

## LE DÉBAT SUR L'ACTION COLLECTIVE EN EUROPE : ILS N'ONT RIEN APPRIS, NI RIEN OUBLIÉ ?

Csongor István NAGY\*

Cet article examine l'approche européenne sur le recours collectif. Premièrement, il démontre que, concernant les petites créances, l'introduction du recours collectif est nécessaire et le système *opt-out* est préférable. Deuxièmement, il examine le problème de la « représentation sans procuration » et démontre que ce n'est pas incompatible avec les exigences constitutionnelles, ni avec les traditions juridiques européennes. L'article montre que le recours collectif *opt-out* est faisable et ne causerait aucune multiplication de recours contentieux, ni aucune opportunité de chantage pour le représentant du groupe. Troisièmement, il démontre que la question centrale du recours collectif est le financement et le droit devrait fournir une prime de risque au représentant du groupe.

*The paper investigates the European approach on collective redress. First, it shows that, concerning small claims, collective redress (preferably the opt-out system) needs to be introduced. Second, it examines the problem of 'representation without authorization' and demonstrates that this is incompatible neither with the constitutional requirements, nor with the European legal traditions and that opt-out collective redress is feasible and would cause no litigation boom and would create no black-mailing potential. Third, the paper concludes that the central question of collective redress is financing and the group representative should be provided a risk premium.*

---

\* LL.M., Ph.D., S.J.D, dr. Juris, Maître de conférences et chef du Département de Droit International Privé à l'Université de Szeged (Hongrie), chef du Groupe de Recherche « Marchés Fédéraux » du Centre des Sciences sociales de l'Académie Hongroise des Sciences (programme « Lendület »), membre du barreau de Budapest, professeur visiteur à l'Université Sapiaientia de la Transylvanie (Roumanie) et à la Riga Graduate School of Law (Lettonie).

Cet article a été rédigé avec le soutien du Fonds de Recherche Scientifique Hongrois, dans le cadre du programme de recherche OTKA PD-101612.

Je voudrais remercier M. le Professeur Albert Foer, Mme le Professeur Marie-Pierre Granger, Mme Carine Guemar, M. le Professeur Joël Monéger, M. Frédéric Pelouze et M. le Professeur Spencer Weber Waller pour leurs aides et leurs remarques sur cet article.

## I. INTRODUCTION

Le 11 juin 2013, la Commission européenne a publié une Recommandation sur le recours collectif<sup>1</sup>, en adoptant une approche conservatrice et en proposant que les États membres adoptent des mécanismes collectifs *opt-in* concernant l'infraction du droit de l'UE, à savoir que seuls les membres du groupe qui y ont consenti, fassent partie de l'action collective ; contrairement au système « de l'avis et de l'*opt-out* » (nous reviendrons sur le système *opt-out* au cours de l'analyse), où le silence vaut acception, les membres du groupe qui ne veulent pas faire partie de l'action collective doivent la quitter.

La Recommandation semble faire cesser le débat européen qui date de plus d'une décennie et qui – au niveau du droit de l'UE – s'est considérablement intensifié dans la matière de la mise en application privée (« private enforcement ») concernant plus spécifiquement le droit de la concurrence et qui depuis s'est embrasé également dans d'autres domaines du droit.

L'action collective est une question qui depuis longtemps fait débat et provoque de nombreuses polémiques : son histoire est pleine d'hésitation, d'alarmisme et de phobie des solutions étrangères.

Par exemple, en Italie, la loi sur les actions collectives, adoptée en 2007, a été suspendue, en raison de la protestation professionnelle pour deux ans et la version finale n'a été adoptée qu'en 2009<sup>2</sup>. En 2010, le Parlement hongrois a adopté une loi en la matière (sur le modèle *opt-out*), mais le Président de la République y a mis son veto<sup>3</sup>. En juillet 2009, la conversion du système *opt-in*<sup>4</sup> à un système *opt-out* a été refusée en Angleterre et au Pays de Galles<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union. JO L 201 du 26.7.2013, pp. 60-65.

<sup>2</sup> V. Act of 24 December 2007, Act 99 of 23 July 2009 ([http://www.tedioli.com/Italian\\_class\\_action\\_text\\_english\\_version.pdf](http://www.tedioli.com/Italian_class_action_text_english_version.pdf)) ; M. SIRAGUSA et E. GUERRI, « Collective Actions in Italy: Too Much Noise for Nothing ? », *Global Competition Litigation Review*, 2008, vol. 1, n° 1, p. 32 ; R. NASHI, « Italy's Class Action Experiment », *Cornell International Law Journal*, 2010, vol. 43, p. 147.

<sup>3</sup> V. projet de loi n° T/11332 relative à l'amendement de la loi n° III de 1952 sur le Code de la procédure civile. Le Président de la République a mis son veto à la loi.

<sup>4</sup> L'action s'étend seulement à ces membres du groupe qui y ont consenti expressément.

<sup>5</sup> The Government's Response to the Civil Justice Council's Report : « *Improving Access to Justice through Collective Actions* », (<http://collections.europarchive.org/tna/20100208150045/http://www.justice.gov.uk/about/docs/government-response-cjc-collective-actions.pdf>). V. C. HODGES, « Collective Redress in Europe : The New Model », *Civil Justice Quarterly*, 2010, vol. 29, n° 3, pp. 376-379 ; C. HODGES, « From Class

C'est une expérience intéressante de l'histoire du recours collectif en Europe que les propositions et conceptions élaborées par les experts sont torpillées par le lobby économique, et, finalement, elles ne réussissent pas à passer à travers le filtre politico-législatif : dans quelques cas elles ont été rejetées totalement (Angleterre et Pays de Galles)<sup>6</sup>, tandis que dans d'autres cas la proposition, originalement progressive et efficace, a été émasculée et le législateur a adopté une version qui a totalement perdu toutes les vertus qui pourraient rendre le système opérationnel et effectif (v. la Finlande<sup>7</sup> et la France<sup>8</sup>).

Nous notons toutefois que le développement du recours collectif au niveau de l'Union européenne est similaire aux difficultés démontrées dans les États précités. En octobre 2009, la Commission européenne a révoqué sa proposition pour un système *opt-out*<sup>9</sup> et a ouvert une consultation publique sur ce sujet. En juin 2013, elle a publié une Recommandation qui a complexifié encore plus l'usage du recours collectif. Nous pouvons mettre en avant le fait que la Commission partage également la responsabilité politique avec le Parlement européen qui a été le premier à se plier au lobby économique et à rejeter le système *opt-out* avec des arguments empreints de la phobie des solutions étrangères<sup>10</sup>.

Cet article examine, à propos de la Recommandation, l'approche européenne particulièrement à l'égard des coûts d'organisation du groupe et du financement. La mise en application des créances massives, à l'égal de la mise en application des créances individuelles, dépend des coûts et du financement. En même temps, il y a une différence importante entre l'action individuelle et l'action collective : dans le dernier cas, il y a des coûts d'organisation considérables, qui pourraient, dans certains cas, rendre la mise en application impossible ; et avec la participation d'une tierce personne, le financement peut être plus compliqué. Bien que le système *opt-*

---

Actions to Collective Redress: A Revolution in Approach to Compensation», *Civil Justice Quarterly*, vol. 28, n° 1, pp. 50-66.

<sup>6</sup> The Government's Response to the Civil Justice Council's Report : « Improving Access to Justice through Collective Actions ».

<sup>7</sup> M. VÄLIMÄKI, « Introducing Class Actions in Finland – Lawmaking Without Economic Analysis », p. 3 (13 déc. 2007) (<http://ssrn.com/abstract=1261623>).

<sup>8</sup> L'introduction du recours collectif dans le droit français a été examinée par deux comités professionnels (avant d'avoir adopté les règles en vigueur actuellement). Les deux comités ont recommandé l'introduction d'un système « opt-out ». Néanmoins, le législateur ne les a pas suivis. V. MAGNIER, « Class actions, group litigation & other forms of collective litigation. France », p. 4 (2007)

([http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/France\\_National\\_Report.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/France_National_Report.pdf)).

<sup>9</sup> V. M. IOANNIDOU, « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement: A Normative and Practical Approach », *Competition Law Review*, 2011, vol. 8, n° 1, pp. 78-80.

<sup>10</sup> Résolution du Parlement européen du 2 février 2012 « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif » (2011/2089(INI)).

*out* diminue considérablement les frais de l'organisation du groupe et peut rendre le recours collectif possible aussi dans les cas où les frais se sont montrés prohibitifs, le recours collectif ne peut pas être vraiment effectif sans financement adéquat. Naturellement, le recours collectif fonctionnerait aussi sans financement propre, mais son succès pratique serait restreint.

Premièrement, l'article démontre que, concernant les petites créances, l'introduction du recours collectif est nécessaire et le système *opt-out* est préférable. Il présente les obstacles de la mise en application des petites créances et montre comment le recours collectif rend la mise en application de telles créances pratiquement possibles. Bien que les frais d'organisation du groupe peuvent être réduits avec des techniques différentes (par exemple, en facilitant l'adhésion), la manière la plus effective de la réduction des frais d'organisation est le système *opt-out* qui est capable de réduire ces dépenses au minimum.

Deuxièmement, l'article réfute les arguments majeurs et les craintes mentionnées contre le système *opt-out* : il examine le problème de la « représentation sans procuration » et démontre que ce n'est pas incompatible avec les exigences constitutionnelles, ni avec les traditions juridiques européennes. L'article montre que le recours collectif *opt-out* est faisable et ne causerait aucune multiplication de recours contentieux, ni aucune opportunité de chantage pour le représentant du groupe.

