

# La lettre

Mai 2008 - N° 12

## Contentieux Pénal et Commercial

### Actualité Contentieuse

#### *Editorial... Quand le Conseil d'Etat défend les avocats*

La lutte contre le blanchiment de l'argent de la drogue, du terrorisme ou de la grande criminalité, qui refuserait d'y participer ? Le secret professionnel des avocats, édicté dans l'intérêt de leurs clients, qui refuserait de le respecter ? A ces questions simples, auxquelles les réponses paraissent évidentes pour les professionnels du droit et de la finance comme pour le grand public, la transposition en droit français interne de la deuxième directive anti-blanchiment du 4 décembre 2001 avait répondu par une solution inacceptable que la haute juridiction administrative vient de censurer.

Par une décision du 10 avril 2008 (6<sup>ème</sup> sous-section de la section du contentieux - Melle Bretonneau, rapporteur, M. Guyomar, commissaire du Gouvernement - n<sup>os</sup> 296845 et 296907), le Conseil d'Etat a accueilli partiellement mais sur des points essentiels le recours formé par la profession d'avocat toute entière (le Conseil National des Barreaux, la Conférence des Bâtonniers, l'Ordre des avocats de Paris, l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation et même le Conseil des Barreaux européens - CCBE) à l'encontre de plusieurs dispositions du décret du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux et introduisant des modifications codifiées aux articles R562-2, R563-3 et R563-4 du Code monétaire et financier.

Cette décision, déjà qualifiée d'arrêt de principe, a été saluée par la profession d'avocat comme la victoire d'un long combat contre une dérive inadmissible de la lutte - légitime en elle-même - contre le blanchiment : au fil des directives européennes, les avocats assimilés à des banquiers, des exploitants de casinos, des changeurs ou vendeurs de métaux précieux, étaient progressivement conduits à dénoncer les clients qui s'étaient confiés à eux dans le cadre de la relation normale, couverte par le secret professionnel, et donc, en principe, protégée de toute divulgation. Il n'est pas besoin ici de rappeler les caractéristiques, en droit français, du secret professionnel des avocats, général et absolu, non limité dans le temps, protégé par la loi pénale et dont même le client ne peut délier l'avocat.

.../...



Gide Loyrette Nouel

Alger  
Tél. +213 (0)21 23 94 94  
gln.algiers@glde.com

Belgrade  
Tél. +381 (0)11 30 24 900  
gln.belgrade@glde.com

Bruxelles  
Tél. +32 (0)2 231 11 40  
gln.brussels@glde.com

Bucarest  
Tél. +40 21 223 03 10  
gln.bucharest@glde.com

Budapest  
Tél. +36 1 411 74 00  
gln.budapest@glde.com

Casablanca  
Tél. +212 (0)22 27 46 28  
gln.casablanca@glde.com

Hanol  
Tél. +84 4 946 05 05 / 06  
gln.hanol@glde.com

Hô Chi Minh Ville  
Tél. +84 8 823 8599  
gln.hcmc@glde.com

Hong Kong  
Tél. +852 2536 9110  
gln.hongkong@glde.com

Istanbul  
Tél. +90 212 385 04 00  
gln.istanbul@glde.com

Kiev  
Tél. +380 44 206 0980  
gln.kyiv@glde.com

Londres  
Tél. +44 (0)20 7826 9700  
gln.london@glde.com

Moscou  
Tél. +7 495 258 31 00  
gln.moscow@glde.com

New York  
Tél. +1 212 403 6700  
gln.newyork@glde.com

Paris  
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00  
info@glde.com

Pékin  
Tél. +86 10 65 97 45 11  
gln.beijing@glde.com

Prague  
Tél. +420 222 871 111  
gln.prague@glde.com

Riyad  
Tél. +966 1 476 60 39  
gln.riyadh@glde.com

Shanghai  
Tél. +86 21 53 06 88 99  
gln.shanghai@glde.com

Tunis  
Tél. +216 71 891 993  
gln.tunis@glde.com

Varsovie  
Tél. +48 (0)22 344 00 00  
gln.warsaw@glde.com



Mais la lutte contre le blanchiment paraissait devoir faire tomber toutes les barrières, toutes les limites au motif de cet impératif prioritaire de la société contemporaine : d'abord l'argent de la drogue, puis du terrorisme, enfin de la criminalité organisée, mais la fraude fiscale n'est pas loin... Les filtres mis en place pour éviter à l'avocat soumis à une "déclaration de soupçons" de s'adresser directement à la cellule Tracfin - en l'occurrence, l'intermédiaire du bâtonnier de l'Ordre dont il relève - ne suffisaient pas à masquer une évidence insupportable : sauf, dans quelques circonstances, notamment lorsque son client était déjà poursuivi pour blanchiment et qu'alors l'avocat conservait - c'était la moindre des choses ! - le droit de le défendre, dans la plupart des autres hypothèses, l'avocat devenait délateur au mépris de son serment, du secret professionnel, de son indépendance, de la confiance que le client avait placée en lui. Certes, et nous en convenons sans réserve, l'avocat complice du blanchisseur ne devait en rien être protégé puisque dans ce cas, il contrevenait à la loi autant qu'à ses règles déontologiques et ne pouvait donc se prévaloir d'aucun privilège tel que le secret professionnel.

