁵⁰ et c'est pour n'avoir pas su choisir clairement que l'article L. 442-6 III du code de commerce est aussi critiquable. Au demeurant, la prise en charge exclusive des intérêts particuliers par une autorité publique signerait un interventionnisme étatique excessif et présenterait un risque non négligeable d'immixtion partisane dans la sphère économique privée.

50 - N'est-on pas en présence d'une contradiction comparable, mais inversée lorsque l'article L. 621.16.1 C. monét. fin. permet à l'AMF d'exercer les droits de la partie civile ?

L'INTÉRÊT PROTÉGÉ

Michel Germain

Professeur à la faculté Panthéon-Assas (Paris II)

C'est l'habileté de Véronique Magnier que de proposer l'analyse de concepts un peu décalés par rapport à l'opinion commune en matière de responsabilité des dirigeants. C'est sans doute un bon moyen pour aller au delà de nos réflexes habituels et nous entraîner vers le monde de demain. Mais l'intérêt protégé est aussi un concept riche de plusieurs sens hérités de notre tradition juridique. L'intérêt protégé fait référence à la définition du droit subjectif, entendu comme « un intérêt légitime juridiquement protégé », tandis que l'article 31 du Nouveau code de procédure civile dispose que « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention ». L'on sait la proximité et la différence que le droit subjectif entretient avec l'action en justice. La distinction mériterait d'être creusée, mais nous ne chercherons pas à l'approfondir, car le sujet de la class action nous conduit à sortir d'un cadre trop national.

La class action permet à un membre d'une collectivité, sans la médiation d'une collectivité, d'une association ou d'un syndicat, d'agir devant le juge pour la collectivité. C'est une action collective immédiate, en ce que l'immédiateté s'oppose à la médiation. Comme les associés forment un peuple qui souhaite s'organiser, on imagine sans peine que l'intérêt des associés puisse s'épanouir dans cette action.

Mais, au delà de cette organisation imaginée, il nous faut bien regarder les choses de façon plus technique. Or l'entreprise est délicate, car le débat relatif à la responsabilité des dirigeants de société est très actuel, agite les esprits et rend la question moins sereine. Un seul exemple le prouve surabondamment, dans une situation où l'on voit l'éthique passer dans la sphère juridique et où une exigence - que l'on pourrait dire morale, faute de mieux - accède à la juridicité : il s'agit du cas de ces présidents de société qui abandonnent spontanément leurs indemnités de départ, jugées bien excessives par rapport aux résultats de leur société. Que la société paie beaucoup ceux qui réussissent, le sentiment commun n'y trouve souvent rien à redire. En revanche que l'on paie beaucoup ceux qui échouent ne paraît pas adéquat. Et donc dans une spontanéité toute relative, dans une morale de précaution d'un nouveau genre, des présidents reconnaissent leur responsabilité, dans la conduite des affaires et abandonnent leurs indemnités de départ, quand la prospérité de la société fait défaut. Cette repentance n'est pas directement notre sujet, mais elle a à voir avec lui.

Il n'est donc pas inintéressant de lire sur ce thème le procès verbal de l'audition de l'ancien président d'Altsthom par la Commission Clément : cet homme y paraît sous un jour sympathique et explique pourquoi il a abandonné ses indemnités de départ¹. Mais, en même temps, il est frappant de voir que cette question toute matérielle de la rémunération met à jour des mouvements complexes de l'âme. Dans cet entretien, on en vient même à parler de la religion de l'intéressé. N'est-ce pas trop ? On se dit qu'il n'est pas utile de convoquer la religion pour cela et que le droit devrait suffire. Mais justement cet entrelacs de sentiments rend plus difficile l'élaboration de la règle juridique.

Pour revenir au droit et pour l'imaginer dans l'avenir, par delà ces situations récentes, il faut envisager d'abord les morceaux du puzzle, avant d'en venir aux idées du moment.

Section I - Les morceaux du puzzle

Il s'agit des éléments qui sont épars devant nous et qu'il nous faut combiner de façon pertinente. Ce sont déjà les différents intérêts en cause et ensuite, fondus dans l'action en responsabilité, les droits correspondants « en action », comme l'on disait dans la théorie processualiste du XIX^{ème} siècle.

A. Les divers intérêts en cause

Nous savons bien les débats auxquels renvoie cette question. Les intérêts protégés sont-ils ceux de l'actionnaire ou de la société ? Le dirigeant exprime-t-il l'intérêt de la société ou le sien ? Ces interrogations sont traditionnelles, paraissent fort académiques : elle sont pourtant toujours aussi centrales. La meilleure preuve de leur actualité est que l'analyse économique fait encore des découvertes dans ce paysage que l'on croyait bien balisé et sans surprise. Des études récentes montrent en effet que les oppositions d'intérêts entre les actionnaires et les dirigeants n'étaient pas celles que l'on croyait². On pense spontanément que les actionnaires sont de « bons pères de famille », soucieux de sécurité et guidés par la vertu de prudence, tandis que les dirigeants sont des entrepreneurs hardis attirés par l'air du large et ayant le goût de l'aventure. Tout au contraire, ces études récentes montrent que les actionnaires, qui ont une responsabilité limitée, choisissent le projet le plus risqué, tandis que le dirigeant lui préfère le projet le moins risqué, car il est seulement intéressé à sa rémunération privée. Cette vision est sans doute à relativiser, mais elle éveille l'attention sur le fait que les action-

1- Pascal Clément, Rapport d'information sur la réforme du droit des sociétés, Ass. Nat., n° 1270, décembre 2003, p. 293.

2 - Cycle de conférences de la Cour de cassation et de la chaire de régulation de l'Institut d'études politiques en 2004.

naires sont plus complexes que ce qu'une approche rapide pourrait donner à penser et que l'appréciation des différents intérêts en cause est toujours autant d'actualité.

Dans une perspective juridique classique, l'opposition des intérêts des actionnaires et de la société semble bien assise : le peuple des actionnaires a fait une société et il en découle immédiatement une opposition entre deux centres d'intérêt, celui des actionnaires et celui de la société. D'un côté, l'intérêt immédiat de l'actionnaire et d'un autre, celui plus lointain de la société. Le premier est censé s'identifier à son cours de bourse. L'autre, celui de l'entreprise, objet même de ce pour quoi les actionnaires ont fait leurs apports, qui lui a plus de permanence, dans un long terme accepté et voulu. Cette opposition du court terme et du long terme est simple. Il est vrai que depuis quelque temps les penseurs les plus enthousiastes du marché ont rencontré la déconvenue de la volatilité des cours : l'intérêt immédiat corrélé au cours de bourse perd de sa netteté. Il n'en reste pas moins que cette opposition existe.

Cette distinction ne sera pas plus examinée ici pour elle-même, mais elle a certainement un écho dans la problématique de la responsabilité. En effet, quand une action sera exercée, il faudra distinguer selon qu'elle est exercée au nom du grand tout ou au nom d'un associé individuel ou d'une somme d'associés individuels. Ces intérêts sont différents et, puisqu'ils sont différents, ils ne sont pas aisément substituables l'un à l'autre.

B. La responsabilité du dirigeant

Cette action en justice est la suite naturelle de la relation de confiance, qui doit exister entre les associés et ceux qui sont chargés de diriger la société ? Cette relation de confiance est ambiguë. Elle est de confiance, mais aussi de contrôle, car les actionnaires doivent s'assurer que leur confiance est bien placée. Cette histoire est au cœur de la relation d'agence et il est sûr que les théories américaines de l'analyse économique du droit ont dit ceci avec plus de force que la théorie juridique classique de la vieille Europe³. Mais le problème est universel. Dans cette situation, ici comme aux Etats-Unis, il va de soi que la fonction normative de la responsabilité joue un rôle fondamental, car les actionnaires ne peuvent pas réaliser un contrôle à priori, alors que la responsabilité, sanctionnée par des dommages-intérêts importants, peut inquiéter et jouer son rôle normal de prévention.

Dans notre droit de la responsabilité des dirigeants, il apparaît que les premières dispositions légales étaient très succinctes et qu'elles se sont compliquées au fil du temps.

La première responsabilité affirmée du dirigeant est celle du dirigeant à l'égard des associés dans le cadre d'un mandat, selon les termes mêmes de l'article 32 du Code de commerce de 1807.

3 - Paul Didier, *Théorie économique et droit des sociétés*, Etudes Alain Sayag, Litec, 1997, p. 227.

Les choses se compliquent quand l'article 44 de la loi de 1867 dispose que le tiers puisse agir en responsabilité contre le dirigeant. Cette situation est sujet de controverses au moment d'une affaire qui retient l'attention, puisqu'elle concerne les frères Pereire. Ceux-ci ont trompé les souscripteurs et, lorsque les souscripteurs engagent leur responsabilité, on débat du point de savoir si leur responsabilité peut être du même ordre que celle qui est mise en œuvre par les actionnaires. Ne doit-elle pas être plus légère que celle mise en œuvre par les actionnaires ? Finalement la Cour de cassation admet qu'elle puisse être semblable, ce qui maintenant nous paraît plus évident, car nous avons le sentiment que les dirigeants ont des devoirs à l'égard de la société et à l'égard du marché.

Une complication nouvelle apparaît quand se développe une action subsidiaire abandonnée aux associés. Si la société n'agit pas contre les dirigeants, les associés peuvent agir à sa place contre les dirigeants. Telle est la fonction de l'action sociale *ut singuli*. Mais on hésite sur son effet : faut-il décider que l'actionnaire est la main vengeresse de la société et donc que la réparation doit être versée dans le patrimoine de la société ou faut-il décider que l'actionnaire agit pour sa part dans le capital social. Ou l'on retrouve la distinction de l'intérêt global de la société et de l'intérêt individuel de l'actionnaire. Les auteurs prennent en général parti pour la première voie : l'actionnaire est la main de la société. La loi de 1966 choisira aussi cette première voie⁴.

L'on pouvait penser être arrivé à un état d'équilibre et ceci, d'autant plus que cet état était rationnel. C'était une illusion. L'édifice rationnel devait se fissurer de deux façons.

A l'égard des tiers, la jurisprudence estime qu'il est utile de protéger le dirigeant de la fureur des tiers : le dirigeant agit comme organe de la société et il apparaît donc normal que la société soit un écran protecteur et responsable. Le dirigeant ne sera responsable que s'il a commis une faute détachable⁵. Cette évolution trouve sans doute sa source dans une vue plus sociologique des choses et dans la naissance de la responsabilité pénale : L'être social a une responsabilité propre et le dirigeant s'efface derrière cette responsabilité.

A l'égard des associés, une question délicate trouve sa solution dans une jurisprudence ferme de la Cour de cassation. Si la faute du dirigeant a causé un préjudice social qui rejaillit sur la valeur du titre, cette diminution de la valeur du titre n'est pas un préjudice individuel⁶. C'est une suite naturelle du préjudice social et la réparation du préjudice social entraînera la disparition de ce préjudice. Cette jurisprudence paraît res-

4 - Art. L. 225-252 du Code de commerce.

5 - Cass. com. 28 avril 1998, Bull. Joly 1998, p. 108, note Paul Le Cannu, JCP 1998, éd. E, p. 1258 ; Rev. Soc. 1998, p. 767, note Bernard Saintourens.

6 - Cass. com. 1er avril 1997, Bull. Joly 1997, p. 650, note Jean-François Barbiéri.

pecter tout à fait l'édifice rationnel plus haut évoqué. Mais elle pose une question aiguë, qui l'ébranle derrière une rationalité qui n'est plus qu'apparente. En effet la logique interne de la construction jurisprudentielle aboutit à ce qu'aucun actionnaire n'a intérêt à agir en justice, car il doit supporter les frais de l'action en justice, d'une façon très altruiste, pour que la société profite du résultat de l'action en justice⁷. De ce point de vue l'action *ut singuli* ressemble à l'action oblique et motive peu les demandeurs.

Section II - Les idées du moment

Les idées du moment semblent s'épanouir dans deux directions : à la suite de la jurisprudence qui vient d'être rapportée se pose la question de la réparation d'un préjudice propre de l'associé à côté de celui de la société. La seconde direction consiste à changer de responsable et à se tourner, non vers le dirigeant, mais vers la société.

A. La réparation d'un préjudice propre

Pour contrer cette jurisprudence de la Cour de cassation, un premier essai infructueux a été tenté par un amendement de M. Houillon, au cours des travaux parlementaires de la loi de sécurité financière du 1er août 2003. Cet amendement visait à réparer directement le préjudice propre de l'actionnaire, subi en cas de faute de gestion du dirigeant. Cet amendement, préparé à la hâte, est rejeté avec la même précipitation. Une proposition de loi Clément, issue du Rapport d'information sur la réforme du droit des sociétés, reprend la même idée il y a quelques mois⁸. Le nouvel article L. 225-252 commence par cette phrase : « Les actionnaires peuvent intenter l'action en réparation du préjudice, distinct du préjudice social, qu'ils subissent personnellement, contre les administrateurs ou le directeur général ». Ce texte, dont on comprend bien les raisons, veut mettre un point d'arrêt à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Que faut-il en penser ? Il peut logiquement exister un préjudice propre de l'actionnaire, qui diffère du préjudice social – qui soit distinct, comme le dit la proposition Clément. En effet identifier le préjudice de la société et celui de l'associé, englober l'un dans l'autre, c'est présumer une transparence totale de la personne morale, qui est imaginaire.

7 - Une réforme relativement simple à mettre en oeuvre pourrait consister en ce que les frais de l'action en justice qui peuvent être très importants pour un actionnaire individuel soient pris en charge par la société. Cette solution serait tout à fait dans la ligne de l'action *ut singuli*, qui est exercée au nom de la société et pour la société. Il faudrait naturellement qu'un contrôle de la vraisemblance de la responsabilité soit exercé par le juge comme il le fait à propos de la recevabilité de l'expertise de gestion de l'article L.225-231 du Code de commerce. Ce pourrait être un moyen, parmi d'autres, pour limiter la pénalisation de la vie des affaires, qui est en général déplorée par tous les observateurs.

8 - Pascal Clément, *op. cit.*, p. 53 ; Proposition de loi sur la gouvernance des sociétés commerciales, Ass. Nat., n°1407, 4 février 2004.

Il y a une viscosité de la vie économique qui fait que le patrimoine social n'est pas la somme des valeurs boursières de son capital. Le cours boursier peut sous-estimer ou surestimer le préjudice social. Tout cela est vrai. Mais si cette différenciation existe, si un préjudice supplémentaire peut concerner l'associé, il semble que le fait même de l'autonomie du cours de bourse jette un doute sur le lien de causalité qui existe entre la faute du dirigeant et le préjudice personnel de l'associé.

Ce n'est donc que dans certains cas exceptionnels que le juge pourrait réparer un préjudice propre. Par exemple, un président d'une grande société avait mal informé les actionnaires d'une transaction récente sur une société du groupe. Les actionnaires américains, ayant été choqués de cette désinvolture, avaient vendu ce qui avait fait chuter le cours. On peut estimer que, dans ce cas, le patrimoine de la société n'était pas directement atteint et qu'en revanche le patrimoine des associés subissait un préjudice propre qui permettait une réparation. Bien sûr ce raisonnement est schématique, mais il permet de percevoir une relative autonomie des préjudices dans des situations très particulières.

Cette réalité économique complexe donne à penser que toute proposition de réforme législative en la matière oblige à prendre une exacte conscience des contraintes qu'impose la logique juridique. Celle-ci conduit assez naturellement à la solution de la Cour de cassation, selon laquelle le préjudice de l'associé est compris dans le préjudice de la société. Autrement dit, le juge gardera toujours la main pour refuser ce qu'il refuse aujourd'hui. Il pourra simplement dans quelques cas exceptionnels entr'ouvrir un peu plus la porte du préjudice propre des actionnaires. La question que pose cette proposition est alors de savoir, si cette proposition est suprêmement cynique, en semblant donner de sa main droite ce que sa main gauche sait impossible, auquel cas tout le monde pourrait s'entendre pour la voter, les naïfs pour ce qu'elle semble dire, les habiles pour ce qu'elle cache. La tonalité générale de la proposition semble exclure une pareille duplicité. Il paraît donc utile de s'interroger plus avant sur son but profond, même si elle ne semble pas l'atteindre. Ce but est-il réalisable ? Ce but est-il légitime ?

Le but de la proposition Clément n'est pas déterminé avec netteté, car son auteur ne s'est pas vraiment interrogé sur la possibilité même de le réaliser. Il est présenté, dans l'exposé des motifs, comme devant permettre de reconnaître un préjudice propre de l'associé, à côté du préjudice de la société. Mais ce but est irréaliste, comme il vient d'être montré. La proclamation est dès lors purement magique, car elle ne peut entamer une logique juridique contraire. En réalité, le seul changement profond serait de dériver la réparation accordée à la société vers une réparation accordée à l'associé, comme une partie de la jurisprudence l'admettait au XIX^{ème} siècle.

Un tel but est-il réalisable ? Certainement. La loi peut tout faire, dans les limites de la raison humaine. L'objectif est ici raisonnablement atteignable.

La loi pourrait donc dire que le préjudice de la société n'est pas réparé chez la société, mais directement chez l'associé. et qu'à défaut de réparation demandée par l'associé la réparation pourrait être demandée par la société.

Mais un tel but est-il légitime ? Cette question mérite débat. Il existe de plus en plus des associés qui passent – on pense naturellement aux *hedge funds*, mais il en est d'autres –, qui instrumentalisent la société dans le souci de réunir des plus-values financières. Pourquoi pas ? Ils ne doivent pas être des actionnaires de second rang, ni des victimes expiatoires. Mais les exigences de l'*affectio societatis* ne militent pas pour une telle solution, qui soit la réparation chez le seul associé. L'*affectio societatis* s'inscrit dans la durée et la réparation du préjudice social de la société paraît à cet égard préférable pour rétablir les équilibres de départ. D'autre part, une semblable action de réparation du seul préjudice propre ne serait pas forcément très facile à mettre en œuvre : s'il existe des majoritaires, seuls les minoritaires pourraient se plaindre. Mais il ne sera pas toujours aisé de distinguer les uns et les autres. S'il n'existe pas d'actionnaires majoritaires déclarés, tous les actionnaires pourraient plus normalement se plaindre. Mais, là encore, il faudrait distinguer selon que les actionnaires ont fait effort pour comprendre, pour s'opposer ou ont laissé faire. Quand l'actionnaire s'est enthousiasmé pour une politique qui échoue lamentablement, parce qu'elle était intrinsèquement aberrante, ce dernier peut-il agir en justice ? la réponse n'est pas évidente. A ce point du débat, les actionnaires ne peuvent être que déçus par ces premières conclusions. Pourtant d'autres suggestions peuvent permettre de réorienter la discussion.

B. La recherche d'un autre responsable

L'autre idée du moment consiste à déplacer l'action de l'associé vers la société. Ce ne serait plus le dirigeant qu'il viserait comme auteur de son préjudice, mais la société elle-même. L'idée vient en regardant l'évolution récente de la jurisprudence concernant la responsabilité à l'égard des tiers. On sait que cette responsabilité longtemps centrée sur le dirigeant s'est reportée sur la société dans la généralité des cas, sauf l'exception de la faute détachable. Il vient alors à l'esprit de conserver la même analyse au sein de l'orbite sociétaire. Pourquoi l'associé devrait-il mettre en cause la responsabilité du dirigeant, alors que le dirigeant n'est que l'organe de la société ? Quand le dirigeant a mal agi, c'est que la société a mal agi, sauf faute détachable du dirigeant.

Cette manière de voir serait en outre en phase avec une conception venue de la jurisprudence américaine, qui tend à limiter la responsabilité du dirigeant, actuellement trop exposé à de multiples actions de la part des actionnaires et des tiers. Cette jurisprudence constate que le juge ne peut savoir mieux faire que le dirigeant en place et qu'il doit

donc seulement s'occuper de la justesse de la procédure de décision mise en place par le dirigeant et non de la décision elle-même.

Sans que soit aucunement introduit cette conception américaine en France, l'action contre la seule personnalité morale aurait alors des effets proches pour le dirigeant. Mais il faut bien reconnaître que cette idée de l'action directe contre la personne morale exercée par un associé est plus délicate à consacrer que l'action en responsabilité des tiers contre la personne morale. En effet le tiers a plus de distance avec la société : elle a mal agi ; qu'elle répare. Dans l'ordre interne, la société qui a mal agi regroupe l'ensemble des associés et il est plus compliqué de permettre à l'un d'eux, d'une certaine manière, de se retourner contre tous les autres. A moins qu'on imagine une certaine extériorité de la société par rapport à l'associé, ce qui est souvent la réalité vécue par l'associé. Au delà de cette difficulté psycho-juridique, il en existe une autre plus systémique, serait-on tenté de dire en un langage moderne. Comment justifier que l'associé puisse demander réparation à la société du dommage subi, quand la réparation de ce dommage va par là même amputer le patrimoine de la société ? La difficulté est réelle.

Une esquisse de solution est peut-être à chercher dans la nature exacte de la relation que la société entretient avec l'associé. Il semble que cette relation est différente selon qu'est atteinte la substance du titre ou les droits de l'associé sur son titre. Tout ceci a été dit dans l'excellent colloque organisé récemment par Raymonde Vatinet à la Cour de cassation sur ce sujet et est réutilisé ici un peu différemment⁹.

Quand est atteinte la substance du titre, c'est qu'il existe une faute de gestion qui a préjudicié à la société. La fortune de la société a été atteinte et, à ce moment, l'atteinte portée à la société se répète à l'identique ou à peu près sur la fortune de l'associé. Et, comme le conçoit la jurisprudence actuelle à propos de la faute du dirigeant, il paraît logique que l'associé ne puisse pas demander réparation. Il serait absurde que la société ait subi un préjudice qu'elle devrait en plus payer à l'associé. A moins que l'assurance de la société ne répare ces deux types de préjudices, ce qui ne paraît pas très vraisemblable.

En revanche, quand ce sont les droits de l'associé sur son titre, qui sont atteints parce que l'associé a bénéficié d'une mauvaise information ou d'une information trompeuse provenant de la société, l'on conçoit mieux que la société puisse être responsable. Reste cependant, et ce ne sera pas le plus aisé à pouvoir déterminer le préjudice subi par l'associé, quand l'associé est resté dans la société dans l'ignorance de sa situation réelle¹⁰. C'est quand l'associé a souscrit sur la base de mauvaises informations que sa situation est la plus sûre ; mais n'est-ce pas finalement la situation la plus classique de la responsabilité de la société à l'égard des tiers ?

9 - Raymonde Vatinet et alii, La responsabilité civile des dirigeants sociaux, Rev. soc. 2003, p. 193.

10 - V. Paris, 26 septembre 2003, JCP 2004, éd. E, 695, note Geoffroy de Vries.

En conclusion, il apparaît que la question de l'intérêt est beaucoup plus riche d'interrogations qu'il ne pouvait sembler de prime abord. Il s'ensuit que le thème de la responsabilité des dirigeants de société n'est nullement figé, a connu des évolutions et peut manifestement en connaître d'autres.

L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés

CLASS ACTION ET SOCIÉTÉS LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION – L'INDEMNISATION

Hervé Lécuyer

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

La class action semble toute entière ordonnée à l'indemnisation des membres de la classe¹. Cette fin invite, *a priori*, à un jugement favorable sur la perspective de sa réception en droit français des sociétés.

Consacrée, la class action ne permettrait pas la réparation de préjudices aujourd'hui irréparables. Par son introduction, il s'agirait seulement de permettre à une personne d'agir pour le compte d'un groupe, dont elle ferait elle-même partie, composé de plusieurs actionnaires, aux fins d'obtenir réparation du préjudice personnel souffert par chacun des membres de la classe du fait des dirigeants sociaux². Ce préjudice est aujourd'hui réparable, non par la voie de l'action sociale, mais par celle d'une action individuelle, consacrée, au détour, par l'article L 225-252 du Code de commerce, et qui puise dans le droit commun de la responsabilité civile un fondement pertinent et suffisant. La réparation de ce préjudice individuel peut encore être le fruit de l'action d'une association d'investisseurs mandatée par les intéressés pour agir en leur lieu et place³.

L'adoption de la class action ne modifierait ainsi en rien les termes substantiels de la question de la réparation des préjudices nés de l'action des dirigeants sociaux. Elle bouleverserait, en revanche, les conditions procédurales de l'action et faciliterait, dans l'absolu, l'indemnisation du préjudice personnel des membres de la classe. Elle s'insérerait entre l'action individuelle et l'action des associations d'investisseurs et ne se confondrait pas avec cette dernière. Les associations

1 - L. Boré, La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, thèse Paris I, 1995.

2 - Ce n'est que l'application, au contexte particulier des sociétés qui nous intéresse ici, de la définition générique de la class action : « L'action exercée par le demandeur ne vise pas seulement à garantir son propre intérêt, mais également celui de tous les autres membres du groupe placés dans la même situation que lui ». Kotz, La protection en justice des intérêts collectifs, Tableau de droit comparé, in *Accès à la justice et Etat providence*, *Economica*, 1984, p. 103 ; comp. L. Boré, L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ?, *D.* 1995, chr. 267.

3 - P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2e éd., n° 481.

agissent sur mandat tandis que, par la class action, l'initiateur agit sans mandat⁴. Appelée à combler un vide, l'introduction de la class action pourrait présenter, en théorie, une utilité. Serait-elle, en pratique, opportune ? La réponse dépend, bien sûr, de l'usage – modéré ou inconsidéré – qui en serait fait, et d'une réflexion sur la façon dont la class action pourrait servir l'intérêt des actionnaires sans nuire à celui des dirigeants sociaux et, derrière eux, à l'intérêt social. La légitime protection de ces derniers ne doit pas encourager à conclure au rejet définitif de la greffe proposée, avant même qu'elle n'ait été réalisée. Le constat a souvent été fait de l'incapacité du droit positif à garantir aux actionnaires des voies efficaces pour engager la responsabilité des organes dirigeants⁵. La class action, si elle s'avérait un procédé pour y parvenir et favoriser la réparation des préjudices causés, ne devrait dès lors pas être négligée.

Toute action en responsabilité est pourvue d'une signification équivoque. Il s'agit, pour le demandeur de dénoncer un comportement, source d'un préjudice dont il entend être indemnisé. L'indemnisation semble être l'objectif premier de l'action. Mais, si l'on se tourne vers le causeur de trouble, l'action présente aussi l'intérêt d'établir et de révéler (et peut-être de révéler à lui-même) le caractère blâmable de son comportement, la condamnation à réparation pouvant alors, et aussi, s'analyser en sa sanction. L'indemnisation du préjudice individuel souffert par les membres de la classe constitue, dit-on, la fin primordiale de la class action. Il faudra pourtant s'interroger sur le point de savoir si, *de lege ferenda*, une introduction de la class action en droit français ne serait pas principalement motivée par une autre considération que celle de l'indemnisation, tenant à la volonté de faire jouer, en la matière, à la responsabilité civile, son rôle normatif, prophylactique.

Section I - L'indemnisation au cœur de la class action

L'indemnisation des membres de la classe justifie et légitime cette action de groupe. Une doctrine unanime sur ce point voit dans la class action un remède à l'inadéquation des procédures classiques face aux litiges de faible importance, pour un individu pris isolément, le maigre enjeu dissuadant ce dernier d'agir⁶. La class action facilite, sur l'initiative d'un seul, la réparation d'un dommage subi par chacun des membres

4 - V. par exemple, l'article 999 du Code de procédure civile du Québec, qui définit le recours collectif comme étant « le moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande sans mandat pour le compte d'autrui ». Les différences, selon que le demandeur agit sur ou sans mandat, sont très sensibles. V. I. Bufflier, Douze années de recours collectif au Québec : un espoir pour l'action de groupe en France, *Rev. europ. dr. conso.*, p. 1 ; J. M. Rothman, La loi du 18 janv. 1992 renforçant la protection des consommateurs », *INC Hebdo*, 13 mars 1992, n° 762, p. 9 ; C. Sordet, Vers des securities class actions à la française ?, *Petites Aff.*, 8 déc. 2003, p. 4.

5 - Rapport Clément, www.assemblee-nationale.fr, rapport d'information, n° 1270, déc. 2003.

6 - N. J. Mazen, Le recours collectif : réalité québécoise et projet français, *RIDC* 1987. 2. 373, spéc. p. 375 ; I. Bufflier, *op. cit.*, p. 2.

d'une même classe soudée par le fait que ceux qui la composent sont placés dans une situation identique ou similaire par rapport à tel élément ou événement et ont, compte tenu de cette situation, souffert d'un préjudice que l'action, si elle prospère, permettra de réparer.

Les législateurs étrangers qui ont réglementé la class action se sont tous heurtés à des difficultés, lorsqu'il s'est agi pour eux de se prononcer sur les conditions et les procédés d'indemnisation. Les difficultés sont sérieuses. Certains exemples étrangers montrent néanmoins qu'elles ne sont pas insurmontables.

A. Les difficultés liées à l'indemnisation des membres de la classe

Ces difficultés sont tout autant théoriques que pratiques.