Troisièmement, il démontre, que la question centrale du recours collectif est le financement et le droit devrait fournir une prime de risque au représentant du groupe ; autrement, le fonctionnement du recours collectif sera modéré. On attend que les représentants du groupe épousent la cause du groupe et investisse dans l'affaire d'autrui sans avoir une chance certaine d'obtenir une récompense. Même si les dépenses raisonnables sont compensées, les représentants du groupe seraient inclinés à imposer cette charge, s'ils ne sont pas compensés pour les risques. La Recommandation rejette l'adoption de ces institutions du droit américain qui offrent une prime de risque pour le représentant du groupe et font la « class action » américaine opérationnelle ; en même temps, elle oublie de suggérer des mesures alternatives pour régler ce problème. Ainsi, non seulement la Recommandation crée un système impuissant mais elle omet de le faciliter afin de le rendre opérationnel.

## II. POURQUOI LES PETITS LITIGES NE SONT-ILS PAS MIS EN APPLICATION ET COMMENT LE RECOURS COLLECTIF PEUT-IL RENDRE LA MISE EN APPLICATION DE CES CRÉANCES POSSIBLE ?<sup>11</sup>

La mise en application des petites créances se heurte souvent aux obstacles et elle s'avère suboptimale. Les dépenses juridiques en sont la raison majeure ; naturellement, ces frais émergent dans tous les cas (non seulement à l'égard des petites créances) ; en même temps, concernant les petits litiges, ces dépenses sont comparativement beaucoup plus grandes (en comparaison de la valeur du litige, elles sont beaucoup plus grandes qu'en cas de litiges plus importants). C'est pourquoi ces frais, dont la valeur absolue ne semble pas normalement être considérable, en cas de petits litiges, s'avèrent prohibitifs.

Premièrement, il y a des frais juridiques qui ne sont pas remboursables. Bien qu'en Europe, les frais juridiques sont, en principe, payables par la partie perdante, la partie gagnante ne peut pas obtenir le remboursement pour tous ses coûts. Il y a certains frais dont le remboursement n'est pas possible en droit ; par exemple, le désagrément et la perte de temps. Et il y a certaines dépenses qui sont, en droit, remboursables, mais en pratique le demandeur ne peut pas obtenir compensation pour ces frais ; par exemple, il est difficile de les prouver et de les documenter, le droit peut limiter le montant du remboursement qui peut être demandé comme compensation pour les honoraires de l'avocat.

Deuxièmement, les dépenses de l'évaluation juridique préalable peuvent aussi décourager le demandeur d'intenter une action en justice. Bien que celles-ci peuvent faire partie des frais juridiques remboursables, ces dépenses émergent dans la phase où le demandeur ne sait pas s'il y a des raisons d'investir du temps et de l'argent dans l'affaire.

Troisièmement, comme dans le cas des petits litiges, les dépenses sont comparativement très grandes (y compris le risque que le demandeur doive compenser le défendeur pour ses frais juridiques dans la mesure où le premier perd l'action), la balance de la mise en application peut être négative également dans le cas où la probabilité d'échec est relativement minuscule. Plus grandes sont les dépenses juridiques par rapport à la valeur de la créance, meilleur ce risque transparaît. Il faut également relever qu'en

---

<sup>11</sup> C. I. NAGY, « Comparative Collective Redress from a Law and Economics Perspective: Without Risk There Is No Reward ! », *Columbia Journal of European Law*, 2013, vol. 19, n° 3, pp. 469-498 (<http://ssrn.com/abstract=2377594>).

pratique, la mise en application comporte inévitablement certain risque et presque toutes actions comportent des risques aléatoires.

En conséquence, on peut tirer la conclusion que dans le cas des petites créances la balance de la valeur attendue et des frais attendus peut être négative même dans le cas où le demandeur a une grande chance de succès.

Le recours collectif a certains avantages qui permettent la mise en application des petites créances dans le cas où plusieurs personnes subissent un dommage en raison de la même conduite : le dommage individuel est moindre et, en conséquence, il ne peut pas être mis en application dans la pratique, tandis que la somme des dommages individuels est plus grande.

Les deux raisons principales de cet avantage sont les économies d'échelle<sup>12</sup> et le traitement du problème des externalités (les effets économiques externes). Il y a beaucoup de frais communs concernant les petites créances et leur mise en application jointe peut susciter des économies d'échelle et aider à éviter les externalités causées par les actions individuelles<sup>13</sup>. Naturellement, ces frais sont présents non seulement à l'égard des petits litiges ; toutefois, l'économie des frais est comparativement plus grande qu'en cas de créances plus grandes.

Dans des cas connexes qui partagent des questions communes de fait et de droit, les frais de la mise en application ne sont pas directement proportionnels au nombre des parties (demandeurs). Si les revendications sont jugées dans une seule procédure, les témoins doivent apporter leur témoignage une seule fois, de même, la responsabilité doit être délibérée également une seule fois<sup>14</sup>. C'est-à-dire que si le travail de l'avocat concernant l'affaire est de dix heures en relation avec un client, il peut arriver qu'en cas de cent clients ce n'est pas mille heures mais trois-cents, deux-cents ou juste cent heures. Une considérable part des frais juridiques, y compris les honoraires de l'avocat, peut être composée des coûts fixes, c'est-à-dire qu'ils émergent indépendamment du nombre de parties. Il y a certaines questions dont l'analyse ne dépend pas du nombre des parties et il y a quelques questions (de fait et de droit) qui sont individuelles et ne peuvent pas être partagées. Bien que la proportion entre les coûts fixes et les coûts variables dépende des circonstances, il est probable que si le préjudice des membres du groupe est porté par la même cause, il y a des coûts fixes considérables, rendant l'action collective rentable.

---

<sup>12</sup> V., par ex., T. S. ULEN, « An Introduction to the Law and Economics of Class Action Litigation », *European Journal of Law and Economics*, 2011, vol. 32, n° 2, p. 187.

<sup>13</sup> V. R. BONE, *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, Foundation Press, 2003, pp. 261-265.

<sup>14</sup> T. S. ULEN, « An Introduction to the Law and Economics of Class Action Litigation », *op. cit.*, 2011, vol. 32, n° 2, p. 187.

En cas de demandes similaires émergentes de la même cause, l'action individuelle peut causer des effets économiques externes considérables pour les personnes intéressées ; cela constitue un autre problème. La balance de la valeur prévue et des coûts prévus peut être négative au niveau individuel mais positive au niveau collectif ou social, puisque l'effet économique externe positif, à quoi les autres membres du groupe participent, n'est pas intériorisé par le demandeur individuel, ce qui peut conduire à une défaillance du marché et à une mise en application suboptimale.

Cela arrive notamment aux cas-test qui pourraient être considérés comme une alternative de l'action collective. Ici, un des membres du groupe, comme un pionnier, tente une action individuelle dans une affaire qui contient des questions pertinentes pour tous les autres membres du groupe.

Sitôt que les questions incertaines du contentieux deviennent juridiquement réglées, les risques inclus dans l'action disparaissent et, naturellement, cela constitue un avantage pour les autres membres du groupe : après que la juridiction ait réglé l'une des questions juridiques centrales de l'affaire, les risques des membres du groupe diminuent. Toutefois, le cas-test ne peut pas substituer le recours collectif d'une manière effective. À savoir, il peut conduire à un parasitisme : les membres du groupe non-actifs parasitent les efforts du membre, qui a intenté le cas-test. L'action collective résout le problème du parasitisme et rend possible l'intériorisation des effets économiques externes et conduit à la mise en application optimale<sup>15</sup>.

Par la suite, nous avons démontré que le recours collectif peut être plus efficace que les actions individuelles, la question qui se pose alors est la suivante : pourquoi les membres du groupe n'organisent-ils pas l'action collective eux-mêmes ? Puisque les systèmes juridiques européens comportent deux recours (un de droit matériel et un de droit procédural) qui pourraient être utilisés dans le but d'organiser la mise en application collective. Les membres du groupe peuvent établir une association et céder

---

<sup>15</sup> En même temps, en plus des effets externes positifs, il y a aussi des effets externes négatifs ; si un membre du groupe plaide individuellement et le défendeur gagne le litige, cela peut avoir un effet négatif sur les défendeurs ultérieurs. Bien que le jugement adopté dans le cas d'un membre n'ait pas autorité de chose jugée concernant les autres membres, le jugement dans le premier cas peut créer un précédent ou avoir une autorité persuasive. Donc, le défendeur investira au-dessus de la moyenne dans le premier litige, car s'il gagne ici, cela peut décourager les demandeurs ultérieurs. T. S. ULEN, « An Introduction to the Law and Economics of Class Action Litigation », *op. cit.*, 2011, vol. 32, n° 2, p. 189.

leurs créances à cette entité<sup>16</sup>. Également, ils peuvent créer une jonction d'instance et plaider ensemble<sup>17</sup>.

La raison pour laquelle l'organisation du groupe ne s'effectue pas spontanément est que les frais de l'organisation du groupe sont normalement très grands.

Premièrement, ces frais peuvent être conséquents et lors de petits litiges encore prohibitifs<sup>18</sup>. En outre, les instruments juridiques traditionnels qui pourraient être utilisés afin d'organiser le groupe n'ont pas été adaptés aux besoins du recours collectif et, pour cette raison, ils augmentent les coûts d'organisation. Par exemple, dans le cas d'une jonction, les membres individuels peuvent avoir des représentants différents et soumettre des déclarations contradictoires. La jonction ne centralise pas le groupe, elle permet simplement que les membres du groupe fassent partie du même procès et prennent place au même côté.

Deuxièmement, il est probable que le représentant du groupe ne pourrait pas demander le remboursement pour ses frais d'organisation. La règle est que la partie perdante supporte les frais concernant les dépenses juridiques et, probablement, cette notion ne s'étend pas aux frais d'organisation (puisque les frais d'organisation émergent avant l'action); pour cette raison, le représentant du groupe ne peut pas s'attendre à ce que ses dépenses d'organisation soient remboursées<sup>19</sup>.

Troisièmement, les frais d'organisation sont des coûts de transaction<sup>20</sup> : ils émergent aussi dans le cas où l'organisation du groupe échoue et l'action n'est pas intentée.

