

## L'assureur et l'action de groupe : *quid* de l'intervention de l'assureur à l'action de groupe ?

**Le législateur n'a à l'évidence conçu l'action de groupe que comme une action en responsabilité civile spéciale organisant les relations au sein du trio association, consommateur et professionnel. Bien qu'il s'agisse d'une action en indemnisation, le rôle éventuellement joué par l'assureur dans l'indemnisation des préjudices a été négligé. Rien n'est dit d'une éventuelle intervention de l'assureur de responsabilité du professionnel, ou d'une intervention de l'assureur subrogé dans les droits du consommateur après l'avoir indemnisé. Maintenant que l'action de groupe est effective, avec l'entrée en vigueur du décret d'application le 1<sup>er</sup> octobre 2014, la question ne manquera pas d'être posée. Tant la lettre que l'esprit des dispositions organisant l'action de groupe conduisent à ne pas admettre l'intervention de l'assureur, à peine de remettre en cause un équilibre précaire de l'action.**

Par Romain Schulz

Avocat au barreau de Paris, docteur en droit, diplômé de l'Institut des Assurances de Paris



**E**n rédigeant notre contribution à un ouvrage de référence récemment paru nous avons observé, au regard du projet de loi, que le contentieux du contrat d'assurance pouvait s'enrichir d'un nouvel aspect avec la création de l'action de groupe<sup>(1)</sup>. Certains lecteurs de cette *Revue* ont déjà pris connaissance des réflexions assez pertinentes et complètes présentées par Maud Asselain sur ce sujet<sup>(2)</sup> quelques jours seulement après la promulgation de la loi 17 mars 2014 instaurant, entre autres,

(1) R. Schulz (dir. J. Bigot), *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., sept. 2014, n° 2134, *in fine*.

(2) M. Asselain, « Assurance et action de groupe : le volet processuel de la loi Hamon », in « *La protection du consommateur d'assurance : entre permanence et nouveauté (colloque du 21 mars 2014 à Lyon)* », RGDA, juin 2014, p. 368, n° 110v6.

l'action de groupe<sup>(3)</sup>. Ces lecteurs voudront bien nous pardonner de redire parfois ce qui a déjà été justement observé, mais il nous a paru utile de revenir sur certains points maintenant que l'action de groupe est entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> octobre 2014 selon le décret d'application récemment paru<sup>(4)</sup>.

Dans la présente étude nous laisserons volontairement de côté le cas de l'assureur devant faire face à une action de groupe en tant que professionnel auquel des manquements sont reprochés envers un groupe d'assurés consommateurs. Cette hypothèse, pour intéressante qu'elle soit y compris sur le plan juridique, ne présente toutefois pas de spécificité procédurale. L'assureur n'y est alors, en sa qualité de professionnel, que l'un des trois membres du trio autour duquel le législateur a construit l'action de groupe<sup>(5)</sup>.

Et c'est bien là que le bât blesse : l'action de groupe n'est conçue que comme organisant la relation entre ces trois acteurs (par ordre d'entrée en scène) : l'association de consommateurs agréée, le professionnel et les consommateurs. Bien qu'il s'agisse d'une action en indemnisation et que l'assurance soit devenue un mécanisme essentiel de l'indemnisation, aucune place n'est prévue pour l'assureur dans l'action de groupe. Cela est normal pour l'assureur mis en cause en tant que professionnel car il n'y a pas lieu de lui réserver un traitement à part. Mais il semble que les pouvoirs publics aient oublié le rôle pouvant être joué par l'assureur du consommateur d'une part, et l'assureur du professionnel d'autre part. L'assureur du consommateur subrogé dans les droits de ce dernier et l'assureur de responsabilité du professionnel peuvent-ils intervenir ou être mis en cause dans le cadre de la procédure d'action de groupe ? La question n'est pas sans rappeler une autre, à laquelle nous nous sommes intéressé de très près : celle de l'intervention de l'assureur au procès pénal<sup>(6)</sup>.

En l'état, l'article R. 423-1 du Code de la consommation indique que « l'action de groupe prévue par l'article L. 423-1 est exercée conformément aux dispositions du Code de procédure civile, sous réserve des dispositions qui suivent » ; et nous ajouterions volontiers « sous

(3) L. n° 2014-244 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JO 18 mars, créant dans le Code de la consommation un chapitre consacré à l'action de groupe (art. L. 423-1 et s.).

(4) D. n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe, JO 26 sept., créant un chapitre dans la partie réglementaire du Code de la consommation (art. R. 423-1 et s.). L'association UFC-que-choisir a célébré l'évènement en lançant le jour même une action de groupe contre Foncia concernant des centaines de consommateurs sur un cas emblématique : un prélèvement de frais de quelques euros par mois.

(5) M. Asselain, art. préc., p. 370.

(6) R. Schulz, *L'intervention de l'assureur au procès pénal*, contribution à l'étude de l'action civile, thèse, LGDJ, 2012 – adde J. Beauchard et R. Schulz (dir. J. Bigot), op. cit., n° 2176 et s.

réserve des dispositions des articles L. 423-1 et suivants »<sup>(7)</sup>. L'article R. 423-4 précise que « la demande est formée, instruite et jugée selon les règles applicables à la procédure ordinaire en matière contentieuse devant le tribunal de grande instance », qui sont celles des articles 755 et suivants du Code de procédure civile, et que « l'appel est jugé selon la procédure prévue à l'article 905 du Code de procédure civile ». Il résulte en particulier de l'article R. 423-1 du Code de la consommation que les dispositions des articles 325 et suivants du Code de procédure civile régissant l'intervention sont en principe applicables à l'action de groupe, dans la mesure où elles ne sont pas contredites par les règles spéciales à cette action.