1. Les difficultés théoriques

L'introduction de la class action en droit des sociétés français autoriserait, selon des modalités potentiellement variables, une action exercée par une personne, membre d'un groupe, qui serait conduite à défendre les intérêts des autres membres autant que le sien propre, sans mandat, afin d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi individuellement par chaque membre de la classe.

L'obstacle théorique à l'indemnisation ne se trouve pas dans l'adage « nul ne plaide par procureur »⁷. Si celui-ci a vocation à paralyser la class action, c'est en amont de la question de l'indemnisation, quant au principe même de l'action de groupe. Au-delà, cet adage pourra-t-il inexorablement contrarier cette dernière ? Rien, en effet, dans les dispositions du nouveau code de procédure civile relatives à l'action, n'interdit au législateur de conférer qualité à agir à quelqu'un qui entendrait défendre, au moins partiellement, l'intérêt d'autrui. Motulsky qualifie l'action de droit subjectif processuel⁸. La transposition de la distinction opérée, en droit substantiel, entre droit subjectif et pouvoir pourrait ici être faite. *De lege lata*, l'action sociale *ut singuli* s'analyse bien plus sûrement en un pouvoir qu'en un droit subjectif.

Le principe de la relativité de la chose jugée pourrait, en revanche, constituer un obstacle à l'indemnisation des membres de la classe⁹. Aux termes de l'article 1351 du Code civil, « l'autorité de la chose jugée n'a

7 - Sur lequel, v. F. Caballero, Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe, RTD civ. 1985, p. 247 ; H. P. Glenn, A propos de la maxime « Nul ne plaide par procureur », RTD civ. 1988, p. 59.

8 - H. Motulsky, Droit processuel, Montchrestien, 1973, p. 95.

9 - V. S. Guinchard, L'action de groupe en procédure civile française, RIDC 1990. 2. 599 ; V. Magnier, L'opportunité d'une class action en droit des sociétés, D. 2004, point de vue, p. 554 ; C. Sordet, préc., p. 5.

lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement ». Est ensuite déclinée la règle de la triple identité : de parties, d'objet et de cause. L'autorité de la chose jugée est relative, en ce qu'elle ne peut nuire ni profiter aux tiers. La class action, emportant indemnisation de tous les membres du groupe, réaliserait une extension du bénéfice de l'action à des personnes qui, si elles sont membres de la classe, n'en demeurent pas moins, *a priori*, tiers à l'instance.

La contradiction que porterait le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée au mécanisme d'indemnisation inhérent à la class action peut, tout d'abord, être relativisée, à la condition de prendre quelques distances avec les modèles anglo-saxons¹⁰. Pour ces derniers, en effet, l'extension du bénéfice de l'action se produit *ab initio*, dès la notification du déclenchement de l'action. Une extension moins précoce est concevable, qui serait plus respectueuse du principe de la relativité de la chose jugée. Les propositions de la Commission présidée par le Professeur Calais Auloy pourraient constituer, dans cette perspective, une source d'inspiration¹¹. La Commission avait proposé l'adoption de la class action pour les litiges de consommation. Dans son projet, l'association initiant l'action devait seulement établir l'existence d'un groupe homogène, sans avoir à procéder à une notification préalable aux membres du groupe. L'instance se déroulait ensuite entre l'association et le défendeur. Si la demande était jugée bien fondée, le tribunal rendait un jugement sur le principe du droit à indemnité, précisant le cas échéant les bases d'évaluation sans néanmoins arrêter un chiffre global. La décision était alors publiée pour permettre aux membres de la classe de faire valoir leurs droits. Ils le faisaient par l'intermédiaire de requêtes individuelles accompagnées des pièces établissant l'appartenance au groupe et permettant d'évaluer l'indemnité. Le vœu de la Commission était que l'extension du bénéfice de l'action se réalise par la présentation, après le jugement de principe, d'une requête individuelle le réclamant. C'est une démarche active qui devait déclencher l'extension, non une abstention.

Ce procédé s'harmonise plus aisément avec le principe de la relativité de la chose jugée. Au-delà, ce que le législateur a fait, il peut le défaire. Rien ne lui interdit, *a priori*, de déroger, ponctuellement, au principe de la relativité de la chose jugée pour organiser l'indemnisation des préjudices individuels de tous les membres de la classe à l'initiative d'un seul.

10 - V. cependant, en droit anglo-saxon, et proche de l'idée défendue au texte, la pratique du test case, ou « procès pilote » américain.

11 - J. Calais-Auloy, Vers un nouveau droit de la consommation, rapport de la Commission de refonte du droit de la consommation au secrétariat d'Etat du ministre de l'Economie, des Finances et du Budget chargé de la consommation, La Documentation française, juin 1984, p. 89 ; pour une critique des propositions contenues dans ce rapport, v. N.J. Mazen, *op. cit.*, n° 20. Pour une défense de la plupart de ces propositions, v. F. Kernaléguen, A propos du règlement des litiges de masse, Mélanges H. D. Cosnard, 1990, p. 367, spéc. n° 16.

On ne voit pas qu'une norme de valeur supra législative vienne, aujourd'hui, l'en empêcher.

Cette organisation pourrait engendrer quelques difficultés par ricochet. Ainsi, comment définir les rapports entre la décision obtenue par l'initiateur, au profit de tous les membres du groupe, et les décisions ou transactions antérieurement rendues ou conclues dans le même cadre litigieux ? Si une décision antérieure et définitive a rejeté la prétention émise, à titre individuel, par une personne comprise dans la classe, il n'est pas question de remettre en cause la chose définitivement jugée. L'individu qui a succombé ne peut attendre aucun bénéfice d'une action de groupe postérieure. Le raisonnement est identique lorsque, préalablement à la class action un des membres de la classe a pu, au terme d'une action individuelle, être indemnisé de son préjudice personnel.

Quant aux actions individuelles entreprises postérieurement à la décision prise au terme d'une class action, elles pourraient aboutir, et éventuellement aboutir à un résultat différent, à la condition bien sûr que celui qui l'entreprend ait pris la précaution de s'exclure de la classe¹². Coupant les liens avec « l'action mère », il est alors libre d'agir à titre individuel¹³.

2. Les difficultés pratiques

Les difficultés pratiques tiennent à la détermination concrète de la consistance du groupe, c'est-à-dire la désignation de ceux qui vont être indemnisés, en cas de succès de l'action. Le groupe est bien réel. La nature même de l'action postule une pluralité d'individus dont les intérêts personnels propres sont réunis pour les satisfaire plus sûrement. Le problème demeure de la définition du groupe. Il lui faut une homogénéité minimale, sans laquelle une action unique serait inconcevable. L'exigence d'une parfaite identité de situation, classiquement posée en droit américain, est sans doute inopportune¹⁴. Le droit québécois, usant du droit américain comme d'un contre modèle, s'en est affranchi. Il faut pourtant requérir plus qu'une connexité¹⁵. Admise par le droit des sociétés, la class action pourrait, par exemple, servir les intérêts de l'ensemble des actionnaires d'une même structure, voire d'un sous-ensemble (l'ensemble des minoritaires, les titulaires de catégories particulières d'actions etc.). Le problème de la preuve de l'appartenance au groupe sera parfois susceptible de se poser.

12 - C'est la procédure de l'*opting out*. Celle-ci est requise lorsque le membre qui souhaite se désolidariser est tenu d'accomplir un acte positif. En revanche, et logiquement, elle n'aurait pas à s'appliquer dans le schéma proposé par la Commission Calais-Auloy.

13 - F. Kernaleguen, *op. cit.*, n° 33.

14 - I. Bufflier, *op. cit.*, p. 4

15 - F. Kernaleguen, *op. cit.*, n° 12.

La difficulté principale est sans doute celle de l'évaluation des dommages intérêts alloués. L'hésitation est, dans l'absolu, permise entre deux partis : celui d'une évaluation globale pour la classe considérée, celui d'une évaluation individualisée.

Le recours à une évaluation globale soulève le problème du critère de répartition des dommages intérêts entre les membres de la classe et du sort à réserver au possible - probable - reliquat. De plus, la nature même des intérêts défendus (les intérêts individuels de chacun des membres) devrait imposer la méthode d'évaluation individualisée des indemnités.

Un tel procédé n'est cependant pas toujours possible, notamment parce que les membres du groupe ne sont pas toujours précisément identifiés, au moment où le juge liquide la créance de dommages intérêts¹⁶. Un exemple suffira à en convaincre : une class action fut dirigée contre les chauffeurs de taxi de Los Angeles, qui avaient pratiqué une hausse illicite de leurs tarifs¹⁷. Il était évidemment impossible de retrouver tous les clients victimes, pendant la période considérée, et d'évaluer le préjudice de chacun d'eux.

B. Les remèdes

Des remèdes aux seules difficultés pratiques liées à l'indemnisation des membres du groupe doivent être apportés. Les difficultés d'ordre théorique n'en sont pas vraiment.

Les difficultés pratiques, réelles quant à elles, peuvent être prévenues ou résolues par diverses méthodes. Le législateur français, s'il s'avait, comme il l'a envisagé en 2003, à introduire la class action en droit des sociétés, pourrait s'inspirer de précédents étrangers, notamment de la législation québécoise qui sut tirer les enseignements de l'expérience américaine¹⁸. Ainsi, en face de la difficulté qui consisterait pour le juge, au terme d'une class action, à définir le préjudice individuel de chaque membre du groupe pour les raisons précédemment évoquées, le principe d'une démarche collective plutôt qu'individuelle pourrait être, à l'instar du droit québécois, retenu. Le juge québécois calcule forfaitairement le montant des réclamations individuelles, puis multiplie le chiffre obtenu par le nombre de membres de la classe¹⁹. La fixation de la répa-

16 - Il est, dit-on, en présence d'une *fluid class*. V. F. Caballero, *op. cit.*, n° 21.

17 - Daar v. Yellow Cab, 67 Cal. 2d. 695, 433 P. 2d. 732 (1967).

18 - Loi sur le recours collectif, L.Q. 1978, p. 8; LRQCR 2-1, sanctionnée le 8 juin 1978, entrée en vigueur le 19 janv. 1979 et formant le titre neuvième du Code de procédure civile du Québec ; *adde.* P.A. Crépeau, La réforme du code civil du Québec, RIDC 1979, p. 269 ; R. Martin, Le recours collectif au Québec et prospective pour la France, JCP 1986, I, 3255.

19 - F. Kernaleguen, *op. cit.*, n° 27.

ration globale est approximative lorsque la consistance du groupe n'est pas parfaitement déterminée. De plus, tous les membres ne réclament pas leur dû. Il existera fréquemment un reliquat. Le juge en disposera discrétionnairement en l'affectant à des usages utiles à la communauté, sous la réserve d'un pourcentage, fixé par décret, qui doit être attribué à un fonds d'aide au recours collectif. Le défendeur est ainsi obligé de verser la totalité de la somme. Même en présence d'un reliquat, elle ne lui sera jamais remboursée.

La liquidation globale des dommages intérêts dus aux membres de la classe présente l'intérêt majeur de permettre au débiteur de se libérer totalement de sa dette à l'égard de tous, en une fois, elle permet aussi de dépasser la difficile détermination, au cas par cas, de la personne des bénéficiaires, de l'indemnisation et du montant de cette dernière. Elle interdit encore au débiteur de s'enrichir du fait de l'inaction des victimes²⁰. En même temps, il a semblé à beaucoup nécessaire d'affirmer que, dans le cas d'une liquidation globale des dommages intérêts, la sanction ne pouvait dépasser la somme des réclamations individuelles potentielles. Là serait, en effet, la frontière à ne pas dépasser entre les dommages exemplaires et la pénalisation de la procédure. L'injonction a quelque chose de naïf, tandis que les frontières du groupe peuvent être, au moment où le juge statue sur la liquidation des dommages intérêts, extrêmement floues.

La liquidation collective permet d'éviter certaines difficultés précédemment dénoncées. Qu'elle soit la solution de principe en droit québécois n'étonne pas. Elle n'est cependant pas exempte de critiques. Elle semble mal correspondre à l'essence de l'action de groupe, action destinée à faciliter les réclamations individuelles en les regroupant et commandant une exacte adaptation de la condamnation aux préjudices à réparer, donc une liquidation individuelle des dommages intérêts. Cette solution n'est pas exclue en droit québécois et le tribunal peut ne pas décider d'une réparation globale. En ce cas, chaque membre de la classe doit produire sa réclamation dans l'année suivant la décision ayant constaté le droit à réparation ; le tribunal, au cas par cas, décidera de l'exigibilité et du montant de chaque réclamation. Le défendeur pourra opposer au demandeur agissant alors à titre individuel, une exception personnelle. Ce procédé est plus fidèle à l'esprit de la class action. Il engendre, en revanche, un effet indésirable : la portée de la class action est avec lui abandonnée à la diligence de chaque membre du groupe qui effectuera ou non la démarche requise pour obtenir la liquidation de l'indemnité qui lui est due. La carence de nombreux destinataires peut, dans la plupart des cas, être présumée et redoutée²¹.

20 - I. Bufflier, *op. cit.*, p. 5.

21 - Car, sans doute, elle empêcherait la class action de jouer son rôle essentiel. V. *infra*.

Une liquidation globale permet de dépasser ou de résoudre de nombreuses difficultés pratiques posées à l'indemnisation des membres de la classe. Une liquidation individuelle permet de prévenir d'autres difficultés, mais conduit à l'abandon aux individus composant la classe de l'efficacité de l'action. La sagesse commanderait alors d'abandonner au juge le soin de déterminer, selon les circonstances propres à chaque espèce, la voie devant être empruntée.

L'indemnisation des membres de la classe semble au cœur de la class action. On peut pourtant en douter et défendre la thèse selon laquelle elle ne se situe qu'à sa périphérie.

Section II - L'indemnisation à la périphérie de la class action

L'indemnisation ne constitue pas, ne devrait pas constituer l'objectif principal de l'action de groupe. Si la class action était uniquement, voire essentiellement ordonnée à l'indemnisation des membres du groupe, victimes de l'agissement du défendeur, elle aurait depuis longtemps montré ses limites. Ces dernières encourageraient le législateur français à renoncer à introduire en droit interne une telle action exorbitante du droit commun. Mais le but principal de cette action de groupe n'est sans doute pas l'indemnisation des membres du groupe. Alors, la question de l'utilité de son introduction en droit français des sociétés demeure posée.

A. Les limites d'une class action ordonnée à l'indemnisation des membres de la classe

Le profit que chaque membre de la classe peut escompter de l'action est, le plus souvent, dérisoire : 1,5 USD en un cas, ou encore, dans la célèbre affaire Eisen, 70 USD tandis que le coût de la notification dont l'initiateur avait dû faire l'avance s'élevait à plus de 250 000 USD²².

L'action rapporte peu et risque de coûter beaucoup. Il ne faut, en effet, pas exclure l'hypothèse d'un échec de l'action de groupe. Le problème se pose alors nécessairement de l'imputation de la charge finale de l'insuccès. La mise en place d'un fonds d'aide alimenté, comme au Québec, par un prélèvement sur les sommes liquidées et par l'affectation du reliquat non réclamé à l'issue de recours collectifs victorieux, ne suffira pas toujours à couvrir l'investissement.

Cet acharnement judiciaire, aux fins d'une indemnisation personnelle dérisoire pourrait, de plus, engendrer maints effets négatifs et per-

22 - Eisen v. Carlisle and Jacquelin, 417, U.S. 156 (1974). Pour d'autres exemples, v. F. Kernalguen, *op. cit.*, n° 19.

vers : l'encombrement des rôles, tout d'abord. S'il n'y avait pas eu de class action, aucun des membres du groupe n'aurait agi lorsque l'enjeu – la perspective de gain individuel – est très faible. Le renforcement chez chaque citoyen – ou actionnaire, dans le domaine qui nous occupe – d'un esprit de déresponsabilisation, ensuite, du fait d'une prise en main altruiste. Il est sans doute confortable d'espérer d'autrui. Deux doutes jaillissent néanmoins : doute quant à la sincérité de l'initiateur, trop parfaitement idéaliste²³ ; doute quant à la légitimité du membre de la classe à être défendu, tandis qu'il n'aurait pas agi seul.

Le droit se méfie généralement de l'esprit altruiste de l'individu, si contraire à ses ressorts naturels. Nombreux sont d'ailleurs ceux qui estiment que la class action sert essentiellement, sinon exclusivement, l'intérêt égoïste de son initiateur. N'a-t-elle pas été dénoncée, Outre-atlantique, comme ayant pour objet essentiel d'enrichir les avocats²⁴ ?

L'indemnisation du préjudice individuel de chaque membre de la classe heurte encore la maxime *de minimis non curat praetor*, commandée par le bon sens, et que le Doyen Carbonnier voulait voir traduite en droit positif. L'individu, isolément, n'aurait pas agi, compte tenu de la faiblesse de l'enjeu pour lui. Est-il dès lors admissible, par le canal de la class action, de lui octroyer une indemnisation qu'il ne recherchait pas ?

Plus spécifiquement, dans la perspective de son introduction en droit des sociétés, et parce que la class action n'a pour objet que l'indemnisation du préjudice personnel subi par les membres composant la classe, il conviendra d'établir un préjudice de cette nature. Cet établissement est la condition *sine qua non* de la réussite d'une action individuelle entreprise par un actionnaire ; elle sera la condition tout aussi nécessaire de la réussite de la class action. Pour que vive le préjudice personnel, donc pour que, dans une logique indemnitaire, vive la class action, il faut garantir une vie propre au préjudice personnel, qui ne doit pas être absorbé par le préjudice social. Sinon, seule la voie de l'action sociale – *ut universi* voire *ut singuli* – sera ouverte. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation peut faire douter, sur ce point, d'une possible efficacité de la class action. Chambre commerciale puis chambre criminelle consignent le préjudice individuel dans de très étroites limites, refusant, lorsque les fautes de gestion ont contribué à la dépréciation d'une société, de reconnaître, par ricochet, l'existence d'un

23 - S'il devait l'être, la situation n'en serait pas moins critiquable. Dès 1976, Monsieur Perrot estimait que l'action en justice n'était pas faite pour « offrir au premier Don Quichotte venu la satisfaction de voler au secours de la légalité outragée », in *Les moyens judiciaires et parajudiciaires de la protection des consommateurs*, Gaz. Pal. 1976, I, doct. 237.

24 - V. le rappel par V. Magnier, *L'opportunité d'une class action en droit des sociétés*, précitée ; adde. F. Kernaleguen, *op. cit.*, n° 18.

préjudice à caractère personnel au détriment des actionnaires. Le rapport Clément²⁵ a critiqué la position jurisprudentielle en ces termes : « s'il est vrai que le préjudice subi par les actionnaires est indirect, il paraît toutefois difficile d'affirmer que ceux-ci, au-delà du préjudice social, ne subissent pas un préjudice qui leur est propre, ne serait-ce que du seul fait du délai courant entre le jour de la décision dommageable et la réparation du dommage social ». Le rapport invite à contester le caractère trop absolu de la proposition de la Cour régulatrice et à admettre une possible coexistence d'un préjudice social et de préjudices soufferts individuellement par les actionnaires, le premier et les seconds pouvant avoir un identique fait générateur.²⁶

En l'état de la jurisprudence, et compte tenu des nombreux exemples fournis par les pratiques étrangères, notamment d'Amérique du Nord, la class action, dans sa fonction d'indemnisation, serait d'un très médiocre rendement social. Elle encouragerait, de plus, à la création d'un contentieux que chaque membre de la classe, isolément, n'aurait pas provoqué. Il sera difficile de l'admettre pour un législateur tout entier occupé à désencombrer les rôles. Si la fonction d'indemnisation de l'action devait être mise en avant pour légitimer son implantation dans le droit français des sociétés, l'entreprise avorterait sans doute. Il faut dès lors insister sur une autre finalité de la class action, et en montrer le rôle primordial, si l'on veut convaincre de la pertinence de son introduction en droit français des sociétés.

B. Les attraits d'une class action ordonnée au renforcement de la fonction normative de la responsabilité civile

Osons l'affirmation selon laquelle l'important, dans la class action, n'est pas l'indemnisation des membres de la classe. La dilution naturelle des dommages intérêts obtenus entre la multitude réduit, le plus souvent, sensiblement l'intérêt de l'action pour ses bénéficiaires. L'important est la condamnation des dirigeants sociaux fautifs. L'indemnisation peut être, pour chacune des victimes, médiocres ; la condamnation n'en pourra pas moins être très importante et influencer sensiblement le comportement à venir des dirigeants sociaux. Cela explique sans doute pourquoi est, à travers le monde, très généralement favorisé le recouvrement collectif des dommages intérêts, au terme de la class action. L'usage de ce type de recouvrement, et le refus des systèmes le connaissant de conférer au défendeur un droit au remboursement du reliquat²⁷ montrent que l'idée de sanction prime celle de réparation.

25 - Réf. préc.

26 - V. I. Grossi, *La responsabilité des dirigeants*, Droit et Patrimoine, sept. 2003.

27 - N. J. Mazen, préc., n° 35.

La class action pourrait ainsi permettre le renforcement de la fonction normative de la responsabilité civile en droit des affaires, domaine dans lequel la responsabilité a la faute pour fondement, fondement indispensable à sa vertu prophylactique. Cette fonction pourrait être amplifiée par la publicité qui, très généralement, entoure ce type d'action. Sous cet aspect, son introduction en droit français des sociétés pourrait présenter quelque intérêt, et permettre une marginalisation plus importante encore de la responsabilité pénale. La révolution processuelle que constituerait l'adoption d'une class action en droit des sociétés pourrait servir, substantiellement, l'intégrité des pratiques sociétaires. On doit, néanmoins, demeurer circonspect. Selon les auteurs Nord-américains, la class action, là-bas, n'a « jamais été un instrument efficace de réforme sociale, et cela malgré le déploiement de toute l'ingéniosité américaine et la compilation d'une littérature gigantesque consacrée au sujet... L'échec de l'expérience est instructif »²⁸.

28 - H. P. Glenn, préc., n° 17 ; comp. Smit, La procédure civile comme instrument de réforme sociale, Rev. internat. dr. comp. 1976, p. 449. On ne négligera pas non plus, dans cette pesée des avantages et inconvénients, le risque de déstabilisation des sociétés si l'introduction de la class action n'était pas accompagnée de puissants gardes fou, freinant les recours abusifs. V. G. Viney, Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles, JCP 1988, I, 3355 ; F. Kernaleguen, A propos du règlement des litiges de masse, Mélanges H. D. Cosnard, préc., n° 5.

L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés

POUR UNE ACTION DE GROUPE À LA FRANÇAISE : ENJEUX ET PERSPECTIVES

Benoit Le Bars

*Maître de conférence à l'Université de Cergy-Pontoise,
Directeur du Master DJCE*

1. L'introduction en France d'une procédure d'action de groupe est au cœur du débat doctrinal depuis plus de vingt ans. Il s'agit, en effet, d'une réforme particulièrement délicate dans la mesure où sa mise en œuvre suppose une réflexion générale relative à plusieurs principes essentiels de procédure civile, notamment la représentation à l'action, l'autorité de la chose jugée et le droit d'agir. L'action de groupe a suscité un abondant débat¹ dont les résultats apparaissent contradictoires. Pour certains, les outils actuels sont suffisants pour défendre les intérêts collectifs, il n'est pas nécessaire de venir superposer une action qui n'apporte pas de modifications substantielles au régime antérieur et contredit certains fondements de la procédure civile. Pour d'autres, les principes de la procédure civile ne doivent pas freiner une rénovation des dispositions en faveur des personnes subissant un préjudice collectif.

Ces débats se sont souvent cristallisés autour de la maxime "nul ne plaide par procureur" et de l'autorité relative de la chose jugée. Pourtant, l'adoption de l'action de groupe ne contredirait pas vraiment ces principes. En effet, dans l'action de groupe la décision de justice n'est pas imposée à une personne qui n'a pas pu présenter ses arguments puisque tout membre du groupe peut accepter ou refuser le jugement concernant le groupe, et peut même exercer une action individuelle². De plus, il semble difficilement concevable, au regard de la maxime « nul ne plaide par procureur », de permettre une représentation en justice sans mandat, les parties n'étant pas, dans cette hypothèse, représentées à l'action en justice. Le principe de départ doit donc être celui d'une représentation de groupes dont les membres sont identifiés.

2. Outre ce débat technique, la mise en œuvre d'une action en justice au nom d'un groupe de demandeurs pose également des questions d'opportunité. Le choix a été opéré, pour l'instant, d'octroyer à des asso-

1 - Pour les articles essentiels, voir F. Caballero, Plaidons par procureur, RTDCiv. 1985, p. 247 ; H.P. Glenn, À propos de la maxime "nul ne plaide par procureur", RTDCiv. 1988, p. 59 ; S. Guinchard, L'action de groupe en procédure civile française, RIDComp. 1990, p. 55 ; R. et J. Martin, L'action collective, JCP 1984, I, 3162. Plus récemment H. de Vauplane, Class action : premiers pas en Europe ?, Bull. Joly Bourse, n° spécial, avril 1994, p. 35 ; Colloque Droit et démocratie, Pour mieux réparer les préjudices collectifs, Une class action à la française ? numéro spécial Gaz. Pal. 28 et 29 sept. 2001.

2 - J. Calais-Auloy, Droit de la consommation, 3ème éd., Dalloz 1992, § 440, p. 398.

ciations agréées, de consommateurs ou d'investisseurs, le pouvoir d'exercer une action en représentation des intérêts collectifs de ses membres ou une action en représentation conjointe. Cette seconde catégorie d'action nécessite l'octroi d'un mandat à l'association pour qu'elle puisse défendre les droits individuels de ses membres.

Cette solution de droit positif a prouvé son manque de réactivité et d'efficacité. En effet, si l'action de groupe est ouverte aux associations, elle n'est pas exercée sur initiative individuelle mais en fonction de considérations propres à l'association, l'accord de l'association étant nécessaire à la mise en œuvre de l'action. Comme l'a relevé un auteur, le risque est fort que des considérations autres que compensatoires puissent entrer en jeu au moment de la mise en œuvre de l'action de groupe³.

Outre cet aspect du choix de la mise en œuvre de l'action, il existe également de fortes contraintes techniques à l'utilisation par les associations agréées de leurs pouvoirs d'agir au nom d'un groupe de demandeurs. La première contrainte est la difficile gestion par les associations d'une masse importante de demandeurs, souvent pour des raisons de lourdeur administrative de la procédure engagée. L'action exercée au nom d'un groupe ne peut donc pas dépasser un certain volume, sauf à rendre la gestion du dossier quasiment impossible. La seconde contrainte est d'ordre financier. Les associations ont des ressources limitées aux cotisations de leurs membres et aux subventions éventuellement perçues. Les frais d'un procès excèdent souvent cette capacité de financement.

3. Le peu de recours fondés sur une initiative associative est ainsi lié à des contraintes techniques qui n'ont pas grand rapport avec le droit d'agir en justice dont chacun pense pouvoir disposer. Comme le relevait l'un des spécialistes de l'action de groupe, « l'inconvénient des systèmes procéduraux actuels est que chaque victime est obligée d'exercer sa propre action. Pour la plupart, elles ne le font pas car elles se heurtent à de grandes difficultés de preuve et de coûts. En outre, on risque de se trouver devant une contradiction de jugements. D'où l'utilité d'une action de groupe que je définirais, pour ce qui me concerne, de la façon suivante : c'est l'action qui consiste à réunir dans une seule instance, donnant lieu à un seul jugement, la réparation de préjudices individuels multiples ayant une origine commune »⁴. Il est en effet assez choquant que les demandeurs dans les situations économiques les plus précaires, et souvent dans l'impossibilité matérielle d'être représentés en justice de manière optimale, ne puissent pas avoir recours au service d'un professionnel du droit, plutôt que d'être contraints d'adhérer à une association

3 - H. P. Glenn, À propos de la maxime "nul ne plaide par procureur", RTDCiv. 1988, §§ 26-27, pp. 75-76.

4 - J. Calais-Auloy, Discours *in* Pour mieux réparer les préjudices collectifs, une class action à la française ?, Gaz. Pal. 28-29 sept. 2001, p. 13.

dont ils ne sont pas certains qu'elle acceptera d'agir en leur nom. Ce paradoxe actuel est le résultat d'une confusion opérée entre action en défense de l'intérêt collectif et de l'intérêt conjoint. L'intérêt collectif est celui qui transcende le groupe, qui représente les intérêts communs des membres du groupe sans que le préjudice subi individuellement par chaque membre puisse être identifié. Il peut sembler normal que cet intérêt soit représenté par des corps intermédiaires jouant une fonction de « gardiens du temple ». Par contre l'intérêt conjoint est totalement distinct. Il s'agit de l'exercice groupé d'une action en défense de droits individuels. A titre d'illustration, le préjudice individuel subi par les investisseurs personnes physiques dans le cadre de l'action en représentation conjointe exercée par une association d'investisseur, doit être "causé par le fait d'une même personne" (art. L. 452-2, C. mon. et fin.). L'intérêt conjoint résulte ainsi d'une communauté d'origine générant une série, ou un groupe, de préjudices individuels. Ces situations ne doivent donc pas être confondues.