Quatrièmement, même si les organisateurs du groupe avaient le droit de demander le remboursement pour les frais d'organisation, ils devraient faire face aux mêmes risques qui émergent en cas de coûts juridiques : le remboursement pour les frais peut être attendu seulement dans le cas où le demandeur gagne, tandis que les dépenses d'organisation émergent sans tenir compte de l'aboutissement du procès.

En résumé, la mise en application des petites créances peut être suboptimale, tandis que l'action collective peut rendre possible la mise en application des créances aussi dans le cas où l'action individuelle ne serait

---

<sup>16</sup> C. I. NAGY, « A Csoportos Igényérvényesítés Gazdaságtana és Lehetőségei a Magyar Jogban », *Jogtudományi Közlöny*, 2011, n° 3, p. 163.

<sup>17</sup> C. I. NAGY, « A Csoportos Igényérvényesítés Gazdaságtana és Lehetőségei a Magyar Jogban », *Jogtudományi Közlöny*, 2011, n° 3, p. 163.

<sup>18</sup> T. S. ULEN, « An Introduction to the Law and Economics of Class Action Litigation », *op. cit.*, 2011, vol. 32, n° 2, p. 191.

<sup>19</sup> C. SILVER, « Class Actions – Representative Proceedings », in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 5, Edward Elgar Publishing, 2000, pp. 206-207.

<sup>20</sup> T. S. ULEN, « An Introduction to the Law and Economics of Class Action Litigation », *op. cit.*, 2011, vol. 32, n° 2, p. 189.



pas rationnelle ; c'est dû à l'économie d'échelle et au fait qu'elle règle le problème des effets économiques externes. La mise en application collective ne fonctionne pas de soi, sans une intervention législative, principalement en raison des frais d'organisation considérables. C'est-à-dire que le résultat optimal peut être atteint, si le droit règle le problème des frais d'organisation.

Il y a trois méthodes différentes qui peuvent être utilisées pour résoudre le problème des frais d'organisation. Celles qui les diminuent ou règlent le risque rattaché.

Premièrement, les systèmes *opt-out* impliquent des dépenses d'organisation plus petites<sup>21</sup>, quoique celles-ci puissent être diminuées même si le système *opt-in* est adopté.

Deuxièmement, le problème des frais d'organisation peut être mitigé aussi par un mécanisme efficace de transfert des frais juridiques : si on étendait le principe que la partie perdante doit rembourser le gagnant pour ses frais juridiques aux dépenses d'organisation, le représentant du groupe pourrait attendre un remboursement pour ses frais d'organisation raisonnables.

Troisièmement, l'extension de la notion des frais juridiques ne serait pas suffisante pour rendre les actions collectives opérationnelles, car le représentant du groupe n'est pas remboursé pour ses efforts d'organisation dans le cas où il ne parvient pas à organiser le groupe (les membres du groupe ne l'autorisent pas en nombre suffisant dans le système *opt-in*) ou la probabilité du gain de cause du demandeur est moins que 100% (c'est normalement le cas).

Contrairement à l'action individuelle où le demandeur prend évidemment en considération la rentrée qu'il recevra en cas de gain de cause, le recours collectif inclut une tierce partie qui ne plaide pas pour sa propre créance et c'est pourquoi il doit lui-même évaluer si l'action est rentable ou non. Le représentant du groupe n'attend aucune rentrée de la demande mise en application ou seulement un petit revenu (dans la mesure où il est aussi un membre du groupe). Le demandeur individuel peut considérer qu'il est raisonnable de prendre le risque de ne pas être remboursé pour ses frais juridiques et d'être responsable pour les frais juridiques du défendeur, car il sait que s'il gagne l'action il obtiendra ce qu'il revendique. En même temps, le représentant du groupe n'a pas d'intérêt individuel dans l'action puisque sa demande en tant que membre

---

<sup>21</sup> Cf. J. G. DELATRE, « Beyond the White Paper: Rethinking the Commission's Proposal on Private Antitrust Litigation », *Competition Law Review*, 2011, vol. 8, n° 1, p. 38 (Le recours collectif *opt-out* serait en soi suffisant pour augmenter le nombre des victimes indemnisées).

du groupe est incomparablement plus petite que les coûts et les risques qu'il assume dans l'intérêt du groupe.

En Europe, le problème de la prime de risque émerge, principalement, en raison du financement d'une tierce partie ; en cas d'action individuelle, le demandeur prend ses propres risques et ne reçoit aucune prime de risque (contrairement au droit américain où des institutions juridiques comme les dommages-intérêts punitifs et triples, la règle américaine des frais juridiques, dans certains cas le transfert unidirectionnel de ces frais assurent une prime de risque pour le demandeur individuel). Bien que l'on pourrait dire qu'en cas d'actions collectives les membres du groupe devraient supporter les risques de la mise en application (et ils devraient avancer les dépenses juridiques et être responsables pour rembourser le défendeur gagnant), ce serait non seulement incompatible avec le régime *opt-out*, mais, tant que les petites créances sont concernées, cela augmenterait de beaucoup les coûts d'organisation et très probablement à un niveau prohibitif. Naturellement, la prime de risque ne doit pas nécessairement être supportée par le défendeur, celle-ci peut être supportée aussi par des membres du groupe et le représentant du groupe peut recevoir sa rémunération pour les risques pris de la somme accordée par la Cour.

En résumé, afin de rendre la mise en application collective faisable, des mesures dans deux directions devraient être prises. Les frais d'organisation devraient être réduits et le risque de ne pas être remboursé des frais juridiques et d'être responsables des frais juridiques du défendeur devrait être mitigé par une prime de risque adéquate.

### III. POURQUOI LES PETITES CRÉANCES NE SONT-ELLES PAS MISES EN APPLICATION ET COMMENT LE RECOURS COLLECTIF PEUT-IL RENDRE LA MISE EN APPLICATION DE CES CRÉANCES POSSIBLES ?

#### A. – *Des difficultés constitutionnelles : l'autonomie privée et le consentement tacite*

Le système *opt-out* peut causer des problèmes constitutionnels, car la « représentation sans procuration » peut étrangler l'autonomie privée de la partie, c'est-à-dire, le droit de décider si on plaide ou ne plaide pas, et si on plaide, comment le fait-on<sup>22</sup>. En même temps, il y a de nombreux arguments qui suggèrent que (en ce qui concerne les petites créances) le système *opt-*

---

<sup>22</sup> Communication de la Commission : « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », COM(2013) 401 final, 11.

*out* ne devrait pas être automatiquement inconstitutionnel. Bien que le recours collectif puisse être formé d'une manière qui déroge aux exigences constitutionnelles, à l'égard des petites créances, les difficultés constitutionnelles sont en grande partie une illusion.

Premièrement, en l'absence de recours collectif, de nombreuses petites créances ne passeraient pas en jugement ; et l'action collective donne exclusivement des avantages aux membres du groupe (pourvu qu'ils ne supportent pas le risque d'être responsable des dépenses juridiques du défendeur dans le cas où le représentant du groupe perd l'action). C'était contradictoire de se référer au préjudice du droit de disposition dans un cas caractérisé par l'inertie du demandeur<sup>23</sup>.

Deuxièmement, les systèmes *opt-out* contiennent, par définition, la possibilité de quitter le groupe (*opt-out*). Bien que la représentation obligatoire peut évidemment aller à l'encontre du droit de disposition (c'est-à-dire, du droit de décider si on plaide ou ne plaide pas et comment le fait-on) lorsque le membre du groupe est forcé de faire partie du groupe, il ne peut pas le quitter et il n'y a pas d'adhésion forcée dans le système *opt-out*. Les membres du groupe peuvent quitter le groupe sans peine. Le système *opt-out* seulement inverse le mécanisme d'adhésion et le silence vaut acceptation. Dans le système procédural traditionnel, le membre du groupe doit soumettre une déclaration, s'il veut faire partie de l'action ; dans le système *opt-out*, il doit soumettre une déclaration, s'il ne veut pas en faire partie. Le membre du groupe exerce son droit de disposition dans les deux cas ; et puisque l'expérience démontre que la grande majorité des membres ne le quittent pas, il est raisonnable d'inverser le mécanisme d'adhésion.

Nous pouvons également remarquer que le système *opt-out* est beaucoup plus constitutionnel et préserve le droit de disposition de manière beaucoup plus efficace que la directive de l'UE relative aux actions en cessation qui couvre treize directives de protection des consommateurs. La directive autorise les différentes entités à intenter une procédure pour obtenir un jugement déclaratif ou une cessation au nom d'une classe de consommateurs non identifiés, sans la nécessité d'une procuration ou un consentement individuel, et il ne permet pas aux membres de quitter le groupe. Ainsi, les membres du groupe ne peuvent pas refuser l'action collective, même s'ils le veulent ; ils sont obligés de rester dans le groupe. Pourtant, la constitutionnalité de la directive n'a pas été remise en question.

---

<sup>23</sup> V. T. EISENBERG et G. P. MILLER, « The Role of *Opt-Outs* and Objectors in Class Action Litigation : Theoretical and Empirical Issues », *Vanderbilt Law Review*, 2004, vol. 57, n° 5, p. 1532 ; S. ISSACHOROFF et G. P. MILLER, « Will aggregate litigation come to Europe ? », in G. BACKHAUS, A. CASSONE et G. B. RAMELLO (éd.), *The law and economics of class actions in Europe : lessons from America*, Edward Elgar, 2012, pp. 37-60.

Troisièmement, il est à remarquer que non seulement le droit de disposition est constitutionnellement protégé, mais aussi l'accès à la justice. Le recours collectif a comme but de faire des droits une réalité qui ne peut pratiquement pas être mise en œuvre.

Quatrièmement, les cas qui peuvent être allégués du droit constitutionnel national et qui sont utilisés comme des arguments contre la constitutionnalité de l'*opt-out*, peuvent, en majeure partie, être distingués de la mise en œuvre collective des petites créances qui n'excluent pas le système *opt-out* ; et, en 2014, le Conseil constitutionnel a confirmé les règles françaises introduites il y a peu, qui ont un caractère d'*opt-out* saillant.