Mais le problème restait entier pour l'avocat consulté par un client, de bonne réputation (une société fort connue par exemple, voire cotée en bourse...) qui lui demandait de réfléchir à un montage financier plus ou moins complexe faisant intervenir par exemple des filiales dans des pays lointains : devait-il dénoncer un tel montage du fait de sa seule complexité ou à cause de l'intervention de paramètres susceptibles de faire penser à une opération non exempte de critiques ?

Le décret de 2006 modifiant le code monétaire et financier applicable en l'espèce impliquait une telle dénonciation ; le Conseil d'Etat a annulé les dispositions du décret fondant cette obligation. Le processus a été long puisqu'il s'agissait au départ, pour cette réglementation française (loi et décret) d'opérer la transposition de la deuxième directive communautaire du 4 décembre 2001 "relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux" (ce titre montrant d'emblée que les avocats ne constitueraient pas le "cœur de cible" de cette législation), elle-même consécutive à une première directive du 10 juin 1991.

La transposition avait été effectuée - hors délai, par la France, comme si souvent - par la loi du 11 février 2004 mise en œuvre par le décret d'application du 26 juin 2006. L'ensemble du Barreau avait tenté dès lors de s'opposer à la "déclaration de soupçons" ainsi organisée et mise en place par cette législation : c'est l'objet du recours formé le 25 août 2006 ayant donné lieu à la décision du 10 avril 2008.

Le Conseil d'Etat, désormais doté d'une direction de la communication, a publié le jour même de la décision, un communiqué expliquant les conditions dans lesquelles il a annulé certaines dispositions du décret en interprétant les obligations imposées aux avocats par le dispositif

européen de lutte contre le blanchiment de capitaux dans un sens conforme au respect du secret professionnel.

Le Bâtonnier de Paris, dans un éditorial du Bulletin du Barreau, le Conseil National des Barreaux et le Conseil des Barreaux européens dans leurs communiqués respectifs, ont largement approuvé cette décision déjà reproduite et commentée ailleurs : l'essentiel réside dans l'affirmation de la prééminence du secret professionnel des avocats sur la lutte contre le blanchiment de capitaux, non seulement dans l'activité juridictionnelle (déjà exclue de la déclaration de soupçons) mais aussi dans l'activité de conseil juridique, sauf bien sûr, si l'avocat est complice d'une opération de blanchiment ou s'il réalise, pour le compte de son client, une transaction financière ou immobilière susceptible d'être effectuée par d'autres professionnels concernés par la législation sur le blanchiment de capitaux.

Pour positive que soit la décision du 10 avril (et les avocats sont fondés à la considérer ainsi), le dispositif anti-blanchiment n'est pas démantelé et la profession d'avocat appelle le gouvernement à renoncer à transposer la troisième directive, du 26 octobre 2005, dont un certain nombre de dispositions sont qualifiées de "monstrueuses" comme heurtant de front certains principes qui sont justement rappelés et renforcés par l'arrêt du 10 avril. Quels sont ces principes ?

- Le secret professionnel n'est pas seulement protégé par la loi nationale mais par la Convention européenne des droits de l'Homme (article 6 relatif au procès équitable, et article 8 relatif au respect de la vie privée).
- La défense et la représentation en justice exonèrent les avocats des obligations de déclaration de soupçons comme l'avait déjà retenu la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt du 26 juin 2007 dont le Conseil d'Etat reconnaît qu'il s'impose à lui.
- L'activité de conseil juridique non visée par cet arrêt de 2007 devait également être protégée comme l'avait reconnu la Cour constitutionnelle de Belgique dans un arrêt du 23 janvier 2008.

Faisant ainsi explicitement référence à deux décisions rendues en dehors du cadre national, mais sur le même sujet, le Conseil d'Etat, évoquant un "dialogue" (sic) avec les juridictions européennes et autres juridictions nationales de l'Union Européenne, manifeste clairement l'obligation pour l'autorité réglementaire française de respecter, dans la transposition de la réglementation communautaire, les principes reconnus et dégagés par ces juridictions. Car ces principes sont supra nationaux, de l'essence même de la profession d'avocat et donc de la démocratie. C'est sur le fondement de ces principes qu'ont été annulés :

- l'obligation pour les avocats de répondre directement aux demandes d'information de la cellule Tracfin sans passer par le filtre du Bâtonnier (art. R562-2 du Code monétaire et financier) ;



- L'oubli par l'autorité réglementaire de mentionner les dérogations relatives aux consultations juridiques (pour les transactions supposées servir de support à du blanchiment) (art. 563-4 du même code).