Le périmètre éventuel d'une action en représentation conjointe, aussi appelée action de groupe, doit ainsi être limité aux actions communes en défense de préjudices individuels causés par un auteur ou un groupe d'auteurs⁵ à l'origine du dommage conjoint. L'argument qui consiste à dire que l'institution d'une telle procédure engendrerait une confusion avec les autres voies d'action existantes est difficilement tenable. Il est délicat de considérer qu'une seule voie d'action doit exister. Rien n'empêche qu'un demandeur puisse avoir le choix d'un recours via une association ou via un représentant de groupe.

4. L'action de groupe pose également un délicat problème d'opportunité. La dérive constatée aujourd'hui aux États-unis, traduite sous l'appellation d'actions « frivoles », doit être prise en considération pour éviter que des faiseurs de procès professionnels ne montent des causes de toute pièce dans un but principalement mercantile. A cet égard, un mécanisme de recevabilité des actions de groupe s'impose pour éviter de telles dérives. Il faut cependant remarquer que le contexte juridique est sensiblement différent en droit français, par rapport à ce qui se pratique Outre-Atlantique. Le caractère retentissant des dommages-intérêts alloués dans le cadre des class actions est intimement lié à la participation des jurys populaires à l'instance et aux *punitive damages* permettant de prononcer une sanction à titre de peine privée, sans être limité par les règles de proportionnalité de la réparation connues du droit français. L'adoption d'une action de groupe ne pourrait donc pas

5 - L'action en représentation conjointe des associations d'investisseurs a posé, à cet égard, de délicats problèmes d'interprétation pour savoir si « le fait d'une même personne » pouvait concerner un groupe d'auteurs ou, uniquement, un auteur unique. Pour une analyse favorable à la possibilité d'un groupe d'auteurs, v. L. BORÉ, L'action en représentation conjointe : Class action française ou action morte née ?, D. 1995, chr., p. 268, § 8. Pour une analyse défavorable, voir R. Martin, L'action en représentation conjointe des consommateurs, JCP 1994, I, 3756.

conduire aux mêmes effets pécuniaires en France, en raison du contexte juridique entourant la réparation du dommage et dans la mesure où les magistrats apprécient seuls la réparation qu'il convient d'attribuer, ce qui assure une plus grande objectivité des peines prononcées.

Les avantages d'une action de groupe sont également connus. Un tel regroupement d'instances évite la multiplication des recours et les risques de contradiction de jugements. Il contribue également à l'efficacité du jugement en permettant au juge de se prononcer de manière uniforme sur le fait générateur du dommage pour, ensuite, statuer sur la réparation de chaque dommage individuellement.

Outre ces considérations techniques, il faut également tenir compte de la dimension politique d'une réforme de la procédure civile concernant l'action de groupe. Il s'agit de permettre à des groupements de demandeurs d'agir collectivement contre des auteurs de dommages collectifs ou, dans la sphère économique, contre des sociétés ayant commis des manquements à l'égard de leurs actionnaires. Sans une telle volonté, la réforme de la procédure civile en la matière ne sera pas possible. Si une telle volonté de réforme se manifeste, deux séries de questions se posent quant au fonctionnement d'une action de groupe à la française. Il s'agit à la fois d'identifier les modalités de mise en œuvre de l'action (I) et son économie (II), afin d'aborder à la fois les conditions d'exercice de l'action et les contraintes financières inhérentes à sa mise en œuvre.

Section I - Mise en œuvre de l'action

5. Lorsqu'une action en justice est mise en œuvre au nom d'un groupe de demandeurs, deux questions successives se posent. En premier lieu, il convient d'apprécier comment le groupe peut être représenté en justice (A) puis de déterminer les membres du groupe parties à l'instance, par une délimitation du groupe (B).

A. Représentation du groupe

6. Dès lors que l'on sort de la logique de représentation d'un groupe de demandeurs par une association, il convient de déterminer qui va pouvoir représenter le groupe. Deux réponses sont possibles : soit la représentation du groupe est réservée à une personne qui a elle-même été victime du dommage collectif ; soit le groupe peut choisir tout avocat pour le représenter dans le cadre de la procédure.

Sur ce point, les situations varient dans les systèmes existant à l'étranger. La procédure Québécoise retient que le tribunal doit vérifier que "le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres" (CPCiv., art. 1003). Aux États-unis, le demandeur doit représenter "convenablement et équitablement les intérêts du groupe". Cette disposition de la Règle 23 sup-

pose non seulement que le demandeur soit un bon représentant, mais également qu'il soit assisté d'un avocat professionnel compétent. A ce titre, le représentant du groupe ne peut pas être un professionnel, il ne doit pas avoir des intérêts contradictoires à ceux des membres du groupe et doit être capable d'assumer financièrement les coûts de la procédure d'action de groupe, qui sont généralement pris en charge par le cabinet d'avocats.

En France, le projet de loi Caballero proposait de contrôler la représentativité du demandeur, sans que les associations agréées n'aient une compétence particulière ou réservée en la matière⁶. Ne convient-il pas d'aller au-delà et de permettre simplement qu'un avocat mandaté par plusieurs personnes puisse présenter une action de groupe en qualité de représentant des victimes, sans qu'il soit nécessaire d'ajouter une condition relative à la représentativité d'un membre du groupe. La question est ouverte. Il est clair cependant que l'ajout d'une condition de représentativité de la classe peut générer des débats procéduraux préalables de nature à compliquer la mise en œuvre de l'action en justice au nom de victimes. Inversement, d'aucuns pourraient craindre que faute d'un représentant de classe des avocats « faiseurs de causes » ne sollicitent des victimes de préjudices collectifs pour assurer leur défense.

7. Il n'est pas contestable, cependant, qu'une analyse préalable de l'intérêt à agir s'impose, pour éviter les actions abusives. Cette phase de recevabilité était d'ailleurs proposée par la proposition de loi Caballero qui retenait plusieurs critères d'analyse préalable de la recevabilité de la cause. Au titre de cette proposition, le juge doit apprécier les qualités de trois conditions⁷. D'une part, la similarité des situations juridiques des membres du groupe par rapport au litige. D'autre part, la représentativité du demandeur, évoquée ci-dessus. Enfin, le juge doit examiner si l'action est justifiée par les circonstances et notamment le nombre ou la dispersion des membres du groupe.

Une objection peut être proposée par rapport à cette représentativité. Le risque est de voir dans ce contrôle une forme de pré-jugement de l'affaire au fond. Cependant, sur ce point, il faut rappeler que la doctrine processualiste explique qu'il faut prendre garde au risque d'examen au fond lorsqu'un juge est chargé d'apprécier l'intérêt légitime du ou des demandeurs. En effet, l'article 31 du nouveau Code de procédure civile dispose : « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention ». Cette référence à un intérêt légitime est critiquée⁸, car elle ne permettrait pas de séparer droit d'agir et droit substantiel.

6 - Proposition Stasi, Ploriol et Zeller n° 2554, rédigée par F. Caballero, JO Ass. Nat., 1984-1985, notamment art. 324-2. Il convient de préciser que le JO Débats ne reproduit pas cette proposition qui s'avère ainsi introuvable à présent.

7 - Ces conditions sont prévues par l'article 324-2 du projet.

8 - L. Cadiet, Droit judiciaire privé, Litec 2ème éd., § 850, p. 364 ; G. Couchez, Procédure civile, Dalloz 1998, § 235, p. 91 ; J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, 25ème éd., § 104, p. 91.

Pourtant, « par définition l'intérêt est un avantage d'ordre pécuniaire ou moral⁹ ; ce qui signifie que, pour apprécier l'intérêt, le juge doit procéder à une analyse des résultats éventuels de la demande »¹⁰.

Assurer le succès possible d'une demande peut donc induire une appréciation de la valeur juridique des moyens mis en œuvre. Il ne faudra cependant pas confondre recevabilité et bien fondé de la demande. Le juge de la recevabilité doit simplement analyser le contexte de mise en œuvre de l'action de groupe, sans s'intéresser au fond, la question principale consistant davantage à apprécier la pertinence d'un recours collectif pour éviter l'éparpillement des actions individuelles. On le constate, les pouvoirs du juge dans cette phase préalable doivent être clairement délimités pour éviter qu'elle génère un trop fort contentieux de la recevabilité. Quelles que soient les difficultés qu'elle engendre, il n'est pas douteux qu'une telle analyse de recevabilité par le juge s'impose afin d'éviter les recours abusifs. Le juge doit constituer le premier filtre à toute action afin d'éviter des attitudes de harcèlement à l'égard de quelques grands débiteurs, notamment personnes morales. Les critères de recevabilité objectifs proposés par le projet Caballero semblent pertinents dans cette optique, sauf à discuter le critère de la représentativité, comme indiqué ci-dessus.

8. Une fois l'action de groupe déclarée recevable un professionnel doit assumer la représentation en justice. Il s'agit d'une question pratique d'une importance notable qui peut susciter des difficultés. Par exemple, quand plusieurs avocats se constituent pour une même cause, prétendant chacun représenter une partie du groupe de victimes, comment les départager ? Une première analyse peut consister à dire que le juge n'est pas compétent pour procéder à un tel choix, le demandeur étant libre de choisir son mandataire « ad litem ». Inversement, la détermination du représentant du groupe peut être l'occasion de choisir l'un des avocats pour représenter l'ensemble des membres qui le composent, comme cela se pratique à l'étranger.

Pour éviter que le juge soit tenu de procéder à ce choix délicat, il est possible d'autoriser la constitution d'un groupe de défendeurs. Dans ce cas, un des avocats pourrait être désigné en qualité de représentant du syndicat de défense par le bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour d'appel dans le ressort de laquelle l'affaire est portée. Une telle solution, qui respecterait la liberté de choix du défendeur, serait d'une mise en œuvre concrète complexe. La circulation des pièces de procédure, les relations entre les différents avocats, ajouteraient de la complexité à la gestion de dossiers qui ne sont pas simples à traiter sans que vienne s'ajouter une multi représentation. Il faudrait sans doute que les autorités ordinales soient consultées sur ce point pour permettre d'apprécier la solution la plus conciliable avec les droits des demandeurs et les principes déontologiques gouvernant la profession d'avocat.

9 - H. Capitain, Vocabulaire juridique, v. Intérêt.

10 - H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, T. 1, § 228, p. 203.

B. Délimitation du groupe

9. L'une des particularités des actions de groupe est liée au fait que la plupart des demandeurs ne sont connus qu'après que l'initiative d'une action a été prise par une fraction des membres du groupe. A la phase de mise en œuvre de l'action succède donc naturellement une délimitation des contours du groupe, pour identifier quelles seront les parties à l'instance. Les systèmes en usage à l'étranger distinguent un mécanisme d'*opt in*, en vertu duquel les membres potentiels doivent indiquer qu'ils souhaitent être représentés dans le cadre de l'action engagée, d'une technique d'*opt out*, qui intègre par défaut toutes les victimes potentielles d'un comportement identifié en leur permettant simplement de s'exclure du groupe si elles ne souhaitent pas être parties à l'instance engagée. L'un des spécialistes de cette question indique que le seul système admissible est celui de l'*opt in*¹¹. En effet, ce procédé évite qu'il soit porté atteinte à la liberté d'agir en justice, dont la Cour de cassation assure la surveillance, notamment dans le cadre des actions syndicales¹². L'autre contrainte est liée au principe d'autorité relative de la chose jugée, dont l'une des composantes est l'identité des parties. Or, si les parties ne sont pas identifiables, il n'est pas possible de savoir quelles sont les personnes tenues par le jugement prononcé et quels sont les tiers. Or, cette détermination des parties à l'instance est essentielle puisque seul les tiers disposent d'un droit d'agir librement, faute d'opposabilité du jugement à leur égard.

10. Plus généralement, la référence à l'article 1351 du Code civil suscite une interrogation propre à la représentation. Pour pouvoir être représentée, la victime d'un dommage ou d'un comportement doit être informée de l'action mise en œuvre afin de pouvoir opter. Il convient dès lors de permettre à l'avocat représentant partiellement un groupe, de solliciter les mandats d'autres membres de ce même groupe afin qu'ils puissent décider de participer à l'action en justice. Cette question est délicate sur le plan déontologique car elle est directement en contradiction avec l'interdiction du démarchage s'imposant aux avocats. Sur ce point, il convient peut être de faire une distinction dans l'intérêt d'une bonne justice. Lorsque l'avocat sollicite les victimes d'un groupe pour lequel une action est engagée, le juge s'est déjà prononcé sur la recevabilité de la demande engagée. Il s'agit donc simplement de permettre que la cause soit véritablement efficace en autorisant l'avocat à solliciter les membres du groupe, suivant les modalités de sollicitation fixées par le juge lui-même.

11 - L. Boré, Discours *in* Colloque Droit et démocratie, Pour mieux réparer les préjudices collectifs, Une class action à la française ?, Gaz. Pal. 28 et 29 sept. 2001, p. 4.

12 - La Cour de cassation exige ainsi que le salarié auquel profite le jugement soit identifié ou identifiable, cass. soc. 3 nov. 1972 : Bull. civ. V, n° 595.

Cette technique, qui peut choquer pour les raisons évoquées ci-dessus, n'existe en droit français que pour l'exercice par des associations de défense agréées d'actions en défense des intérêts collectifs, non pour la défense de leurs intérêts conjoints. Ainsi, l'article L. 452-2 alinéa 3 du Code monétaire et financier retient que « lorsqu'une association agréée en application du troisième alinéa de l'article L. 452-1 agit en réparation devant les juridictions civiles ou commerciales, le président du tribunal de grande instance ou le président du tribunal de commerce selon le cas peut, par ordonnance de référé, l'autoriser à solliciter des actionnaires un mandat pour agir en leur nom en ayant recours, à ses frais, aux moyens de publicité mentionnés à l'alinéa précédent ». Depuis l'adoption de cette disposition par loi de sécurité financière, le champ est ouvert à une sollicitation de mandat contrôlée par le juge. Mais il convient de relever que, pour l'instant, une telle démarche n'est pas admise par le législateur en raison du blocage que constitue l'article 1351 du Code civil et des règles déontologiques applicables à la profession d'avocat.

11. Pour éviter une remise en cause frontale de principes de procédure, peut être serait-il possible d'envisager une plus grande souplesse quant à la possibilité de devenir partie à l'instance en cours de jugement, tant que le juge ne s'est pas prononcé. Plusieurs solutions, plus ou moins audacieuses, sont possibles.

Une première solution peut consister à étendre le champ d'application de l'intervention volontaire exercée à titre principal (NCPC, art. 66). Ainsi, tant que le juge ne s'est pas prononcé, il suffirait que le membre du groupe non partie à l'instance élève une prétention à son profit pour bénéficier des effets du jugement prononcé. Cette initiative suppose que le tiers intervenant dispose d'un droit d'agir relatif à la prétention déjà formée devant le juge. Une adaptation des mécanismes existants en procédure civile pourrait permettre d'introduire cette souplesse et d'ouvrir le champ d'opposabilité du jugement, sans aller jusqu'au système de l'*opt out* dans lequel les parties à l'instance sont indéterminées. L'intervention volontaire comporte cependant une limite. Elle permet uniquement de bénéficier des effets du procès en cours, mais ne peut pas être mise en œuvre après que l'instance ait eu lieu, sauf s'il est formé appel par les parties principales.

12. Une seconde solution, plus audacieuse, pourrait consister à permettre aux juges saisis par une personne ayant décidé de ne pas opter pour l'action collective de se référer à ce qui a été précédemment jugé pour toute action postérieure relative à la même cause. La problématique se situe ici sur le terrain de la motivation du jugement. En quelque sorte, il s'agirait d'ouvrir le champ de l'opposabilité *erga omnes* du jugement pour permettre que des personnes puissent bénéficier des effets de la procédure antérieure, ou puissent se voir opposer ce qui a déjà été jugé à l'égard d'un auteur commun.

Cette autre manière d'aborder la question peut sembler en contradiction avec l'interdiction des arrêts de règlement (C. civ., art. 5). En se référant au précédent le juge statue, en quelques sortes, par voie de dispositions générales. Cependant, l'interdiction des arrêts de règlement n'a pas tout à fait cette portée. Elle signifie simplement qu'un juge saisi d'une cause ne peut pas se prononcer par voie de disposition générale pour attribuer autorité à son jugement en dehors du litige qui lui est soumis. Interprétant cette interdiction, la Cour de cassation indique bien qu'est prohibée la référence à une décision rendue dans un « litige différent » de celui soumis à une juridiction¹³.

Par hypothèse, dans le cadre d'une action de groupe, il ne s'agit pas véritablement d'un « litige différent ». Le défendeur est identique et la cause débattue l'est également. La seule modification porte sur le préjudice individuel subi par la victime, pour lequel le juge est nécessairement tenu de procéder à une appréciation individualisée et sur l'identité de cette victime, qui n'était pas partie à l'action dès le départ. Le juge pourrait ainsi opposer aux plaideurs une position adoptée à l'égard du même défendeur et pour la même cause, tels que déterminés lors de la phase de recevabilité, afin d'opposer l'appréciation du fait générateur de la faute commise. Le juge pourrait aussi, inversement, invoquer l'absence de preuve du fait générateur de la faute commise lorsque le procès initialement rendu a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'entrer en voie de sanction. L'utilité d'un tel mécanisme serait d'éviter des divergences d'appréciation des causes de responsabilité suivant l'identité de la partie demanderesse et la juridiction saisie.

Cette solution contribuerait peut être à garantir la loyauté des débats. En effet, il ne faudrait pas, en admettant la mise en œuvre d'une action de groupe, que des demandeurs potentiels gardent une position attentiste pour, une fois que les juges se sont prononcés, tenter de spéculer à la hausse sur ce qui a été obtenu par les demandeurs initiaux. On le comprend aisément, cette question est également très délicate, dans la mesure où elle touche un nouveau domaine essentiel de la procédure civile.

Section II - Economie de l'action

13. La dimension financière de l'action de groupe est sans doute celle qui attise le plus les réflexions et contradictions. L'économie de l'action comporte, en fait, un double aspect. Il s'agit à la fois de la capacité des demandeurs à assumer les frais du procès. A cette problématique de financement de l'action en justice (A) s'ajoute celle des effets financiers du jugement (B). Il s'agit, à cet égard, de déterminer l'objet de la demande et la possibilité d'attribuer des dommages-intérêts.

13 - Cass. soc., 27 févr. 1991 : Bull. civ. V, n° 102 ; cass. 3ème civ., 27 mars 1991 : Bull. civ. III, n° 101.

A. Financement de l'action en justice

14. Le fonctionnement d'une action de groupe suppose que le défendeur, mandataire des demandeurs à l'instance ait la capacité financière de gérer le procès. Aux États-unis, dans une démarche teintée de mercantilisme souvent fort critiquée, l'avocat fait l'avance des frais de procédure et se rémunère en percevant des honoraires de résultats au pourcentage sur le montant des dommages intérêts alloués aux victimes. Le droit Québécois retient, quant à lui, un mécanisme totalement différent. Un fonds d'aide a été créé en 1978. Cet organisme autonome s'apparente à un bureau d'aide juridictionnelle. Son principe de fonctionnement se fonde sur l'idée que celui qui souhaite faire un recours doit pouvoir agir sans devoir faire l'avance des frais de procédure. Pourtant, tout demandeur n'est pas admis à recevoir l'aide du fonds, car l'octroi de cette aide tient compte des ressources financières du représentant et du sérieux de sa demande. En fait, le fonds apprécie essentiellement, au moment de la décision d'attribution de l'aide, si sans son aide le recours collectif peut être exercé.

Ce fonds d'aide est financé pour sa plus grande part grâce à des crédits parlementaires votés chaque année, qui représentent en général un pourcentage avoisinant les 97 % des ressources du fonds. Le solde du financement (2 à 3 %) est assuré par un pourcentage que le fonds reçoit sur le reliquat des indemnisations non réclamées par les victimes de préjudices collectifs. "Ainsi le recours collectif nourrit le recours collectif"¹⁴, dans une part cependant modeste.

Les deux tiers de l'aide accordée aux représentants servent à payer les honoraires d'avocats. Ces honoraires sont remboursés dans la limite d'un plafond fixé par le fonds à 100 \$ de l'heure. Cette technique du fonds d'aide n'a pas multiplié les actions. Elle a simplement permis certaines actions qui ne se seraient pas tenues sans le fonds d'aide, les avocats québécois, comme leurs homologues français, n'étant pas prêts à prendre des risques financiers pour des perspectives aléatoires.

15. Il n'est pas contestable que pour qu'une action puisse produire des fruits il faut que l'avocat soit en mesure d'assumer les frais de procédure. La solution du fond d'aide semble la plus à même de protéger la liberté des avocats. Ainsi, il ne leur sera pas nécessaire de faire des avances de frais. Ils pourront se consacrer sereinement à la conduite de l'instance et à l'avancement du dossier.

Initialement financé par dotation publique, ce fonds pourrait également se voir allouer une partie des sommes attribuées aux demandeurs à l'action en justice, selon un pourcentage qui pourrait être plafonné.

14 - R. Martin, Le recours collectif au Québec et prospective pour la France, JCP 1986, I, 3255 § 10.

A la différence des solutions admises à l'étranger, ce fond ne pourrait pas être constitué par les dommages intérêts non réclamés puisque, par hypothèse, les parties à l'action seraient identifiées dans une action de groupe à la française, en raison des problèmes liés à la technique de l'*opt out* déjà évoqués.

Une critique semble devoir s'imposer dès lors qu'un tel financement est proposé : les dommages intérêts sont amputés, à hauteur des prélèvements décidés par le juge pour financer le fonds d'aide. Le demandeur à l'instance se voit ainsi prélever des frais de Cour, qui ne sont pas dans l'usage de nos juridictions. Cependant, en analysant la situation de manière moins dogmatique, on peut dire que ces frais existent déjà dans les faits. En effet, tout demandeur en justice doit assumer les frais de sa défense. La différence, dans l'hypothèse d'une constitution de fonds d'aide des actions de groupe, est l'inversion de la mécanique habituelle. Au lieu d'obliger le demandeur qui n'en a pas les moyens à faire l'avance des fonds, celui-ci assume les frais du procès sur les sommes qu'il perçoit. Il s'agirait donc d'une forme d'avance qui, si l'on raisonne sur un plan strictement économique, n'est pas foncièrement critiquable. Pour des personnes victimes d'un préjudice qui ont des petits moyens financiers ou dont le préjudice individuel est de petite taille, cette solution serait sans doute opportune.

16. Un tel fonds ne peut pas, bien entendu, être mis en œuvre sans contrôles. C'est pourquoi, il conviendrait que le fonds soit géré par les bureaux de l'aide juridictionnelle. Il serait simplement important que dans la gestion financière des bureaux d'aide juridictionnelle, la dotation propre aux actions de groupe soit cloisonnée par rapport aux autres missions de l'aide juridictionnelle, pour éviter les utilisations de budgets des actions collectives à d'autres fins. L'application d'un principe d'affectation des recettes serait donc une solution pertinente.

Une fois le fonds constitué, il permettrait que soient assumées plusieurs fonctions liées à la gestion financière des actions de groupe. Le fonds pourrait, en premier lieu, assurer le paiement des frais d'avocat en avance sur recettes. Le montant des honoraires serait également plafonné par heure et en fonction du nombre de membres du groupe représenté par l'avocat. Le fonds serait aussi d'une grande utilité pour financer les frais de procédure, notamment les expertises. Ce point est essentiel car, à l'heure actuelle, nombre de procès pénaux sont principalement mis en œuvre pour permettre aux demandeurs d'accéder aux facilités de l'instruction. Ce détournement connu de la « plainte contre x » est d'ailleurs dénoncé par de nombreux magistrats en matière pénale. Ils relèvent ainsi, fort judicieusement, que la juridiction pénale ne peut pas être instrumentalisée pour instruire des affaires de nature essentiellement civile, pour de simples raisons économiques ou de recherche de preuves. Plus généralement, ce constat suscite un débat quant à l'introduction en France des

techniques dites de *discovery* à l'américaine, en vertu desquelles l'ensemble des pièces du procès doivent être communiquées aux parties qui peuvent mener de véritables investigations.

Une autre question délicate sera la détermination d'un éventuel honoraire de résultat en fonction de la solution obtenue. Si un tel honoraire ne devait pas être conditionné par le résultat de l'instance, il n'est pas impossible d'envisager une rétribution complémentaire de l'avocat en fonction du nombre de parties représentées, de la durée du procès, de sa plus ou moins grande complexité et des condamnations prononcées. Il faudrait, sur ce point, que le juge bénéficie d'un pouvoir de fixer le montant des honoraires complémentaires, afin d'éviter les dérives possibles d'un honoraire trop librement fixé.

B. Effets financiers du jugement

17. Une des difficultés concrètes qui a le plus fait couler d'encre est celle de la détermination des catégories de préjudices réparables dans le cadre d'une action de groupe. Outre la mise en œuvre d'une action indemnitaire, qui relève plus directement de la logique de l'action collective, l'admission de mécanismes d'injonctions collectives ou en cessation de comportements critiquables, pourrait se concevoir.

La situation la plus délicate est celle du recours en indemnisation. Plusieurs problématiques doivent être identifiées à cet égard. En premier lieu, se pose une question d'opportunité : est-il souhaitable qu'un juge s'étant prononcé quant au fondement de la responsabilité soit également tenu d'individualiser les sanctions, pour chacune des parties à l'instance, notamment lorsque ces parties sont fort nombreuses ? Ici, deux positions sont admissibles : soit on estime que le juge le plus à même de juger est celui qui a connu de l'affaire depuis son origine, ce qui lui permettra de fixer une sanction pertinente, mais dans ce cas il ne faut pas nier que la motivation relative aux effets individuels du jugement sera lourde à gérer ; soit il est renvoyé à des juridictions locales qui seront chargées d'adapter l'indemnisation à chaque cas d'espèce, à chaque situation individuelle des membres du groupe.

Il peut également advenir que le juge ne s'estime pas suffisamment instruit quant à la situation personnelle de chacun des demandeurs membres du groupe. Dans cette hypothèse, plutôt que de voir le juge statuer immédiatement et risquer de rejeter une demande simplement mal étayée sur le plan de la preuve, il serait sans doute souhaitable de permettre aux membres du groupe de produire des éléments de preuve complémentaires dans un délai fixe après le prononcé du jugement (par exemple un an). Le défendeur aurait ainsi la possibilité de formuler de nouvelles remarques sur les divers éléments de preuve produits pour assurer sa défense, sans pouvoir développer de nouveaux moyens relatifs à la cause de responsabilité. Ce système plus souple, permettrait de

pallier un oubli d'éléments de preuve, notamment pour réparer des erreurs matérielles pouvant se produire dans la gestion de nombreux dossiers par les avocats.

Lors du prononcé de la recevabilité de l'action, il conviendra également que le juge apprécie la pertinence de ces divers éléments de preuve afin d'étudier le sérieux de la demande. Il ne s'agit pas de juger l'affaire au fond, mais de permettre que soit déterminé le sérieux de l'action mise en oeuvre, dans un but de lutte contre les actions engagées à titre dilatoire.

18. Dans certains domaines particuliers, il sera sans doute difficile de déterminer quel est le préjudice dont il sera possible de demander réparation. Dans le cas particulier des actions individuelles d'actionnaires, toute la difficulté sera d'identifier un préjudice individuel pouvant s'extraire du préjudice collectif subi par les actionnaires. L'idée est très ancrée que le dirigeant n'est responsable qu'à l'égard de la société, non des actionnaires. Il convient donc de déterminer le périmètre de ces actions de groupe en matière sociétaire. La construction actuelle en matière de responsabilité des dirigeants conduit à de très rares condamnations personnelles, car la jurisprudence fait une interprétation très stricte de la faute détachable des fonctions.

Cet état de fait a été qualifié de dérive de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés¹⁵. Le blocage, ou la complexité sont tels, aujourd'hui, que les parlementaires proposent une réforme de la responsabilité civile du dirigeant davantage tournée vers l'associé en tant qu'individu et non membre de la communauté des associés. Le rapport Clément proposait de mettre fin à la théorie de « l'écran » sociétaire en permettant à l'actionnaire de faire valoir un préjudice personnel distinct en cas de consécration de la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion¹⁶. Cette proposition fait suite à une tentative avortée de réforme¹⁷ lors du vote de la loi de sécurité financière du 1er août 2003¹⁸. Mais pour l'instant le législateur a préféré reporter la réforme¹⁹.

19. On le constate, notamment en droit des affaires, la mise en oeuvre d'une action de groupe conduit à se poser des questions directement liées au fond du droit. La réforme possible de la procédure civile introduisant une action de groupe devrait conduire à s'intéresser,

15 - J.-F. Barbiéri, Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive, Mélanges Y. Guyon Dalloz 2003, p. 41.