Dans le silence du législateur (et du pouvoir réglementaire, qui aurait pu organiser de manière plus précise l'articulation entre l'action de groupe du Code de la consommation et le droit commun du Code de procédure civile), rien n'autorise ou ne prohibe expressément l'intervention de l'assureur à l'action de groupe. Il faut donc rechercher des indications indirectes dans le régime, voire dans la nature de l'action de groupe. S'agissant de l'intervention de l'assureur au procès pénal, nous en étions très rapidement arrivé à la première conclusion que les réponses aux questions du principe même de l'intervention d'abord, et le cas échéant de son régime ensuite, passaient par l'étude de la nature de l'action civile<sup>(8)</sup>. Avis aux amateurs : il y a là de beaux sujets d'études et même de thèses, les premières réflexions d'Emmanuel Jeuland sur la nature de l'action de groupe ouvrant de belles perspectives<sup>(9)</sup>... Un tel examen de l'action de groupe s'impose d'autant plus qu'elle constitue, par rapport aux schémas classiques de procédure civile, à tout le moins « un dispositif singulier »<sup>(10)</sup>, voire « une curiosité »<sup>(11)</sup>, un « véritable ovni juridique »<sup>(12)</sup> dont « l'exorbitance » a été soulignée<sup>(13)</sup>.

Notre ambition sera plus limitée dans le cadre de la présente étude. Aussi nous nous en tiendrons à un plan moins théorique et plus pratique, évoquant successivement l'intervention en demande de l'assureur subrogé dans les droits du consommateur (I) et l'intervention en défense, volontaire ou forcée, de l'assureur de responsabilité du professionnel (II).

## I. L'intervention en demande de l'assureur subrogé dans les droits du consommateur

L'assureur qui a versé une indemnité au consommateur est subrogé dans les droits de ce dernier à hauteur du paiement effectué (A) : la

(7) Mais cela va de soi, les dispositions de la partie législative du Code de la consommation ayant par définition une valeur supérieure aux dispositions du Code de procédure civile qui sont de nature réglementaire.

(8) R. Schulz, *thèse préc.*, spé. n° 34 & 39, n° 402 et s. et n° 504 et s.

(9) E. Jeuland, « Substitution ou représentation ? À propos du projet d'action de groupe », JCP G 2013, 927.

(10) E. Claudel, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », RTD Com. 2014, p. 339.

(11) K. Haeri et B. Javaux, « L'action de groupe à la française, une curiosité », JCP G 2014, 375.

(12) P. Hilt, « L'action de groupe consacrée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : peut-on s'en satisfaire ? », Gaz. Pal., 24 avril 2014, n° 114, p. 28.

(13) N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », D. 2014, p. 947.

subrogation confère-t-elle à l'assureur la possibilité d'agir à la place du consommateur ou à ses côtés dans le cadre de l'action de groupe (selon que l'assureur aura intégralement ou partiellement indemnisé le consommateur) (B) ?

### A. La subrogation de l'assureur dans les droits du consommateur

Un premier obstacle concret va être qu'une subrogation de l'assureur a vocation à n'être que très rare, voire « *a priori* inconcevable »<sup>(14)</sup> en l'état des contours de l'action de groupe. Cette action est en effet limitée à l'indemnisation des « préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs »<sup>(15)</sup>, par opposition notamment aux préjudices corporels et aux atteintes à l'environnement. En outre, elle est conçue principalement afin de permettre l'indemnisation de préjudices individuels dont le montant est d'une faiblesse telle que les consommateurs ne voient pas l'intérêt de s'exposer aux frais et aux tracas d'une action en justice. En d'autres termes, les préjudices individuels des consommateurs seront très certainement en deçà de la franchise stipulée dans l'assurance de choses du consommateur. La garantie n'étant alors pas mobilisable, le cas de l'assureur subrogé voulant exercer un recours contre le professionnel (ou contre l'assureur de responsabilité du professionnel) devrait rester une « hypothèse d'école »<sup>(16)</sup>, du moins en l'état du droit.

La question devrait toutefois se poser à l'avenir, avec l'extension envisagée de l'action de groupe à des domaines tels que la santé et l'environnement : les préjudices indemnifiables devraient alors pouvoir représenter, même au niveau des individus, des montants significatifs et en tout état de cause mobilisant des garanties au titre d'assurances de biens ou de personnes<sup>(17)</sup>.

Un autre aspect peut d'ores et déjà être envisagé. Lorsque l'on évoque la subrogation dans les droits de l'assuré, on pense d'abord à un assureur de choses ou à un assureur de personnes ayant versé des prestations indemnitaires. Mais il se peut également que le consommateur soit indemnisé par l'assureur de responsabilité civile d'une personne dont la responsabilité est engagée au côté de celle du professionnel. L'assureur de responsabilité de cette personne peut souhaiter exercer un recours subrogatoire contre le professionnel coresponsable de son assuré, ou contre l'assureur de responsabilité du professionnel. Pourquoi pas dans le cadre de l'action de groupe contre le professionnel ?<sup>(18)</sup>

Une chose est sûre : dès lors qu'un assureur a indemnisé le consommateur, il y a toutes les chances qu'il soit subrogé dans ses droits, que

(14) M. Asselain, art. préc., p. 368.

(15) C. consom., art. L. 423-1, al. 2.

(16) M. Asselain, art. préc., p. 369.

(17) Nous restons toutefois dubitatif en matière d'environnement et attendons de voir comment le législateur tentera d'organiser une action de groupe visant à l'indemnisation de préjudices écologiques tels que reconnus par la loi n° 2008-757 du 1<sup>er</sup> août 2008 ou par la jurisprudence (affaire de l'*Erika* notamment : Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82938 : Bull. crim., n° 198). Serait-ce vraiment une action de groupe dans la mesure où il n'y aurait pas de titulaires individuels de droits à indemnisation ?

(18) Une telle action récursoire contre un coresponsable n'est pas possible devant le juge répressif, en raison du caractère limité de sa compétence civile qui ne s'étend pas au partage de responsabilités entre les coauteurs du dommage : Cass. crim., 16 déc. 2008, n° 08-80205 & 08-80206 : RGDA 2009, p. 275, note J. Beauchard.

ce soit au titre de la subrogation spéciale du droit des assurances<sup>(19)</sup> ou de la subrogation de droit commun, légale<sup>(20)</sup> ou conventionnelle<sup>(21)</sup>.

Mais si la subrogation de l'assureur dans les droits du consommateur emporte indiscutablement transfert du droit à indemnisation dans la mesure du paiement opéré, emporte-t-il aussi transfert du droit d'agir par la voie de l'action de groupe, ou bien l'assureur doit-il exercer une action individuelle de droit commun ?