La France a introduit, à l'égard des affaires de consommation, un mécanisme de recours collectif en 2014<sup>24</sup> qui a été examiné et approuvé par le Conseil constitutionnel<sup>25</sup>.

La réglementation française nouvelle établit un système unique (une *action de groupe à la française*) qui combine les éléments d'*opt-out* avec ceux d'*opt-in*. Bien que le droit français ait gardé l'exigence que le consommateur doive adhérer par une déclaration expresse, cette déclaration doit être soumise juste après avoir rendu le jugement. Le consommateur doit agir juste après que « le menu soit fixé », autant que possible. C'est comparable, dans une certaine mesure, avec le système *opt-out*, puisque, même dans ce cas, à la fin de la procédure le membre du groupe doit normalement agir pour recevoir sa part de dommages-intérêts. En même temps, c'est une différence réelle entre l'action du groupe à la française et le système *opt-out* puisque dans le droit français, le jugement a autorité de chose jugée à l'égard seulement des membres du groupe qui après avoir été informés activement consentent au jugement et à l'indemnité ; et si le membre du groupe considère qu'il peut atteindre un jugement plus favorable il peut plaider individuellement. Toutefois, il est présumé que les consommateurs prendraient le chemin de l'action individuelle très rarement. Compte tenu de la règle que le consommateur doit (et peut) entrer dans la phase dernière, après que la situation juridique ait été fixée, ce système devrait être considéré comme un mécanisme de facto *opt-out*.

La Code de la consommation établit une procédure générale et une procédure simplifiée.

La procédure simplifiée<sup>26</sup> s'applique si « l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus » et si « ces consommateurs ont subi un

---

<sup>24</sup> Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation publiée au *Journal Officiel* du 18 mars 2014.

<sup>25</sup> Le 14 novembre 2014, *JORF* n° 0065 du 18 mars 2014, Texte n° 2, Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014.

<sup>26</sup> Art. L 423-10 Code de la Consommation.

préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe ». Donc la Cour peut établir la responsabilité du défendeur et lui enjoindre d'indemniser les membres du groupe directement ou indirectement dans le délai déterminé par la cour ; le seul élément qui obscurcit le caractère *opt-out* de cette procédure est la règle selon laquelle le consommateur peut être indemnisé juste après avoir « accepté d'être indemnisé dans les termes de la décision ». La procédure simplifiée a des caractéristiques *opt-out* des plus fortes. Du point de vue de l'autorité de la chose jugée le caractère *opt-in* est préservé, puisque si le consommateur est mécontent du jugement, il peut prendre le chemin de la mise en application individuelle ; en même temps, malgré l'absence des effets de l'autorité de chose jugée, il est très improbable que la cour arriverait dans le litige subséquent à une conclusion différente de celle dans l'action collective. En outre, en fait, la procédure simplifiée ne rend pas l'adhésion expresse, le préalable de la procédure et du jugement et ne nécessite pas beaucoup plus d'activité de la part du consommateur que des systèmes *opt-out* : le consommateur devrait agir dans la phase de paiement ou d'exécution (par exemple, en contactant le représentant du groupe ou la cour, intentant l'exécution du jugement).

La procédure générale suit la même logique<sup>27</sup>. Dans la phase première, le juge – en conséquence de l'action du représentant du groupe – statue sur le bien-fondé de l'affaire autant que possible. Il statue sur la responsabilité du défendeur, définit le groupe et fixe les critères de rattachement et « détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices ». En outre, « le juge ordonne par la même décision les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe » et « fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice ». Dans la deuxième phase, qui n'est pas contentieuse, les membres du groupe sont informés et doivent décider s'ils veulent que l'autorité de la chose jugée ait des effets sur leur situation ; et dans l'idéal le défendeur leur paie la compensation. Si cela ne s'effectue pas, dans la troisième phase, la cour statue sur les difficultés éventuelles d'exécution et sur ces cas individuels dans lesquels le défendeur a refusé de payer. Par conséquent, la cour statue sur le bien-fondé de l'affaire déjà dans

---

<sup>27</sup> Art. L 423-3 à L 423-9 Code de la Consommation.

la première phase où (point très important) l'adhésion expresse des consommateurs n'est pas nécessaire ; et les consommateurs doivent décider s'ils veulent être indemnisés selon les termes du jugement. La fonction de la troisième phase est le règlement et les aspects individuels. Ainsi, ici l'autorité de la chose jugée dépend de l'acceptation du consommateur du jugement ; néanmoins, cela semble être une différence plutôt formelle du système *opt-out*, outre le fait que c'est assez improbable que la cour arriverait à une conclusion différente dans un litige individuel subséquent que dans l'action collective.

Il semble que pour le Conseil constitutionnel, ce qui a été déterminant dans l'action collective « à la française », est que l'autorité de la chose jugée s'étendra seulement aux membres du groupe qui auront reçu la compensation à l'issue de la procédure<sup>28</sup>. Il semble également que la circonstance était décisive puisque les membres du groupe participent seulement aux avantages et, puisque la compensation peut être payée seulement si le membre du groupe l'accepte, il est logique que l'autorité de la chose jugée s'étende simplement aux membres du groupe qui y ont consenti.

Avant d'adopter la décision ci-dessus le Conseil constitutionnel a été référé comme un exemple qui étaye l'inconstitutionnalité du système *opt-out*, en citant sa célèbre décision de 1989<sup>29</sup> relative à la loi autorisant les syndicats d'intenter une action (plus précisément : toutes actions) au nom de l'employé, y compris les cas concernant le licenciement<sup>30</sup>. Ce cas peut être distingué de l'usage du système *opt-out* concernant des petites créances (cette question est devenue académique, puisqu'à présent, il est vrai que la valeur de la décision de 1989 serait annulée par la décision de 2014 précitée).

Les petites créances pécuniaires peuvent être distinguées des cas de droit du travail, en particulier des cas de licenciement : les derniers contiennent des hauts risques et des hautes valeurs pécuniaires et la cour peut rétablir l'employé dans son emploi. En outre, le Conseil constitutionnel n'a pas établi que la « représentation sans autorisation » ou que l'inférence du droit de représentation du silence de l'employé serait inconstitutionnelle. Bien au contraire, elle a établi que si l'employé n'objecte pas la procédure du syndicat, ça peut être considéré comme un consentement<sup>31</sup>. Le Conseil constitutionnel a considéré cette affaire comme une question d'avis : l'employé doit être informé par lettre recommandée<sup>32</sup>. Autrement dit,

---

<sup>28</sup> Points 10 et 16.

<sup>29</sup> Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989.

<sup>30</sup> Point 25.

<sup>31</sup> Points 25-26.

<sup>32</sup> Point 26.

l'exigence établie par le Conseil constitutionnel à l'égard des systèmes *opt-out* est l'avis adéquat. On doit prendre en considération que la loi ci-dessus concernait toutes les créances en droit du travail et que les exigences constitutionnelles concernant les moyens d'avis peuvent être moins rigoureuses en cas de petites créances pécuniaires.

Les règles françaises adoptées en 2014 semblent dépasser les exigences constitutionnelles de la décision de 1989, puisque, même si à la fin de la procédure, ils exigent que les membres du groupe acceptent le jugement, ils ne se contentent pas de l'adhésion tacite.

La Cour constitutionnelle Hongroise a examiné le problème de la « représentation sans procuration » dans plusieurs affaires. Comme des survivances du droit socialiste, dans les années 1990, le droit hongrois a conservé certaines règles qui ont autorisé les syndicats et le procureur à intenter des actions sans la procuration de la partie<sup>33</sup>.

Ces règles ont eu une caractéristique unique : le droit de représentation de ces entités était général et obligatoire, c'est-à-dire, non seulement le droit de la représentation a manqué de la procuration de la partie, mais la partie représentée n'a pas eu la possibilité de quitter son action et d'y mettre fin. Ces règles ont été cassées par la Cour constitutionnelle Hongroise. En même temps, la Cour a aussi établi que la « représentation sans procuration » peut être en conformité avec la constitution, dans la mesure où elle est justifiée par des causes légitimes. Elle a établi que c'est en conformité avec les exigences constitutionnelles, si le procureur est autorisé à agir dans le cas où les intéressés ne sont pas capables de protéger leurs droits et a considéré que c'est une restriction inévitable du droit de disposition ; la Cour a aussi établi que c'est l'obligation de l'État de défendre les droits des personnes qui ne peuvent pas protéger leurs droits et l'État doit s'assurer qu'un de ses organes protège leurs droits.

En somme, bien que le recours collectif *opt-out* peut soulever des questions constitutionnelles dans quelques États membres, les arguments et la jurisprudence ci-dessus suggèrent qu'il est loin d'être irréconciliable avec les traditions constitutionnelles communes des États membres de l'UE.

#### B. – *Le recours collectif opt-out est étranger aux traditions juridiques continentales*

Cette constatation est, en fait, erronée (cela a été probablement vrai, il y a quelques décennies). Le droit européen contient un mécanisme très

---

<sup>33</sup> Décision de la Cour constitutionnelle n° 8/1990 (23 avril) (syndicats) ; Décision de la Cour constitutionnelle n° 1/1994 (7 janv.) (le ministère public).

important et populaire de caractère *opt-out* qui se base sur « la représentation sans procuration » (directive relative aux actions en cessation) ; et de nombreux États membres ont rendu possible la mise en application des créances pécuniaires dans un système *opt-out* (v. ci-dessous). La directive relative aux actions en cessation concerne treize directives de protection des consommateurs et autorise des entités différentes à intenter un procès pour un jugement déclaratif ou en cessation au nom d'un groupe de consommateurs non identifiés, sans que le besoin d'une procuration ou d'un consentement individuel soit nécessaire.