16 - Rapport d'information n°1270, déc. 2003, pour la Commission des lois de l'Assemblée Nationale sur la réforme du droit des sociétés.

17 - Rapport Ph. Houillon n° 772, avril 2003, p. 111.

18 - A. Couret, Les dispositions de la loi de sécurité financière intéressant le droit des sociétés, JCP, éd. E, I, 1290, p. 1428, § 33 ; B. Le Bars, La rénovation du statut des associations d'actionnaires et d'investisseurs : un épiphénomène révélateur du besoin d'évolution en droit des sociétés, Rev. sociétés 3/2003, p. 440 § 27.

19 - Pour une présentation des enjeux de l'action de groupe en droit des sociétés, v. V. Magnier, L'opportunité d'une class action en droit des sociétés, D. 2004, point de vue, p. 554.

plus généralement, à l'impact d'une telle action en responsabilité sur les différents domaines d'exercice potentiels de l'action. L'adoption d'un mécanisme d'action de groupe ne peut donc pas se faire à la légère, faute de quoi les blocages de fond viendraient s'adjoindre à la complexité de gestion d'un dossier dont les parties sont fort nombreuses. Le chemin d'une réforme éventuelle est donc semé d'embûches.

L'INTRODUCTION DE LA CLASS ACTION OU ACTION DE GROUPE EN DROIT FRANCAIS, UNE FAUSSE BONNE IDÉE

par Joëlle Simon
Docteur d'Etat en Droit,
Directrice des affaires juridiques,
Mouvement des Entreprises de France – MEDEF -

La question de l'introduction d'une action de groupe ou class action, en droit français a été à nouveau posée en 2003, à l'initiative du gouvernement, lors des débats sur la loi de sécurité financière.

Il n'est pas neutre que ce sujet soit revenu à l'ordre du jour dans un climat de perte de confiance des actionnaires et des épargnants dans les marchés financiers¹.

En effet, si l'action de groupe était introduite en droit français des sociétés, elle aurait plus vocation à être utilisée par les actionnaires de sociétés cotées à actionnariat dispersé, étant donné qu'il s'agit d'une procédure conçue pour traiter essentiellement des contentieux de masse.

On constate de la part de certains une volonté délibérée d'essayer d'assimiler à des fautes de gestion, des erreurs de stratégie ou de gestion et de créer une sorte de présomption selon laquelle la baisse des cours d'une société cotée ne peut être que fautive et doit donc être compensée.

Rappelons toutefois que les scandales récents relèvent plus de comportements frauduleux de certains dirigeants et contrôleurs légaux que de fautes de gestion.

Afin de bien comprendre les enjeux du débat, il est nécessaire de définir ce qu'est l'action de groupe ou class action.

L'action de groupe est une action introduite par un représentant pour le compte d'un groupe de personnes ayant des droits identiques ou similaires qui aboutit au prononcé d'un jugement ayant autorité de

1 - Vers des « Securites Class Actions » à la française ? Petites Aff., 8 décembre 2003, n° 244, p. 4 et s. V. également Hubert de Vauplane, Class actions : premiers pas en Europe ?, Bulletin Joly, Bourse et produits financiers, numéro spécial avril 1994, p. 35 et s.

chose jugée à l'égard de tous les membres du groupe. Elle a pour objet de trancher en un seul procès une série de litiges individuels opposant plusieurs justiciables : consommateurs, actionnaires... à un même professionnel et ayant une origine commune.

Il existe deux systèmes possibles : celui de l'*opt in* qui nécessite un acte positif du demandeur pour être partie au procès, et celui de l'*opt-out* où, en l'absence de demande expresse du justiciable à être exclu de la procédure, il va se trouver lié par la décision rendue, ce qui serait au regard du droit français une atteinte à la relativité de la chose jugée et donc au principe du contradictoire.

Cette procédure existe aux Etats-Unis, au Québec, dans certains Etats d'Australie, au Brésil et depuis peu en Suède.

La question a été posée pour la première fois en France, il y a plus de vingt ans, en droit de la consommation avec la publication, en septembre 1983, d'un rapport de la Commission sur le règlement des litiges de la consommation présidée par M. Calais-Auloy, qui proposait son introduction en ce domaine.

Depuis lors, le sujet revient périodiquement en débat.

En 1984, une proposition de loi de MM. Stasi, Proriol et Zeller visant à l'introduire dans notre système juridique est déposée et rapidement retirée et en 1990 M. Calais-Auloy propose à nouveau de prévoir une action de groupe dans le Code de la consommation, sans que cette proposition soit suivie d'effet².

A chaque tentative d'introduire cette procédure en droit français, le CNPF puis le MEDEF a clairement pris position contre une telle réforme.

Pourquoi cette constance dans le refus de cette réforme ?

Pour deux raisons essentielles :

- en premier lieu, parce que l'action de groupe ne permettait d'améliorer ni la situation des justiciables ni le fonctionnement de la Justice,
- en second lieu, parce qu'une telle procédure est intrinsèquement viciée, car elle repose sur une philosophie contestable et se révèle impossible à encadrer, les expériences étrangères démontrant qu'elle conduit inévitablement à des abus préjudiciables aux entreprises et à l'économie en général.

2 - Propositions pour un Code de la consommation, La Documentation Française, 1990.

L'introduction de class actions de grande ampleur comprenant plusieurs centaines de milliers, voire plusieurs millions de membres, défraie régulièrement la chronique aux Etats-Unis.

Les excès auxquelles les class actions ont donné lieu aux Etats-Unis ont, au demeurant, conduit la Cour Suprême de ce pays, en décembre 2003, à modifier directement un certain nombre de dispositions prévues dans les règles de procédure civile sur la class action. Par ailleurs, un projet de loi *Class Action Fairness Act* de 2004 est actuellement pendant devant le Congrès américain afin notamment de donner compétence aux juridictions fédérales dans certains cas et de limiter ainsi les abus.

Si les pouvoirs publics français, réalisant les effets néfastes de cette procédure, ont jusqu'à présent résisté aux pressions en vue de l'introduction dans notre système juridique d'une telle procédure, ils ne sont pas restés cependant insensibles aux demandes de certains groupes de pression et ont permis la mise en œuvre d'actions collectives dites en représentation conjointe tant en droit de la consommation qu'en droit des sociétés et boursier, qui se rapprochent de l'action de groupe telle que prédéfinie, même si d'aucuns les qualifient « d'actions de groupe anémiées ».

Ces associations, à condition qu'elles soient agréées, peuvent agir à la fois pour la défense des intérêts collectifs et pour celle des intérêts individuels des consommateurs et des investisseurs, mais uniquement sur mandat écrit.

Toutefois, il serait extrêmement grave d'aller au-delà de l'existant. Aussi, paraît-il infiniment préférable, pour répondre aux attentes des justiciables, de s'orienter vers d'autres voies de réforme.

Section I - Une procédure qui n'améliore ni la situation des justiciables, ni l'administration de la Justice

L'objectif de l'action collective est *a priori* de permettre à des justiciables isolés, mais ayant subi des préjudices ayant une origine commune, qui hésitent à saisir un tribunal, du fait du coût et de la difficulté de rassembler les preuves à l'appui de leur demande, d'aller en justice en bénéficiant de l'action introduite au nom d'un groupe. Elle est également censée améliorer l'administration de la Justice, en regroupant les contentieux devant un même tribunal. Or l'action de groupe ne permet de répondre à aucun de ces objectifs.

A. Une procédure qui ne réduit pas le coût de la Justice

L'action de groupe n'est pas en elle-même un facteur de réduction des coûts.

Au contraire, lorsqu'elle comprend de très nombreux membres, elle est d'un coût très élevé, en raison notamment de la vérification des demandes individuelles et des frais d'expertise et de contre expertise.

Réduire le coût de la procédure supposerait que l'on change profondément notre système juridique.

Plusieurs solutions sont envisageables, aucune ne paraît adaptée à la situation française.

- La voie américaine qui repose sur l'avance par l'avocat des frais du procès, celui-ci n'étant rémunéré qu'en cas de succès (*contingencies fees*). Cela signifierait un changement radical des relations entre les avocats et leurs clients en France.

Lorsqu'on lit ce qui se passe aux Etats-Unis, même sous la plume d'avocats spécialisés dans les class actions, sur les conflits d'intérêts que cela entraîne notamment entre le groupe et l'avocat, on doute qu'il faille s'engager dans cette voie. Ainsi, par exemple, le plus souvent, l'avocat sera amené à transiger car il ne peut pas se permettre de perdre le procès, certains cabinets d'avocats ayant fait faillite en raison du montant des frais de justice.

- Le fonds collectif ensuite, à l'instar de ce qui se passe au Québec. La question essentielle est alors celle de l'alimentation de ce fonds et est étroitement liée à l'introduction d'un type d'action collective à caractère punitif encore plus critiquable et dont il sera fait état ultérieurement.

- La prise en charge par l'entreprise des frais d'expertise enfin. Certains avocats et parlementaires ont avancé, en droit des sociétés, l'idée d'une prise en charge des frais de justice supportés par l'actionnaire, lorsque l'action a amené un bénéfice significatif pour l'entreprise (en cas d'action *ut singuli*, c'est-à-dire d'une action destinée à réparer le préjudice subi par la société dont le bénéfice revient à cette dernière et non aux actionnaires qui l'ont intentée).

Cette piste est sans doute la plus intéressante, elle doit néanmoins être écartée pour plusieurs raisons.

L'expérience américaine des *derivative actions* montre que ce mécanisme n'a pas fait la preuve de son efficacité. Ensuite, cela risquerait de placer la relation entre le conseil d'administration et l'assemblée générale sur le plan conflictuel et pourrait, enfin, conduire à une multiplication de recours contentieux néfastes à l'entreprise³.

Cette idée a d'ailleurs été très clairement rejetée par le sénateur Philippe Marini dans son rapport sur le droit des sociétés en 1996 pour ces mêmes raisons.

3 - V. sur ce sujet le rapport de l'Institut Montaigne, Mieux gouverner l'entreprise, Mars 2003.

B. Une procédure qui ne permet pas en elle-même de faciliter la recherche de la preuve

Certains avancent l'idée selon laquelle l'action de groupe faciliterait la recherche de la preuve pour les justiciables isolés.

Cet avantage pour le justiciable est indûment porté au crédit de l'action de groupe et doit en fait être crédité au bénéfice de la procédure civile américaine de *discovery* qui confie au juge d'importants pouvoirs.

Une amélioration de notre système judiciaire sur ce point passe donc par une évolution de notre procédure civile et non par l'introduction de l'action de groupe (v. *infra*).

Les avantages pour le justiciable paraissent donc extrêmement limités, surtout si l'on met en regard du montant des honoraires des avocats, le montant moyen de l'indemnisation des membres de la classe.

La class action est, en effet, en général d'un médiocre rendement pour ses membres et donc une source de désillusion pour les justiciables.

A titre d'exemple, à l'issue de la class action contre BLOCKBUSTER VIDEO, les membres de la classe ont reçu entre 9 et 20 dollars, contre 9.25 millions de dollars d'honoraires pour leurs avocats.

C. Une procédure qui n'améliore pas l'administration de la Justice

Les avantages sont-ils plus importants pour l'administration de la Justice en général ? La réponse est ici également négative.

Ses partisans avancent l'argument selon lequel l'action de groupe permettrait de regrouper les contentieux, de simplifier l'administration de la Justice.

La class action soulève de nombreuses difficultés au nombre desquelles figure la détermination de la consistance du groupe lorsque les demandeurs ne sont pas identifiés, l'évaluation des dommages et intérêts : individuelle ou globale et dans ce dernier cas, selon quel critère de répartition ?

Or, aux Etats-Unis, les procès sont de plus en plus longs, complexes et très coûteux. Dans certaines affaires, le juge est obligé d'éclater la classe en sous-classes en raison notamment du nombre de membres du groupe.

Enfin, le fait que 95% des class actions se concluent, aux Etats-Unis, par une transaction ne constitue pas un progrès du droit, mais un dévoiement de l'action en justice et fait apparaître la véritable essence de l'action de groupe : un moyen de pression voire de chantage sur l'entreprise.

Les transactions conclues sont souvent opaques pour les raisons liées aux conflits d'intérêts entre l'avocat et les membres du groupe mentionnées précédemment.

Section II - Une procédure qui repose sur une philosophie contestable et se révèle de ce fait impossible à encadrer

A. Une philosophie contestable

Le constat de l'incapacité de l'action de groupe à répondre aux objectifs précités a déjà permis de montrer que cette procédure était avant tout un moyen de pression, voire même de chantage contre les entreprises, le bénéficiaire n'en revenant même pas aux demandeurs mais essentiellement à leurs avocats.

L'objectif principal de la class action n'est pas en fait d'indemniser des personnes prétendument lésées, en raison notamment du médiocre rendement de ces actions, mais d'être un moyen de pression auquel on donne la fonction normative ou prophylactique d'influencer les comportements.

Ses plus ardents défenseurs ne s'en cachent d'ailleurs pas, considérant que le véritable intérêt de la class action est d'influencer les comportements et de faire pression sur les entreprises. Il suffit de citer les propos de M. Louis Boré : « La class action rend les faibles forts et parce qu'elle les rend forts fait peur »⁴.

Il est assez paradoxal, au demeurant, que les partisans de son introduction en France, y voient un moyen de réduire le recours au pénal.

On a montré, en effet, que cette action n'apporte pas de réponse aux inconvénients de la procédure civile (v. *supra*) et qu'elle apparaît en pratique comme une action pénale qui ne veut pas dire son nom. La théorie du demandeur idéologique *ideological plaintiff* ou du ministère public privé ou populaire *private attorney general*, développée par

4 - Louis Boré, Pour mieux réparer les préjudices collectifs. Une « class action à la française ? », Table ronde organisée par Droit et Démocratie, Gaz. Pal. sept-oct. 2001, p. 1471. V. également, La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, LGDJ, 1997.

certain auteurs⁵ à propos de ces actions collectives, est particulièrement intéressante à cet égard. Même si cette évolution a été condamnée par la Cour Suprême des Etats-Unis, elle est révélatrice de la philosophie générale qui sous-tend cette action.

Selon cette théorie, le recours collectif ne doit pas être uniquement une mesure compensatoire destinée à faciliter l'administration de la Justice, mais également un moyen de dénoncer les comportements illégitimes en encourageant les poursuites punitives.

En application de cette théorie, sont possibles les actions de groupe ne comportant pas de réclamations individuelles en raison du caractère « diffus du préjudice ». Le droit québécois l'admet, le rapport Calais-Auloy proposait de l'introduire en droit français.

Ce recours vise à sanctionner des situations qui correspondent généralement à des fraudes et autres infractions pénales et à des préjudices non identifiables pour le demandeur : compagnie de taxis qui a fait payer un surplus à ses clients, société qui a trompé les consommateurs sur le poids ou le volume des produits vendus, par exemple.

Dans ce cas, il est prévu que, puisque les préjudices subis par chaque membre du groupe ne peuvent recevoir de réparation civile, en raison de la faiblesse du montant pour chaque membre, la somme que l'entreprise serait condamnée à payer serait versée à un fonds d'aide qui pourrait faire l'avance des honoraires d'avocat et des frais d'expertise aux justiciables qui agissent soit à titre individuel soit par l'intermédiaire d'une association.

La loi québécoise prévoit que le juge peut également ordonner une réparation en nature, en ordonnant, par exemple, à la compagnie de taxis de réparer le préjudice causé aux usagers en diminuant le prix de ses courses pendant une période déterminée, en compensation d'une surcharge qu'elle aurait illégalement imposée à ses clients.

La mesure ne profite donc pas nécessairement aux membres du groupe effectivement lésés. Il s'agit d'une application de la doctrine américaine de la *fluid class recovery*.

Le but de cette procédure est uniquement d'enlever au défendeur le bénéfice des gains acquis illégalement ou de manière erronée.

5 - V. not. Mauro Cappelletti, La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil, (Métamorphoses de la procédure civile), Revue internationale de droit comparé 1975, p. 571 et s.

Une telle procédure serait sans objet en France puisque dès lors qu'il y a infraction pénale, il appartient au Ministère public d'intervenir et à défaut aux associations agréées lorsqu'elles ont ce pouvoir.

Il serait contraire à la tradition juridique française de cantonner le rôle du Parquet en créant une voie quasi pénale entre des mains privées.

Enfin, aux Etats-Unis, la class action est étroitement liée à la notion de dommages et intérêts punitifs et apparaît dépourvue d'intérêt dans un pays comme la France où le principe est que les dommages et intérêts ont pour objet de réparer un préjudice individuel.

B. Une procédure impossible à encadrer

Le déclenchement d'une telle procédure est perçu par les droits étrangers qui le prévoient, comme un acte suffisamment grave pour qu'ils exigent la preuve qu'aucune autre procédure ne permette de régler le litige.

L'introduction d'une action de groupe est considérée même par ses partisans comme intrinsèquement porteuse de risques et d'abus, et nécessitant la mise en place de certaines conditions ou « garde fous ».

Ceux-ci affirment que poser des conditions de recevabilité constituerait une garantie suffisante pour l'entreprise, notamment si l'on ne permet de rendre publique la procédure qu'à l'issue de cette phase de la procédure. On peut en douter.

Il apparaît, en effet, que quels que soient les conditions ou « garde fous » que l'on veuille y apporter, on ne peut pas éliminer les défauts intrinsèques de cette procédure.

L'examen de deux phases clefs de la procédure permettra de le démontrer.

Recevabilité de l'action :

Le droit américain prévoit des conditions de recevabilité qui paraissent satisfaisantes sur le papier.

Or, ce filtre se révèle être un leurre en raison du laxisme de certains Etats membres en ce domaine.

C'est d'ailleurs la difficulté de parvenir à définir des conditions de recevabilité satisfaisantes qui a notamment conduit le gouvernement britannique en 2003 à renoncer à introduire cette procédure en droit anglais.

Le projet de M. Calais-Auloy précité ne prévoyait aucune condition de recevabilité, considérant que le véhicule de l'association agréée, seule habilitée à engager une telle procédure, constituerait une garantie suffisante, ce qui est contestable.

Autre phase sensible : la sollicitation des mandats :

La sollicitation des mandats afin de déterminer le périmètre du groupe soulève deux questions :

- celle des moyens et du moment retenus pour solliciter ces mandats
- celle d'un consentement exprès du demandeur.

Techniques de sollicitation des mandats :

Aux Etats-Unis, le juge peut soit retenir la notification individuelle aux membres du groupe s'ils sont identifiés, soit prévoir une notification via les médias.

Jusqu'à présent, en droit français, la sollicitation de mandat par les associations autorisées à exercer des actions en représentation conjointe est relativement encadrée, puisque, soit seuls sont autorisés certains modes de sollicitation des membres potentiels de la classe, soit la sollicitation n'est possible que sous certaines conditions, aux frais de l'association.

Mais il est vrai que l'on est passé insensiblement de l'interdiction de solliciter des mandats à une possibilité de solliciter sous contrôle du juge.

Le projet d'amendement présenté par le gouvernement lors des débats précités montre que ce contrôle du juge peut s'avérer très peu protecteur.

En l'espèce, il était prévu que l'autorisation de solliciter des mandats par tout moyen de publicité aurait pu être demandée par simple requête (c'est-à-dire une procédure non contradictoire) du président du tribunal, avant toute décision sur la recevabilité et sur le fond.

Or, la publicité donnée à une telle action afin d'informer des membres potentiels du groupe aurait des conséquences désastreuses, sur l'image de la société, dommages irréparables, puisqu'elle interviendrait à un moment où la responsabilité n'est pas démontrée. Cela contribuerait à renforcer son caractère d'instrument de chantage.

A supposer même qu'elle intervienne plus tard, comme le suggèrent certains, la protection constituée par les conditions de recevabilité de l'action peut s'avérer illusoire, ainsi que cela a été rappelé.

Le consentement du justiciable :

Le droit français, dans le cadre des actions en représentation conjointe, a fort heureusement maintenu l'exigence d'un mandat écrit donné par le justiciable à l'association, c'est-à-dire si l'on raisonne par rapport au droit américain, retenu le système de l'*opting in*, ce qui paraît un point essentiel, sous peine d'une déresponsabilisation des justiciables.

Cela se justifie par le principe selon lequel nul ne plaide par procureur. Il est indispensable de maintenir cette exigence d'un engagement positif du justiciable.

Il est essentiel que les actions en justice ne puissent être engagées qu'au nom d'individus identifiés qui ont chacun une cause directe d'action.

Toute désincarnation de l'action en justice est dangereuse, le summum de cette désincarnation consistant dans l'admission de l'action de groupe pour préjudice diffus, telle que définie précédemment.

Même si les dérives constatées aux Etats-Unis doivent être replacées dans le contexte qui est celui du système juridique américain, il est évident que les inconvénients de cette procédure l'emportent largement sur ses pseudo avantages.

Section III - Une absence de volonté affirmée de l'Union européenne de s'engager dans cette voie

Ainsi que le soulignait très justement M. Calais-Auloy, si débat il doit y avoir sur ce sujet, il devrait aujourd'hui se situer au niveau européen.

Or, il n'existe à ce stade ni de volonté affirmée, ni de réflexion en cours pour introduire l'action de groupe au niveau européen.

Si l'on prend le domaine du droit des sociétés, le rapport du groupe d'experts de haut niveau - dit groupe WINTER⁶ - n'a fait aucune recommandation en ce sens.

Il a simplement proposé qu'une procédure du type de l'expertise de gestion que nous connaissons en droit français soit introduite dans tous les Etats membres.

Si l'on regarde le droit des autres Etats membres, on constate que la Suède l'a introduite alors que le Royaume-Uni y a renoncé, après

⁶ - Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés, Rapport du Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, novembre 2002.

réflexion, pour les raisons suivantes :

- absence d'analyse (coûts/ bénéfiques),
- impossibilité de parvenir à définir des conditions de recevabilité satisfaisantes,
- risque de détournement de l'action par certains⁷.

Section IV - Les voies de réflexion

Refuser de s'engager dans la voie de l'action de groupe à l'américaine ne signifie pas que le MEDEF considère qu'il ne soit pas nécessaire d'améliorer la situation actuelle qui conduit les justiciables à aller au pénal pour les raisons que l'on sait : coût, charge de la preuve, volonté de sanctionner, alors même que la sanction pénale n'est pas toujours la plus efficace.

Il faut donc améliorer l'accès à la voie civile.

Par ailleurs, si l'on prend l'exemple du droit des sociétés et de l'action des actionnaires qui est au cœur de l'actualité, il apparaît clairement au travers des propositions de texte qui ont été récemment débattues que le cœur du débat est, en fait, la réparation des préjudices individuels subis par les actionnaires.

Or, la réponse ne paraît pas tant être dans la modification du droit de la responsabilité que dans la prévention de comportements dommageables des dirigeants.

A. Améliorer l'accès à la voie civile

Sans aller jusqu'à la *discovery* à l'américaine, il paraîtrait utile de réfléchir à un accroissement des pouvoirs d'instruction du juge civil, notamment en étendant le champ d'application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, après l'assignation. Rappelons que l'article 145 précité donne au juge le pouvoir d'ordonner - avant tout procès - toute mesure d'instruction permettant de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige.

En ce qui concerne la question de la prise en charge des frais d'expertise évoquée précédemment, en revanche, il n'est pas aberrant que le demandeur supporte les frais du procès dans un premier temps.

D'où l'intérêt d'utiliser le canal d'une association qui dispose de plus de moyens que des actionnaires isolés et qui ont vu leurs conditions

7 - En France, ni M. le sénateur Marini dans son Rapport sur la modernisation du droit des sociétés, ni M. le député Pascal Clément dans sa Proposition de loi sur la gouvernance des sociétés commerciales, AN n° 1407, février 2004, ne l'ont proposé pour les mêmes raisons.

d'existence et d'exercice améliorés.

Par ailleurs, pour ceux qui ne disposent pas des moyens nécessaires, il existe l'aide juridictionnelle.

B. Ne pas se tromper de débat

Ce qui est intéressant dans l'amendement présenté par le gouvernement lors des débats sur la loi de sécurité financière et visant à introduire l'action de groupe en droit des sociétés, c'est la motivation qui animait les pouvoirs publics.

Il s'agissait très clairement de répondre au mécontentement de certains petits actionnaires concernés par la chute des actions de sociétés concernées par certaines affaires médiatisées.

Le but était, certes, de favoriser le regroupement des actions de ces petits actionnaires, mais surtout de leur permettre d'obtenir réparation des préjudices individuels subis par eux, ces préjudices étant constitués, selon le gouvernement, par un effondrement des cours provoqué par une faute - non qualifiée au demeurant - des dirigeants.

C'est ce même objectif qui sous tendait l'amendement déposé, lors de ce même débat, par le député M. Houillon mais non adopté et l'article 7 sur la responsabilité des dirigeants de la proposition de loi sur la gouvernance des sociétés commerciales déposée par M. Clément⁸.

Ces initiatives s'inscrivent en réaction à la jurisprudence de la Cour de cassation qui refuse de faire droit aux actions individuelles en réparation du préjudice né de la dépréciation du patrimoine de la société, considérant qu'il ne s'agit pas d'un préjudice individuel réparable.

Il s'agit là d'un objectif contestable pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, comme le rappelait Monsieur Jean-François Lepetit, alors président de la COB, lors d'un colloque sur la protection de l'épargnant sur les marchés financiers en 2003, « les risques et les périls de l'investissement financier sont à la charge de l'épargnant »⁹.

En revanche, il faut veiller à ce que ce dernier dispose des informations suffisantes pour apprécier les risques encourus et qu'il soit protégé contre les actes malveillants.

8 - Proposition de loi précitée.

9 - Le rôle du contrôle institutionnel au plan national, numéro spécial, La protection de l'épargnant sur les marchés financiers, Association Droit et Démocratie, Paris 13 janvier 2003, Petites Aff., 31 juillet 2003, n° 152, p. 7 et s.

Ensuite, pour être réparé, un préjudice doit être au moins certain. Un préjudice purement éventuel ne peut engager la responsabilité civile de son auteur. Or, à terme, le préjudice n'est pas certain. Les droits de l'actionnaire doivent s'inscrire dans la durée.

Enfin, à supposer même que l'on considère que le préjudice est certain, se pose alors la question de la preuve du lien de causalité avec une faute des dirigeants.

En cette période de forte volatilité des cours, la chute du cours d'une action peut n'avoir aucun lien avec une quelconque faute de gestion.

Quoi qu'il en soit, ceci montre que l'on utilise un mauvais véhicule pour répondre à une attente des actionnaires.

Certains affirment qu'il est impossible d'engager la responsabilité du fait notamment d'une jurisprudence très restrictive. Ils estiment que l'action en réparation du préjudice individuel est quelquefois utilisée, mais la responsabilité rarement retenue parce que le juge ne l'admet qu'en cas de faute détachable, alors que l'action *ut singuli* est peu souvent intentée, car peu attractive pour l'actionnaire, les dommages et intérêts allant à la société.

Ce raisonnement est contestable. La jurisprudence sur la faute détachable est au contraire protectrice de l'actionnaire qui a pour interlocuteur la société, société qui peut ensuite se retourner contre les dirigeants fautifs.

Il est donc abusif de parler d'irresponsabilité des dirigeants sociaux alors que la sanction est placée sur un autre terrain : interne : responsabilité civile des dirigeants par rapport à la société ou responsabilité pénale.

C. Pour un comportement responsable des dirigeants, des sociétés et des actionnaires

La meilleure protection contre les contentieux demeure la prévention.

C'est le cœur même du débat sur la gouvernance d'entreprise qui a pour objectif d'améliorer la manière dont sont gérées et contrôlées les sociétés cotées et de prévenir certaines fautes de gestion.

C'est donc de la responsabilité des entreprises.

Lorsque l'on regarde ce qui a été fait en matière de gouvernement d'entreprise entre la publication du premier rapport Vienot en 1995 et

celle du rapport consolidé sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées en 2003¹⁰, on mesure le chemin accompli, même si des améliorations restent encore possibles.

Mais c'est aussi de la responsabilité des actionnaires d'être plus présents et actifs lors des assemblées générales.

Il est important de rappeler qu'aux Etats-Unis, les assemblées générales n'ont aucun rôle, ce qui peut expliquer en partie le développement des actions en justice.

Or, en France, les dirigeants répondent en premier lieu de leur gestion devant l'assemblée générale des actionnaires qui a toujours le pouvoir de les révoquer.

L'exemple d'Eurotunnel montre qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école.

Enfin, il faut rappeler qu'actionnaires et associations ne sont pas démunis et qu'ils disposent d'un certain nombre de droits et d'actions au nombre desquels l'expertise de gestion et qu'à défaut de posséder le pourcentage du capital social requis, ils peuvent demander au Ministère public ou à l'Autorité des Marchés Financiers d'intervenir.

Cette procédure offre aux actionnaires minoritaires un moyen de réunir des preuves tout aussi efficace que la procédure de *discovery* et leur permet de faire procéder à des vérifications approfondies.