## B. Le transfert de droits du consommateur à l'assureur

Il ne suffit pas de constater le transfert, par subrogation, du droit à indemnisation du consommateur. Ce transfert du droit à indemnisation n'emporte pas toujours transmission du droit d'agir. En recevant le droit à indemnisation du subrogeant, le subrogé recueille indiscutablement un intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile. Ce qui peut suffire pour introduire une action individuelle de droit commun. Mais il en va différemment lorsque la recevabilité de l'action du demandeur est restreinte par l'exigence d'une certaine qualité pour agir (action « attitrée »). Selon l'article 31 du Code de procédure civile, « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». La question est dès lors la suivante : l'exercice de l'action de groupe nécessite-t-il une qualité particulière pour agir ?

Les dispositions législatives et réglementaires organisant l'action de groupe donnent des indications, bien que ce soit parfois indirectement (1). Ces indications peuvent être complétées par une recherche de la *ratio legis* et par des considérations d'opportunité (2).

### 1. Les indications données par le régime de l'action de groupe

La scission de l'action de groupe en deux phases nous conduit à distinguer. La première phase a pour objet qu'un jugement soit rendu sur la recevabilité de l'action, sur la responsabilité du professionnel, et sur la définition du groupe de consommateurs<sup>(22)</sup>. La seconde phase est celle lors de laquelle les consommateurs adhèrent au groupe et sont indemnisés, au besoin avec une nouvelle intervention du juge pour trancher les éventuels problèmes de mise en œuvre<sup>(23)</sup>.

C'est une évidence s'agissant de la première phase de l'action de groupe, car la loi et les travaux parlementaires ne laissent pas de doute : l'action de groupe ne peut être introduite que par une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée<sup>(24)</sup>. Il s'agit donc d'une action attitrée, réservée aux personnes justifiant d'une certaine qualité. Les consommateurs

ne peuvent introduire l'action et un consommateur ne peut donc transférer un droit d'action à cet égard : *nemo plus juris...* Il est clair que l'assureur subrogé dans les droits du consommateur ne peut déclencher la phase donnant lieu au jugement sur la responsabilité du professionnel.

Nous sommes donc véritablement face à la question d'une *intervention* de l'assureur à l'action de groupe, puisque par définition l'exercice par voie d'action est réservé à l'association. Subsiste alors la question de l'intervention de l'assureur subrogé à la première phase de l'action de groupe. Il s'agirait d'une intervention volontaire, et même d'une intervention volontaire accessoire régie par l'article 330 du Code de procédure civile. Elle serait en effet accessoire en ce qu'elle viendrait seulement corroborer l'action de l'association au stade de la première phase visant au jugement déclarant le professionnel responsable et définissant le groupe de consommateur. Une telle intervention ne paraît pas admissible dans la mesure où le consommateur lui-même n'a pas accès à cette phase, pour laquelle l'action de groupe est une action de substitution<sup>(25)</sup>. L'association étant le substitut du consommateur, ce dernier ne peut intervenir à son côté : selon le régime de l'action de groupe, le consommateur n'intervient que lors de la deuxième phase, en adhérant au groupe défini par le jugement rendu sur la responsabilité du professionnel. Ici encore, *nemo plus juris...*

Reste la question de l'adhésion, par l'assureur subrogé dans les droits du ou des consommateurs qu'il a indemnisés, au groupe de consommateurs lors de la seconde phase de l'action de groupe.

Nous pouvons observer que cette question se pose forcément en des termes différents car la nature de l'action de groupe change d'une phase à l'autre : d'action de substitution lors de la première phase, l'action de groupe devient une action en représentation dans la seconde<sup>(26)</sup>. Dans le cadre de l'action en représentation de la deuxième phase, la possibilité de l'intervention du consommateur (par l'adhésion au groupe) pose la question de l'intervention de l'assureur (par une même adhésion). Cela revient à déterminer si le consommateur transfère ou du moins peut transférer à l'assureur, par subrogation, la faculté d'adhésion au groupe dans la deuxième phase.

À les lire strictement, les dispositions légales et réglementaires organisant l'action de groupe ne font référence qu'à l'adhésion des *consommateurs* au groupe de *consommateurs*. Il n'est pas inintéressant de relever que selon le nouvel article préliminaire du Code de la consommation créé comme l'action de groupe par la loi *Hamon*, « au sens du présent Code, est considéré comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». C'est à ce consommateur que font référence les dispositions relatives à l'action de groupe. Étant rappelé que ces dispositions figurent non pas dans le Code de procédure civile mais dans le Code de la consommation, dont l'article préliminaire est par conséquent applicable. Le consommateur susceptible d'appartenir au groupe et d'y adhérer, selon les modalités prévues par les articles L. 423-4 et L. 423-5 du Code de la consommation, ne paraît donc pouvoir être qu'un consommateur au sens de l'article préliminaire du même Code. Nous serions alors en présence d'une action réservée aux personnes

(19) C. assur., art. L. 121-12.

(20) C. civ., art. 1251, 3°.

(21) C. civ., art. 1250. À cet égard, nous pouvons faire le petit rappel pratique suivant. Même lorsqu'il pense bénéficier de la subrogation légale automatique, un *solvens* est bien inspiré d'obtenir une quittance subrogative : l'existence d'une subrogation conventionnelle est de nature à couper court à toute discussion sur l'existence d'une subrogation légale, quand bien même cette dernière apparaîtrait par la suite contestable pour une raison ou pour une autre.

(22) C. consom., art. L. 423-3.

(23) C. consom., art. L. 423-10 ou art. L. 423-11 et s. selon qu'est mise en œuvre la procédure simplifiée ou la procédure normale.

(24) C. consom., art. L. 423-1.

(25) E. Jeuland, art. préc.

(26) E. Jeuland, art. préc.

présentant une qualité particulière, celle de consommateur au sens du nouvel article préliminaire du Code de la consommation<sup>(27)</sup>.