En revanche, la loi de transposition du 11 février 2004 a été jugée comme faisant une exacte transposition de la (deuxième) directive du 4 décembre 2001 et comme non contraire aux articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le débat est donc loin d'être clos. L'appel au refus de transposition de la troisième directive anti-blanchiment, donc à provoquer une procédure de manquement contre la France permettrait à la Cour de justice des communautés européennes de mettre un point final (?) à la discussion. Nous n'en sommes pas là mais les avocats sont déjà plus précisément éclairés sur la conduite à tenir

### **Législation... Un nouveau projet de loi pour lutter contre le trafic de produits dopants dans le sport**

Les affaires de dopage ont un impact médiatique important. Elles sont souvent révélées à l'occasion ou à la suite d'épreuves sportives très populaires. La loi est alors le seul recours légitime pour y remédier. Les textes législatifs s'accumulent pour lutter contre un fléau qui atteint l'éthique sportive et la santé publique. Le 2 avril dernier, un nouveau projet de loi a été enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale. Le Gouvernement ayant déclaré l'urgence sur ce projet, le texte pourrait être adopté avant l'été. Alors que les lois précédentes visaient tant la lutte contre le dopage que la protection de la santé des sportifs, ce projet de loi est relatif à la seule lutte contre le trafic de produits dopants, qu'il entend combattre en créant de nouvelles infractions (I) et de nouvelles règles de procédure (II).

#### **I. De nouvelles infractions**

La première loi de lutte contre le dopage avait été adoptée le 1<sup>er</sup> juin 1965. Elle sanctionnait alors pénalement le sportif qui faisait usage de produits dopants. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 89-432 du 28 juin 1989, on distingue le trafic ou la prescription de produits dopants, qui constitue une infraction pénale, et l'usage par un sportif de tels produits, qui est assorti de sanctions administratives et disciplinaires. Le projet de loi entend aller plus loin, d'une part en étendant les infractions visant toute personne et en créant une infraction visant les seuls sportifs.

##### **A. Une extension des infractions visant toute personne**

L'article L. 232-10 du Code du sport interdit à toute personne de prescrire, céder, offrir, administrer ou appliquer des substances ou procédés dopants aux

s'ils se trouvent dans une hypothèse où la question d'un blanchiment de capitaux peut se poser.

Pouvoir consulter sur des opérations complexes, les analyser et, si elles sont douteuses, ne pas s'en rendre co-auteur ni complice. Si le client a un doute, lui répondre ; s'il est poursuivi, le défendre, et hors le cas d'activité juridictionnelle, n'effectuer une déclaration de soupçons à son bâtonnier que si la consultation est demandée en vue d'un blanchiment.

La décision du Conseil d'Etat du 10 avril 2008 rappelle ainsi, qu'en protégeant le secret professionnel des avocats, il est, lui aussi, comme le juge judiciaire, le gardien des libertés individuelles.

Bâtonnier Jean-Marie Burguburu

sportifs participant aux compétitions et manifestations organisées ou autorisées par une fédération sportive<sup>(1)</sup>. Il est également interdit de faciliter l'utilisation ou d'inciter à l'usage de tels substances ou procédés.

L'article 2 du projet de loi prévoit d'ajouter à cette infraction une nouvelle interdiction visant la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention ou l'acquisition de substances ou procédés dopants aux fins d'usage par un sportif sans raison médicale justifiée (C. sport, art. L. 232-10, 2°). Le projet de loi crée ainsi une nouvelle infraction spécifique réprimant le trafic de produits dopants.

Pour ces deux infractions, l'usage de produits dopants par un sportif, conséquence des agissements, est un élément essentiel de leur caractérisation. Il convient cependant de noter une différence de rédaction importante entre les deux textes. Le sportif dont il est question dans la première infraction est un sportif qui participe ou se prépare à participer à une compétition. Le projet de loi, dans sa rédaction actuelle, se contente de viser le sportif, sans préciser s'il participe ou se prépare à participer à une compétition ou bien s'il pratique simplement un sport à titre de loisir. Cette différence de rédaction pourrait entraîner une incertitude juridique regrettable en matière pénale. Si le texte était adopté en l'état, il pourrait conduire à une nouvelle conception de la lutte contre le dopage, jusqu'ici limitée au sport de compétition.

##### **B. Une nouvelle infraction visant les seuls sportifs**

L'innovation principale du projet de loi est la création d'une infraction visant spécifiquement les sportifs participant, ou se préparant à participer, à une

<sup>(1)</sup> Ou une commission spécialisée mise en place par le Comité National Olympique et Sportif Français lorsque, dans une discipline sportive, aucune fédération n'a reçu de délégation.



compétition ou une manifestation organisée par une fédération sportive<sup>(2)</sup>. Il leur serait interdit de détenir des substances et procédés dopants en vue de leur usage personnel et sans raison médicale dûment justifiée<sup>(3)</sup>. Deux raisons sont avancées pour justifier la création de cette nouvelle infraction.