En conclusion, alors qu'aux Etats-Unis, une réflexion et des réformes sont engagés pour limiter et encadrer les class actions, en raison des abus auxquels elles donnent lieu, sans que les justiciables en tirent aucun bénéfice, il serait irresponsable d'introduire une telle procédure en droit français. Il existe déjà de nombreux outils à la disposition des justiciables. L'amélioration de l'accès à la voie civile et dans le domaine particulier du droit des sociétés, un renforcement des contrôles et de la transparence devraient permettre de mieux répondre aux attentes des justiciables.

Il ne faudrait pas se tromper de débat en utilisant une procédure pour régler des problèmes qui peuvent l'être par d'autres moyens.

10 - Le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, AFEP - MEDEF, Octobre 2003.

L'INTRODUCTION DE LA CLASS ACTION EN DROIT FRANÇAIS : LE POINT DE VUE DES ACTIONNAIRES

Par Colette Neuville

Présidente de l'Association de défense des actionnaires minoritaires

Le Professeur Lecuyer vient d'exprimer mieux que je ne saurais le faire ma propre conclusion sur le véritable objet de la class action. Comme lui, je pense en effet que l'effet, sinon l'objet, de la class-action n'est pas l'indemnisation des plaignants. Il n'est que de comparer les dommages et intérêts qu'ils obtiennent (aux environs de 50 millions de dollars en moyenne nous a-t-on dit ce matin) aux capitalisations boursières pour constater que rapportée aux actions en circulation, l'indemnisation est en moyenne de quelques centimes par action. Et il ne peut en aller autrement. Qui serait en mesure de dédommager à la hauteur de leur préjudice les actionnaires de Vivendi par exemple ? Dans ce cas que je connais bien, le préjudice global est de plusieurs dizaines de milliards d'euros. Il ne peut y avoir de commune mesure entre l'indemnisation et le dommage subi. En revanche, comme l'a dit encore le Professeur Lecuyer, si l'indemnisation est négligeable pour celui qui en reçoit sa quote-part, elle est très lourde à supporter pour celui qui doit en payer la totalité. L'objectif recherché n'est donc pas l'indemnisation mais la mise en cause des responsabilités.

Comment faire pour mettre effectivement en jeu la responsabilité des dirigeants ? On parlait ce matin d'éthique, il y a bien sûr une question d'éthique, mais en plaçant le problème sur ce plan là, on occulte le problème, légal celui-là, de la responsabilité contractuelle. Dans le cadre du mandat qui leur a été confié, les dirigeants et administrateurs ont un certain nombre d'obligations et de devoirs fiduciaires, notamment de diligence et de loyauté dans l'exécution du contrat de société. Aux Etats-Unis, c'est sur le défaut de loyauté, notamment en matière d'information, que se fondent l'immense majorité des class-actions engagées en matière financière. Elles ont un effet préventif contre les excès et les

abus auxquels sont tentés de se livrer certains dirigeants. Elles participent ainsi à l'efficacité du système.

En France, un actionnaire peut exercer l'action sociale en responsabilité et réclamer ainsi réparation d'un dommage portant atteinte à l'intérêt commun. Elle s'inscrit parfaitement dans la logique du contrat de société. Les actions collectives de défense des intérêts individuels sont moins aisées à concilier avec les grands principes de notre droit que sont le respect des libertés individuelles, de la propriété individuelle, de la relativité de l'autorité de la chose jugée, du droit au procès équitable, auxquels nous sommes tous très attachés.

Si on instaure une class action à la française, il faudrait donc tenter de concilier cette procédure avec le respect de ces principes. Ce n'est certainement pas impossible pour peu qu'on ait la volonté de rendre effective la responsabilité de ceux qui décident et de ceux qui informent.

On peut d'ores et déjà remarquer que dans de nombreux cas, il y a coïncidence entre l'intérêt d'une « classe » d'actionnaires et l'intérêt de chacun. C'est le cas des recours exercés dans le cadre du droit boursier. Il s'agit par exemple de recours en annulation contre les décisions de recevabilité ou les visas relatifs à des opérations financières. Les décisions rendues par la Cour d'appel ont une portée générale. Elles s'imposent à tous. La procédure engagée par les demandeurs s'apparente ainsi à une class-action, à ceci près que ce sont les demandeurs qui en supporteront seuls les risques et les frais. Le problème, bien sûr, c'est que l'on encourage ainsi le phénomène du passager clandestin, puisque la plupart des actionnaires concernés restent en retrait, sachant qu'en cas de succès, ils profiteront quand même des résultats obtenus. Sur le plan de l'équité, ce n'est évidemment pas satisfaisant, mais c'est cela ou rien.

Ce type d'actions collectives a d'ailleurs ses limites. Elles ne peuvent fonctionner que dans la mesure où la décision de justice obtenue bénéficie *ipso facto* à l'ensemble des actionnaires concernés. Ce qui n'est pas le cas lorsque l'on veut obtenir réparation d'un préjudice.

Après la parenthèse sur les class actions de droit boursier, je reviens donc au problème de la mise en cause des responsabilités en insistant sur son rôle préventif. Il s'agit de contraindre les mandataires sociaux à prendre en compte les risques qu'ils encourent s'ils ne respectent pas convenablement leurs obligations, notamment en matière de transparence. Mais l'existence d'une class action à la française serait aussi de nature à dissuader les dirigeants et administrateurs de prendre des risques dépassant le domaine de l'erreur de gestion, pour entrer dans celui de la faute de gestion. Il y a évidemment une frontière difficile à définir entre l'erreur et la faute, frontière qui relève de l'expert et du juge.

Section I - Quoiqu'il en soit, en l'état actuel du droit et de la jurisprudence, la mise en cause des responsabilités est quasiment impossible en France

A. Les raisons qui rendent très difficile la mise en cause des responsabilités tiennent d'abord aux conditions à remplir pour obtenir réparation

Comme il a été rappelé ce matin :
Il faut justifier d'un préjudice,
il faut prouver la faute,
il faut établir un lien entre le préjudice et la faute.

De plus, le préjudice doit être direct, ce qui n'est pas souvent le cas pour les actionnaires puisque, la plupart du temps, ce n'est qu'indirectement, au travers de la baisse des cours, qu'ils subissent l'effet d'une faute.

Le préjudice doit aussi être distinct de celui de la société, tout au moins tant que la loi Clément, qui prévoit une réforme sur ce point, n'aura pas été adoptée.

A titre illustratif, je citerai un exemple que je connais bien : celui des actionnaires de la société « Grande Paroisse » après l'explosion de l'usine AZF. Ces actionnaires auraient été irrecevables à engager une action individuelle en responsabilité dans la mesure où leur préjudice ne résultait pas directement de l'explosion, mais seulement indirectement du fait de la chute des cours consécutive à la catastrophe. En revanche, ils avaient la possibilité, qu'ils ont d'ailleurs utilisée, d'agir au nom de la société par une action « sociale » en responsabilité, la fameuse action *ut singuli*. Mais en pareil cas, encore faut-il que les dirigeants de la société en question ne nient pas, comme ils l'ont fait, l'existence d'un préjudice de la société au motif qu'il a été supprimé par une augmentation de capital. Le cas s'était déjà produit dans une affaire qui a défrayé la chronique il y a quelques années : c'était l'affaire « Testut ». Un actionnaire de cette société avait entamé une action *ut singuli* au nom de la société contre les administrateurs qui avaient mené la société au désastre. Une augmentation de capital avait été réalisée à l'initiative de l'actionnaire majoritaire, à laquelle un certain nombre d'autres actionnaires avaient d'ailleurs participé. Le tribunal de première instance et la cour d'appel ont débouté les demandeurs, déclarant l'action *ut singuli* irrecevable au motif que la société n'avait pas de préjudice à faire valoir puisqu'une augmentation de capital avait permis à la société d'échapper à la faillite. Cette décision vient d'être cassée par la Cour de cassation dans un arrêt de la chambre criminelle de janvier dernier qui estime que ce n'est pas parce que le préjudice est réparé qu'il n'existe pas. Cette jurisprudence devrait permettre aux actions *ut singuli* de trouver de nouvelles

applications, nonobstant la résistance de leurs dirigeants. Mieux vaudrait d'ailleurs éviter cette résistance en faisant désigner un administrateur *ad hoc* chargé de défendre l'intérêt de la société dans le cadre de l'action sociale chaque fois que les dirigeants peuvent être empêchés de le faire par des conflits d'intérêts.

B. A ces difficultés relatives à l'établissement du préjudice et à la reconnaissance de la faute, s'en ajoutent d'autres, qui ne sont pas celles habituellement mises en avant

On attribue généralement l'efficacité des class actions au fait que la loi américaine permet la représentation conjointe. C'est oublier que celle-ci existe également dans notre droit sans pour autant générer les actions collectives que l'on en attendait. Le sujet a été abordé ce matin à propos des associations d'actionnaires et d'investisseurs. La question a été posée de savoir pourquoi les possibilités qu'offrent ces associations ne sont-elles pas utilisées ? Tout simplement parce que l'on bute sur deux vrais problèmes : la procédure d'une part, le financement d'autre part.

La procédure tout d'abord. Aux Etats-Unis, les avocats qui engagent une class action, ont de très larges pouvoirs d'investigation pour rechercher les preuves : c'est la fameuse procédure du *discovery*. Il y a, en quelque sorte, une instruction civile, menée par les avocats des demandeurs. En France, cela n'existe pas. Il existe bien un juge de « mise en l'état », mais c'est un parent bien pauvre du juge d'instruction tel qu'il existe en matière pénale. En pratique, il est très difficile d'établir la faute. Beaucoup d'actionnaires se dirigent ainsi vers les juridictions pénales, parce qu'ils y trouvent la possibilité de faire instruire leurs dossiers, de surcroît gratuitement. A cet égard, un des meilleurs moyens de dépenaliser les conflits en droit des affaires serait de faciliter l'instruction civile des dossiers. Je vais vous parler d'un exemple très simple. Un mois avant la chute de Jean-Marie Messier, j'avais introduit une demande auprès du tribunal de commerce de Paris pour obtenir la nomination d'un expert dont la mission aurait été de rechercher dans quelles conditions d'information avait travaillé le conseil d'administration de Vivendi. Il ne s'agissait donc pas de rechercher, encore moins de déterminer des responsabilités. Pourtant, le tribunal n'a pas jugé utile de procéder à la nomination de cet expert. Ce qui m'a conduit immédiatement, ou presque, à répondre positivement aux démarches des avocats américains qui, au même moment, recherchaient des actionnaires en France, pour engager une class action au profit des actionnaires de Vivendi. Il y a un lien de cause à effet, absolument immédiat, entre le refus par le tribunal de commerce de Paris de nommer un expert et le fait que j'ai tout de suite orienté les actionnaires de Vivendi qui me demandaient conseil vers les procédures engagées aux Etats-Unis. Ceci ne signifie pas

que je sois favorable à l'adoption « telle quelle » de la procédure américaine. En revanche, je pense que la multiplication des class actions engagées aux Etats-Unis par des actionnaires français va accélérer la réflexion en la matière. Le colloque d'aujourd'hui en apporte la démonstration. Il faut faire en sorte d'établir un lien effectif entre l'exercice du pouvoir et la responsabilité.

L'autre problème auquel nous nous heurtons, en dehors de celui de la recherche de la preuve, est celui du financement de la procédure. Qui va supporter les frais d'une procédure longue et coûteuse, compte tenu des expertises qu'elle nécessite ? Ce ne peut évidemment pas être des particuliers : Aucun particulier n'est en mesure de supporter de tels coûts. Quant aux organismes de placement collectif, pour toutes sortes de raisons, ils sont généralement réticents à entrer directement en conflit avec les émetteurs. D'autre part ils ont généralement des horizons de gestion moins longs que les délais de procédure ; ils ne sont donc pas intéressés à engager des actions qui, selon toutes probabilités, n'aboutiront pas avant qu'ils aient vendu leurs actions. Restent les associations d'actionnaires et d'investisseurs. Elles ont certes la possibilité d'agir au nom de tous les actionnaires concernés au travers de deux seulement d'entre eux. Mais qui paierait ? Les membres de ces associations ne peuvent se voir contraints de le faire tant qu'ils n'ont pas à être consultés avant que les actions soient engagées. On voit mal dans ces conditions comment un dirigeant d'association pourrait prendre le risque d'engager des frais - à condition qu'il puisse en faire l'avance - sans avoir aucune assurance que l'association sera remboursée à la sortie. Cela ne sert à rien d'assouplir les conditions d'agrément des associations, d'abaisser les seuils d'intervention etc., tant qu'il n'y aura pas de solution pratique au problème du financement des procédures.

Section II - Alors, comment faire ? Faut-il vraiment introduire la « class action » à l'américaine ?

Certainement pas telle quelle en tous les cas.

D'abord, s'il faut certainement organiser et favoriser la représentation de « masses » - c'est à dire de catégories homogènes - il ne faut pas que certains puissent agir au nom des autres sans leur consentement, que ce consentement soit recueilli de manière expresse - comme on l'a vu ce matin pour les syndicats - ou de manière tacite, c'est-à-dire après un avis dans la presse : tous ceux qui n'ont pas fait connaître leur opposition passé un certain délai étant considérés comme d'accord.

Ensuite il faut trouver une solution au problème du financement. Il faut que quelqu'un fasse l'avance des frais, généralement considérables.

Aux Etats-Unis, ce sont les avocats qui le font. Leur intervention se limite ainsi aux cas où ils estiment avoir plus de chance de gagner que de risque de le perdre. Ceux qui font mal leur calcul font faillite. Etant donné les difficultés que l'on rencontre en France pour établir la responsabilité des dirigeants, je ne connais aucun cabinet d'avocats qui prendrait ce risque. Donc, personne ne fera l'avance des frais tant que la jurisprudence n'aura pas changé en matière de responsabilité.

A. La class action à l'américaine pose un autre problème, celui de savoir qui va être condamné à payer.

Il est tout à fait anormal qu'une classe d'actionnaires soit indemniée par une autre classe d'actionnaires, ce qui arrive pourtant lorsque c'est la société qui est poursuivie. A ce moment-là, la class action a pour seul effet de transférer le préjudice des actionnaires qui ont subi un dommage dans le passé sur les actionnaires qui seront là à la fin du litige. Quelle peut être la vertu de ce transfert de préjudice d'une catégorie d'actionnaires à une autre ? Cette procédure ne produit aucun effet dissuasif sur les dirigeants puisqu'ils n'en supportent pas les conséquences. En revanche, elle a un effet préjudiciable sur la communauté des actionnaires et sur la possibilité de la société de faire appel public à l'épargne. Il faudrait donc limiter l'utilisation de ces procédures collectives, ou plutôt de ces plaintes collectives, au cas où le payeur final n'est pas la société elle-même.

Par exemple lorsque la responsabilité du préjudice est imputable à une société extérieure, notamment la société-mère. Ce serait un moyen d'assainir les relations mère/filiales.

Ou encore lorsque le préjudice est imputable à une faute des dirigeants et/ou des administrateurs. A condition toutefois que la jurisprudence évolue en la matière, car de manière presque systématique, la faute d'un dirigeant a été considérée jusqu'à maintenant comme « non détachable de ses fonctions » On entre là dans le domaine du *corporate governance* et de la réflexion sur l'exercice du pouvoir, dont le Professeur Germain a parlé tout à l'heure : Le dirigeant étant désigné par la société, et n'étant, finalement, qu'un organe de la société, c'est la société qui serait indirectement responsable au travers du dirigeant. Je voudrais dire que je ne partage pas ce point de vue. Le dirigeant est responsable de la conduite des affaires, c'est lui qui prend les décisions avec son Conseil d'Administration. Ce qui a fait jusqu'à une époque récente la force et l'efficacité du capitalisme, c'est le risque patrimonial de l'entrepreneur. Il n'est que de comparer les résultats des sociétés familiales aux autres pour s'en convaincre. Des études ont été faites récemment, en particulier par l'UBS (Union des banques Suisses), mais

il y en a d'autres. Il existe chez ODDO un indice des performances des sociétés familiales. On constate qu'elles ont une bien meilleure rentabilité que les autres et qu'elles sont exposées à beaucoup moins de risques, notamment en matière d'endettement. Cela montre – mais était-il besoin de le montrer – que l'on est plus performant et que l'on prend moins de risques avec son propre argent qu'avec celui des autres. Tant qu'il n'y aura aucune sanction patrimoniale à prendre des risques avec l'argent des autres, il ne faudra pas s'étonner de voir se développer des affaires VIVENDI, des affaires ALSTOM, des affaires France TELECOM et autres affaires qui ont fait perdre à l'économie française des centaines de milliards d'Euros, des points de croissance et des milliers d'emplois.

B. Mais donner une responsabilité effective aux dirigeants pose immédiatement le problème de leur assurance

Si leurs primes sont prises en charge par la société – ce qui se passe dans la plupart des cas – l'assuré est déresponsabilisé. Personnellement, je préférerais de beaucoup un dirigeant mieux payé et qui règle lui-même ses primes d'assurance, minorées ou majorées suivant un système de bonus et de malus, comme pour les conducteurs. S'il n'est jamais mis en cause, son assurance ne lui coûterait pas cher. Dans le cas contraire, ses primes seront de plus en plus élevées au point d'absorber l'essentiel de sa rémunération. Il finira par abandonner le métier, ce qu'il aurait dû faire, probablement, depuis le début. Il faut que le système incite, du début jusqu'à la fin, à avoir des comportements efficaces. Il ne s'agit pas d'éthique, il ne s'agit pas de vertu, il s'agit de retrouver l'efficacité du capitalisme qui va disparaître si l'on n'y prend pas garde. A trop exonérer les responsabilités, à trop rechercher des administrateurs indépendants, qui sont indépendants de tout et responsables de rien, on court à la catastrophe. Tout pouvoir doit avoir pour contrepartie la responsabilité. Ceux qui ont le pouvoir de prendre des risques avec l'argent des autres, doivent courir des risques sur leur propre patrimoine. On a parlé, tout à l'heure, de l'abandon spontané des parachutes dorés. C'est bien, mais faut-il pour autant considérer comme vertueux un dirigeant qui a fait perdre des dizaines de milliards d'euros à ses actionnaires au motif qu'il est finalement reparti sans récompense ?

Pour conclure, je dirai que s'il n'est pas souhaitable d'introduire en France la class action telle qu'elle est pratiquée aux Etats-Unis, il est en revanche urgent de lui trouver un substitut satisfaisant aux différentes exigences évoquées ici. Le but n'est pas d'obtenir réparation de dommages qui sont de toutes façons irréparables, étant donné leur ampleur. Il n'est d'ailleurs pas souhaitable que les actionnaires puissent considérer qu'ils sont assurés tous risques. Être actionnaire, c'est être associé et donc courir le risque de l'entreprise. C'est donc accepter l'erreur de

gestion, cela fait partie du risque. Par contre, c'est refuser la tromperie, la déloyauté, ou encore la faute. Un dirigeant ou des administrateurs qui trompent, ou qui ne mettent pas en œuvre les moyens adéquats, doivent être appelés en responsabilité et payer de leur poche. Ce n'est pas possible à obtenir en l'état actuel du droit et de la pratique judiciaire. C'est cela qu'il faut changer sous peine de voir les investisseurs, français comme étrangers, délaisser les valeurs françaises ou n'y investir que pour des temps très limités.

DE L'ACTION CIVILE À L'ACTION SOCIALE DE L'ACTIONNAIRE DANS LES AFFAIRES D'ABUS DE BIENS SOCIAUX

Mikaël Benillouche

*Maître de conférences à l'Université de Picardie,
membre du CEPRISCA*

Existe-t-il d'ores et déjà une class action en droit pénal des sociétés ? La réponse à cette question dépend étroitement de la définition de la notion de class action. Cette dernière permettrait « à une seule personne d'agir en tant que membre d'une « classe » de personnes dont l'intérêt est porté en justice »¹. Dans cette hypothèse, l'existence d'une class action serait interdépendante de la possibilité pour une personne d'agir afin de sauvegarder un intérêt collectif. Or, le droit pénal et la procédure pénale permettent justement aux associés d'exercer des poursuites pour sauvegarder à la fois leur intérêt individuel, éventuellement un intérêt collectif et également l'intérêt général. L'admission et le régime de ces actions liées ou non entre elles selon les cas résultent nécessairement de la nature des infractions concernées. A ce titre, les abus de biens sociaux offrent une illustration intéressante de la tendance du droit positif à développer les actions fondées sur un intérêt collectif.

Ces infractions sont apparues relativement récemment en droit positif. Elles résultent du constat que l'administration des sociétés expose ses dirigeants à des tentations auxquelles ils succombent parfois. Or, longtemps, le recours à des dispositions pénales classiques – à l'instar de l'abus de confiance – se révélait insuffisant². Le législateur a donc dû créer deux infractions complémentaires³ concernant les sociétés par actions⁴ et les sociétés

1 - V. Magnier, L'opportunité d'une class action en droit des sociétés, D. 2004, point de vue, p. 554.

2 - L'article 408 de l'ancien code pénal ne se référait ainsi pas au contrat de société, ce qui le rendait inapplicable aux sociétés.

3 - Ces infractions créées en 1935 ont été reprises en 1966 et figurent aujourd'hui aux articles L. 242-6, 3° et 4° et art. L. 241-3, 4° et 5° du Code de commerce.

4 - L'article L. 242-6, 3° et 4° du Code de commerce dispose :

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375000 euros le fait pour :
3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

4° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. »

à responsabilité limitée⁵, à savoir l'abus des biens ou du crédit de la société ainsi que l'abus des pouvoirs ou des voix⁶.

Face aux difficultés de détection de ces infractions par les autorités publiques, la jurisprudence n'a pas hésité à étendre les possibilités d'agir contre les auteurs de ces abus.

Ainsi, l'interprétation de ces délits par la jurisprudence est relativement large puisque tout acte faisant courir un risque anormal au patrimoine social est constitutif d'un abus de biens sociaux.

En outre, les règles relatives à la prescription facilitent la poursuite des infractions considérées. Etant un délit instantané, l'abus des biens, des pouvoirs, du crédit ou des voix devrait normalement se prescrire à compter du jour de sa commission. Mais, afin d'éviter que l'agent, en dissimulant ses agissements durant le délai de prescription - à savoir trois ans⁷ - ne puisse plus être poursuivi, la jurisprudence a décidé que le point de départ de la prescription devait être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté⁸ - avant de préciser - « dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »⁹, c'est-à-dire lorsque le ministère public ou la partie civile ont la possibilité effective d'agir. Il en résulte une véritable « imprescriptibilité de fait » concernant ce délit¹⁰. Mais, il semble que la Cour de cassation ait récemment cantonné cette jurisprudence en considérant que le délai de prescription devait courir dès qu'une simple « allusion » aux malversations était faite sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail de celles-ci¹¹.

Enfin, il est rapidement apparu que l'extension des possibilités d'agir des associés et actionnaires - pris individuellement ou non - permettait de faciliter la poursuite de délits dont la victime est la personne morale et dont l'auteur est l'un de ses organes. Or, ceux-ci n'ont aucun intérêt ni

5 - L'article L. 241-3, 4° et 5° du Code de commerce dispose :

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375000 euros :

4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

5° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. »

6 - Voir sur ces infractions : E. Joly et C. Joly-Baumgartner, L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique, *Economica*, 2002, 492 p. ; A. Medina, Abus de biens sociaux, prévention - détection - poursuite, Dalloz référence, droit de l'entreprise, 2001, 354 p. ; J.-F. Renucci et M. Cardix, L'abus de biens sociaux, PUF, Collection Que sais-je ?, 1998, 127 p. ; Le Délit d'abus de biens sociaux : actes du colloque organisé par l'Institut de droit économique et des affaires de l'université d'Orléans 30 septembre 1996, 1997, Collection Revue juridique du Centre Ouest, 161 p.

7 - Article 8 alinéa 1er du code de procédure pénale.

8 - Cass. crim., 7 décembre 1967, Bull., n°321.

9 - Cass. crim., 27 juillet 1993, Dr. pénal, 1994, 89.

10 - V. Freyria, Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ?, JCP éd E, 1996, I, 563.

11 - Cass. crim., 13 octobre 1999, Bull., n°219, Dr. pénal, décembre 2000, n° 12 bis p. 12, note Maistre du Chambon, JCP, éd E, 2000, n° 36, p. 1380, note Ohl ; 19 octobre 1999, inédit.

à dénoncer aux autorités leurs propres agissements, ni à exercer l'action civile au bénéfice de la société.

A ce titre, jusqu'à une période récente, l'associé pouvait exercer – cumulativement ou alternativement – deux actions : l'action individuelle et l'action sociale. L'action individuelle de l'associé visait à réparer son préjudice personnel alors que l'action sociale bénéficiait à la société.

La possibilité pour la partie lésée de saisir les juridictions répressives d'une action tendant à la réparation du préjudice subi soit personnellement, soit par la société se justifie par la pratique. En effet, de la sorte, la partie lésée peut remédier à l'inertie du Ministère public en mettant en mouvement l'action publique¹², et faire juger son action civile plus rapidement et à moindres frais que devant la juridiction civile, en profitant du régime pénal des preuves qui lui est plus avantageux¹³. La possibilité pour la partie qui se prétend lésée d'agir en son nom personnel permet également de sauvegarder l'intérêt général puisqu'elle met nécessairement en mouvement l'action publique¹⁴ et permet donc de porter à la connaissance des juridictions des agissements délictueux, de sanctionner leurs auteurs, ce qui contribue à la moralisation du milieu des affaires.

Mais, en vertu de l'article 2 du Code de procédure pénale, l'action civile n'est recevable que si celui qui l'intente a subi un préjudice actuel, personnel et direct¹⁵ en raison de l'infraction.

Le préjudice actuel s'oppose au préjudice éventuel. Alors que le préjudice éventuel dépend d'événements qu'il est impossible de connaître avant leur réalisation, le préjudice actuel existe au moment même de la mise en mouvement de l'action civile. La perte d'une chance sérieuse qui réside dans la disparition de la probabilité d'un événement favorable peut constituer un préjudice actuel, s'il a un caractère certain au jour de la décision. Le préjudice causé par l'infraction doit aussi être personnel. L'action civile n'appartient donc qu'à celui qui a éprouvé du fait de l'infraction, une atteinte personnelle à son intégrité physique, à son patrimoine, à son honneur ou à son affection, le préjudice pouvant être purement moral, voire n'être qu'un préjudice d'agrément. Par contre, l'action de celui qui a participé à la même infraction est déclarée irrecevable, car l'illicéité de l'action lui interdit d'invoquer un préjudice personnel.

Il faut que le préjudice soit direct, c'est-à-dire rattaché à l'infraction par un lien de cause à effet.

12 - Article 1er alinéa 2 du code de procédure pénale.

13 - Ainsi en vertu du principe de la présomption d'innocence, la preuve en matière pénale incombe à la partie poursuivante, voir notamment S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 2000, n°417 et s.

14 - Article 1er alinéa 2 du code de procédure pénale.

15 - Notons que la Cour de cassation admet plus facilement la recevabilité de l'action civile devant une juridiction d'instruction que devant une juridiction de jugement. En effet, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale dont la qualification est suggérée, cass. crim., 23 janvier 1990, Bull., n°43.

En estimant que certaines de ces conditions étaient absentes, la jurisprudence interdit désormais aux associés d'agir en leur nom personnel.

Cette limitation ne risque t'elle pas d'engendrer un relatif désintérêt de ceux-ci sur les agissements délictueux des organes ? Les associés ne s'en remettent-ils pas alors à des associations d'actionnaires et ce, afin de ne pas encourir le risque d'une constitution de partie civile qui ne bénéficierait en cas de succès qu'à la société et pourrait leur faire encourir, en cas d'échec, des sanctions pénales¹⁶ et civiles¹⁷ ?

De la sorte, la class action qui, d'une certaine façon, pouvait résulter de la possibilité pour l'actionnaire de mettre en mouvement l'action publique et donc de défendre l'intérêt général ne se résume t'elle pas désormais en une action collective destinée à sauvegarder les intérêts des actionnaires ?

Ainsi, face au développement et à l'institutionnalisation de l'action sociale (I), répond la limitation voire la négation de toute forme d'action personnelle de la part des personnes concernées par l'infraction (II).

Section I - Le développement significatif de l'action sociale *ut singuli*

Les infractions d'abus de biens sociaux lèsent nécessairement l'intérêt individuel de la société qui en est victime. Bien qu'étant une personne morale, cette dernière peut valablement exercer l'action civile, à condition de réunir les conditions posées à l'article 2 du code de procédure pénale. L'action civile en matière d'abus de biens sociaux est recevable pour tous chefs de dommages découlant des faits objet de la poursuite. La société est en principe directement victime d'un préjudice matériel, elle s'appauvrit au profit du dirigeant. La jurisprudence condamne alors le dirigeant à rembourser les sommes détournées, mais aussi à verser des dommages-intérêts supplémentaires¹⁸. Le préjudice peut également être commercial, en cas d'immobilisation d'un bien par exemple¹⁹. Le dommage peut également être moral et résulter de l'atteinte au crédit et à la réputation de la société²⁰.