Bien plus, ce procès n'a pas de caractère *opt-out*, littéralement parlant ; en fait, il est « pire » que la perspective du droit de disposition, car il ne permet pas aux membres de quitter le groupe : autrement dit, les membres du groupe ne peuvent pas sortir, même s'ils le veulent ; ils sont obligés de rester dans le groupe. Bien que les créances pécuniaires ne peuvent pas être mises en application par ce mécanisme, du point de vue de la tradition juridique cela ne devrait faire aucune différence, puisque les deux sortes de créances (pécuniaires et non pécuniaires) sont indifféremment des demandes civiles. Il semble qu'il n'y ait aucune raison légitime d'accepter le système *opt-out* à l'égard des jugements déclaratifs et en cessation, mais pas d'accepter ce système concernant les demandes pécuniaires.

Malgré que le système *opt-out* ne soit pas considéré comme l'avis de la majorité en Europe, c'est loin d'être inconnu dans l'Ancien Monde. Maintenant, environ un tiers des États membres de l'Union européenne contient une modalité quelconque du système *opt-out* ; il y a neuf États membres qui permettent le jugement des demandes pécuniaires dans un système *opt-out* (Belgique<sup>34</sup>, Bulgarie<sup>35</sup>, Danemark<sup>36</sup> et Norvège<sup>3738</sup>, France, Hongrie<sup>39</sup>, Portugal<sup>40</sup>, Espagne<sup>41</sup> et le Royaume Uni<sup>42</sup>). Comme précisé ci-dessous, malgré le fait que le droit français ait adopté un système unique qui garde, du moins formellement, l'exigence d'*opt-in*, le système français peut

---

<sup>34</sup> Selon le système belge, c'est le juge qui décide si l'action est conduit dans le système *opt-in* ou *opt-out*.

<sup>35</sup> V. A. KATZARSKY et G. GEORGIEV, Chapter 11 : *Bulgaria, The International Comparative Legal Guide to Class & Group Actions* 2013, 2012, p. 64.

<sup>36</sup> *Administration of Justice Act*, § 254a-254e.

<sup>37</sup> *Dispute Act*, Chapitre 35.

<sup>38</sup> Au Danemark et en Norvège, c'est le juge qui décide si l'action est conduit dans le système *opt-in* ou *opt-out*.

<sup>39</sup> Loi LVII de 1996, § 92 ; Loi CLV de 1997, § 38-38/A.

<sup>40</sup> Loi 83/95 relatif l'*Acção Popular*.

<sup>41</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, § 11.

<sup>42</sup> N. ANDREWS, « Multi-party proceedings in England: representative and group actions », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2001, vol. 11, pp. 251-252 ; E. F. SHERMAN, « Group litigation under foreign legal systems : variations and alternatives to American class action », *DePaul Law Review*, 2002, vol. 52, pp. 401-432.



être caractérisé comme un système de facto *opt-out*. Cela implique qu'environ un tiers des États membres a un système *opt-out*. Il paraît alors contradictoire que le recours collectif soit étranger à l'Europe continentale<sup>43</sup>.

Finalement, il semble être également contradictoire d'user de la tradition comme un argument fondamental lorsqu'on essaie de créer un système nouveau. À quoi cela rime-t-il, si on rejette une résolution législative nouvelle tout simplement parce qu'elle est nouvelle (comme si c'était l'équivalent du « mal »). Le système *opt-out* constitue réellement une résolution législative nouvelle en Europe (mais pas si nouvelle, qu'elle paraîtrait à première vue), en même temps, il peut être jugé seulement après une analyse totale et détaillée qui considère tant les avantages que les inconvénients.

Il serait contradictoire si, en cherchant la solution législative à adopter, on objecterait une conception nouvelle simplement pour la raison qu'elle est nouvelle et ne fait pas partie du droit en vigueur (dont la réforme est le sujet de l'examen).

L'innovation d'aujourd'hui est la tradition de demain. Bien que ses racines remontent à l'*equity*<sup>44</sup>, l'institution de la « class action » est devenue partie du droit américain seulement en 1938 ; et ce système a été réformé en 1966 et modifié quelque peu en 2003<sup>45</sup>. Il peut être établi que la « class action » américaine a été finalisée en 1966, rendant cette réforme de la « class action » opérationnelle et courante<sup>46</sup>. Aujourd'hui, cette réforme est considérée comme la tradition américaine, contrairement à la tradition continentale.

*C. – Il est très difficile d'identifier les membres du groupe et de prouver  
qui est membre du groupe*

D'après la Recommandation, dans le système *opt-out*, les membres du groupe ne reçoivent généralement pas leur argent et les avantages de l'action

---

<sup>43</sup> C. I. NAGY, « A csoportos igényérvényesítés összehasonlító jogi modelljei II. A csoportos igényérvényesítés európai modelljei és az összehasonlító jogi modellek tanulságai », *Külgazdaság Jogi Melléklete*, 2010, vol. 54, n° 11, pp. 138-143.

<sup>44</sup> *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), *class action* ; *American Jurisprudence*, Thomson/West, 2005, § 1782 ; *Montgomery Ward & Co. v Langer*, 168 F2d 182, 187 (1948).

<sup>45</sup> Sanford P. DUMAIN, *Recent amendments to Rule 23, Current Developments in Federal Civil Practice 2005, Litigation and Administrative Practice Course Handbook Series*, Practising Law Institute, Litigation, 2005, pp. 221-248 ; C. H. EDWARD, « Federal class action reform in the United States: past and future and where next ? », *Defense Counsel Journal*, 2002, vol. 69, pp. 432-440 ; *American Jurisprudence*, Thomson/West, 2005, § 1782, 1791.

<sup>46</sup> V. N. M. PACE, « Class actions in the United States of America : an overview of the process and the empirical literature », p. 2 : ([http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/USA\\_\\_National\\_Report.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/USA__National_Report.pdf)).

collective (la prestation reçue) passent chez le représentant du groupe. Selon la Recommandation, « il se peut qu'un système fondé sur le consentement tacite aille à l'encontre de l'objectif premier du recours collectif, qui est d'obtenir la réparation du préjudice subi, puisque ces personnes ne sont pas identifiées et que l'indemnité ne leur sera donc pas versée »<sup>47</sup>.

L'assertion ci-dessus est basée sur une méprise fatale. Tout comme les systèmes *opt-in*, le mécanisme *opt-out* a pour but de fournir de la compensation financière pour les membres du groupe ; ayant pour objectif final qu'ils reçoivent effectivement une prestation pécuniaire<sup>48</sup>. Bien que dans certains cas, la cour peut prescrire un « fluid recovery » où « cy-pres »<sup>49</sup>, ce n'est pas une nécessité.

Évidemment, il est beaucoup plus simple de distribuer la compensation dans le système *opt-in*, puisque ici les membres du groupe sont identifiés ; en même temps, la compensation peut également être distribuée parmi les membres dans le système *opt-out*, s'ils sont identifiables. C'est un choix législatif : si la sphère d'application du recours collectif peut concerner seulement les cas où les membres du groupe doivent être clairement identifiables et établir combien de membres le groupe peut déterminer, le jugement de la cour quant à lui, peut définir précisément le groupe et les membres le composant, tels que, par exemple, les abonnés d'une entreprise de télévision par câble dominante entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2014 ; les personnes qui ont dû payer un impôt d'enregistrement du véhicule majeur qui s'est avéré contraire aux règles du marché intérieur ; les citoyens étrangers qui ont dû payer des frais de scolarité discriminatoires pour

---

<sup>47</sup> Recommandation, p. 12.

<sup>48</sup> Sur l'administration des créances, v. K. KINSELLA et S. WHEATMAN, 14 « Class notice and claims administration », in A. A. FOER & J. W. CUNEO réd., *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Edward Elgar, 2010, pp. 273-274 ; K. KINSELLA et S. WHEATMAN, 13 « Class notice and claims administration », in A. A. FOER & R. M. STUTZ réd., *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States*, Edward Elgar, 2012, pp. 338-348.

<sup>49</sup> V. J. C. ALEXANDER, *An introduction to class action procedure in the United States*, Conférences, Debates over group litigation in comparative perspective, Genève, 21-22 juill. 2000, p. 16 (<http://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>) ; A. A. FOER, 14 « Cy pres as a remedy in private antitrust litigation », in A. A. FOER & R. M. STUTZ réd., *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States*, Edward Elgar, 2012, pp. 349-364, (« The normal remedies in a private antitrust case are a combination of injunctions and treble damages that are paid to the victim or victims of the anticompetitive activity. When an aggregate amount of damages is established, the primary objective is to distribute the damages to those who were injured. In antitrust class action litigation, however, it is often impossible or impracticable to compensate all victims. Administrative concerns may work against payments to individual plaintiffs, as in the case of an extremely large class where the fund is not sufficient to justify the transaction costs of distribution to individual claimants. Consequently, in some cases, there is money left over in the form of unclaimed funds. In such cases, courts sometimes employ the doctrine of "cy pres" to put the unclaimed funds to "the next best use", which may include awarding funds to public interest organizations or charities for purposes related to the case »).

l'année 2014. Une telle définition rend les membres du groupe facilement identifiables.

Bien que dans certains cas, il est difficile, voire impossible de créer une définition permettant d'identifier les membres du groupe, dans d'autres cas, il est possible de trouver des critères permettant de les identifier. Comme une option législative, on pourrait faire une exigence du recours collectif que les membres du groupe soit clairement identifiable. En même temps, il serait contradictoire de raisonner de manière à ce que – puisque le recours *opt-out* ne fonctionnerait pas dans certains cas, car les membres du groupe ne sont pas facilement identifiables – cette institution juridique doit être rejetée aussi dans les cas où elle fonctionnerait, attendu que les membres du groupe sont identifiables.