D'une part, cette nouvelle infraction devrait permettre de démanteler les trafics. Les enquêteurs sont souvent en mesure de constater la détention de produits dopants. Ils pourront ainsi engager des poursuites et remonter les filières de distribution. A ce jour, il n'est possible de procéder à des perquisitions, saisies ou gardes à vue à l'encontre de sportifs qu'en ayant recours à d'autres qualifications pénales relevant du Code de la santé publique, lesquelles ne permettent pas de viser l'ensemble des substances et procédés dopants, notamment la transfusion sanguine. Ainsi, à la suite de la révélation d'un contrôle positif à une transfusion sanguine lors du dernier Tour de France, le Procureur de la République de Pau ne disposait d'aucun fondement légal lui permettant d'engager des poursuites.

D'autre part, cette nouvelle infraction mettrait le droit interne en conformité avec le Code mondial antidopage. Les Etats ayant ratifié la convention internationale contre le dopage dans le sport, dont la France, se sont en effet engagés à respecter les principes énoncés dans le Code mondial antidopage.

L'analyse comparative du projet de loi et de l'article 2.6 du Code mondial antidopage laisse cependant apparaître quelques différences. Notamment, le projet de loi ne prend pas le soin de préciser ce qu'il est interdit de détenir et se contente de renvoyer à la liste des substances et procédés élaborée en application de la convention internationale contre le dopage dans le sport. Or, si la détention d'une substance peut se concevoir, il est plus délicat d'envisager la détention d'un procédé. Il n'est pas non plus tenu compte d'une particularité de cette liste, qui distingue les substances et méthodes interdites en permanence, celles qui ne le sont qu'en compétition, celles qui ne sont interdites que dans certains sports<sup>(4)</sup> et celles qui ne sont interdites qu'au-delà d'un certain seuil<sup>(5)</sup>... Le projet de loi renvoie sans nuance à cette liste alors que le Code mondial antidopage précise bien que l'interdiction est limitée aux substances ou méthodes interdites dans le

<sup>(2)</sup> Ou une commission spécialisée mise en place par le Comité National Olympique et Sportif Français lorsque, dans une discipline sportive, aucune fédération n'a reçu de délégation.

<sup>(3)</sup> Les sanctions encourues seraient plus légères que celles encourues dans le cadre des infractions de l'article L. 232-10 du Code du sport : un an d'emprisonnement et 3 750 € d'amende, au lieu de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende.

<sup>(4)</sup> Par exemple, les bêta-bloquants sont interdits en compétition dans certains sports seulement, notamment le sport automobile ou la gymnastique.

<sup>(5)</sup> L'alcool n'est interdit en compétition que dans quelques sports et seulement au-delà d'un certain seuil : 0,1 g/l pour le tir à l'arc ; 0,3 g/l pour le motonautisme...

cadre de contrôles hors compétition. Des précisions bienvenues pourraient être apportées au cours des débats parlementaires.

## II. De nouvelles règles de procédure

Afin d'améliorer l'efficacité de la lutte contre le trafic de produits dopants, le projet de loi vise à assurer une plus grande coordination des différents intervenants et à permettre à l'Agence française de lutte contre le dopage d'exercer les droits de la partie civile.

### A. Une meilleure coordination des intervenants

Le projet de loi revient sur le délai d'information du Procureur de la République consécutif à la constatation d'une infraction. Le Procureur de la République intervient déjà en amont. L'article L. 232-14 du Code du sport dispose que "*dans le cas où les opérations de contrôle sont envisagées en vue de la recherche d'infractions, le procureur de la République en est préalablement informé et peut s'y opposer*". En aval, les procès-verbaux établis à la suite de ces opérations sont transmis au Procureur de la République dans un délai de cinq jours. Ce délai est probablement trop long pour garantir l'efficacité des procédures. C'est pourquoi le projet de loi prévoit d'ajouter que le Procureur de la République est informé sans délai lors de la constatation d'une infraction<sup>(6)</sup>. Il pourrait alors en tirer immédiatement les conséquences judiciaires.

Le projet de loi prévoit également de renforcer la coopération entre les différents intervenants. D'une part, les agents relevant du ministre chargé des sports et les personnes agréées par l'Agence française de lutte contre le dopage pourraient assister, sur réquisition, le Procureur de la République, le juge d'instruction ou les officiers ou agents de police judiciaire après avoir prêté serment, sauf s'ils sont assermentés. D'autre part, le projet de loi ajoute à la liste des personnes pouvant échanger des informations et des renseignements les agents de l'administration des impôts et de l'Agence Française de Lutte contre le Dopage<sup>(7)</sup>. Ces acteurs essentiels pourraient ainsi partager des informations pertinentes et apporter leurs compétences techniques.