Autant dire que l'assureur, par définition personne morale, qui exerce un recours subrogatoire dans le cadre de son activité professionnelle, parce que cela fait partie de son métier, n'entre pas dans la catégorie des consommateurs<sup>(28)</sup>. *A fortiori*, il n'a pas vocation à entrer dans un groupe de consommateurs au sens de l'action de groupe. Car ne nous y trompons pas : lorsque le législateur parle d'un groupe de consommateurs, il ne pense qu'à une sous-catégorie du vaste ensemble des consommateurs au sens de l'article préliminaire du Code de la consommation. Lorsque le juge doit fixer les critères de rattachement au groupe, il s'agit de distinguer, parmi l'ensemble des consommateurs et même parmi les clients du professionnel concerné par l'action de groupe, ceux qui constituent une catégorie homogène par rapport aux préjudices devant être réparés par l'action de groupe.

Observons par ailleurs que le consommateur ne peut pas déclencher et mettre en œuvre une médiation dans le cadre de la seconde phase, cette faculté étant expressément réservée à l'association requérante<sup>(29)</sup>.

Pour le formuler plus simplement, il semble que les dispositions relatives à l'action de groupe ne prévoient, à l'occasion de la seconde phase de l'action, que l'adhésion d'un consommateur au sens de la définition figurant désormais dans l'article préliminaire du Code de la consommation. Ce qui exclurait l'intervention de l'assureur par une adhésion au groupe de consommateurs. Mais nous commençons à nous aventurer sur le terrain de la recherche de la *ratio legis*. Envisageons un autre point avant de l'aborder.

À supposer que la loi interdise *a priori* que l'assureur subrogé adhère au groupe de consommateurs, le juge pourrait de toute manière lui barrer la route. Il a été relevé que l'action de groupe devait dans une large mesure voir ses contours dessinés par la jurisprudence venant compléter la loi<sup>(30)</sup>. En particulier, la loi prévoit expressément que dans le jugement sur la responsabilité, le juge « définit le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement »<sup>(31)</sup> et fixe le délai pour adhérer au groupe<sup>(32)</sup>. Le juge peut alors parfaitement faire une application littérale et stricte des textes qui visent « les consommateurs » et « le groupe des consommateurs »<sup>(33)</sup>, et ne faire entrer dans la définition du groupe que les consommateurs eux-mêmes, au besoin en excluant expressément les assureurs et/ou toute personne subrogée dans les droits de consommateurs. On

peut d'ailleurs se demander si les magistrats iraient jusqu'à exclure de l'accès au groupe tout ayant-droit d'un consommateur, y compris ses héritiers. S'ils ne le souhaitent pas, il faudra qu'ils rédigent soigneusement leur définition du groupe de consommateurs.

L'interprétation des dispositions relatives à l'action de groupe, notamment par les juges mettant en œuvre l'action, pourra être guidée par la recherche de la *ratio legis* et par des considérations d'opportunité.

## 2. Ratio legis et raisons d'opportunité

Sans vouloir délaissier la science juridique pour l'art divinatoire, nous pouvons rechercher la *ratio legis* de l'action de groupe. Le but de cette action n'est-il pas de profiter aux consommateurs ? Constitue une indication en ce sens le fait que les dispositions régissant l'action de groupe visent uniquement le consommateur, par ailleurs défini dans le Code de la consommation, et le groupe de consommateurs. De manière plus générale, les textes n'organisent que la relation triangulaire entre l'association, le professionnel et le consommateur. Ainsi que nous l'avons souligné, la seule hypothèse dans laquelle il va de soi que l'assureur a sa place dans l'action de groupe est celle où il est le professionnel visé par l'action.

L'action de groupe a été présentée, avant et depuis son introduction en droit positif, comme un moyen de protection du consommateur faible et isolé face à un professionnel. Les auteurs de l'action de groupe ne l'ont certainement pas pensée comme devant profiter à une entreprise d'assurance, qui n'a pas besoin d'une telle protection à leurs yeux.

De plus, si un assureur est subrogé dans les droits de plusieurs consommateurs, rien ne l'oblige à tenter autant d'actions contre le professionnel qu'il y a de consommateurs subrogeant. Au contraire, l'assureur va exercer une action unique à laquelle il apparaîtra comme le seul demandeur, ce qui constitue déjà un regroupement d'actions sans qu'il soit besoin de recourir à l'action de groupe. La dérogation au droit commun que constitue l'action de groupe ne répond donc à aucune nécessité vis-à-vis de l'assureur. Il n'apparaît dans ces conditions pas justifié de permettre à l'assureur d'employer l'action de groupe dérogatoire plutôt que l'action de droit commun.

Une intervention de l'assureur subrogé à l'action de groupe pourrait même susciter une difficulté d'ores et déjà soulignée, dans l'hypothèse où le groupe serait constitué à la fois de consommateurs et d'assureurs subrogés, et où les sommes récupérées dans le cadre de l'action de groupe s'avèreraient insuffisantes pour désintéresser tous les membres du groupe (notamment en cas d'insolvabilité du professionnel, ou de partage de responsabilité entre le professionnel et les consommateurs)<sup>(34)</sup>. Nous savons qu'en cas de concurrence sur une indemnité entre l'assuré et l'assureur subrogé, le premier doit être préféré au second car il n'a pas subrogé contre lui-même<sup>(35)</sup>. Mais *quid* de la concurrence entre un assureur subrogé dans les droits d'un ou plusieurs consommateurs d'une part, et d'autres consommateurs d'autre part ? Aucune indication n'est fournie par les textes, même si des considérations d'opportunité et d'équité peuvent conduire à privilégier les consommateurs<sup>(36)</sup>.

Un autre aspect conduit à une appréciation mitigée de l'opportunité de l'intervention de l'assureur subrogé dans les droits d'un ou plusieurs consommateurs. La structure même de l'action de groupe

(27) Cela ne fait guère de doute pour certains : A.-S. Choné-Grimaldi et L. Raschel, « L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Resp. civ. et assur.*, mai 2014, Étude 4, n° 9.

(28) En ce sens que l'action de groupe serait une action limitée (en demande) aux personnes physiques, sans toutefois prendre en compte la possibilité de la subrogation d'une personne morale dans les droits d'une personne physique : D. Mainguy et M. Depincé, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E* 2014, 1144.