On doit séparer le bon grain de l'ivraie. Si une maladie mortelle a un seul traitement dont le taux de réussite est cependant seulement de 20%, il est douteux qu'il serait raisonnable de ne pas l'utiliser simplement parce que cela ne fonctionne pas dans 80% des cas ; bien au contraire, il serait beaucoup plus raisonnable de continuer à utiliser ce traitement pour sauver ceux qui peuvent être sauvés.

Contrairement à l'assertion de la Recommandation, le problème le plus grand du recours collectif n'est pas que les membres du groupe ne sont pas identifiés ; puisque « l'identification » peut être l'une des exigences de l'action collective. Le problème le plus important est que dans certains cas les membres du groupe peuvent être identifiés *de jure* mais ne peuvent pas l'être *de facto*. Par exemple, les entreprises de taxi fixent des prix lésant les passagers<sup>50</sup>. Bien que l'infraction soit prouvée et les membres du groupe sont légèrement identifiables en droit, il est supposé que la majorité des membres du groupe (les personnes lésées) ne puisse pas prouver leur appartenance au groupe, puisque, normalement, on ne garde pas les recettes.

Néanmoins, même si l'indemnité ne peut pas être payée aux membres du groupe en raison de difficultés pratiques, cela ne signifie pas nécessairement que leur part est payée effectivement par le défendeur (mais il est facile de sympathiser avec l'approche que le malfaiteur doit être privé des avantages de son infraction). L'action collective n'implique pas nécessairement la mise en application collective. Bien qu'à mon avis le recours collectif devrait embrasser aussi la mise à exécution collective (et il constitue une lacune majeure de la Recommandation qu'elle ignore puisque en ce qui concerne les créances pécuniaires, le but de l'action n'est pas le

---

<sup>50</sup> J. C. ALEXANDER, *An introduction to class action procedure in the United States*, Conferences, Debates over group litigation in comparative perspective, Genève, le 21-22 juillet 2000, p. 16 (<http://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>).

jugement mais l'argent), il n'y a aucune référence dans la Recommandation concernant l'extension à l'exécution du recours collectif.

Finalement, à mon avis, bien que ce ne soit pas inévitable, il était raisonnable d'obliger les « malfaiteurs » à payer une indemnité même si les membres du groupe ne sont pas identifiés en droit ou en fait. Le droit ne peut pas laisser l'avantage obtenu par une infraction chez le malfaiteur ; il est facile d'approuver l'approche que cela devrait être dépensé dans un but d'intérêt public, ainsi, cela pourrait entrer dans le cadre d'application des actions collectives.

Un mécanisme de recours collectif est le plus efficace lorsqu'il n'est pas appliqué. Ce mécanisme peut rendre des droits qui ne peuvent pratiquement pas être exercés, en réalité. Bien qu'en l'absence de recours collectif, de nombreuses règles et droits sont considérés comme pratiquement non-existants, le recours collectif est capable de rendre l'infraction de ces droits extrêmement risquée et incite les entreprises à les respecter. D'un point de vue social, il est préférable d'enrichir le représentant du groupe que de laisser un enrichissement illicite chez le malfaiteur ; et il ne faut pas oublier que cela ne constituerait pas une manne céleste, considérant que le représentant du groupe investit grandement dans la mise en application des créances du groupe.

*D. – Le recours collectif opt-out causerait un « boom » de litige et créerait une opportunité de chantage pour le représentant du groupe*

Le préjugé le plus populaire à l'égard du recours collectif est ce que, comparativement aux États-Unis, il causerait une sorte de « boom » de litige ou de multiplication de contentieux et permettrait au représentant du groupe qui rassemble une masse de créances pour faire du chantage sur les défendeurs et d'en profiter par des accommodements illégitimes. Ces craintes sont complètement non motivées.

Aux États-Unis, il n'y a pas de causalité entre le système *opt-out* et la multiplication du contentieux et l'opportunité de chantage (à supposer que celui-ci existe). Aux États-Unis, le nombre des « class actions » et l'inclination du défendeur à régler le litige au moyen d'un accommodement ne sont pas dus à la règle *opt-out* mais à l'environnement juridique et social qui l'encadre<sup>51</sup>. À savoir que le droit américain contient des règles différentes qui ne se rapportent pas à la « class action » mais qui catalysent

---

<sup>51</sup> Concernant les données statistiques, v. C. I. NAGY, « Comparative collective redress from a law and economics perspective : without risk there is no reward ! », *Columbia Journal of European Law*, 2013, vol. 19, n° 3, pp. 490-495.

son opération. À titre d'exemple, le droit américain connaît l'institution des dommages-intérêts punitifs (« punitive damages ») et certaines lois prévoient des dommages-intérêt triples (« treble damages »)<sup>52</sup> ; la règle américaine concernant les honoraires d'avocat ne se base pas sur le principe « le perdant paye », mais toutes les parties supportent les dépenses sans tenir compte de l'aboutissement de l'action<sup>53</sup> ; certaines lois (par exemple, le « Sherman Act », le « Magnuson-Moss Warranty Act ») prévoient un transfert unidirectionnel des coûts : si le demandeur gagne, il reçoit le remboursement pour ses frais d'avocat raisonnables, mais cela ne fonctionne pas inversement ; selon les statistiques, la tendance de litige de la société américaine est beaucoup plus grande que celle des sociétés européennes<sup>54</sup> ; l'opération des avocats plaideurs est, d'une façon générale, basée sur des accords d'honoraires de résultat (honoraires conditionnels) et les cabinets d'avocats travaillent selon le modèle entrepreneurial<sup>55</sup> où le cabinet d'avocat investit de l'argent et travaille dans l'action et, ainsi, – en échange d'une prime de risque adéquate – prend les risques du litige des parties ; finalement, les procès à la Cour d'assises et la communication des pièces du dossier (« pre-trial discovery ») facilite très amplement le travail du demandeur et renforcent les facteurs ci-dessus. Au regard de ces facteurs, il est facile de voir que le « boom » de litige et l'opportunité de prétendus chantages (pourvu qu'ils existent) sont autant spécifiques aux actions individuelles qu'aux actions collectives. Cela ne constitue pas une caractéristique propre à la « class action » mais plutôt une caractéristique générale du système américain.

Les propos ci-dessus sont renforcés par les expériences pratiques. Le système *opt-out* fait partie du droit des neuf États membres. Bien que la

---

<sup>52</sup> *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), damages and punitive damages ; *BMW of North America, Inc. v Gore*, 517 U.S. 559, 116 S.Ct. 1589 (1996) ; *Cooper Indus. v Leatherman Tool*, 532 U.S. 424, 432, 121 S.Ct. 1678, 1683 (2001).

<sup>53</sup> C. I. NAGY, « A csoportos igényérvényesítés összehasonlító jogi modelljei II. A csoportos igényérvényesítés európai modelljei és az összehasonlító jogi modellek tanulságai », *Külgazdaság Jogi Melléklete*, 2010, vol. 54, n° 11, pp. 96-98.

<sup>54</sup> V. M. GRYPHON, « Assessing the Effects of a “Loser Pays” Rule on the American Legal System: An Economic Analysis and Proposal for Reform », *Rutgers Journal of Law & Public Policy*, 2011, vol. 8, p. 567 ; B. J. RODGER, « Editorial – Private Enforcement and Collective Redress : The Benefits of Empirical Research and Comparative Approaches », *Competition Law Review*, 2011, vol. 8, p. 1.

<sup>55</sup> J. C. ALEXANDER, *An introduction to class action procedure in the United States*, Procedures, Debates over group litigation in comparative perspective, Genève, le 21-22 juillet 2000, p. 12 (<http://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>). Bien que les publicités d'avocat soient interdites ou restreintes dans de nombreux États-membres, récemment, ces prohibitions ont été terminées ou adoucies dans plusieurs systèmes juridiques. V. *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, COM/2004/83 final, p. 14 ; F. H. STEPHEN et J. H. LOVE, *Regulation of the Legal Profession*, *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III., (The Regulation of Contracts), Cheltenham, 2000, pp. 987-1017.

plupart de ces systèmes ait une courte histoire, comme nous l'avons évoqué plus haut, on peut constater qu'il n'y a eu aucun « boom » de litige dans ces pays<sup>56</sup>. Dans l'environnement juridique et social de l'Europe continentale, le système *opt-out* fonctionne d'une manière complètement différente que celle établie aux États-Unis.

Les expériences en Australie<sup>57</sup> et au Canada<sup>58</sup> sont également instructives. Dans ces pays, le système *opt-out* a été introduit (au niveau fédéral et provincial) et aucun « boom » de litiges n'a eu lieu<sup>59</sup>.

Enfin, on ne peut pas méconnaître que l'Europe n'est pas la seule région du monde où le recours collectif doit être concilié avec un environnement juridique continental ; cela a eu lieu notamment dans de nombreux pays de l'Amérique latine<sup>60</sup>.

Selon les craintes européennes, le représentant du groupe peut créer un ensemble de créances, comportant une masse de demandeurs, et peut profiter d'un accommodement déloyal du défendeur même si la créance est peu creuse. Néanmoins, cette opportunité de chantage est simplement une illusion. Le représentant du groupe mettant en application un ensemble de créances d'une valeur d'un milliard d'euros a précisément la même opportunité de chantage que le représentant d'une créance individuelle d'une valeur d'un milliard d'euros. Si les regards européens voient une opportunité de change dans le système américain, ce n'est pas dû à la « class action » mais à ces principes et règles d'application générale qui caractérisent le système juridique américain en général. Par exemple, en raison de la règle américaine concernant les honoraires d'avocat, l'accommodement est une alternative plus attractive, même si la créance du

---

<sup>56</sup> C. I. NAGY, « Comparative collective redress from a law and economics perspective: without risk there is no reward ! », *Columbia Journal of European Law*, 2013, vol. 19, n° 3, pp. 490-493.