### B. L'Agence française de lutte contre le dopage, partie civile

Lorsque des poursuites pénales sont engagées en matière de dopage, l'exercice par les institutions sportives des

<sup>(6)</sup> Les contrôles pouvant être effectués par des agents relevant du ministre chargé des sports ou des personnes agréées par l'Agence française de lutte contre le dopage, l'obligation d'information de l'article 40 du Code de procédure pénale ne s'applique pas lorsque le contrôle n'est pas effectué par un fonctionnaire.

<sup>(7)</sup> L'article L. 232-20 du Code du sport vise actuellement les agents des douanes, les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les agents relevant du ministre chargé des sports, les officiers et agents de police judiciaire.



droits de la partie civile est limité<sup>(8)</sup>. Le Comité National Olympique et Sportif Français ne peut exercer ces droits que pour les faits commis à l'occasion des compétitions dont il a la charge. Une fédération sportive agréée ne peut exercer ces droits que lorsque l'auteur de l'infraction ne relève pas de son pouvoir disciplinaire (C. sport, art. L. 232-30), afin d'éviter qu'une même personne puisse exercer à la fois un pouvoir de sanction et les droits de la partie civile devant le juge pénal<sup>(9)</sup>.

Le projet de loi semble fondé sur le même principe. Il reconnaît à l'Agence française de lutte contre le dopage la faculté d'exercer les droits de la partie civile à la condition qu'elle n'exerce pas pour une même personne et pour les mêmes faits des pouvoirs de sanction disciplinaire<sup>(10)</sup>. Le projet de loi répond ainsi à un souhait exprimé par l'Agence française de lutte contre le dopage dans son rapport d'activité pour 2006.

L'élément clé du projet de loi consiste à renforcer les possibilités de perquisition afin de démanteler les filières de trafic de produits dopants. Certaines imperfections de rédaction devraient être corrigées au cours des débats parlementaires. Malheureusement, l'objet limité du projet et l'urgence déclarée par le Gouvernement ne permettront pas une exploration exhaustive des pistes de prévention et de lutte contre le dopage. Les membres de la Commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale se sont ainsi émus que l'étude des autorisations d'usage à des fins thérapeutiques, si controversées notamment parce qu'elles sont de plus en plus fréquemment octroyées tacitement, soit renvoyée à plus tard. Ces autorisations, délivrées par l'Agence française de lutte contre le dopage, permettent à un sportif, justifiant d'une thérapie, d'éviter une sanction disciplinaire à la suite d'un contrôle antidopage positif. Or, ces mêmes autorisations serviront, si le projet de loi est adopté, d'éléments justificatifs aux nouvelles interdictions.

Bruno Quentin  
Marc Peltier

## **Débat... L'introduction des class actions en droit français : une nouvelle actualité ?**

En janvier 2005, le président Jacques Chirac émettait le souhait de "permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions contre les pratiques

<sup>(8)</sup> Sur la recevabilité de la constitution de partie civile d'une association gestionnaire d'un groupe sportif : Cass. crim., 12 septembre 2000 : Bull. crim., n° 264 ; Droit 21, 2001, ER 003, note M. Peltier.

<sup>(9)</sup> Sur les pouvoirs de la Commission des Opérations de Bourse : Cons. const., déc. n° 89-260 DC, 29 juillet 1989 : Rec. Cons. const., p. 71 ; RFD adm. 1989, p. 671, note B. Genevois.

<sup>(10)</sup> L'Agence française de lutte contre le dopage exerce un pouvoir disciplinaire exclusif lorsque le sportif concerné n'a pas de licence fédérale et subsidiaire quand le sportif concerné est licencié, soit en cas de carence des instances disciplinaires fédérales, soit pour réformer une décision fédérale de sanction ou l'étendre aux activités de l'intéressé relevant d'autres fédérations.

*abusives observées sur certains marchés*"<sup>(11)</sup>. En avril 2006, deux propositions de loi étaient déposées, l'une par des sénateurs socialistes, l'autre par des députés UMP, illustrant le relatif consensus des deux principales familles politiques pour créer un dispositif de recours collectif. Le 8 novembre 2006, le ministre de l'économie et des finances, Thierry Breton, déposait un projet de loi comportant une disposition relative à une action de groupe, menée par des associations de consommateurs agréées. Ce projet de loi était abandonné en février 2007, au regard de l'approche des élections présidentielles et des réserves qu'il avait suscitées auprès de certains, et notamment du MEDEF qui craignait les dérives du système américain.

Toutefois, plusieurs réflexions récentes laissent aujourd'hui penser que les *class actions* pourraient voir le jour en France. Le projet d'action de groupe figurait au programme du candidat Sarkozy et a été réaffirmé dans une lettre de mission adressée par le président nouvellement élu à son ministre de l'économie et des finances. En janvier 2008, les rapports Coulon<sup>(12)</sup> et Attali<sup>(13)</sup>, qui constituent des pistes de réflexion pour les orientations politiques du Gouvernement, ont tous deux préconisé l'introduction d'une action de groupe destinée aux consommateurs.