(29) *C. consom.*, art. L. 423-15.

(30) L. François-Martin et I. Daulouède, « L'introduction de l'action de groupe en droit français : entre risque et incertitude pour les entreprises », *Contrats conc. consom.*, mai 2014, dossier 5, spé. n° 4 et 10. Certains vont même jusqu'à dénoncer une omniprésence du juge au détriment des parties : P. Hilt, art. préc.

(31) *C. consom.*, art. L. 423-3.

(32) *C. consom.*, art. L. 423-5.

(33) Notamment les dispositions visant « le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice » (souligné par nous) : *C. consom.*, art. L. 423-5.

(34) M. Asselain, art. préc., p. 369.

(35) *C. civ.*, art. 1252.

(36) M. Asselain, art. préc., p. 369.

suppose que la décision sur la responsabilité du professionnel soit devenue définitive pour que l'on puisse passer à la seconde phase par la mise en œuvre des mesures de publicité permettant l'adhésion au groupe<sup>(37)</sup>. Cela signifie qu'en général, il se sera écoulé un temps suffisant pour que le consommateur ait déjà perçu une indemnité d'assurance lors de l'ouverture de la phase d'adhésion ; mais cela ne sera pas forcément toujours le cas. Et l'indemnisation par l'assureur pourra n'être que partielle, compte tenu de l'existence fréquente d'une franchise et éventuellement de l'application d'un plafond de garantie. Nous pourrions donc rencontrer plusieurs cas de figure selon la date à laquelle le consommateur aura été indemnisé par l'assureur, et selon que cette indemnisation aura été totale ou partielle.

Le premier cas, le plus simple, est celui où l'assureur indemnise intégralement le consommateur avant l'ouverture de la phase d'adhésion : la question est donc seulement de savoir si l'assureur peut se substituer purement et simplement au consommateur pour adhérer au groupe.

Le deuxième cas est celui d'une indemnisation partielle du consommateur antérieurement à l'ouverture de la phase d'adhésion : se pose alors la question de l'adhésion conjointe au groupe du consommateur et de l'assureur subrogé.

Le troisième cas est celui d'une indemnisation totale du consommateur au cours de la seconde phase, plus précisément entre l'adhésion du consommateur au groupe et le versement d'une indemnité par le professionnel. Le consommateur doit-il sortir du groupe ? En principe oui, à moins de prétendre toucher une seconde fois l'indemnité<sup>(38)</sup>. Et l'assureur subrogé vient-il remplacer le consommateur dans le groupe ? Une telle substitution doit-elle être opérée dans le délai d'adhésion au groupe, ou peut-elle intervenir ultérieurement du moment que le consommateur a adhéré dans le délai (l'assureur recueillant ainsi le droit d'être dans le groupe et succédant au consommateur qui y a valablement adhéré) ?

Le quatrième cas est le plus ardu : une indemnisation partielle du consommateur au cours de la seconde phase. Il ne fait alors pas de doute que le consommateur a le droit de se maintenir dans le groupe, pour réclamer la part d'indemnité qu'il n'a pas encore obtenue. Mais à la question de la substitution (ici partielle) de l'assureur au consommateur dans le groupe, s'ajoute la question de la coexistence de l'assureur et du consommateur dans le groupe. Juridiquement, le problème est le même que dans les deuxième et troisième cas. Mais en pratique, la combinaison de l'action de groupe et de l'intervention de l'assureur subrogé conduirait à la constitution d'un groupe composé à la fois des consommateurs et des assureurs subrogés dans leurs droits. Un tel groupe pourrait être qualifié de monstrueux en ce qu'il serait quantitativement plus important que le groupe composé des seuls consommateurs, et qualitativement hétérogène car il comporterait au moins deux catégories de membres.

Est-ce bien un résultat escompté de la création de l'action de groupe ? Nous en doutons. Admettre l'intervention de l'assureur contribuerait à rendre l'action de groupe redoutablement complexe, et même ingérable.

Les choses peuvent de toute manière devenir compliquées, y compris lorsque l'on n'admet pas l'intervention de l'assureur subrogé. Si cet

assureur est tenu à l'écart de l'action de groupe, il peut être tenté de faire exercer son recours par le consommateur, à charge pour ce dernier de lui transmettre la part d'indemnité perçue en double. Cela s'est déjà produit devant le juge répressif dans des hypothèses où l'assureur ne pouvait intervenir. Et les juridictions pénales ont accepté d'allouer à la victime une indemnité en n'ignorant pas qu'elle agissait en fait pour le compte de son assureur qui l'avait déjà réglée. La Cour de cassation a un temps fermé les yeux<sup>(39)</sup>. Ce procédé a été dénoncé comme une véritable « comédie judiciaire », qui n'était d'ailleurs pas sans danger pour l'assureur censé en bénéficier<sup>(40)</sup>. Fort heureusement, la chambre criminelle de la Cour de cassation a mis fin à ce procédé douteux, en rappelant au visa de l'article 1382 du Code civil que « le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties »<sup>(41)</sup>. L'intervention à l'action de groupe de l'assureur subrogé dans les droits du consommateur ne paraît donc pas souhaitable à supposer même qu'elle soit admissible, ce dont nous doutons.

## II. L'intervention en défense de l'assureur de responsabilité du professionnel

Dans la mesure où l'action de groupe est destinée à faciliter l'indemnisation d'un ensemble de consommateurs par un professionnel reconnu responsable à leur égard, il est légitime de s'intéresser à l'éventuelle implication de l'assureur de responsabilité du professionnel, en principe garant de cette indemnisation. À l'évidence, le consommateur et le professionnel peuvent avoir intérêt à mettre l'assureur de responsabilité en cause dans l'action de groupe, afin de le faire participer à l'indemnisation. Et par extension, l'association a-t-elle un intérêt similaire à celui des consommateurs ? C'est tout sauf évident, du moins s'agissant d'un intérêt propre<sup>(42)</sup>. En tout état de cause, et c'est un aspect qu'il ne faut pas oublier, l'assureur également peut avoir intérêt à intervenir volontairement, afin de faire juger à l'égard de l'ensemble du groupe de consommateurs qu'il ne doit pas sa garantie. Comme pour l'intervention de l'assureur subrogé dans les droits du consommateur, la question de l'intervention de l'assureur de responsabilité du professionnel à l'action de groupe ne manquera pas d'être posée en pratique. Mais est-elle possible et même souhaitable ?