Afin de faciliter la réparation de ces dommages, le législateur a ouvert l'action sociale à de nouveaux titulaires (A), tandis que la jurisprudence interprétait largement les conditions posées par les textes (B).

16 - Ainsi, la dénonciation calomnieuse est punie par l'article 226-10 du code pénal d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et de 45 000 euros d'amende.

17 - L'article 91 du code de procédure pénale prévoit la possibilité d'agir pour obtenir des dommages-intérêts.

18 - Cass. crim., 9 octobre 1989, BRDA, décembre 1989, n°23.

19 - Cass. crim., 4 octobre 1993, pourvoi n°92-85.133, Lexis.

20 - CA Colmar, 4 février 1960, JCP 1960, II, 11833.

A. Une action ouverte soumise à des conditions

La société a intérêt à agir pour obtenir la réparation du préjudice qu'elle subit en raison de l'infraction. Or, en principe, seuls les représentants légaux sont autorisés à ester en justice pour le compte de la personne morale. Ils disposent, à ce titre, de l'action *ut universi*.

Les dirigeants peuvent donc exercer l'action sociale. Le pouvoir de représenter la société appartient aux gérants dans les sociétés à responsabilité limitée²¹, les sociétés en commandite par actions²², les sociétés coopératives²³ ; au président du conseil d'administration dans les sociétés anonymes²⁴ ; au président du directoire ou au directeur général unique dans les sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance²⁵.

Après des hésitations jurisprudentielles²⁶, il a été considéré que le directeur général d'une société anonyme pouvait, même en l'absence de délibération spéciale du conseil d'administration, également exercer cette action²⁷. Il en est certainement de même pour les directeurs généraux délégués institués par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques²⁸.

Mais, le délit d'abus de biens sociaux étant commis par le dirigeant de la société, ou son représentant, il est fortement à craindre que celui-ci néglige volontairement d'introduire une action en responsabilité contre lui-même²⁹.

Face à ce problème, la jurisprudence, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, a permis à un ou plusieurs associés d'intenter l'action sociale en responsabilité contre les dirigeants au nom et pour le compte de la société : il s'agit alors de l'action sociale *ut singuli* si l'associé agit seul et de l'action *ut phures* si plusieurs associés agissent ensemble. Ces deux dernières actions n'ont qu'un caractère subsidiaire par rapport à l'action *ut universi*.

La jurisprudence a été consacrée par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, puis par le code civil³⁰. Au sein du code civil, cette disposition figure dans le chapitre « dispositions générales »,

21 - Article L. 223-18 alinéa 5.

22 - Article L. 226-7 al. 1er.

23 - Article 6 de la loi du 10 septembre 1947.

24 - Article L. 225-51 alinéa 1er.

25 - Article L. 225-66, alinéa 1er.

26 - Cass. soc., 7 juillet 1983, Rev. Sociétés, 1984, p. 526, note Bouloc ; Crim., 6 mai 1985, Rev. Sociétés, 1985, p. 851, note Bouloc.

27 - Cass. com., 12 juillet 1993, D. 1993, p. 549, note Merle ; Ass. Plén., 18 nov. 1994, Rev. Sociétés, 1995, p. 296, note Merle.

28 - D. 2001, dernière actualité, p. 1673 ; Petites Aff. 21-25 mai 2001.

29 - Sauf bien évidemment en cas de changement de l'équipe dirigeante.

30 - Article 1843-5 alinéa 1er.

du neuvième titre consacré au contrat de société, applicable à toutes les sociétés. Cette disposition est également prévue à l'article L. 223-22 alinéa 2 du code de commerce qui autorise les associés d'une société à responsabilité limitée à exercer l'action sociale au nom et pour le compte de celle-ci seuls ou en se groupant. Une disposition similaire existe concernant les associés de sociétés par actions³¹.

L'associé qui exerce l'action *ut singuli* doit avoir cette qualité au moment où celle-ci est introduite et conserver cette qualité durant la procédure³². Un associé peut exercer l'action sociale au nom de la société mère devant une juridiction de fond mais uniquement dans l'hypothèse d'un associé d'une société mère détenant sa filiale à cent pour cent³³.

Pour accroître l'efficacité de ces dispositions et les possibilités d'agir, la loi a autorisé les associés et actionnaires à se grouper. Les actionnaires peuvent naturellement constituer une association de défense bénéficiant du régime issu de la loi du 1er juillet 1901. Par ailleurs, c'est pour faire échec à une jurisprudence contraire³⁴, que la loi du 8 août 1994 a introduit dans la loi sur les sociétés commerciales un article 172-1 devenu l'article L. 225-120 du code de commerce qui permet aux associations d'actionnaires d'agir pour la défense de leurs intérêts. Le texte ne concerne que les actionnaires de sociétés inscrites à la cote officielle ou à la cote du second marché d'une bourse de valeurs. Les actionnaires membres de l'association doivent justifier d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenir normalement au moins cinq pour cent des droits de vote³⁵. Cette proportion est réduite lorsque le capital de la société est supérieure à 750 000 euros³⁶. L'association doit avoir communiqué ses statuts à la société et à l'Autorité des marchés financiers³⁷. L'article L. 225-120 vise l'article L. 225-252 qui ne concerne que les actionnaires de sociétés par actions de type classique, ce qui semble exclure les associations d'actionnaires d'autres types de sociétés.

Qu'il agisse seul ou en se groupant, l'action de l'associé n'est alors admise que s'il met en cause la société par l'intermédiaire de ses repré-

31 - Article L. 225-252 du Code de commerce.

32 - Cass. com., 26 janvier 1970, JCP éd G, II, n°16385, note Guyon.

33 - Cass. crim., 13 décembre 2000, Bull. Joly, 1er avril 2001, n°4, p. 386, note Barbieri.

34 - Cass. com., 10 mars 1973, Rev. sociétés, 1974, p. 336, note Sortais.

35 - Avec la limite de l'article L. 225-119.

36 - Aussi, l'article L. 225-120 II prévoit-il :
1° 4 % entre 750 000 euros et jusqu'à 4 500 000 euros ;
2° 3 % entre 4 500 000 euros et 7 500 000 euros ;
3° 2 % entre 7 500 000 euros et 15 000 000 euros ;
4° 1 % au-delà de 15 000 000 euros. »

37 - Cette haute autorité remplace la Commission des opérations de bourse en raison de l'application de la loi du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière.

sentants légaux³⁸. Il suffit d'assigner dans la procédure la société prise en la personne de son représentant légal. Cette obligation, qui s'applique dans le cadre d'une procédure pénale³⁹, ne figure pas dans les dispositions applicables à toutes les sociétés. La mise en cause de la société par l'intermédiaire de ses représentants légaux induit d'assigner ceux-ci en qualité de représentant de la société victime et donc d'être demandeur dans une procédure dans laquelle il est susceptible d'être à titre personnel défendeur, ce qui peut paraître étonnant.

L'action sociale présente donc l'originalité d'avoir de nombreux titulaires, ce qui facilite son exercice. Notons que les associations d'actionnaires peuvent agir même si elles ne représentent qu'une infime partie des droits de vote, ce qui illustre la volonté du législateur d'étendre les possibilités d'action.

B. L'interprétation large des conditions d'exercice de l'action

Les possibilités d'agir sont d'autant plus larges qu'elles ont été étendues par le droit positif qui n'admet pas le consentement de la victime comme fait justificatif de l'infraction et permet d'exercer l'action postérieurement à la disparition de la personne morale.

En effet, l'action sociale peut être menée et ce, même si l'assemblée des associés a voté le quitus ou si cette dernière a renoncé à toute action. En effet, pour faire échec à cette action, en pratique, étaient parfois insérées dans les statuts des clauses subordonnant l'exercice de l'action à une autorisation de l'assemblée générale ou encore déclarant que l'action ne pouvait plus être exercée après l'approbation annuelle des comptes par l'assemblée générale.

Désormais, est réputée non écrite toute clause des statuts comportant par avance renonciation à l'exercice d'action en responsabilité contre le dirigeant. Cette règle a été introduite à l'article 1843-5 du code civil par la loi du 5 janvier 1988. Elle se retrouve concernant les sociétés à responsabilité limitée⁴⁰ et les sociétés par actions⁴¹.

En outre, l'action sociale demeure possible en cas de procédure de redressement et de liquidation judiciaire. Ainsi, il est prévu, afin de faciliter l'exercice de l'action sociale, que durant la période d'observation, le pouvoir de se constituer partie civile au nom et pour le compte de la société appartient au débiteur ou à l'administrateur selon la mission qui

38 - Articles 46 et 200 du décret du 23 mars 1967 relatifs aux sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ; cass. crim., 19 octobre 1978, D., 1979, p. 153, note J.C.

39 - Cass. crim., 19 octobre 1978, D., 1979, p. 153, note J.C.

40 - Article L. 223-22.

41 - Article L. 225-253.

lui a été confiée⁴². Notons également que la société soumise à une procédure de liquidation judiciaire conserve le droit de se constituer partie civile au procès pénal dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un délit dont elle est victime si elle limite son action à la poursuite de l'action publique sans solliciter de réparation civile⁴³. L'action est alors exercée en son nom par le liquidateur⁴⁴ et ce, jusque la clôture des opérations de liquidation.

L'action sociale demeure également possible en cas d'absorption puisque la jurisprudence considère que si la société victime a été absorbée, l'action civile peut être exercée par la société absorbante⁴⁵.

Mais, classiquement, l'action ne peut être exercée que durant un certain délai.

En raison du principe de l'indépendance des prescriptions existant depuis la loi du 23 décembre 1980, la prescription de l'action sociale est régie par les règles relatives aux sociétés commerciales. Ce délai est, selon les articles L. 223-23 et L. 225-254 du code de commerce pour les sociétés à responsabilité et les sociétés par actions, de trois ans à compter du fait dommageable ou, si le délit a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, il convient de constater que ni les dirigeants de fait, ni le président du conseil d'administration, ni le directeur général ne sont visés par ces textes. Les concernant ce sont donc les règles de droit commun qui s'appliquent. Les délais sont alors plus longs, ce qui facilite d'autant l'exercice de l'action.

Le droit positif admet donc largement la possibilité d'agir au nom et pour le compte de la société, donc dans l'intérêt collectif, mais dans le même temps, ces dispositions ne permettent pas de sauvegarder cumulativement l'intérêt personnel de ceux qui agissent.

Section II - Les limitations à l'action personnelle

L'action sociale tend à reconstituer le fonds social, elle intéresse la collectivité des associés alors que l'action individuelle tend à la réparation du préjudice subi individuellement et personnellement par un associé ou par tous les associés. L'action civile en mettant en mouvement l'action publique permettait donc, de façon incidente, de poursuivre pénalement les auteurs des abus. La jurisprudence avait fini par admettre l'action civile des associés afin de faciliter la poursuite de ces

42 - Article L. 621-23.

43 - Article 152 de la loi du 25 janvier 1985.

44 - Article L. 237-24 al. 1er.

45 - Cass. crim., 25 mai 1987, Bull., n°215.

infractions, mais la Cour de cassation est finalement revenue sur cette position (A). Désormais, l'action individuelle des associés agissant individuellement est donc rejetée de même que celle des autres partenaires de la société : créanciers et salariés (B).

A. De l'admission au rejet du droit d'agir des associés

Initialement, certaines décisions avaient rejeté l'action individuelle de l'associé en considérant que son préjudice était indirect. Le préjudice subi par l'associé était alors considéré essentiellement comme la conséquence de celui subi par la société⁴⁶.

Mais l'admission de cette action permettait la mise à jour de faits délictueux. C'est peut-être ce qui explique l'évolution jurisprudentielle subséquente qui a conduit à considérer l'action des associés recevable⁴⁷. Le préjudice subi serait direct en ce que la société est un contrat par lequel les associés décident de partager les bénéfices. En conséquence, tout ce qui affecte cette répartition lèse directement l'actionnaire.

Le préjudice de l'associé ne se confond pas avec celui subi par la société du fait des mêmes agissements frauduleux. Le montant du préjudice est souverainement apprécié par les juges du fond⁴⁸. En général, le préjudice invoqué est la privation de bénéfices ainsi que la dépréciation de la valeur des titres consécutive à la diminution de l'actif social⁴⁹. Il peut aussi consister en la diminution de la valeur des parts sociales due à la perte de chance pour la société de voir se réaliser une opération essentielle⁵⁰. La preuve de ce préjudice est délicate et ne serait résulter que d'une expertise. Le préjudice moral subi peut être réparé et résulte du discrédit, de l'atteinte à l'image de marque, du risque de perte couru par l'actif social⁵¹.

La jurisprudence allait se développer pour admettre de plus en plus facilement l'action individuelle des associés. A ce titre, la Cour de cassation a considéré que l'immunité familiale ne concernait pas les délits d'abus de biens à l'inverse de l'abus de confiance et ce, malgré la parenté de ces infractions⁵². Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire avait été jugée sans influence sur l'action⁵³. De plus, il n'était pas

46 - Cass. crim., 12 février 1959, Bull., n°103.

47 - Cass. crim., 10 octobre 1963, Bull., n°280 ; 23 avril 1964, Bull., n°127 ; 6 janvier 1970, Bull., n°22 ; 11 janvier 1996, Bull., n°16 ; 19 octobre 1978, Rev. Sociétés, 1979, p. 872, note Bouloc.

48 - Cass. crim., 19 octobre 1978, D. 1979, p. 153, note J.C.

49 - Cass. crim., 23 avril, 1964, Bull., n°127.

50 - Cass. crim., 19 octobre 1978, Rev. Sociétés, 1979, p. 872.

51 - Cass. crim. 6 octobre 1980, Rev. Sociétés, 1981, p. 133, note Bouloc.

52 - Cass. crim., 26 mai 1994, Bull., n°26.

53 - Cass. crim., 25 novembre 1975, Bull., n° 257.

nécessaire d'avoir été détenteur des titres au moment des faits frauduleux⁵⁴. En outre, la constitution de partie civile des associés de la société absorbante pour le préjudice subi individuellement du fait des agissements délictueux commis par les dirigeants de la société absorbée a été admise en cas de fusion⁵⁵. Plus encore, la constitution de partie civile, devant un juge d'instruction, d'un associé minoritaire de la société mère pour un abus commis dans une filiale, a même été admise⁵⁶ avant que la Chambre criminelle ne revienne sur sa position⁵⁷.

Nonobstant les avantages évident que cette solution présentait, la jurisprudence n'accueille désormais plus l'action des associés en leur nom personnel⁵⁸. Ainsi, la Cour de cassation considère désormais que la dépréciation des titres ne constitue pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même.

Le refus jurisprudentiel rend désormais impossible l'action civile des associés. Or, celle-ci contribuait à la détection et à la punition, au bénéfice de tous, des agissements délictueux commis par les dirigeants, dans la mesure où l'exercice de l'action civile met nécessairement en mouvement l'action publique⁵⁹. Les associés ne peuvent donc désormais agir que par la voie d'action *ut singuli* au nom de la société et concurremment avec elle⁶⁰, ce qui signifie que seule une action bénéficiant uniquement à la collectivité des associés, c'est-à-dire à la société, est admise. Pourtant, certaines personnes intéressées en demeurent écartées.

B. La négation constante des actions des personnes intéressées

Comme nous l'avons déjà vu, l'action civile appartient à la partie lésée, c'est-à-dire à celle qui a « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction »⁶¹. Ce dommage fait naître dans son patrimoine une créance en réparation. Cette créance, ayant une valeur pécuniaire, lui appartient comme tout autre bien. La partie lésée peut donc renoncer à son action ou encore transiger avec son adversaire.

Il résulte encore du caractère patrimonial de l'action civile, qu'elle devrait pouvoir être exercée par les créanciers de la victime. En vertu de l'article 1166 Code civil, les créanciers peuvent exercer les droits et

54 - Cass. crim., 27 novembre 1978, D., 1979, p. 1213, note J.C.

55 - Cass. crim., 2 avril 1998, BRDA, 1998/9, p. 4.

56 - Cass. crim., 6 février 1996, Bull. Joly, 1996, p. 412, obs. Barbiéri.

57 - Cass. crim., 4 avril 2001, Dr. Pénal, 2001, n°102.

58 - Cass. crim., 13 décembre 2000, Bull., n°373.

59 - Article 1er alinéa 2 du code de procédure pénale.

60 - Cass. crim., 12 décembre 2000, Bull., n°372.

61 - Article 2 alinéa 1er du code de procédure pénale.

actions de leur débiteur et donc faire intégrer l'indemnité versée dans son patrimoine. Mais la jurisprudence décide que leur action ne peut être portée que devant la juridiction civile.

Toutefois, dans le cadre de l'abus de biens sociaux et depuis un arrêt du 16 janvier 1964, la Cour de cassation déclare irrecevable la constitution de partie civile des créanciers sociaux⁶². Ainsi, les créanciers de la société ne peuvent souffrir à raison de cette infraction que d'un préjudice personnel qui serait indirect⁶³. Cette position est critiquée par certains praticiens⁶⁴. De même, l'action du syndic n'est recevable dans la mesure où il agit en qualité de représentant de la société⁶⁵.

Or, il est contradictoire d'affirmer comme le fait la Cour de cassation que le délit d'abus de biens sociaux porte atteinte aux intérêts des tiers qui contractent avec la société⁶⁶ tout en refusant la constitution de partie civile des créanciers.

En outre la Cour de cassation rejette l'action civile des salariés⁶⁷ et de leurs syndicats⁶⁸. Cette position a été confirmée récemment par une décision de la Chambre criminelle en date du 28 janvier 2004⁶⁹. La Haute juridiction a cassé la décision d'une Cour d'appel ayant alloué des dommages-intérêts à des salariés et à une section syndicale de la société, en réparation du préjudice causé par les abus de biens sociaux commis par le dirigeant de cette société. En effet, selon la cour d'appel, les primes attribuées aux salariés au titre de la réserve spéciale de participation évoluant de manière linéaire et croissante avec le bénéfice net de l'entreprise, les abus de biens sociaux ont eu directement pour effet d'en diminuer le montant.

Mais selon la Cour de cassation, la diminution du montant des primes perçues par les salariés n'est qu'une conséquence indirecte des abus de biens sociaux.

Ainsi, si l'action collective exercée au nom de la société est admise aisément, il en va différemment des actions individuelles susceptibles d'être exercées par les principaux intéressés : associés, salariés et créanciers.... Or, l'admission de leur action personnelle permettait, outre la

62 - D., 1964, p. 194, note J. M.

63 - Cass. crim., 24 avril 1971, Rev. Sociétés, 1971, p. 608 ; 12 oct. 1995, Bull., n°305. La solution est identique pour les commissaires aux comptes, pour des cautions, pour un comité d'entreprise, ou pour les tiers en général, crim. 27 juin 1995, Bull., n°236.

64 - A. Medina, Abus de biens sociaux, prévention - détection - poursuite, *op. cit.*, n°8.236 et s.

65 - Cass. crim., 6 mars 1974, Bull., n°94.

66 - Cass. crim., 26 mai 1994, Rev. Sociétés, 1994, p. 774, obs. Bouloc.

67 - Cass. crim., 7 mars 2000, pourvoi n°99-81.011.

68 - Cass. crim., 11 mai 1999, pourvoi n°97-84.232.

69 - Inédit.

réparation de leur préjudice personnel, de les inciter à agir pour obtenir la cessation d'agissements délictueux. En effet, ils ne sont qu'indirectement intéressés dans la réparation du préjudice subi par la société et peuvent considérer qu'il est préférable de laisser à autrui le soin d'exercer l'action sociale. Mais, les dernières réformes en permettant aux associés de se grouper pour exercer l'action sociale présentent de nombreux avantages en ce que le groupement agit alors pour l'intérêt social, ce qui dépasse largement le cadre des membres le composant et concerne tout autant les associés qui n'en font pas partie que les salariés ou les créanciers qui sont susceptibles de bénéficier de cette action. De la sorte, le rejet de l'action personnelle des associés a pour effet de renforcer l'action sociale, seule action susceptible d'être exercée par eux, de sorte qu'il est possible de confirmer l'existence d'une véritable class action des associés qui, dans l'immédiat, demeure encore quelque peu limitée par la nécessité de mise en cause de la société par l'intermédiaire de ses représentants légaux mais qui se développe sous la double influence de réformes ponctuelles et d'interprétations hardies des juridictions.

En outre, si seule l'action sociale est possible, le cantonnement de la possibilité d'agir aux seuls associés par exclusion des autres personnes intéressées a pour effet d'exclure des personnes directement concernées par la gestion de l'entreprise. L'ouverture de l'action aux salariés paraît donc souhaitable dans la mesure où la communauté constituée de la masse salariale est de plus en plus intéressée à la santé économique de la société⁷⁰, l'ouverture aux créanciers se justifie moins dans la mesure où leur préjudice n'est qu'indirect et le risque serait alors grand de voir l'administration de la société perturbée par des actions inutiles voire abusives⁷¹.

70 - En effet, non seulement les salariés voient leur situation personnelle dépendre étroitement de la gestion de l'entreprise, mais certains fonds et notamment le fonds de réserve spéciale est directement indexé sur les résultats de celle-ci.

71 - Cette ouverture pourrait résider en une réforme de l'article 1843-5 du code civil qui permettrait aux associés et aux salariés d'agir individuellement ou en groupant au nom et pour le compte de la société. Cette disposition générale s'appliquerait aux différentes sociétés concernées.

BREFS PROPOS SUR LES ACTIONS EN JUSTICE EN DROIT DU TRAVAIL

Hélène Tissandier

*Maître de conférences à l'IUT d'Amiens - Université de Picardie Jules Verne,
membre du CEPRISCA*

« Nul ne plaide par procureur »¹ : cette maxime, que beaucoup invoquent pour s'opposer à toute action de groupe² en droit français, n'est plus, depuis longtemps, un obstacle à l'action en justice des syndicats professionnels. Faut-il pour autant conclure que le droit du travail pourrait être un terrain d'expérimentation propice à l'introduction d'une action de groupe ? On peut craindre que l'action collective, telle qu'elle y est développée, s'oppose à toute institution d'une nouvelle action en justice. C'est principalement en droit de la consommation que la réflexion sur l'utilité d'une action de groupe a progressé. Cela peut s'expliquer par la difficulté qu'ont les associations à agir en justice pour défendre les intérêts des consommateurs alors même que, placés dans une situation de faiblesse et éparpillés, ceux-ci peuvent avoir besoin d'un « agent public » assurant la défense de leurs intérêts, notamment en cas de préjudice collectif. Si le droit français a fait en cette discipline place à un embryon d'action de groupe avec l'action en représentation conjointe³, celle-ci demeure très peu utilisée. Si c'est la situation du consommateur, profane par hypothèse et non organisé face au professionnel qui justifie que l'on évoque l'opportunité d'une action de groupe en droit de la consommation, un parallèle peut être fait avec le droit du travail, souvent encore considéré comme permettant de rétablir une égalité des armes entre travailleurs subordonnés et employeurs.

En France, la défense des intérêts des salariés est traditionnellement assurée par les syndicats professionnels qui disposent de deux actions distinctes : l'action en substitution d'un intérêt individuel et l'action dans l'intérêt collectif de la profession. Ces actions ont *a priori* peu à voir avec la class action - sauf en ce qu'elles assurent un meilleur accès à la justice

1 - F. Caballero, Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe, R.T.D. civ. 1985, p. 247 et s. ; H. P. Glenn, A propos de la maxime "Nul ne plaide par procureur", R.T.D.civ. 1988, p. 59 ; J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, 27^{ème} éd., Précis Dalloz, n° 502, p. 463 et s., pour qui cette maxime n'impose qu'une condition de forme : l'exigence du nom du représenté conventionnel dans la procédure.

2 - Sur l'action de groupe : L. Boré, La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, LGDJ, Bibl. de droit privé, 1997, p. 357 et s. ; S. Guinchard, L'action de groupe en procédure civile française, RIDC 1990, p. 599 ; J. Ribs, L. Boré, S. Landers, M. Delhomme, J. Calais-Auloy, S. Bonifassi, Pour mieux réparer les préjudices collectifs : une class action à la française ?, Gaz. Pal. sept.-oct. 2001, p. 1469 et s. ; F. Caballero, art. cit.

3 - C. cons., art. L. 422-1.

et permettent une expression collective. Mais il apparaît tout à fait pertinent de les étudier pour déterminer si elles peuvent porter en germe une évolution vers l'action de groupe⁴.

Une étude plus approfondie permettra de mettre en évidence leur rôle et l'évolution de leur acception afin de les comparer à l'action de groupe⁵ (I). S'il s'avère que ces actions, bien qu'offrant des analogies avec l'action de groupe, en diffèrent cependant profondément, il pourra être utile de s'interroger sur la pertinence d'une évolution du droit procesuel. Le droit du travail pourrait alors être un terrain favorable... Mais une nouvelle procédure, similaire à celle mise en oeuvre aux Etats-Unis⁶ ou au Québec⁷ serait-elle réellement souhaitable (II) ?

Section I – L'action en justice des syndicats professionnels⁸

Les syndicats ont pour mission l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts⁹. Ils ont le droit d'ester et justice et « ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent »¹⁰. Leur mission première est de pallier au plan collectif la faiblesse individuelle inhérente à la subordination des salariés. La loi leur a donc conféré des possibilités d'action en justice exorbitantes du droit commun¹¹. Si l'on s'interroge sur l'opportunité d'introduire une action de groupe en droit du travail, il convient dans un premier temps d'exposer les deux actions syndicales en justice pour éclairer leur origine et par conséquent comprendre leur fonction. Le syndicat se voit accorder par la loi deux possibilités d'action : la défense de l'intérêt collectif de la profession (A) et celle d'un intérêt individuel à travers les actions de substitution (B).

A. La défense de l'intérêt collectif de la profession¹²

La loi du 21 mars 1884 créant la catégorie juridique du syndicat

4 - Sur cette problématique, voir l'étude très riche de P-Y. Verkindt, cette publication.

5 - Il ne s'agira donc aucunement d'exposer de manière détaillée ces deux actions.

6 - J. H. Shenefield et J. Gordon Cooney Jr., *Class actions in the United states*, R.A.E. 1994, n°4, p. 112 et s.

7 - P.C. Lafond, *Le recours collectif québécois : entre la commodité procédurale et la justice sociale*, REDC 1999, p. 215.

8 - J-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, *Traité de droit du travail*, sous la dir. de G. H. Camerlynck, Dalloz, T. 5, 2ème éd., vol. II, p. 435 et s. ; J. Pellissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 21ème éd., Précis Dalloz, p. 663 et s.

9 - C. trav., art. L. 411-1.

10 - C. trav., art. L. 411-11

11 - J. Pellissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *op. cit.*, p. 661.

12 - Sur cette question, v. H. Nasom-Tissandier, *Réflexion sur la notion juridique de profession*, Th. Paris X - Nanterre, 1999, p. 36 et s.

professionnel¹³ n'accordait nullement à celui-ci la capacité d'agir en justice dans l'intérêt collectif de la profession. Cette reconnaissance fut le fait des juges avant d'être celui du législateur, et elle fut progressive tant elle révolutionnait les principes de l'époque (1). Mais, alors qu'elle est aujourd'hui pleinement admise, on peut s'interroger sur le sens à attribuer à l'intérêt collectif de la profession, en particulier quant au préjudice invoqué par le syndicat professionnel (2).

1. La reconnaissance de l'intérêt collectif de la profession

L'existence d'un intérêt collectif était niée par le droit depuis 1789. L'intérêt se rapporte alors à une idée particulière de l'Etat, représentant de l'intérêt général qui agrège les intérêts particuliers des individus. La reconnaissance de l'intérêt collectif de la profession permit à la fois d'admettre une catégorie d'intérêt intermédiaire¹⁴ entre l'intérêt général et l'intérêt individuel et de faire émerger un ordre collectif professionnel.

Lorsqu'elle crée le syndicat professionnel, la loi du 21 mars 1884 ne lui reconnaît pas le pouvoir d'ester en justice, sauf pour défendre un intérêt qui lui est propre. Néanmoins, dès 1913, l'existence d'une communauté, la profession, dont les membres ont des intérêts communs, ne semble guère mise en doute¹⁵. Il était aisé d'affirmer que le syndicat représentait des intérêts professionnels : il le fut moins de lui reconnaître un rôle de défense de l'intérêt collectif de la profession. En principe, la loi ne permettait pas de voir en lui un représentant d'une communauté professionnelle.

En 1893, la Cour de cassation rejeta l'action d'un syndicat ouvrier en relevant que « les membres de la chambre syndicale (...) ont pu intervenir pour faire, au nom des ouvriers syndiqués, la convention du 14 septembre 1885 » ; elle en déduisit que, si le syndicat est apte à conclure une convention collective au nom de ses adhérents, c'est à eux qu'il revient de poursuivre l'action. Le problème était tout à fait nouveau : concevoir deux niveaux d'intervention en justice pour les mêmes faits. Pour de nombreux juristes de l'époque, le syndicat devait se cantonner aux actions le concernant directement, la somme des actions individuelles des adhérents épuisant l'intérêt des syndicats à agir. Cependant, la loi assignait pour objet aux syndicats la « défense des intérêts économiques,

13 - F. Soubiran-Paillet, *Formes juridiques concurrentes et catégorisation : la création du syndicat français de 1884*, Genèses, juin 1997, p. 30.