Enfin, le 2 avril 2008, la Commission Européenne a publié un Livre blanc *sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*. Elle y affirme l'existence d'"un besoin évident de mécanismes permettant le regroupement des demandes d'indemnisation individuelles de victimes d'infractions aux règles de concurrence".

Après avoir brièvement exposé les principaux atouts qu'offre le mécanisme de l'action de groupe, ainsi que les dérives que l'on peut constater aux Etats-Unis (I.), les principales problématiques que soulève l'instauration des *class actions* en France seront mises en lumière (II.)

### **I. Un mécanisme juridique qui présente de nombreux atouts, à condition d'éviter les dérives constatées aux Etats-Unis**

Le mécanisme de la *class action* présente de nombreux atouts :

- les consommateurs qui subissent de manière sporadique des dommages de faible valeur sont souvent peu motivés à engager des actions individuelles en dommages et intérêts en raison des

<sup>(11)</sup> Mardi 4 janvier 2005 - Cérémonie des vœux aux forces vives de la Nation.

<sup>(12)</sup> Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice - *La dépenalisation de la vie des affaires* - Groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon - Janvier 2008 - pages 89 à 97.

<sup>(13)</sup> *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, sous la présidence de Jacques Attali - Janvier 2008 - pages 143-144.



coûts incompressibles, des délais, des incertitudes, des risques et des contraintes que cela suppose. Il en résulte qu'à l'heure actuelle, de nombreux préjudices ne sont pas indemnisés. En permettant notamment aux consommateurs de réaliser d'importantes économies d'échelle sur les coûts de procédure, les *class actions* constituent un outil efficace d'équilibre entre consommateurs et producteurs ou prestataires de service ;

- la *class action* a une vertu pédagogique sur le comportement des acteurs économiques en augmentant le risque pour les entreprises de devoir réparer les préjudices de faible valeur subis par les consommateurs ;
- la *class action* est une réponse plus appropriée que les procédures pénales qui constituent dans notre droit positif la seule voie que des consommateurs peuvent engager contre des acteurs économiques puissants, mais sourds aux revendications d'indemnisations de faibles préjudices.

Toutefois, les détracteurs de la *class action* ont mis en exergue un certain nombre de dérives du système américain :

- le principal écueil réside dans l'allocation par le système judiciaire américain de sommes astronomiques au titre des *punitive damages*, qui permettent au tribunal de sanctionner un comportement fautif au-delà de la réparation intégrale du préjudice. Une *class action* peut donc coûter fort cher à l'entreprise qui en est la cible ;
- la seconde institution du droit américain qui a contribué à décrédibiliser les *class actions* est le jury civil populaire qui, n'étant pas tenu de motiver sa décision, peut prononcer des condamnations considérables ;
- enfin, les règles de preuve aux Etats-Unis impliquent une procédure contradictoire lourde et coûteuse. La procédure de *discovery*, qui consiste à demander au juge la production forcée de tous les documents, sans examen de l'utilité des pièces pour la procédure au fond, peut notamment conduire à une instrumentalisation de la procédure à des fins de déstabilisation, de chantage ou d'espionnage économique de l'entreprise cible.

Toutefois, ces trois dérives sont principalement inhérentes au droit américain, de telle sorte que rien ne permet de penser qu'une action de groupe à la française reproduirait ces travers.

## II. Les principales problématiques que soulève l'instauration de l'action de groupe en France

Un nouveau projet de loi est actuellement en cours de préparation. S'il est encore trop tôt pour savoir précisément quel schéma retiendra le Gouvernement pour instaurer l'action de groupe, il y a fort à penser que le nouveau texte s'inspirera du projet Breton de novembre

2006. Aussi, bien que ce projet ait été abandonné en février 2007, il y a lieu de se pencher sur les dispositions qu'il contenait afin de mettre en lumière les problématiques que soulève l'instauration de l'action de groupe en France.

### A. Le mécanisme de l'action de groupe, tel qu'il résultait du projet de loi Breton

Dans un premier temps, le juge statuait sur le principe de responsabilité du professionnel, dans le cadre d'une action introduite par une association de consommateurs agréée. Si le professionnel n'était pas tenu responsable, l'action prenait fin, laissant à chaque victime la possibilité d'agir individuellement. A l'inverse, si la responsabilité du professionnel était retenue, le jugement recevait une large publicité, afin que les consommateurs victimes puissent demander la réparation de leur préjudice. Dans une deuxième phase, le consommateur informé adressait une demande d'indemnisation au professionnel. En cas de refus, le consommateur saisissait le juge, qui pouvait condamner le professionnel et majorer le montant de l'indemnisation de 50 %, à titre de sanction.