<sup>57</sup> En Australie, l'institution du recours collectif a été introduite dans le droit fédéral en 1992. *Federal Court of Australia Amendment Act 1991* (No. 181 of 1991). V. S. S. CLARK et C. HARRIS, « Multi-plaintiff litigation in Australia: a comparative perspective », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2001, vol. 11, pp. 289-320.

<sup>58</sup> De nombreuses provinces du Canada ont introduit l'institution du recours collectif, ainsi British Columbia, *Class Proceeding Act 1995*, S.B.C. ch 21 (1995), Ontario, *Class Proceeding Act 1992*, S.O. ch 6 (1992), Quebec, *Quebec Civil Code, Book IX.*, Newfoundland & Labrador, *Class Actions Act, S.N.L.*, ch. C-18.1 (2001) (Newfoundland & Labrador), et Saskatchewan, *The Class Actions Act, S.S.*, ch. C-12.01 (2001) (Saskatchewan). L'institution de l'action collective fait partie aussi des règles judiciaires fédérales, *Federal Court Rules*, Part 4, 299.1-42.

<sup>59</sup> Concernant les données statistiques, v. C. I. NAGY, « Comparative collective redress from a law and economics perspective: without risk there is no reward ! », *Columbia Journal of European Law*, 2013, vol. 19, n° 3, pp. 493-495.

<sup>60</sup> V. A. GIDI, « Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries », *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, pp. 311-408 ; A. GIDI, « The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad : the Case of Latin America », *Brooklyn Journal of International Law*, 2012, vol. 37, n° 3, pp. 901-940.

demandeur est faiblement soutenue, car le défendeur doit supporter les honoraires d'avocat même si la créance du demandeur s'avère creuse. Si le défendeur conclue un accommodement, il peut économiser ses frais d'avocat. En outre, la possibilité des dommages-intérêts punitifs ou dommages-intérêts triples peut multiplier les coûts attendus par le défendeur à l'égard de l'action.

Par exemple, supposons que les frais juridiques de l'action soient de 200 000-200 000 euros pour le demandeur et le défendeur ; ils doivent supporter les coûts sans tenir compte de l'aboutissement de l'action. La valeur de la créance est 1 000 000 euros et elle est très faiblement fondée : le demandeur a 10% de chance de gagner. Le demandeur plaide en raison de l'infraction des règles du droit de la concurrence, ainsi, selon le « Sherman Act », il peut revendiquer des dommages-intérêts triples et le remboursement de ses frais d'avocat raisonnables, dans le cas où il gagne (mais le transfert des frais d'avocat est unidirectionnel)<sup>61</sup>.

Par conséquent, (si on ignore les frais de justice, l'inflation et la longueur de la procédure), le demandeur rationnel baserait sa décision concernant l'action sur le calcul suivant. Du côté des coûts prévus, les dépenses valent 200 000 euros. La valeur prévue est le produit de la valeur de la demande et de la probabilité de succès : EUR 320 000 = (EUR 1 000 000 x 3 + EUR 200 000] x 10%. En conséquence, il est rationnel pour le demandeur d'intenter une action, la balance de l'action est positive : EUR 320 000 - EUR 200 000 = EUR 120 000.

Le défendeur, du côté des dépenses, fait également face à des honoraires d'avocat d'une valeur de 200 000 euros et il y a 10% de probabilité qu'il doive payer 3 x 1 000 000 euros à titre de dommages et 200.000 euros à titre de remboursement des honoraires d'avocat raisonnables du demandeur : (EUR 1 000 000 x 3 + EUR 200 000) x 10% + EUR 200 000 = EUR 520 000. De l'autre côté, il ne peut attendre aucune rentrée, puisque, même s'il gagne, la seule « recette » est qu'il ne doit pas payer des dommages-intérêts (la valeur attendue est EUR 0). En conséquence, la balance du défendeur est négative (EUR -520 000 EUR = EUR -200 000 - EUR 320 000). La perte attendue du défendeur à l'égard de l'action est très considérable en comparaison de la valeur de la créance, malgré le fait que le demandeur ait une très grande chance de gagner (90%).

Dans ces circonstances, les parties tenteront de parvenir à un accommodement où le demandeur n'acceptera pas moins que 120 000 euros, tandis que le défendeur ne payera plus que 520 000 euros. La somme exacte dépendra des compétences de négociation des parties. Il convient de noter que dans le cas ci-dessus il est rationnel pour le défendeur de payer une

---

<sup>61</sup> 15 U.S.C. § 15.

somme qui est plus grande de 50% de la valeur de la créance, tandis que le gain de cause du demandeur est de seulement 10%.

Les résultats sont différents si on met le cas ci-dessus dans l'environnement juridique continental. Dans ce cas, au regard de la faible probabilité de gain de cause, il ne serait pas rationnel pour le demandeur d'intenter une action. Pour le demandeur, la recette attendue de l'action est 100 000 euros (EUR 1 000 000 x 10%), alors qu'il y a 90% de probabilité qu'il doive supporter tous les frais juridiques (ses propres frais et ceux du défendeur) : EUR 400 000 x 90% = EUR 360 000. En conséquence, la balance du demandeur est négative (EUR 100 000 – 360 000 EUR = EUR - 260 000) ; c'est dû à l'absence de dommages-intérêts triples et à l'approche européenne sur les coûts juridiques (« le perdant paye »).

#### IV. LE FINANCEMENT ET LES GARANTIES PROCÉDURALES

(Le principe « le perdant paye », l'absence d'honoraires de résultat et des dommages-intérêts punitifs et triples, la représentation est limitée aux entités à but non lucratif)

La Recommandation introduit des garanties afin d'anticiper les incitations à abuser du mécanisme de recours collectif : elle rend la règle « le perdant paye » obligatoire<sup>62</sup>, exclue, au moins en principe, les honoraires de résultat<sup>63</sup>, interdit les dommages-intérêts punitifs et triples<sup>64</sup> et limite la représentation du groupe aux entités à but non lucratif<sup>65</sup>.

Ces garanties semblent être exagérées, compte tenu du fait que la Recommandation justifie le choix du système *opt-in* avec l'anticipation de pratiques abusives. Le fait que la Recommandation rejette les institutions juridiques caractéristiques aux États-Unis qui encadrent l'opération de la « class action » américaine, suggère clairement que ce n'est pas le système « opt-out » mais son environnement juridique qui est responsable de la pléthore prétendue des « class actions » de l'autre côté de l'Atlantique.

En outre, les systèmes juridiques de quelques États membres connaissent des honoraires basées sur une obligation de résultat et des dommages-intérêts punitifs (les premiers sont légaux dans un bon nombre d'États membres)<sup>66</sup>. Bien qu'en Europe la somme des dommages-intérêts

---

<sup>62</sup> Point 13.

<sup>63</sup> Points 29-30.

<sup>64</sup> Point 31.

<sup>65</sup> Point 4.

<sup>66</sup> V. S. M. GRACE, « Strengthening Investor Confidence in Europe : U.S.-style Securities Class Actions and the *acquis communautaire* », *Journal of Transnational Law & Policy*, 2006, vol. 15, pp. 287-88 ; D. WAELBROECK, D. SLATER et G. EVEN-SHOSHAN, *Comparative report*,



punitifs soit minuscule (en comparaison des États-Unis), cette institution juridique est une partie solide du droit anglo-saxon<sup>67</sup>.

Le problème le plus important est ce que la Recommandation interdit les techniques de prime de risque du droit américain qui sont impopulaires en Europe mais ne propose aucune solution alternative. Les honoraires de résultat et les dommages-intérêts prohibitifs assurent une prime de risque au représentant du groupe, afin de le compenser pour les risques qu'il supporte dans l'intérêt des membres du groupe. La Recommandation pose, comme principe général, l'interdiction de ces instruments assurant une prime de risque, mais ne propose aucune alternative.

Il est économiquement rationnel pour le représentant du groupe de mettre en application les créances des membres du groupe, si tous les frais connectés à l'action collective peuvent être transférés au défendeur perdant et une prime de risque est accordée au représentant du groupe, c'est-à-dire que s'il gagne, il reçoit un remboursement plus grand que les frais effectifs, afin de le compenser pour les risques qu'il supporte par le déclenchement du procès<sup>68</sup>. La « règle américaine » sur les honoraires d'avocat, les honoraires de résultat et les dommages-intérêts punitifs fonctionnent comme une prime de risque. La règle américaine transfère intentionnellement quelques risques de l'échec du demandeur ou du représentant du groupe, au défendeur<sup>69</sup>. Les dommages-intérêts « super-compensatoires » sont clairement des primes de risque ; une des raisons d'être des dommages-intérêts punitifs et triples est de créer une motivation pour le demandeur de plaider et de le compenser pour les risques qu'il supporte<sup>70</sup>. Les honoraires de résultat sont également

---

*Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules*, Ashurst, 2004, pp. 93-94 et 116-17

([http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative\\_report\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf)) ; C. LESKINEN, « Collective Actions : Rethinking Funding and National Cost Rules », 8 *Competition Law Review*, 2011, vol. 8, pp. 98-105.

<sup>67</sup> V. WILCOX, *Punitive Damages in England, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienne, Springer, 2009, pp. 7-54.

<sup>68</sup> C. I. NAGY, « Comparative collective redress from a law and economics perspective: without risk there is no reward ! », *Columbia Journal of European Law*, 2013, vol. 19, n° 3, pp. 495-497.

<sup>69</sup> V. M. GRYPHON, « Assessing the Effects of a “Loser Pays” Rule on the American Legal System: An Economic Analysis and Proposal for Reform », *Rutgers Journal of Law & Public Policy*, 2011, vol. 8, p. 569.

<sup>70</sup> V. BEHR, « Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts », *Chicago-Kent Law Review*, 2003, vol. 78, pp. 120-121 ; L. T. VISSCHER, « Economic Analysis of Punitive Damages », in H. KOZIOL & V. WILCOX éd., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, 2009, p. 224 ; H. KOZIOL, *Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation ? Comparative Report and Conclusions*, in H. KOZIOL & V. WILCOX éd., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, 2009, p. 304.

des primes de risque, car ces frais sont probablement plus grands que les honoraires demandés en l'absence de risque.