14 - L'intérêt collectif est « l'intérêt qui n'est pas propre à un individu ou à plusieurs individus isolés mais concerne un groupe en tant que tel » selon J.-M. Verdier, note sous Cass. crim. 7 oct. 1959, D. 1960. 294 ; L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français (Réflexions sur la collectivisation du droit)*, Th. Nice, 1979.

15 - Sur ce point, v. S. Nadal, *La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective*, Th. Université Paris X - Nanterre, 1996, p. 132. ; H. Nasom-Tissandier, *op. cit.*, p. 45 et s. ; R. Jaussaud et P. Durand, *Traité de droit du travail*, T. 1, Dalloz, 1947, p. 394 : « Au sens le plus large, la profession est la communauté résultant de l'exercice habituel d'un travail (...), la profession engendre ainsi entre ses membres une communauté qu'organise le droit du travail ».

industriels, commerciaux ou agricoles ». Si les juges n'avaient pas admis l'existence de la profession en tant qu'entité abstraite ayant un intérêt propre à défendre dont le syndicat aurait eu la charge, c'eût été considérer que la Loi le Chapelier n'avait pas été abrogée ! L'intérêt collectif de la profession ne peut se réduire à la somme des intérêts de ses membres.

Aussi la Cour de cassation commença par admettre assez largement l'action en défense des intérêts professionnels, en exigeant d'abord que l'intérêt soit commun au plus grand nombre des membres de la profession, puis en admettant une action collective « supérieure » à celle des membres de la profession – « universalité », « collectivité », « intérêts général de la profession distinct de celui de ses membres ». Une partie de la doctrine s'opposa fermement à cette évolution, dénonçant notamment la violation de la maxime « nul ne plaide par procureur »¹⁶, déjà... Par ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation opposa une longue résistance à cette évolution, subordonnant l'action civile à l'existence d'un préjudice personnel et direct. L'arrêt des Chambres réunies du 5 avril 1913 mit un terme à toute divergence entre les chambres : « l'action civile n'a pas pour objet de donner satisfaction aux intérêts individuels d'un ou plusieurs de ses membres, mais bien d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat dont la personnalité juridique est distincte de la personne de chacun de ceux qui le composent »¹⁷. Cette solution a été entérinée par la loi du 12 mars 1920 -aujourd'hui L. 411-11C. trav..

La reconnaissance de l'action en justice dans l'intérêt collectif de la profession marquait un tournant pour les syndicats professionnels, justifiant leur long combat judiciaire en ce sens. Désormais, la loi fait place à une communauté professionnelle qui, si elle n'est pas personnifiée, a un intérêt propre dont le syndicat a la charge. Désormais, celui-ci peut prétendre agir au nom d'une collectivité plus vaste que celle de ses adhérents. Au regard de l'action de groupe, on retiendra que dès ses débuts, le syndicat a eu pour objectif de conquérir cet espace d'action que la loi lui avait tout d'abord refusé. Pour cela, il fallait que le syndicat soit considéré comme le défenseur d'un intérêt qui ne pouvait se résumer à la somme de celui de ses membres. Or, si l'on considère l'action de groupe, c'est un retour en arrière qu'elle impose : permettre une action agrégeant des intérêts individuels sans les dépasser. Dans l'action de groupe, aucun intérêt collectif n'est en jeu. Cette action ne peut être

16 - M. Planiol, note sous CA Amiens, 13 mars 1895, D. 1895, 2, 553, qui ne reconnaît aux syndicats que le droit d'ester en justice pour défendre les intérêts qui lui sont propres, ou des intérêts généraux de la profession que les particuliers peuvent difficilement appréhender (par exemple solliciter des pouvoirs publics des lois douanières).

17 - Ch. réun., 5 avril 1913, Sirey 1920, I, 49, note Mestre.

qualifiée de collective¹⁸. Si elle est dans l'intérêt du groupe, ce n'est pas dans le but de consacrer juridiquement l'existence de celui-ci, qui n'a de vie que pour la durée du litige. La conquête de l'espace professionnel a donc, dès l'origine du syndicalisme, masqué le besoin d'une action de groupe.

2. L'intérêt défendu

Le droit d'action des syndicats est original en ce qu'il est à la fois collectif et limité à un groupe professionnel¹⁹. L'action syndicale peut se trouver en concurrence avec d'autres actions fondées sur des intérêts particuliers, individuels ou collectifs. Cependant, la jurisprudence réfute l'intérêt du syndicat à agir lorsque ne sont lésés que des intérêts purement individuels. Le critère de l'intérêt collectif de la profession semble être en définitive dans la portée générale ou de principe de la question soumise au juge²⁰. L'intérêt collectif de la profession ne peut être conçu plus largement, l'aspect « collectif » du litige l'emportant. Dans le même temps, une action syndicale pour la défense d'intérêts purement individuels paraît encore moins plausible, même si l'on ne doit pas oublier que l'action collective peut se superposer à l'action individuelle puisque l'intérêt collectif peut être atteint à travers la lésion d'un intérêt individuel. L'intérêt de la profession est lésé ou susceptible de l'être chaque fois que la solution est susceptible d'avoir des répercussions dépassant l'individu en cause. Le préjudice invoqué est cependant le plus souvent moral. Il s'agira alors d'un « principe de préjudice »²¹, l'action ayant une finalité autant préventive que réparatrice. Une condamnation symbolique est fréquente. Pour autant la nécessité d'une protection des intérêts individuels de certaines catégories de salariés, agissant peu en justice en raison de leur situation fragile, apparut au législateur qui consacra des actions de substitution²².

B. Les actions de substitution²³

En principe, nul ne peut, sans mandat exprès, exercer une action en justice au nom et pour le compte d'une autre personne – « Nul en France

18 - Du moins si l'on retient la même acception de l'action collective que L. Boré, art. cit., cette revue : « l'ensemble des actions que les groupements peuvent exercer dans un intérêt collectif ».

19 - Le syndicat est « assigné à résidence professionnelle » par la loi du 21 mars 1884, v. H. Nasom-Tissandier, *op. cit.*, p. 91 et s.

20 - J.-M. Verdier, *op. cit.*, p. 423 et 424; en ce sens, v. not. Soc. 5 oct. 1994, Bull. civ.V, n°260; RJS 11/94 n°1282, p. 770; D. 1995, som. com. p. 373, obs. J. Frossard.

21 - J.-M. Verdier, *op. cit.*, p. 425 et 425.

22 - Sans qu'il y ait d'ailleurs de revendication syndicale en ce sens, ce qui conduisit un auteur à qualifier cette initiative de « cadeau empoisonné ». M. Cohen, Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats, Dr. soc. 1990, p. 790.

23 - A. Supiot, Les juridictions du travail, Traité de droit du travail, sous la dir. de G.H. Camerlynck, Dalloz, T. 9, 1987, n°523 et s.; J. Pellissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *op. cit.*, p. 664 et s.; M. Cohen, Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats, Dr. soc. 1990, p. 790; M.-L. Dufresne-Castet, Actualité des actions de substitution et des actions collectives, Dr. ouvr. 2004, p. 122; E. Jeuland, L'action de substitution des syndicats à la place des salariés, sous cass. soc. 1er févr. 2000, JCP 2001, II, 10541 ou JCP éd. E. 3 janvier 2001, p. 35; F. Petit, L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur, Dr. soc. 2004, p. 262; H. Peschaud, Le droit de substitution et les garanties des salariés, Dr. ouvr. 2000, p. 478.

ne plaide par procureur ». Le syndicat ne devrait donc pas pouvoir se substituer à un salarié pour agir en justice. Mais le législateur a, à de multiples reprises, apporté des exceptions à ce principe au profit des syndicats. De nouveau, on s'interrogera sur l'origine de cette action, puis sur sa nature.

1. Une « action individuelle exercée syndicalement »²⁴

Malgré les souhaits en sens contraire de certains auteurs, les actions de substitution n'ont jamais été généralisées²⁵. Elles permettent de compenser la faiblesse de certaines catégories de travailleurs face à leur employeur (salariés précaires, cas de harcèlement...) ou de prendre en compte la dimension collective inhérente au litige (licenciement économique, exécution d'une convention collective).

La première action de substitution est ancienne, créée par la loi du 25 mars 1919 -aujourd'hui L. 135-4 C. trav.- pour faciliter l'action en exécution de la convention collective et pallier l'absence d'action de salariés craignant des « repréailles » à la suite d'une telle initiative. En 1957, la loi prévoit la même action au profit des travailleurs à domicile. Par la suite, cette formule se multiplia²⁶, les conditions de son exercice variant néanmoins selon le texte applicable²⁷. Selon les hypothèses, le syndicat peut se substituer à l'action d'un adhérent ou à celle d'un salarié même non adhérent. A l'exception notable de L. 135-4 C. trav. et L. 721-19 C. trav., la représentativité est le plus souvent exigée.

Le rapprochement avec l'action de groupe est alors plus évident²⁸, puisqu'un intérêt individuel est en cause, particulièrement si l'on s'intéresse aux conditions d'exercice de l'action. En effet, dans certains cas, le syndicat peut ester en justice sans avoir obtenu de mandat exprès de l'intéressé, à condition cependant de l'en avoir informé. Le silence vaut acceptation. Il suffit donc que le salarié ne se soit pas opposé à cette initiative, dans un certain délai²⁹. Cette solution a été imposée par le Conseil constitutionnel dans une décision rendue le 25 juillet 1989³⁰ et peut sans difficulté être étendue à toutes les actions de substitution.

24 - Conseil. constit. 25 juillet 1989, Dr. soc. 1989, p. 627.

25 - E. Wagner, Le rôle des syndicats et des associations dans la défense des droits et l'accès à la justice des salariés, Dr. ouvr. 1990, p. 291 ; J. Pellissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *op. cit.*, p. 666 évoquant une généralisation, au moins dans les entreprises où n'existe aucune représentation syndicale.

26 - V. L. 721-19, L. 135-4, L. 341-6-2, L. 124-20, L. 122-3-16, L. 123-6, L. 125-3-1, L. 122-45-1, L. 122-53, L. 321-15 C. trav.

27 - Sur l'autonomie de cette action, v. F. Petit, préc.

28 - En ce sens, L. Boré, *op. cit.*, p. 398 ; du même auteur, L'action collective en droit français, cette publication.

29 - Ce qui permet à F. Petit d'affirmer très justement que les actions de substitution sont « loin d'apparaître comme attentatoires à la liberté personnelle des salariés », car « leur déclenchement est soumis à une procédure qui laisse peu de place à l'ignorance de l'individu concerné, lequel peut intervenir à l'instance à tout moment, pour préciser l'objet de la demande, voire mettre un terme à l'instance ; dans les matières mettant en cause l'intimité du salarié, son consentement est, de toute façon, expressément requis », art. cit. p. 271.

30 - Conseil constit. 25 juil. 1989, AJDA 1989. 796, note F. Benoit-Rohmer.

Elle intéresse particulièrement l'action de groupe puisque, à condition que les limites posées soient respectées, elle permet d'envisager une forme de class action³¹.

Le législateur, le Conseil constitutionnel et les juges judiciaires ont tour à tour posé et précisé les conditions de l'action de substitution³². Si un mandat n'est pas exigé, le salarié doit avoir été averti de l'action et ne pas avoir déclaré s'y opposer ; il peut toujours intervenir à l'instance. En général, une forme doit être respectée pour l'information du salarié (écrit simple, lettre recommandée avec avis de réception ou accord écrit de l'intéressé). Un délai de quinze jours est prévu pour laisser aux salariés précaires ou victimes de marchandage, de discrimination sexiste ou de harcèlement sexuel le temps de faire connaître leur opposition à l'action envisagée ; les autres peuvent intervenir à tout moment à l'instance et y mettre fin. Le Conseil constitutionnel précise que la lettre doit indiquer la nature et l'objet de l'action, la portée de l'acceptation, le droit de mettre fin à tout moment à l'action.

Néanmoins, on remarquera qu'une jurisprudence ancienne empêche le syndicat de « regrouper » - le terme n'est pas neutre lorsqu'on s'intéresse à l'action de groupe- toutes les actions individuelles des salariés devant un même tribunal³³. Plusieurs actions peuvent cependant être engagées en même temps, simplifiant la procédure puisque le syndicat prend en charge l'ensemble des actes de celle-ci et réduisant ainsi le coût de chaque instance³⁴. L'action de substitution serait-elle une ébauche d'action de groupe ? La jurisprudence récente permet d'en douter.

2. Le fondement de l'action de substitution

On a longtemps pu considérer que l'action de substitution était une exception à la règle selon laquelle « Nul ne plaide par procureur ». En effet, dans un premier temps, la jurisprudence a admis de telles actions sans que les salariés représentés soient désignés. Mais à partir de l'arrêt du 3 novembre 1972³⁵, la Cour de cassation exigea que ces salariés soient identifiés ou identifiables. Dès lors, il paraissait logique de considérer qu'il s'agissait d'une *action de représentation*, c'est-à-dire « un exercice syndical d'actions appartenant en propre aux salariés »³⁶. Le syndicat agirait au nom et pour le compte des salariés³⁷. Il les représenterait afin

31 - En ce sens L. Boré, *op. cit.*

32 - M-L. Dufresne-Castet, art. cit., p. 124.

33 - Cass. soc. 3 mai 1940, D.H. 1940. 134 ; 6 juin 1940, S. 1940.1.101, cités par L. Boré, *op. cit.*, p. 399.

34 - En ce sens, F. Petit, art. cit. p. 271.

35 - Cass. soc. 3 nov. 1972, Bull. civ. V, n°595.

36 - F. Petit, art. cit., p. 264.

37 - V. par ex. J-M. Verdier, Licenciement économique : droit des syndicats d'ester en justice aux lieu et place du salarié, RJS 1/90, p. 3.

de défendre un intérêt individuel ou même éventuellement pour n'engager qu'une seule action joignant plusieurs intérêts individuels identiques... Satisfaisante pour notre analyse, cette conclusion est cependant erronée au vu de la jurisprudence postérieure.

En effet, selon l'arrêt rendu le 1^{er} février 2000 par la Chambre sociale de la Cour de cassation, « l'action que peut exercer une organisation syndicale en vertu de l'article L. 122-3-16 du code du travail est *une action de substitution qui lui est personnelle* et non une action par représentation des salariés ; que dès lors le syndicat n'est pas tenu d'indiquer dans la déclaration de pourvoi les noms, prénoms, profession et domicile des salariés en faveur desquels il agit »³⁸. En l'espèce, l'Union locale de la CGT reprochait à la société Servair de recourir de manière systématique au contrat à durée déterminée et demandait la requalification en contrats à durée indéterminée. Lors du pourvoi, la société Servair souleva son irrecevabilité en raison de l'absence de désignation des salariés dans la déclaration de pourvoi, demande qui fut rejetée.

L'action de substitution n'est donc pas une action en représentation et il n'est plus exact de soutenir que le syndicat agit « en lieu et place du salarié ». Il exerce une action personnelle. Cela justifie notamment que le salarié conserve le droit d'intervenir à l'instance : s'il était représenté par le syndicat, il n'aurait pas besoin d'intervenir³⁹... On pourrait même considérer que le syndicat n'a vocation à agir en se substituant au salarié que si celui-ci néglige d'ester en justice : l'action du syndicat doit s'effacer devant celle du véritable titulaire du droit substantiel dès lors que ce dernier décide qu'il veut l'intenter lui-même ou y mettre fin⁴⁰. Une « action individuelle à titre social »⁴¹...

Si cette action personnelle en substitution demeure quelque peu mystérieuse, il paraît néanmoins certain qu'elle ne se confond pas avec l'action personnelle du salarié. Dès lors, l'action de substitution s'éloigne radicalement de l'action de groupe. Faut-il alors envisager la création d'une action nouvelle en droit du travail ?

Section II – Une action de groupe en droit du travail ?

L'action de groupe est directement inspirée de la class action américaine⁴² et du recours collectif québécois. Elle a été définie comme « l'action

38 - Cass. soc. 1^{er} février 2000, JCP 2001, II, 10541, comm. E. Jeuland, L'action de substitution des syndicats à la place des salariés.

39 - En ce sens, de manière convaincante, F. Petit, préc. p. 265. Pour une autre approche, E. Jeuland, préc., qui préfère y voir l'expression d'une « substitution processuelle » au même titre que l'action oblique ou l'action *in singuli*.

40 - M-L. Dufresne-Castet, art. cit., p. 124.

41 - E. Jeuland, art. cit., reprenant une expression de P. Durand.

42 - Deux systèmes peuvent être mis en place : l'*opt-in* qui nécessite de recueillir l'accord exprès de tous les membres du groupe, et l'*opt-out* dans lequel on se contente d'une absence de manifestation contraire de leur part.

par laquelle une personne est habilitée à représenter en justice un groupe de personnes, sans avoir obtenu préalablement leur accord exprès »⁴³.

La recevabilité du recours est subordonnée à des conditions très strictes, tant aux Etats-Unis qu'au Québec. Le juge doit en particulier vérifier que le recours à une action de groupe s'impose en l'espèce – c'est à dire notamment si les membres du groupe sont nombreux et s'ils ont intérêt à exercer un recours commun de préférence à des recours individuels. Par ailleurs, le représentant du groupe doit informer tous les membres de celui-ci de l'existence et de l'objet de l'action – notification personnelle ou par voie de publication. Par ailleurs, l'action n'a pas de vocation qu'indemnitaire : elle peut aussi permettre d'obtenir des injonctions ou l'annulation de certaines clauses.

L'action de groupe n'a jamais été transposée en droit français, malgré plusieurs projets en ce sens⁴⁴. Il semblerait pourtant qu'il n'y ait guère d'obstacles à cette innovation⁴⁵, à condition cependant de respecter les limites posées par la décision déjà citée du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989, et donc la nécessité de notifier par voie de lettre à chaque membre du groupe l'existence et l'objet de l'action.

Si l'on considère le droit existant, une action de ce type serait-elle un enrichissement du droit du travail ? Elle est en tout cas parfois évoquée⁴⁶.

A. L'action de groupe a-t-elle un rôle à jouer en droit du travail ?

Affirmer que l'action de groupe pourrait être créée par le législateur même en droit du travail ne pose guère de difficultés au plan des principes. En revanche, toute autre est la question de savoir quel serait l'apport de cette action, comparée à l'action dans l'intérêt collectif de la profession et l'action de substitution.

L'action syndicale en justice en défense de l'intérêt collectif de la profession permet en théorie d'obtenir réparation d'un préjudice subi par la « profession » représentée par le syndicat. En réalité, ainsi qu'il a déjà été précisé, ce préjudice est le plus souvent moral et l'examen de la jurisprudence montre que les dommages et intérêts alloués sont très

43 - L. Boré, L'action des syndicats et des associations dans la responsabilité administrative, RFD adm. 12(3) 1996, p. 544 et s., spéc. p. 546.

44 - L. Boré, *op. cit.*

45 - V. L. Boré, art. cit., cette publication ; J. Ribs, L. Boré, S. Landers, M. Delhomme, J. Calais-Auloy, S. Bonifassi, Pour mieux réparer les préjudices collectifs : une class action à la française ?, Gaz. Pal. sept.-oct. 2001, p. 1469 et s., spéc. p. 1471 à 1474.

46 - V. T. Grumbach, cité par I. Cicurel, Le prix de la justice, L'Express du 12/04/04 : « On pourrait s'inspirer de l'exemple américain des class actions, ce qui réduirait considérablement les frais de procédure », l'hostilité des avocats français majoritairement hostiles tenant à une « réaction corporatiste et à la peur de voir les contentieux diminuer en même temps que leurs bénéficiaires ; mais c'est une erreur : de nombreux conflits qui, aujourd'hui, restent à l'écart de la justice pourraient, grâce à l'action de groupe, être portés devant les tribunaux ».

modestes. C'est donc davantage le respect pour l'avenir des règles de droit qui est recherché : le rétablissement d'une légalité abstraite plus que les résultats concrets⁴⁷. Cela justifie d'ailleurs que l'action dans l'intérêt collectif de la profession soit aujourd'hui aussi largement admise, que le préjudice soit matériel ou moral, direct ou indirect...

Néanmoins, si l'intérêt collectif en cause peut être difficile à définir⁴⁸, il demeure exclu qu'il soit réduit à la somme d'intérêts individuels.

La définition du groupe, si elle est essentielle, aura beaucoup moins de portée que celle de la profession. Pourront appartenir au groupe – pour la durée de l'action et l'exécution du jugement- ceux ayant subi un préjudice identique et qui ne se sont pas expressément opposés à cette action, tandis que la profession est à géométrie variable : le syndicat défend l'intérêt de ceux visés par ses statuts⁴⁹ – il définit donc lui-même la profession dont il défendra l'intérêt⁵⁰. L'aspect collectif de l'action de groupe vient de la somme d'intérêts individuels concordants, tandis que celui de l'action syndicale vient de la lésion d'un intérêt collectif⁵¹ intéressant potentiellement tous les membres de la profession.

L'action de substitution est justifiée par la protection de certains salariés en état de faiblesse ou la défense d'une liberté fondamentale. Les hypothèses dégagées par le législateur ont toutes en commun – sauf peut-être L. 135-4 d'autoriser une action du syndicat lorsque le salarié ne peut, en raison de son état de subordination, saisir une juridiction pour défendre ses droits. Le syndicat exerce donc au profit du salarié une action en justice qui intéresse cependant bien souvent, comme *par ricochet*, l'intérêt collectif – au moins en ce que la légalité est rétablie... Séduisante *a priori*, cette action est cependant très peu exercée⁵², elle ne remplit donc que très imparfaitement son rôle.

L'action de groupe ne saurait se réduire ni à l'une, ni à l'autre. Elle serait de fait *intermédiaire* à ces actions syndicales : conjugaison d'actions individuelles mais préjudice collectif... Elle aurait donc sa place car sa *finalité* est différente.

L'enjeu aussi est différent. Le syndicat agissant dans l'intérêt collectif de la profession ne peut à ce titre obtenir réparation d'un préjudice individuel (et les dommages et intérêts obtenus sont plus de l'ordre du préjudice moral). Si l'action de substitution – quand elle est exercée...- le

47 - V. M-L. Dufresne-Castet, art. cit., p. 123.

48 - M-A. Frison-Roche, Le pouvoir processuel des associations et la perspective de la class action, Les Petites Aff., 1996, n° 50, p. 28 et s. Elle distingue l'intérêt collectif comme intérêt social d'un groupe et l'intérêt collectif comme somme des intérêts particuliers des membres.

49 - C. trav., art. L. 411-1.

50 - C. trav., art. L. 411-11.

51 - L'intérêt collectif ne pouvant venir de la somme d'intérêts individuels, v. par ex. cass. soc. 5 févr. 2002, note F.J. Pansier, CSBP n° 139, A 24, p.167 et s.

52 - M-L. Dufresne-Castet, art. cit., p. 123, qui précise même que ces actions de substitution sont si peu exercées qu'elles ne sont même par répertoriées par les statistiques du ministre de la Justice...

permet, elle demeure extrêmement limitée, notamment car elle ne peut être engagée que dans les hypothèses légales. Et même pour celles-ci, le regroupement d'actions individuelles devant un même tribunal ne peut être envisagée. Aucune généralisation des actions de substitution n'est à ce jour envisagée. L'action de groupe permettrait donc d'obtenir beaucoup plus généralement la réparation (collective ?) de préjudices individuels, les membres du groupe ayant un représentant commun. L'action en justice pourrait en être facilitée alors qu'aujourd'hui chaque victime est obligée d'exercer sa propre action, affrontant seule les difficultés de preuve et de coût. Le représentant ne serait d'ailleurs pas nécessairement un syndicat, ce qui permettrait de pallier l'absence de syndicat dans certaines entreprises. L'action de groupe, par ailleurs, permet qu'un jugement unique soit rendu, évitant ainsi les éventuelles contradictions de jugements faisant suite à des actions individuelles non groupées.

Enfin, l'un des effets de l'action de groupe qui semble effrayer certains chefs d'entreprise⁵³ paraît au contraire fort appréciable pour prévenir les violations de la loi en cette matière caractérisée par le lien de subordination du salarié : la publicité inhérente à cette action et les répercussions sur l'image de l'entreprise...

Cependant, sans même s'intéresser aux conditions d'exercice de l'action, on peut être méfiant sur un point : la protection du salarié. Si les actions de substitution sont très peu utilisées par les syndicats professionnels, c'est en partie parce que le droit d'ester en justice du salarié contre son employeur n'est pas protégé contre le licenciement⁵⁴. Dès lors que son nom est connu de l'employeur, il n'est qu'imparfaitement protégé. Une protection plus radicale peut être suggérée : instituer la nullité du licenciement prononcé à la suite d'une action en justice d'un salarié⁵⁵. Si l'action de groupe permet un anonymat plus grand du salarié, le problème demeure néanmoins.

De surcroît, l'action de groupe ne peinerait-elle pas à trouver un domaine d'application qui ne soit pas en pratique réservé à l'action de substitution ou à l'action dans l'intérêt collectif de la profession ? L'exemple américain peut nous éclairer.

B. L'utilité de l'action de groupe

L'actualité judiciaire américaine est riche d'enseignements. Le juge fédéral de San Francisco a décidé, mardi 22 juin 2004, qu'une procédure

53 - V. J. Calais-Auloy, art. cit., p. 1479.

54 - M-L. Dufresne-Castet, art. cit. p. 123 ; H. Peschaud, art. cit., p. 478 ; E. Wagner, art. cit. p. 291.

55 - M-L. Dufresne-Castet, art. cit. p. 127, qui expose l'évolution en ce sens de certaines cours d'appel qui retiennent une notion extensive de l'activité syndicale pour admettre l'annulation d'un licenciement en se fondant sur l'article L. 122-45 C. trav.

pour discrimination sexuelle engagée contre le distributeur Wal-Mart pouvait devenir collective (class action)⁵⁶. Cela signifie que les six femmes ayant intenté l'action ont le droit de représenter les 1,6 millions de femmes qui sont ou ont été employées par l'entreprise depuis décembre 1998 et sont habilitées à demander en leur nom des dommages et intérêts. Il est reproché à l'employeur, statistiques à l'appui, une politique systématique de discrimination quant aux salaires et aux carrières.

Si l'on envisage une situation similaire en France, quels sont les moyens d'action autorisés ? Une action dans l'intérêt collectif de la profession est certes possible mais elle ne peut aboutir à la réparation des préjudices individuels (salaires et promotion non obtenues). Elle permettra cependant au syndicat d'assister les salariés devant les juridictions prud'homales ou de joindre son action à celle du salarié. L'action de substitution est autorisée en matière de discrimination par l'article L. 122-45-1 du Code du travail. Mais, si elle personnelle au syndicat, cette action demeure par nature individuelle⁵⁷. Reste le droit de chaque salarié d'ester en justice mais en supportant seul la preuve et le coût de la procédure. Certes, la discrimination sexuelle, prohibée tant au niveau communautaire qu'au niveau national, est, depuis la loi du 16 novembre 2001, plus aisée à invoquer en justice car le régime de la preuve a évolué. C'est au final à l'employeur de justifier l'inégalité de traitement en apportant des éléments objectifs pour soutenir sa décision. La discrimination directe est quant à elle systématiquement prohibée, sans justification possible⁵⁸. Or la discrimination sexuelle est encore présente même dans les conventions collectives de travail, en particulier dans les grilles de classification professionnelles et les grilles salariales qui régissent la carrière du salarié et sa rémunération. Si le syndicat est sur ce point responsable de la renégociation de tels accords, une action de groupe permettrait à la fois de faire évoluer les pratiques d'entreprise et d'apporter une réparation à celles ayant subi cette discrimination. De plus, la particularité de la preuve en cette matière s'accorde bien avec cette procédure. Si l'on s'en tient à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, la preuve d'une discrimination indirecte - c'est à dire celle qui, fondée sur un critère en apparence neutre, aboutit à un résultat discriminatoire - peut être apportée en utilisant des statistiques⁵⁹, évaluant des salariés, hommes et femmes, placés dans une situation comparable. Cet élément de preuve sera le même quelle que soit

56 - Le Monde, 25 juin 2004. V. aussi, cette fois en matière de discrimination raciale, contre le groupe Sodexo Alliance, <http://www.novethic.fr>

57 - Sur ces points, on consultera utilement le rapport du GELD. Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve, qui invoque par exemple p. 26 l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme pour justifier d'un aménagement de la preuve, et surtout p. 21, relativement à l'action de substitution : « Souvent présentées comme un progrès décisif, cette voie procédurale doit être fortement relativisée. L'intérêt de ce type d'action comparé à d'autres voies procédurales est quasi-inexistant et l'action de substitution n'est d'ailleurs pratiquement pas utilisée par les syndicats ».