### B. Les principaux avantages du dispositif que prévoyait le projet de loi Breton

Ce projet de loi présentait trois avantages majeurs, dont il paraît souhaitable qu'ils soient repris dans le nouveau texte en préparation :

- l'action de groupe était limitée au droit de la consommation, domaine où elle est économiquement justifiée. Elle trouvait donc notamment à s'appliquer aux secteurs de la téléphonie mobile, des voyages, de la grande distribution, aux relations entre les particuliers et leurs banques, etc. En revanche, étaient notamment exclus de son champ d'application les préjudices subis par des personnes morales ou encore les dommages causés à l'environnement ;
- l'action de groupe était réservée aux associations de consommateurs agréées. Si ce monopole a pu être critiqué par des personnes craignant que les associations entreprennent des actions de groupe pour des raisons politiques ou idéologiques qui leur sont propres, au lieu de se consacrer exclusivement à la défense des intérêts des consommateurs, il permet de limiter le risque d'actions abusives ou dilatoires intentées par des individus isolés. Les associations de consommateurs étant supposées être désintéressées, le monopole à leur profit réduit le risque de dérive mercantiliste. Au surplus, l'agrément nécessaire permet aux pouvoirs publics d'opérer un contrôle préalable.
- le maximum des dommages-intérêts alloués à une victime dans le cadre d'une action de groupe était limité à 2.000 €. La fixation d'un tel seuil fournissait aux entreprises une meilleure visibilité sur l'ampleur des condamnations auxquelles elles pourraient avoir à faire face en cas d'action de groupe.



### C. L'hypothèse d'une transaction : une carence du projet de loi Breton

Le projet de loi Breton n'envisageait pas la possibilité d'éteindre une action de groupe par une transaction, alors qu'outre-Atlantique, la majorité des *class actions* se termine par des protocoles transactionnels. En toute hypothèse, les négociations ne pourraient intervenir qu'avant que le jugement en déclaration de responsabilité soit prononcé.

En effet, les consommateurs n'auraient plus aucune raison de négocier après avoir obtenu une décision favorable. Ceci pose plusieurs difficultés quant aux modalités d'une éventuelle transaction, puisque dans la phase qui précède ce jugement, l'entreprise défenderesse n'a qu'un seul interlocuteur : l'association agréée.

Peut-on envisager d'octroyer à l'association agréée le droit d'éteindre une action au nom d'un groupe de consommateurs non encore identifiés ? Une homologation de l'accord transactionnel par un juge, chargé de veiller sur l'intérêt des consommateurs, pourrait par exemple permettre de surmonter cet obstacle. Qu'advierait-il des dommages et intérêts alloués à l'association dans le cadre de la transaction ? Les sommes perçues répareraient les préjudices individuels des consommateurs. L'association ne pourrait donc pas les conserver et serait tenue de les répartir entre tous les consommateurs, prévenus par voie de presse. L'accord intervenu entre l'association agréée et l'entreprise éteindrait-il le droit des consommateurs d'intenter individuellement une action judiciaire ?

### D. Les obstacles d'ordre constitutionnel auxquels pourrait être confrontée la mise en œuvre de l'action de groupe en France

Il a souvent été argué que le système de *class actions* ne pouvait pas être importé en droit français, compte tenu de sa prétendue contrariété aux garanties fondamentales d'une bonne justice, consacrées par la constitution et par les traités internationaux auxquels la France est partie. L'un des obstacles fréquemment invoqué en ce sens tient au fait que le défendeur ne connaît pas l'identité des demandeurs. Cette asymétrie, contraire au principe du contradictoire et au droit à un procès équitable, priverait le professionnel de l'utilisation d'arguments subjectifs relatifs aux demandeurs, en l'empêchant par exemple de se prévaloir de la faute de la victime. La réponse à cet obstacle réside selon nous dans l'essence de l'action de groupe : tous les consommateurs souffrent d'un même dommage, résultant d'un même contrat d'adhésion élaboré par un professionnel, et sont présumés à cet égard être dans une situation identique. Cette répétition mécanique des dommages fait perdre une grande partie du caractère subjectif du contentieux, leur comportement personnel n'ayant finalement que peu d'incidence sur le déroulement de l'action.

L'action de groupe pose par ailleurs une difficulté majeure au regard de l'adage "*nul ne plaide par procureur*". Sur ce

point, la décision rendue le 25 juillet 1989 par le Conseil constitutionnel apporte un éclairage intéressant. Elle admet l'introduction d'une loi autorisant les syndicats à agir en justice à la place des salariés, après avoir informé ces derniers de leur intention, mais formule de sérieuses réserves : une personne ne peut agir pour une autre que si "*l'intéressé a été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et [s'il peut] conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et mettre un terme à cette action*".