La Recommandation interdit l'usage de ces institutions juridiques (qui, d'ailleurs, ne s'appliquent pas généralement en Europe) sans offrir une solution en échange afin de faire face au problème de la prime de risque. Comme démontré ci-dessus, les répercussions et la pléthore de la « class action » américaine (c'est-à-dire, du système *opt-out*) n'émergerait pas dans l'environnement européen. En même temps, il faut noter également que dans le droit américain, il y a des primes de risque généreuses qui sont responsables de l'opération de la « class action ». L'ironie du sort fait que d'une part, les institutions qui pourraient inciter les représentants des groupes à prendre soi-même l'affaire du groupe et rendre le recours collectif très répandu, déplacerait l'environnement juridique européen de sa position actuelle vers le droit américain. Toutes les institutions dont l'absence explique pourquoi l'Europe ne doit pas craindre le recours collectif *opt-out* sont en fait les équivalents fonctionnels d'une prime de risque, même si elles sont d'application générale. D'autre part, sans une prime de risque adéquate, le système européen ne pourrait pas être répandu et efficace<sup>71</sup>.

Il serait exagéré de parler de cercle vicieux ; ce n'est pas vrai ; c'est une question d'équilibre : les législateurs européens et nationaux doivent trouver le point d'équilibre où la recette marginale de la mise en application efficace est égale au coût marginal d'abus et d'effets négatifs. La détermination de la prime de risque permet l'ajustement ; une petite prime de risque inciterait le représentant à tenter une action dans les cas pertinents, mais ne serait pas assez pour être une incitation à prendre des cas moins importants.

Si la prime de risque incluse dans le système américain semble être exagérée en Europe, une prime plus petite devrait être introduite. En outre, le péril inhérent de la prime de risque ne réfute pas la proposition qu'on ne devrait pas craindre le recours collectif *opt-out* en Europe, puisque elle a un environnement juridique différent. La proposition est que, sans une prime de risque adéquate, l'intensité du recours collectif *opt-out* n'excéderait pas un certain niveau, n'est pas un argument contre son introduction ; particulièrement, puisque le représentant du groupe peut épouser la cause du groupe pour des raisons différentes ; et les expériences européennes limitées démontrent que les organisations civiles peuvent faire un effort pour la protection des droits des membres du groupe même si ce n'est pas rémunéré.

En somme, l'erreur principale de la Recommandation est qu'elle interdit les techniques de prime de risque inhérentes au système américain, et en même temps, ne propose aucune solution intermédiaire. Naturellement,

---

<sup>71</sup> C. I. NAGY, « Comparative collective redress from a law and economics perspective : without risk there is no reward ! », *Columbia Journal of European Law*, 2013, vol. 19, n° 3, p. 496.

la charge de la prime de risque pourrait être placée aussi sur les membres du groupe. Toutefois, en l'absence d'une prime de risque adéquate, il ne serait pas rentable pour le représentant du groupe de prendre le cas ; et même si le représentant du groupe est une entité à but non lucratif, les frais et recettes attendues doivent être en équilibre afin de rendre le système durable.

## V. CONCLUSIONS

Le débat en Europe sur le choix entre l'*opt-out* et l'*opt-in* stagne et comme nous l'avons démontré au cours de l'analyse, la Recommandation de la Commission européenne semble revenir sur la même controverse européenne d'il y a dix ans. La littérature est remplie des œuvres soutenant l'introduction du modèle *opt-out* en Europe et, excepté la phobie des solutions étrangères, nous pouvons difficilement trouver une analyse qui démontrerait, de manière convaincante, que l'introduction du système *opt-out* causerait un « boom » de litige et des accommodements forcés par chantage et abus en Europe. Si on les perçoit dans le système américain, on doit également voir que dans les cas d'action collective les représentants du groupe ont la même opportunité de chantage que le demandeur dans une action individuelle. Le paysage américain de litige est formé par des institutions juridiques comme les dommages-intérêts punitifs et triples, la « règle américaine » sur les honoraires d'avocat, le transfert unidirectionnel des frais dans certains cas, des honoraires de résultat, des cabinets d'avocats entreprenants et des attitudes procédurières. C'est cet environnement juridique et social qui est responsable du fait que de nombreux européens attribuent à la « class action » une connotation négative.

Il semble que la Commission ne pouvait pas éviter de tomber dans l'erreur « glace-viol ». Les enquêtes statistiques montrent que la consommation de glace et les meurtres sont corrélés positivement : plus la glace est vendue, plus les meurtres sont commis. Il y a une corrélation entre ces deux ? Oui, bien sûr. Serait-il raisonnable de conclure qu'il y a un lien de causalité ? Non. La consommation de la glace et les meurtres commis croissent en été : il fait chaud dehors, les gens rentrent plus tard. La corrélation ne signifie pas une causalité. La Commission a perçu qu'il y a une corrélation entre la « class action » américaine et certaines pratiques prétendument abusives. Cependant, elle n'a pas réussi à regarder les « class actions » de plus près afin de voir s'il y a un lien de causalité entre les deux ou si c'est simplement une corrélation.

Quoi qu'il en soit, il est particulièrement décevant de voir que le débat européen, comme il est présent dans la Recommandation de la Commission, porte toujours sur la même question : celle des modèles *opt-in* et *opt-out*.

Bien que cela semble constituer une problématique importante, elle semble être dépassée dans un certain sens et perd du poids à l'époque *online* où les membres du groupe peuvent simplement « cliquer » pour y adhérer. Le succès du recours collectif dépend du financement, y compris de la question de la prime de risque. Un système *opt-out* diminue les coûts d'organisation du groupe d'une manière significative et rend le recours collectif possible dans les cas où ces coûts se sont montrés prohibitifs. Toutefois, le recours collectif ne peut pas être vraiment efficace sans un financement propre. Cela ne signifie pas qu'aucune action collective ne serait intentée ; cela signifie que le succès pratique du recours collectif ne serait pas considérable. Les analyses et les expériences montrent qu'en Europe, il y a des systèmes *opt-in* qui ont connu un succès et des systèmes *opt-out* qui ont connu un échec. Sans sous-estimer la portée du débat sur l'*opt-out* et l'*opt-in*, il semble que le financement est la question centrale du recours collectif. Ce n'est pas une coïncidence que le mécanisme d'action collective le plus efficace prévoit un financement approprié dans la forme d'une série d'institutions juridiques (par exemple des dommages-intérêts punitifs, des dommages-intérêts triples, le transfert des coûts unidirectionnel).

On doit souligner que le besoin de la prime de risque n'est pas un argument contre l'introduction du système *opt-out*, parce que le représentant du groupe peut soutenir la mise en œuvre collective aussi pour des raisons non-économiques différentes. Le recours collectif pourrait fonctionner sans une prime de risque mais son intensité serait plus basse qu'elle pourrait être.

Malgré cela, la Recommandation de la Commission sanctionne la phobie des solutions juridiques étrangères prédominantes en Europe.

La Recommandation peut être critiquée puisque compte tenu du fait que, bien qu'elle s'applique seulement aux « cas de préjudices de masse dus à la violation de droits que leur confère le droit de l'Union »<sup>72</sup>, elle peut avoir un effet négatif sur les systèmes et propositions *opt-out* en Europe. La Recommandation est particulièrement décevante, puisque la Commission a eu un projet de directive progressif qui a épousé le modèle *opt-out* et qui a été révoqué en octobre 2009<sup>73</sup> ; cela démontre les conséquences et les effets du mélange de lobbies économique intensif et de « phobie » des solutions juridiques. Nous pouvons également remarquer et mentionner que de nombreux exemples de propositions nationales impartiales de caractère *opt-out* sont tombées dans le piège du lobbies économique puissant qui ont utilisé efficacement le traditionalisme juridique comme un moyen de marchandisage.

---

<sup>72</sup> Recommandation, point 1.

<sup>73</sup> V. M. IOANNIDOU, « Enhancing the Consumers' Role in EU Private Competition Law Enforcement : A Normative and Practical Approach », *Competition Law Review*, 2011, vol. 8, n° 1, p. 59, 78-80.

Le système de litige classique part de la situation simple où Gaius poursuit Julius en justice à cause de deux chevaux malades. Gaius et Julius sont des citoyens romains, ils ont du temps libre et illimité et visitent le préteur joyeusement afin de présenter leur cas ; et ils sont similaires du point de vue de leur richesse et de leur compétence. Par contre, ce n'est pas la réalité du XXI<sup>e</sup> siècle. L'époque contemporaine est caractérisée par des contrats et des cas standardisés, des entités individuelles font souvent face aux masses et le droit ne se contente pas, depuis longtemps, de rendre justice aux citoyens romains, mais il veut rendre justice à tout le monde. Cette projection de l'économie de masse a déjà atteint le droit substantiel : les règles sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs sont basées sur la reconnaissance de l'économie de masse et les entreprises individuelles font face aux masses. Il serait temps de reconnaître cet aspect également dans le droit procédural.

Ce scénario est particulièrement fréquent dans les cas concernant l'application du droit de l'UE (le cercle d'application de la Recommandation) : dans une grande partie des cas, les individus font face à l'État, car ce dernier, à titre d'exemple, a restreint la libre circulation des marchandises ou a adopté des règles discriminatoires. Il y a de nombreuses affaires européennes qui concernent les questions fondamentales du droit de l'UE et ont une importance sociale énorme ; en même temps, au regard des intérêts individuels minimes, nous pouvons nous demander pourquoi le demandeur individuel choisit d'intenter une procédure juridique qui prendrait plus de temps et de la rallonger par un renvoi préjudiciel qui causerait encore plus de retard. Toutes ces constatations suggèrent qu'un mécanisme de recours collectif efficace pourrait améliorer l'effectivité de l'application du droit de l'UE.