58 - Sur ces questions v. en particulier le droit communautaire, P. Rodière, Droit social de l'Union européenne, 2ème éd., LGDJ, p. 267 et s.

59 - Sur ce point, P. Rodière, *op. cit.*, p. 278.

l'action individuelle engagée : ne peut-on alors envisager une action en justice de toutes les salariées placées dans le groupe ayant servi de base à ces statistiques et souffrant de discrimination ? C'est de nouveau le meilleur accès à la justice et le moindre coût de la procédure pour les plaideurs qui justifient de s'interroger sur la pertinence de l'action de groupe. La class action ou action de groupe pourrait être utilement invoquée chaque fois qu'une pratique patronale ou une décision de l'employeur porte préjudice à un groupe de salariés⁶⁰ dont les intérêts sont alors identiques, en matière de discrimination (au-delà de la seule discrimination sexuelle) ou de licenciement collectif pour motif économique notamment, par exemple dans l'hypothèse de l'article L. 321-15 du Code du travail qui concerne une action de substitution. On pensera ainsi au non-respect d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou à la violation d'un engagement de maintien de l'emploi. A vrai dire, les hypothèses sont multiples !

Faut-il alors conclure sans réserve à la nécessité d'une action de groupe ? Il convient d'être plus nuancé.

Sur le principe d'une telle action, une réflexion peut être engagée, plus approfondie que ces quelques propos. On pourra d'ailleurs incidemment s'étonner de l'absence d'intérêt de la doctrine pour cette action, en droit du travail. Peut-être est-ce dû à la déjà grande complexité des actions en justice dans le cadre des relations de travail. Néanmoins, faut-il se contenter de l'existant, lorsque l'on constate par exemple que les actions de substitution ont tellement de mal à trouver leur place ?

Mais d'innombrables obstacles se dressent encore sur la route de l'action de groupe, et les moindres ne sont pas juridiques. Qui devra être le représentant du groupe : faut-il réserver cette action aux syndicats professionnels *représentatifs*, l'ouvrir aux associations (professionnelles ?), ou à d'autres ? Quel sera le mode de réparation choisi ? Peut-on envisager d'étendre l'action à l'obtention d'injonction ou à l'annulation de clauses ? Quelles seront les conditions de l'action en justice ? Ne faudrait-il pas faire évoluer l'expertise judiciaire pour faire face à ces nouvelles actions et s'interroger sur les moyens qui sont donnés aux plaideurs pour réunir des preuves⁶¹ ? Ces questions, et beaucoup d'autres à leur suite, nécessitent une réponse. Par ailleurs, les syndicats eux-mêmes ne seraient-ils pas réticents⁶², alors que l'on sait, en observant le modèle américain, que le coût d'une telle procédure peut être exorbitant ? Il ne s'agit donc pas de s'engager dans la voie de la réforme, mais peut-être le temps de la réflexion est-il venu.

60 - V, par exemple cass. crim. 8 oct. 2003 qui refuse la constitution de partie civile d'un syndicat dans l'hypothèse d'une escroquerie d'un dirigeant d'une entreprise en redressement judiciaire en vue de l'obtention d'un plan de cession frauduleux de la société, au motif qu'en l'espèce l'intérêt collectif de la profession ne se distingue pas du préjudice subi individuellement par les salarié, Dr. ouvr. 2004, p. 45. Si cette argumentation est contestable, elle est souvent invoquée par les juges.

61 - Et éviter ainsi une « pénalisation » de la société... En ce sens, S. Bonifassi, art. cit., p. 1480 ; S. Bonifassi et S. Dreyfuss, *Judiciarisation à l'américaine ou pénalisation à la française : sortir de l'équivoque*, Gaz. Pal. nov.-déc. 2002, p. 1597.

62 - Et beaucoup d'auteurs aussi, qui évoquent souvent les « dérives » du système américain quant au coût, quant à la réparation...

RAPPORT DE SYNTHÈSE

François Terré

*Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
membre de l'Institut*

Les infirmités congénitales du droit commercial - ou, plus largement, du droit des affaires - ne sont certainement pas indifférentes à l'existence du droit processuel. Dans les deux sens, il existe une attraction : du droit commercial sur le droit processuel, ce qui se traduit par l'examen et le traitement des entreprises en difficulté dans le cadre du droit commercial, non sans une certaine mutilation des voies d'exécution; du droit processuel sur le droit commercial en tant qu'il s'introduit dans le monde des affaires en lui apportant, non sans perturbations, ses modes de solution des conflits.

Le rôle du juge en matière économique a été, depuis cinquante ans, étudié par les sociétés savantes, ce qui conduit à analyser à nouveau les relations naturelles ou artificielles de l'organe et de la fonction (v. le rapport de P.Y. Verkindt), ainsi que celles de la juridiction et de l'action, en tant qu'essence et qu'existence, l'une précédant l'autre suivant une précession qu'on laissera le soin de préciser aux tenants de l'existentialisme juridique. En remontant le cours de l'histoire jusqu'au temps où fut édiée pour des siècles la procédure civile, et justement en s'attachant aux rôles respectifs du prêteur et du juge à l'apogée du droit romain, on discerne tout ce que l'analyse des class actions en droit des sociétés peut aujourd'hui révéler ou retrouver à partir d'une double confrontation : le droit des sociétés au regard de l'action en justice; l'action en justice au regard du droit des sociétés.

Avant de suivre ces deux chemins, si bien tracés par les rapporteurs, il n'est sans doute pas inutile de rapporter que les class actions (actions de groupe) sont typiquement américaines et qu'il y a entre elles et les actions collectives admises devant les tribunaux français des différences importantes, au-delà de la seule constatation d'une moindre reconnaissance du droit d'action en justice reconnu par notre droit. L'écart tient à des raisons de tous ordres - historique, philosophique, sociologique, juridique... - principalement à une compréhension variable du rôle du

juge dans ses rapports avec la loi et peut-être à partir de là à un attachement variable soit à la stigmatisation (à la dénonciation ?), soit à l'aveu (à la pénitence). Qui sait s'il ne s'agirait pas là d'une opposition dont les racines seraient religieuses, les unes du côté du protestantisme, les autres du côté du catholicisme. De là des différences d'ordre structurel quant à la place des mécanismes contractuels dans l'origine et le déroulement des procès. A peine est-il besoin de s'interroger sur les différentes idéologies des contentieux sociaux et, surtout, judiciaires.

A quoi il faut ajouter que les class actions ne concernent pas seulement le droit commercial. Quiconque s'intéresse au droit de l'environnement constate vite à quel point, sous l'influence d'une écologie bien comprise, l'essor et la reconnaissance du principe de précaution ont modifié l'horizon processuel, notamment quant à l'intérêt à agir, y compris de manière préventive, ce qui change, en pure sociologie juridique, les statuts et les rôles dans l'appréhension des rapports interindividuels de coopération, de compétition et de conflit, on pourrait aussi parler d'indépendance dans l'interdépendance. Il est alors patent qu'il convient de raisonner en termes, non seulement d'anatomie, mais de physiologie, ce qui va de pair avec la vague actuelle, elle aussi portée par les vents d'ouest, du "gouvernement d'entreprise", de la sécurité financière, et de tout le reste. On se bornera ici, en suivant les chemins annoncés, à raisonner en termes de principes, concept envahissant de notre système, et lui aussi venu d'ailleurs, du moins dans ses avancées actuelles.

Si l'on envisage tout d'abord le droit des sociétés au regard de l'action en justice, il faut en revenir à une réflexion à partir de deux principes : inertie, transparence.

Suivant le principe d'inertie, il est constamment et traditionnellement admis que la machine judiciaire ne peut se mettre en marche toute seule. A ce principe, il existe des exceptions, spécialement en matière d'assistance éducative ou encore de "faillite", et dans le sens courant de ce mot, ce qui n'est pas sans un possible écho dans le domaine qui nous occupe. Néanmoins, ce ne sont là qu'exceptions confirmant la règle. Celle-ci s'explique par toute une culture européenne (continentale) et typiquement française qui ne fait pas de l'intervention du juge la seule solution satisfaisante des conflits sociaux et de l'appareil judiciaire l'expression même d'une société d'assistance négligeant toute fonction dissuasive - du moins autre que celle de l'argent - au profit d'une fonction d'accueil.

Cet esprit des lois judiciaires comporte des corollaires que les rapports de José María Perez et de Louis Boré ont bien montrés. Les restrictions ne tiennent pas seulement à la nécessité assez générale d'une

saisine du juge, mais au fait que le pouvoir de le saisir n'est aucunement reconnu à tout un chacun au gré de sa fantaisie, ni même par le seul fait qu'un intérêt général, voire l'ordre public, est en cause. Et sans doute est-il indispensable qu'il en soit ainsi, pas seulement en France. Si la liberté d'ester en justice est une conquête salubre de la Révolution, il n'empêche que le droit d'agir en justice suppose, chez les particuliers, un intérêt direct et personnel, ce qui réserve au ministère public le pouvoir d'agir lorsque l'ordre public est principalement et directement intéressé. La place centrale du Parquet dans l'institution judiciaire, ainsi que l'accroissement constant de son rôle auprès des juridictions commerciales, traduit, malgré le désordre de certains textes législatifs ou réglementaires, une donnée fondamentale du droit processuel, même s'il ne convient pas de confondre un procureur et un commissaire du gouvernement.

Ce partage des fonctions et même des organes, des deux côtés de la ligne incertaine de partage du droit privé et du droit public, ainsi que des autorités qui leur correspondent, a été perturbé du fait du développement des autorités administratives indépendantes, tout spécialement des différentes autorités de marché dont les pouvoirs ont été constamment accrus, spécialement par l'octroi du droit d'agir en justice. De là tout un mouvement "vers une action publique civile des autorités de marché", décrit par Nicole Decoopman. Force est de constater que ce courant a pu entraîner de curieux télescopages, voire des antagonismes inhérents à une bureaucratie dont certains tenants s'illustrent parfois par le goût des rivalités et des compétitions stériles. Toujours est-il que, s'il a fallu des interventions législatives pour que les pouvoirs d'action considérés soient accrus, c'est bien encore parce qu'il n'était pas concevable d'octroyer à des particuliers, en tant que tels, la faculté de déclencher le mouvement de l'appareil judiciaire.

Pourtant, le tableau serait loin d'être complet si l'on ne faisait pas état de l'importance, en droit français, de l'action collective dont Louis Boré a analysé la place importante et d'ailleurs variable suivant qu'il s'agit de syndicats ou d'associations. La compréhension du rôle de ces groupements passe par la prise en considération de la personnalité morale généralement et nécessairement reconnue à de tels groupements. Quelles qu'aient pu être - et rester - les vicissitudes attachées à leur existence, le groupement personnalisé est, en tant que tel, distinct des membres qui le composent. Parmi ceux-ci, il n'en est aucun qui, hors de toute reconnaissance d'un groupe, pourrait agir comme s'il était le groupe, comme si celui-ci se serait incarné en lui, en d'autres termes - et ils ne surprennent pas - comme s'il y avait alors une incorporate personality dont la médiation, possible en droit de common law est contraire aux démarches du droit européen continental.

L'évolution juridique suscitée par le développement des actions collectives des groupements - sociétés, associations, syndicats, coopératives.... - s'ordonne donc à partir de l'analyse de l'intérêt collectif dont ils peuvent se prévaloir pour saisir légitimement les tribunaux; entre l'intérêt particulier et l'intérêt général, sa détermination est sans cesse source de difficultés qui témoignent du désir de ne pas laisser des corps intermédiaires, parfois constitués pour les raisons de la cause, empiéter sur les prérogatives de la puissance publique et menacer les structures de l'Etat d'un démantèlement qu'un peuple dont la conscience collective demeure méfiante par rapport à l'arbitraire des juges, n'est pas prêt à accepter. Il n'en existe pas moins un mouvement législatif - et nécessairement législatif - qui a, par touches successives, régulièrement accru le pouvoir octroyé, dans certains domaines, à des associations qualifiées (ex. : les associations de consommateurs) de saisir les tribunaux.

De là, en si bonne voie, d'après certains, mais pas pour d'autres, éventuellement allergiques aux groupes de pression, à aller plus loin et à permettre, sur la voie des class actions, à permettre à certaines personnes, certes relayées, de s'autoproclamer stimulateurs d'actions de groupe et de porter cette fois un coup décisif au principe d'inertie, il y a encore un grand pas à franchir, quant aux personnes, quant aux intérêts et quant aux dommages. Et ce d'autant plus qu'on se heurterait alors non seulement au principe d'inertie, mais au principe de transparence.

Celui-ci manifeste essentiellement, comme dans le sillage d'une exigence de loyauté, l'obligation d'annoncer la couleur - disons l'identité - lorsque l'on agit en justice. Assez naturellement, on peut être tenté de ne voir là que donnée formelle, d'autant plus que c'est au sujet de la demande en justice, en tant qu'adresse au juge, que le principe de transparence se traduit. Pourtant, derrière la forme (et sa sanction), c'est le fond qui est en cause. On ne saurait agir en justice par personne interposée. Le problème ainsi posé n'échappe pas à l'équivoque, car la stratégie judiciaire peut être pensée et réalisée par bien d'autres personnes que le principal intéressé, non seulement - ce qui va de soi - par des auxiliaires de la justice porte-parole de la partie au procès, mais aussi, en amont, par d'autres intercesseurs plus ou moins directement intéressés, par exemple par des assureurs liés aux assurés, en coulisse disait-on autrefois.

Dès que des groupes agissent en justice, l'intérêt qui les y porte appelle l'analyse du rapport existant en relation avec ce qui a porté les particuliers à se grouper, tous les uns avec tous les autres. La personnalité morale reconnue aux groupements considérés permet alors de ne pas attenter à la règle "Nul ne plaide par procureur" puisque c'est le groupement personnalisé, qualifié pour agir, qui manifeste son identité dans le procès. L'écran de la personnalité morale n'exclut pourtant pas,

dans certaines conditions, la résurgence de l'individualité procédurale des membres du groupement. Là où l'intérêt et la qualité pour agir peuvent interférer, notamment en droit des sociétés, l'action *ut singuli*, éventuellement accordée aux associés ou actionnaires, peut favoriser un recours ou un secours supplémentaire, mais celui-ci n'opère aucunement par dissimulation ou discrétion relativement à l'identité de celui ou de ceux qui agissent, quels que soient, pour finir, les bénéficiaires de cette action.

Relativement facile lorsqu'il s'agit de sociétés commerciales ou même civiles, le problème l'est beaucoup moins relativement aux actions exercées par des associations ou des syndicats, car celles-ci sont nécessairement situées, sur une échelle de valeurs, en dessous de l'intérêt général, au-dessus des intérêts particuliers. Et la difficulté principale consiste dans la détermination du seuil à partir duquel se dégage l'intérêt collectif à la défense duquel ces groupements s'attachent, et pour la défense duquel leurs membres se sont regroupés. Lorsqu'il en est ainsi, le droit d'agir en justice existe sur la tête du groupement, sans qu'au sein de celui-ci, des effets soient normalement attachés aux dissentiments des uns ou des autres. On constate alors le jeu habituel des mécanismes de substitution ou de représentation.

Le propre de la class action est de dépasser cet état de choses, puisque, dans cette perspective, l'on va, en quelque sorte, au-delà de l'activité des actions, de l'activité des associations d'actionnaires ou d'investisseurs analysée par Virginie Canu. Le prisme d'une action en justice constitue le contexte du comportement d'un ou plusieurs individus souhaitant regrouper des demandes individuelles procédant de la même cause en une demande globale présentée au nom d'un groupe. D'où certaines conditions particulières relatives au nombre de personnes, à leur communauté d'intérêts, au lien nécessaire entre le représentant et le groupe, ainsi qu'aux exigences d'une "représentation adéquate" (adequacy of representation).

Ainsi le concept de représentation, autrefois utilisé pour expliquer les rapports entre les hommes et les dieux par l'intermédiaire des héros antiques, manifeste décidément son extraordinaire vitalité. Mais il faut bien constater que c'est au prix d'un "forçage" du concept, auquel la pérennité de la gestion d'affaires nous a, il est vrai, habitués. Maintes considérations, de caractère socio-psychologique, président à son développement : désir d'équilibre des rapports de force, rôles respectifs de l'individuel et du collectif, du médiat et de l'immédiat, de la société particulière et de la société globale, signification de l'anonymat et de la transparence, du procès classique et du procès équitable. Il n'en demeure pas moins que, d'ores et déjà, le profit dégagé atteste un recul de la

transparence par excès de la représentativité et que la substitution en résultant se heurte à des difficultés majeures quant à l'information des membres représentés, quant à la compétence des juridictions, quant à l'autorité de la décision rendue à l'égard de tous les membres du groupe.

Ainsi, au regard de l'action en justice, envisagée à partir de ses propres exigences - inertie de la machine judiciaire, transparence de l'action en justice -, le système des class actions n'est pas approprié. Mais il existe aussi, en droit français, une inadéquation en sens inverse révélée lorsque l'on envisage la class action au regard du droit des sociétés. Là encore, il est possible d'ordonner la pensée autour de deux principes.

L'un est le principe démocratique qui, dans les intentions du législateur, devait, par la loi du 24 juillet 1966, s'accompagner d'un renforcement des pouvoirs et du rôle des assemblées d'actionnaires. Le développement de l'approche en termes de *corporate governance* n'est pas étranger à des réformes législatives à répétition du droit des sociétés, voire du droit des valeurs mobilières. Pourtant, l'importation des institutions et des mécanismes juridiques se heurte souvent à des résistances justifiées par la force des existants juridiques et des données d'ordre politique, économique et social. Ainsi la participation des salariés à la marche des entreprises et aux profits qui peuvent en résulter est trop intégrée au système français pour que l'on puisse en faire abstraction. En outre, un renversement des préoccupations, ou du moins une sorte de remontée vers les détenteurs de capitaux, tend à refouler la seule protection des actionnaires au profit de celle des investisseurs, pas seulement d'ailleurs lorsque les sociétés sont cotées en bourse.

Michel Germain a montré, dans ce contexte, à quel point il convenait de mettre les class actions en relation avec la coexistence d'intérêts plus ou moins communs, plus ou moins antagonistes, qu'il s'agisse des actionnaires, des dirigeants, des entreprises... A travers tout cela, on ne s'éloigne pas d'une sorte de philosophie politique des groupements particuliers. De l'intérêt particulier à l'intérêt général en passant par l'intérêt partagé et l'intérêt collectif, le passage est souvent insaisissable et, de surcroît, le cas échéant, réversible, ce qui rend difficile réception et acclimatation, l'insertion d'un mécanisme étranger et d'un intérêt protégé qui déroute inutilement. Il y a là, en contrepoint, une quête de légitimité qui reste vaine parce que, face au droit français, elle situe dans le champ de la responsabilité ce qui relève surtout des aléas et des faiblesses de l'information.

Là se manifeste le quatrième principe qui se dégage de la journée amiénoise : le principe de gravitation dans la mesure où la société appelle une compréhension par rapport à son environnement, proche ou lointain.

La vie de l'entreprise sociale, isolée ou en groupe, en termes d'identité ou de réseau, notamment en droit de la concurrence, impose une recherche fréquemment comparative : contrôle interne et contrôle externe, normes comptables européennes ou anglo-saxonnes, autorités dans l'entreprise, mais aussi autorités judiciaires, autorités administratives - dispensatrices ou non d'aides ou de subventions -, autorités de marché... Les différences et les interférences entre les unes et les autres relèvent d'une analyse du crédit, de la sincérité, de la loyauté, de l'efficacité. Or, les préoccupations qui les animent, y compris lorsqu'il s'agit de querelles d'attributions et de détermination des responsabilités, favorisent parfois la survenance de télescopages de grande ampleur que l'admission des class actions ne peut, le jour venu, qu'accentuer.

D'autant plus que celles-ci, Hervé Lecuyer l'a montré, tendent à indemniser un préjudice fréquemment irréparable. En réalité, il y a, là où ces actions sont recevables, une discordance entre elles et l'idée même d'indemnisation, l'action rapportant peu à l'actionnaire et pouvant lui coûter beaucoup. Aussi bien est-ce une considération qui détourne aussi bien Joëlle Simon que Colette Neuville d'une opinion portant à la recommander.

A travers toutes ces analyses, on retrouve sans étonnement les grandes apories du droit de la responsabilité. Renforçant une fonction normative ou prophylactique de celle-ci, au civil et pas seulement au pénal, mais dépassant une dualité traditionnelle, sur la voie incertaine d'un contentieux objectif, la démarche ici explorée conduit même sur un terrain proche de la responsabilité politique, dans le groupement et hors de celui-ci. Rien d'étonnant alors si les réflexions qu'elle a suscitées, à l'heureuse initiative de Véronique Magnier, portent l'esprit à poursuivre la réflexion dans des directions de grande actualité, mais aussi fructueuses du côté de l'avenir. Vers celui-ci, en effet, de tous côtés et de plus en plus, la médiation et la prévention sont au cœur des préoccupations de la procédure dans ses rapports avec le fond. Dans un tel climat, il ne peut être exclu que la thèse favorable à l'admission des class actions en droit français suscite une réforme de celui-ci dans un avenir plus ou moins proche, suivant les analyses de Benoît Le Bars, pratiques autant que théoriques. Reste que, sans succomber à la tentation d'un vain nationalisme, il n'est pas interdit de penser que le vent d'ouest n'est pas toujours un vent favorable.

Tables des matières

Avant-propos

Par Véronique MagnierP. 5

L'action collective en droit français

Par Louis BoréP. 7

Section I – Le contentieux de l'annulation et de la cessation

des agissements illicitesP. 9

A. Les actions collectives en annulationP. 9

B. Les actions collectives en cessationP. 10

Section II – Le contentieux de la répressionP. 12

A. La multiplication des textes d'habilitationP. 12

B. L'obtention de dommages-intérêts punitifsP. 15

Section III – Le contentieux de la réparationP. 16

A. L'action de substitution des syndicatsP. 17

B. L'action en représentation conjointeP. 18

Introduction à la class action en droit américain

Par José María PérezP. 21

Section I - Présentation technique de l'action de groupeP. 22

A. Les éléments caractéristiques de l'action de groupeP. 22

1. Définition de l'action de groupeP. 22

2. Recevabilité de l'action de groupeP. 26

B. Les traits spécifiques du déroulement de l'action de groupeP. 27

1. Notification aux personnes remplissant les conditions
de rattachement à la catégorieP. 27

2. Désignation des conseils de la catégorieP. 28

3. JugementP. 29

4. Transaction, désistementP. 29

5. Attribution des dommages et intérêtsP. 30

6. Montant des honorairesP. 31

**Section II - Débats suscités par l'action de groupe et réformes
en cours**P. 33

A. Arguments en faveur de l'action de groupe et critiques à
son encontreP. 34

1. Arguments en faveur de l'action de groupeP. 34

2. Critiques à l'encontre de l'action de groupeP. 35

B. Réformes en coursP. 36

1. Réformes promulguées par la Cour suprêmeP. 36

2. Class action fairness act : projet de loi fédérale en discussion ...P. 37

Action en justice du syndicat et action de groupe

Par Pierre-Yves VerkindtP. 39

Section I - L'action syndicale en justice pour la défense de l'intérêt collectif de la professionP. 40

- A. L'origine de l'actionP. 40
- B. L'évolution de l'action syndicale en justice : une extension continue de son champ d'actionP. 43

Section II - L'action de substitutionP. 46

- A. Le fondement sociologique de l'action de substitutionP. 46
- B. Le régime juridique de l'action de substitutionP. 47

De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs

Par Virginie CanuP. 51

Section I – Présentation des associationsP. 51

- A. Des associations nées du « phénomène » de minoritéP. 51
- B. Leur définitionP. 53
 - 1. Les associations d'investisseursP. 53
 - 2. Les associations d'actionnairesP. 54

Section II - L'intérêt collectif des actionnaires minoritairesP. 55

- A. Ce n'est pas la somme des intérêts individuelsP. 55
- B. Il ne se confond pas avec l'intérêt généralP. 56
- C. Il ne rejoint pas nécessairement l'intérêt de la sociétéP. 56

Section III – Observations sur les moyens d'actions judiciaires de ces associationsP. 57

- A. L'action « syndicale »P. 58
- B. L'action en représentation conjointeP. 59

Vers une action publique civile des autorités de marché

Par Nicole DecoopmanP. 63

Section I - Le constat : les mécanismesP. 65

- A. Les actions des autorités boursièresP. 65
- B. Les actions des autorités de la concurrenceP. 67

Section II - L'analyse : vers une action publique civile des autorités de marchéP. 69

- A. Une action publique civileP. 69
- B. L'action publique des autorités spécialiséesP. 73

L'intérêt protégé

Par Michel GermainP. 75

Section I - Les morceaux du puzzleP. 76

- A. Les divers intérêts en causeP. 76
- B. La responsabilité du dirigeantP. 77

Section II - Les idées du momentP. 79

- A. La réparation d'un préjudice propreP. 79
- B. La recherche d'un autre responsableP. 81

Class action et sociétés - La mise en œuvre de l'action – L'indemnisation

Par Hervé LécuyerP. 85

Section I - L'indemnisation au cœur de la class actionP. 86

A. Les difficultés liées à l'indemnisation des membres de la classe ...P. 87

1. Les difficultés théoriquesP. 87

2. Les difficultés pratiquesP. 89

B. Les remèdesP. 90

Section II - L'indemnisation à la périphérie de la class actionP. 92

A. Les limites d'une class action ordonnée à l'indemnisation
des membres de la classeP. 92

B. Les attraits d'une class action ordonnée au renforcement
de la fonction normative de la responsabilité civileP. 94

**Pour une action de groupe à la française :
enjeux et perspectives**

Par Benoit Le BarsP. 97

Section I - Mise en œuvre de l'actionP.100

A. Représentation du groupeP.100

B. Délimitation du groupeP.103

Section II - Economie de l'actionP.105

A. Financement de l'action en justiceP.106

B. Effets financiers du jugementP.108

**L'introduction de la class action ou action de groupe
en droit français, une fausse bonne idée**

Par Joëlle SimonP.111

**Section I - Une procédure qui n'améliore ni la situation
des justiciables, ni l'administration de la Justice**P.113

A. Une procédure qui ne réduit pas le coût de la justiceP.113

B. Une procédure qui ne permet pas en elle-même de faciliter la
recherche de la preuveP. 115

C. Une procédure qui n'améliore pas l'administration de la Justice ...P. 115

**Section II - Une procédure qui repose sur une philosophie
contestable et se révèle de ce fait impossible à encadrer**P.116

A. Une philosophie contestableP.116

B. Une procédure impossible à encadrerP.118

**Section III - Une absence de volonté affirmée de l'Union
européenne de s'engager dans cette voie**P.120

Section IV - Les voies de réflexionP.121

A. Améliorer l'accès à la voie civileP.121

B. Ne pas se tromper de débatP.122

C. Pour un comportement responsable des dirigeants, des sociétés ...
et des actionnairesP.123

**L'introduction de la class action en droit français :
le point de vue des actionnaires**

Par Colette NeuvilleP.125

**Section I – En l'état actuel du droit et de la jurisprudence, la mise
en cause des responsabilités est quasiment impossible en France ...P.127**

A. Les raisons qui rendent très difficile la mise en cause des
responsabilités tiennent d'abord aux conditions à remplir
pour obtenir réparationP.127

B. A ces difficultés s'en ajoutent d'autres, qui ne sont pas celles
habituellement mises en avantP.128

**Section II – Faut-il vraiment introduire la class action
à l'américaine ?P.129**

A. La class action à l'américaine pose un problème,
celui de savoir qui va être condamné à payerP.130

B. Mais donner une responsabilité effective des dirigeants pose
immédiatement le problème de leur assuranceP.131

**De l'action civile à l'action sociale de l'actionnaire
dans les affaires d'abus de biens sociaux**

Par Mikaël BenilloucheP.133

**Section I - Le développement significatif de l'action sociale
ut singuliP.136**

A. Une action ouverte soumise à des conditionsP.137

B. L'interprétation large des conditions d'exercice de l'actionP.139

Section II - Les limitations à l'action personnelleP.140

A. De l'admission au rejet du droit d'agir des associésP.141

B. La négation constante des actions des personnes intéresséesP.142

Brefs propos sur les actions en justice en droit du travail

Par Hélène TissandierP.145

Section I – L'action en justice des syndicats professionnelsP.146

A. La défense de l'intérêt collectif de la professionP.146

1. La reconnaissance de l'intérêt collectif de la professionP.147

2. L'intérêt défenduP.149

B. Les actions de substitutionP.149

1. Une « action individuelle exercée syndicalement »P.150

2. Le fondement de l'action de substitutionP.151

Section II – Une action de groupe en droit du travail ?P.152

A. L'action de groupe a-t-elle un rôle à jouer en droit du travail ?P.153

B. L'utilité de l'action de groupeP.155

Rapport de synthèse

Par François TerréP.158