A défaut, "*la liberté personnelle*" du salarié serait méconnue. Cette liberté s'entend à la fois de la libre introduction de l'action, de la libre conduite du procès et de la libre extinction de l'action. Les deux grands systèmes de *class actions* qui existent aux Etats-Unis semblent compatibles avec ces exigences constitutionnelles :

- le système d'*opt-in*, qui ne réunit que les consommateurs qui ont expressément manifesté leur volonté d'être représentés par le groupe, respecte cette liberté individuelle puisque le justiciable accomplit un acte positif pour être partie à l'instance (il donne un mandat à l'association) ;
- le système d'*opt-out*, dans lequel toutes les victimes sont représentées, sauf celles qui ont expressément indiqué ne pas vouloir agir, semble également conforme à notre constitution. Il préserve en effet la liberté personnelle de ne pas agir, à condition que les consommateurs aient été avertis de l'introduction de l'action collective et que chacun puisse à tout moment s'extraire de la procédure.

Le dispositif que prévoyait le projet de loi Breton était pour le moins contestable sur ce point, puisque pendant la première phase, toutes les victimes d'un préjudice de masse étaient représentées par l'association agréée, sans que ces dernières aient adressé un quelconque mandat en ce sens, ni même sans qu'elles aient été informées de l'engagement d'une action judiciaire en leur nom. Le nouveau projet de loi devra donc veiller à préserver la liberté personnelle du consommateur d'agir en justice.

Mais laisser au consommateur la possibilité de saisir individuellement la justice, même après qu'une action de groupe a été engagée par une association de consommateurs pour le même préjudice, ouvrirait nécessairement la voie à une multiplication des recours individuels. Dès lors qu'une société serait condamnée dans le cadre d'une action de groupe, les consommateurs restés à l'écart de cette action ne courraient en effet aucun risque à introduire une action individuelle pour obtenir à leur tour réparation de leur préjudice. Au lieu de réduire l'engorgement des tribunaux en regroupant toutes les victimes d'un même comportement fautif au sein d'une seule instance, l'action de groupe pourrait dès lors aboutir à une multiplication des recours individuels...

## *Quelques décisions intéressantes...*

- Le 4 avril 2008, **Michel Pitron** et l'équipe d'avocats français et ivoiriens qui assistent le groupe Trafigura dans l'affaire des déchets toxiques d'Abidjan ont finalisé la transaction passée entre le groupe et l'Etat de Cote d'Ivoire pour mettre un terme à l'affaire. Le groupe Trafigura a payé une somme forfaitaire et définitive de 15 millions d'euros pour contribuer à la dépollution des sites.
- Le 17 avril 2008, le Tribunal de commerce de Lyon a prononcé le débouté du liquidateur de la société AXSI Progression SA qui poursuivait ses anciens dirigeants en comblement de passif sous le régime de l'ancienne loi (n° 85-98 du 25 janvier 1985), pour un montant de 400.000 €. Les anciens dirigeants étaient représentés par **Michel Pitron**.
- Par un arrêt infirmatif en date du 6 mars 2008, la Cour d'appel de Paris a accueilli la demande des proches des victimes du crash aérien de Charm el Cheikh survenu le 3 janvier 2004 en déclarant les juridictions françaises internationalement incompétentes pour statuer sur les demandes au fond formées à l'encontre de Boeing, ILFC, Parker Hannifin et Honeywell, permettant ainsi aux ayant-droits de saisir les juridictions américaines. Les proches des victimes étaient représentés notamment par **Michel Pitron**.

Si vous souhaitez recevoir cette newsletter par e-mail ou nous indiquer un changement d'adresse, merci de contacter Dorra Gharbi ([gcharbi@gide.com](mailto:gcharbi@gide.com) - Tél. 01 40 75 37 63 - Fax 01 40 75 69 23).

**Vous pouvez également consulter cette Lettre, ainsi que nos autres lettres d'informations, sur notre site Internet, rubrique Actualités/Publications.**

La Lettre d'Informations du Département Contentieux Pénal et Commercial (la "Lettre d'Informations") est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. La Lettre d'Informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la Lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations.

Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication ([privacy@gide.com](mailto:privacy@gide.com)).

### **Gide Loyrette Nouel**

Association d'avocats à responsabilité  
professionnelle individuelle

26, cours Albert 1<sup>er</sup>

75008 Paris - France

Tél. +33 (0)1 40 75 37 63

Fax +33 (0)1 40 75 69 23

[www.gide.com](http://www.gide.com)

### **Associés**

**Bâtonnier Jean-Marie Burguburu**  
E-mail : [burguburu@gide.com](mailto:burguburu@gide.com)

**Gilles Duquet**  
E-mail : [duquet@gide.com](mailto:duquet@gide.com)

**Michel Pitron**  
E-mail : [pitron@gide.com](mailto:pitron@gide.com)

**Didier Laigo**  
E-mail : [laigo@gide.com](mailto:laigo@gide.com)

**Aurélien Boulanger**  
E-mail : [boulanger@gide.com](mailto:boulanger@gide.com)

**Bruno Quentin**  
E-mail : [quentin@gide.com](mailto:quentin@gide.com)



**Gide Loyrette Nouel**