Il convient au préalable d'évacuer un faux problème découlant de la référence à la notion de « dommage matériel » dans la loi Hamon pour limiter le champ de l'action de groupe à « la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs »<sup>(43)</sup>. Les contrats d'assurance ont en effet une conception restrictive des dommages matériels car ils les définissent

(37) C. consom., art. L. 423-4, al. 2.

(38) Sur ce point, cf. *infra*.

(39) Cass. crim., 9 févr. 1994, n° 93-83047 : Bull. crim., n° 59 ; Resp. civ. et assur., 1994, comm. 404 et chron. 38 par Ph. Conte – 26 sept. 1996, n° 96-80679 : Bull. crim., n° 332 ; RGDA 1997, p. 276, note J. Beauchard – 4 avr. 2007, n° 06-81286 – 27 juin 2007, n° 06-81397 – 14 nov. 2007, n° 06-88538 : Bull. crim., n° 278.

(40) Ph. Conte, « Où la Cour de cassation entérine une comédie judiciaire », Resp. civ. et assur., 1994, chron. 38.

(41) Cass. crim., 22 janv. 2008, n° 07-82555 : Dr. pén., avr. 2008, comm. 58, note A. Maron.

(42) N'oublions pas que l'association agit tour à tour en qualité de substitut puis de mandataire du consommateur.

(43) C. consom., art. L. 4231, al. 2.

habituellement comme « toute détérioration, altération, destruction ou perte (y compris vol) d'une chose ou substance, toute atteinte physique à des animaux », c'est-à-dire comme une atteinte physique à une chose par opposition aux dommages corporels concernant les atteintes physiques ou morales à la personne, et aux dommages immatériels qui sont habituellement définis comme « tout préjudice purement pécuniaire, autre que ceux visés par les définitions de *Dommage Corporel* et de *Dommage Matériel*, résultant de toute perte financière, de l'interruption d'un service rendu par une personne ou par un bien, ou toute privation de jouissance d'un bien ou d'un droit »<sup>(44)</sup>. Les concepts du droit des assurances – dommages matériels, corporels, immatériels (consécutifs et non-consécutifs) – diffèrent de ceux du droit civil commun s'agissant des préjudices indemnisables<sup>(45)</sup>. La loi *Hamon* fait naturellement référence aux dommages matériels au sens du droit civil commun<sup>(46)</sup>. Si l'on faisait application de la notion contractuelle de dommage matériel au sens du droit des assurances pour interpréter les dispositions du Code de la consommation, l'action de groupe aurait un champ d'application bien étriqué. En seraient en effet exclus les dommages immatériels consécutifs à des dommages matériels au sens du droit des assurances, qui rentrent dans la catégorie des dommages matériels au sens du droit civil. Pire, certains contrats d'assurance de responsabilité ne garantissant que les dommages immatériels, voire que les dommages immatériels non consécutifs au sens du droit des assurances, ne couvriraient par définition pas les dommages relevant d'une action de groupe. L'intervention de l'assureur de responsabilité à cette action serait d'un intérêt d'autant plus rare et faible. Mais cela n'est pas le cas.

Il convient donc d'étudier la possibilité et l'opportunité de l'intervention de l'assureur de responsabilité à l'action de groupe. Il apparaît rapidement que cette intervention doit être écartée dans le cadre de la première phase de cette action (A) et que la question se pose plutôt pour la seconde phase (B).

### A. L'impossibilité de mettre l'assureur en cause lors de la première phase de l'action de groupe

La compétence du tribunal saisi de l'action de groupe est définie de manière stricte dans le cadre de la première phase : outre la vérification des conditions de recevabilité de l'action exercée par l'association de défense des consommateurs représentative et agréée, le tribunal doit statuer sur la responsabilité du professionnel et définir le groupe de consommateurs et en fixer les critères de rattachement<sup>(47)</sup>.

La mise en cause de l'assureur par le professionnel ou par le consommateur-tiers lésé correspond à autre chose. L'action du professionnel assuré contre son assureur est une action en exécution du contrat d'assurance, et plus précisément une action en exécution de la

garantie<sup>(48)</sup>. L'action du consommateur contre l'assureur de responsabilité du professionnel correspond à l'action directe, qui repose sur un droit propre du tiers lésé contre l'assureur<sup>(49)</sup> et non sur la responsabilité de l'assuré. L'action en garantie et l'action directe contre l'assureur n'ont pas place dans la première phase de l'action de groupe dont l'objet est la responsabilité du professionnel et la détermination du groupe<sup>(50)</sup>.

Soulignons que la mise en cause de l'assureur de responsabilité du professionnel à ce stade ne présenterait même pas l'intérêt de lui rendre opposable la décision sur la responsabilité de son assuré. Cette décision est en effet opposable à l'assureur même lorsqu'il n'a pas été partie à l'instance, aux termes d'une jurisprudence certes peu orthodoxe au regard des conditions de l'autorité relative de la chose jugée, mais fermement établie depuis quelques décennies<sup>(51)</sup>. De grâce, ne reproduisons pas à propos de l'action de groupe la monumentale erreur commise à propos de l'intervention de l'assureur au procès pénal : persuadé que l'opposabilité de la décision sur la responsabilité était le bénéfice principal de l'intervention de l'assureur, le législateur en a fait son effet principal<sup>(52)</sup> alors qu'il fallait permettre au juge répressif de prononcer une condamnation de l'assureur, et pour cela il fallait lui donner une pleine compétence sur les questions d'assurance<sup>(53)</sup>.

En raison de la physionomie particulière de l'action de groupe et du fait qu'elle suppose un jugement sur la responsabilité du professionnel dans la première phase, une « action directe de groupe », c'est-à-dire une action directe dirigée contre le seul assureur de responsabilité par le moyen d'une action de groupe n'est pas possible<sup>(54)</sup>. L'action de groupe suppose en effet la présence du professionnel dont la responsabilité est recherchée. L'assureur de responsabilité ne pourrait donc *a minima* être mis en cause dans une action de groupe qu'en présence de son assuré et au stade de la seconde phase, celle de l'adhésion au groupe.

(48) Bien que l'action en exécution du contrat soit habituellement fondée sur l'article 1134 du Code civil, l'action en garantie de l'assuré contre l'assureur trouve un fondement plus spécifique dans l'article L. 113-5 du Code des assurances : « lors de la réalisation du risque ou à l'échéance du contrat, l'assureur doit exécuter dans le délai convenu la prestation déterminée par le contrat et ne peut être tenu au-delà ».

(49) C. assur., art. L. 124-3.

(50) En ce sens également M. Asselain, art. préc., p. 371.

(51) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 1968 : JCP 1968, II, 15584, concl. R. Lindon ; D. 1969, p. 249, note A. Besson ; RGAT 1969, p. 45, note A. Besson – TGI Paris, 18 juin 1981 et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1981 : D. 1983, IR, 214, note J.-Cl. Berr et H. Groutel – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 oct. 1985 : RGAT 1986, p. 50, note J. Bigot – 4 juin 1991 : RGAT 1991, p. 918, note R. Bout – 23 oct. 2013, n° 12-20102 : RGDA, févr. 2014, p. 124, n° 110g4, note R. Schulz – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 juin 1991, n° 89-16599 : Bull. civ. III, n° 186 ; RGAT 1991, p. 640, note R. Bout et p. 878, note J. Bigot – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 févr. 2002, n° 00-10495 : Bull. civ. II, n° 12 – 13 juill. 2006, n° 05-19823 : Resp. civ. et assur., 2006, comm. 354, note H. Groutel.

(52) Qu'il a même pris soin de placer à part dans l'article 388-3 du Code de procédure pénale, alors que dans le projet de loi cet effet était dans le dernier alinéa de l'article 388-2 : R. Schulz, thèse préc., n° 690 et n° 1280 et s.

(53) Ce qui n'est malheureusement pas du tout la physionomie actuelle de l'intervention de l'assureur au procès pénal : R. Schulz, thèse préc., n° 1318 – J. Beauchard et R. Schulz (dir. J. Bigot), *op. cit.*, n° 2206 – R. Schulz, note sous Cass. crim., 21 janv. 2014, n° 12-84287 : RGDA, mars 2014, p. 184, n° 110k5.

(54) M. Asselain, art. préc., p. 371, employant l'expression « action directe de groupe » et se prononçant dans le même sens.

(44) *Lamy Assurances*, 2014, n° 2360 et s.

(45) *Lamy Assurances*, 2014, n° 2363.

(46) Ainsi que cela a été précisé par le rapporteur de la loi : *Dictionnaire permanent Assurances*, Bulletin n° 235-1, avril 2014, « L'assurance dans la loi « consommation » », p. 16.

(47) C. consom., art. L. 423-3, al. 1<sup>er</sup>.

## B. La question de l'intervention de l'assureur dans la seconde phase

La seconde phase est celle par laquelle les consommateurs adhèrent au groupe en vue de recevoir l'indemnisation, soit directement auprès du professionnel (action de groupe simplifiée)<sup>(55)</sup> soit par l'intermédiaire de l'association (action de groupe « normale »)<sup>(56)</sup>. On peut comprendre que les consommateurs comme le professionnel, et pourquoi pas l'association lorsque l'indemnisation passe par son intermédiaire, voient un intérêt à mettre en cause l'assureur de responsabilité du professionnel. Ce d'autant plus que, ainsi que nous l'avons vu, la décision reconnaissant la responsabilité du professionnel à l'égard des consommateurs du groupe est opposable à l'assureur même s'il est resté tiers à l'instance<sup>(57)</sup>. À l'inverse, l'assureur de responsabilité pourrait avoir intérêt à intervenir volontairement pour faire juger à l'égard de l'ensemble des consommateurs du groupe, dans une action unique, qu'il ne garantit pas la responsabilité du professionnel. De telles interventions, volontaires ou forcées, ne paraissent cependant pas compatibles avec le régime de l'action de groupe.

En cas de mise en cause par l'association dans le cadre de la procédure d'action de groupe normale, l'assureur pourrait tenter d'objecter qu'il ne peut régler l'association car ce serait méconnaître le privilège du tiers lésé sur l'indemnité d'assurance prévu par l'article L. 124-3 du Code des assurances. Toutefois, il lui serait aisément répondu que l'association n'agit que comme représentant des consommateurs, au titre du mandat aux fins d'indemnisation qui lui a été conféré lors de l'adhésion des consommateurs au groupe<sup>(58)</sup>. Par l'effet de la représentation, le règlement fait entre les mains de l'association mandataire vaut paiement au consommateur mandant<sup>(59)</sup>. D'ailleurs, l'association ne perçoit pas vraiment les sommes versées par le professionnel, qu'elle doit verser en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations, et ce compte ne peut faire l'objet de mouvements en débit que pour le versement des sommes dues aux intéressés<sup>(60)</sup>. La question ne se pose pas dans le cadre de l'action de groupe simplifiée, car le professionnel est alors condamné, aux termes du jugement sur sa responsabilité, à indemniser les consommateurs « directement et individuellement »<sup>(61)</sup> et non par le biais de l'association.

La raison de l'impossibilité d'une intervention de l'assureur de responsabilité à l'action de groupe apparaît en filigrane dans les dispositions organisant le régime de cette action, s'agissant tant de son objet que de ses sujets. L'objet de l'action de groupe pourrait être défini comme l'indemnisation des préjudices subis par les consommateurs (encore que cette indemnisation soit en l'état circonscrite aux « préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels »<sup>(62)</sup>). Mais il s'agit plutôt d'un but général qui, *in abstracto*, peut être mis en œuvre par

des actions aux fondements divers dirigées contre des personnes différentes : action en responsabilité civile contre le professionnel, action fondée sur un droit spécial contre un fonds de garantie, action directe exercée par le tiers lésé contre un assureur de responsabilité, action en garantie exercée contre ce même assureur par son assuré... Or, dans le cadre de l'action de groupe telle que définie dans le Code de la consommation, le but d'indemnisation des consommateurs n'est mis en œuvre que par une action en responsabilité civile dirigée contre le professionnel.

Cela était indéniable dans la première phase, et apparaît rester vrai dans la seconde phase de l'action de groupe. Qu'il s'agisse de la procédure simplifiée ou de la procédure normale, cette seconde phase vise le versement de l'indemnisation *par le professionnel*, en exécution du jugement rendu *sur sa responsabilité*. Il est expressément prévu que dans cette décision, le juge « précise si les consommateurs s'adressent directement *au professionnel* ou par l'intermédiaire de l'association »<sup>(63)</sup>. Dans le cadre de la procédure simplifiée « le juge, après avoir statué sur la responsabilité *du professionnel*, peut condamner *ce dernier* à indemniser [les consommateurs] »<sup>(64)</sup>. La loi prévoit l'indemnisation des consommateurs en exécution de cette décision *par le professionnel*<sup>(65)</sup>, ainsi que les remèdes en cas d'absence d'indemnisation *par le professionnel* dans les conditions et délais prévus<sup>(66)</sup>. Il est à noter que lorsque la seconde phase donne lieu, en cas de difficulté, à une seconde décision, c'est en vertu d'une disposition selon laquelle « le juge ayant statué *sur la responsabilité* tranche les difficultés qui s'élèvent à l'occasion de la mise en œuvre du jugement »<sup>(67)</sup> : la seconde décision se situe donc dans la lignée de la première sur la responsabilité du professionnel.

Une intervention de l'assureur à la seconde phase ne paraît concevable que dans le cadre juridictionnel de cette phase, c'est-à-dire si le juge est saisi afin de trancher une difficulté dans la mise en œuvre du jugement sur la responsabilité du professionnel rendu à l'issue de la première phase. L'assureur ne va en effet pas intervenir (volontairement ou de manière forcée) dans le cadre du paiement en exécution du premier jugement. Encore que, l'hypothèse dans laquelle l'assureur de responsabilité, considérant sa garantie incontestable au vu du jugement reconnaissant la responsabilité de son assuré, procéderait spontanément au versement d'indemnités à la place du professionnel en exécution de ce jugement auquel il n'est pas partie (et qui n'a donc pas autorité ni force de chose jugée à son égard) serait pour le moins intéressante : ne serait-elle pas même contraire aux dispositions sur l'action de groupe<sup>(68)</sup> ? Mais qui irait s'en plaindre ? Ni les consommateurs, ni l'association, ni le professionnel...

Or, l'intervention de l'assureur devant le juge saisi des difficultés de mise en œuvre du premier jugement ne paraît pas possible en raison de la compétence restreinte de ce juge, limitée selon les termes de la loi à *la responsabilité du professionnel* et même plus précisément

(55) C. consom., art. L. 423-10 et R. 423-8 et s.

(56) C. consom., art. L. 423-11 et s. et R. 423-13 et s.

(57) L'assureur n'a plus qu'à payer s'il ne conteste pas sa garantie.

(58) C. consom., art. L. 423-5, al. 3.

(59) Les assureurs et les intermédiaires en assurance connaissent les effets du règlement des cotisations entre les mains de l'agent général, du mandataire d'assurance ou du courtier titulaire d'un mandat de recouvrement des primes.

(60) C. consom., art. L. 423-6.

(61) C. consom., art. L. 423-10, al. 1<sup>er</sup>.

(62) C. consom., art. L. 423-1, al. 2.

(63) C. consom., art. L. 423-5, al. 3.

(64) C. consom., art. L. 423-10, al. 1<sup>er</sup>.

(65) C. consom., art. L. 423-10, al. 2 pour la procédure simplifiée et L. 423-11 pour la procédure normale.

(66) C. consom., art. L. 423-7, art. L. 423-10, al. 3, art. L. 423-12.

(67) C. consom., art. L. 423-12.

(68) Qui prévoient littéralement un paiement effectué *par le professionnel*, non par un tiers (ce qu'est l'assureur, qui n'est pas partie à la procédure et paie au titre d'une obligation distincte de celle du professionnel).

aux difficultés de mise en œuvre de cette responsabilité. Autant dire que la compétence du juge de l'action de groupe, qui doit être appréciée strictement car elle est spéciale et dérogatoire au droit commun, ne s'étend pas à des problèmes de garantie d'assurance et d'action directe.

Il y a ici encore un parallèle intéressant entre l'action civile et l'action de groupe. L'action civile exercée devant le juge répressif est limitée en ce qui concerne ses demandeurs à ceux qui ont personnellement subi le dommage causé par l'infraction, mais l'article 2 du Code de procédure pénale ne prévoit expressément aucune limite quant au défendeur à l'action en indemnisation du dommage découlant de l'infraction. Ce dont il devait d'ailleurs logiquement découler que pouvait être attrait à l'action civile devant le juge répressif tout assureur garantissant ce dommage (assureur de choses ou de personnes de la victime et assureur de responsabilité civile du prévenu, de l'accusé ou du civilement responsable), du moins si l'article 388-1 du même Code n'était venu l'interdire *a contrario* (69). L'action de groupe, elle, vise explicitement un seul défendeur (le professionnel) ainsi que la nature de l'action qui est intentée contre lui (action en indemnisation fondée sur la responsabilité civile). Ceci explique à notre avis qu'elle doit rester fermée à l'intervention de l'assureur, laquelle ne rentre pas dans cette compétence.

Un argument d'opportunité va en ce sens. Ainsi que nous l'avons vu, l'intervention de l'assureur de responsabilité ne serait concevable que lors de la seconde phase, c'est-à-dire une fois que la première phase s'est soldée par une décision définitive sur la responsabilité du professionnel. Or, la seconde phase est supposée être rapide puisque soit les consommateurs sont indemnisés sans incident dans les délais fixés par le juge, soit le juge tranche des difficultés qui doivent rester relativement simples car il s'agit de difficultés de mise en œuvre (même si le diable est dans les détails...). Admettre l'intervention de l'assureur au cours de la seconde phase judiciaire, c'est introduire une nouvelle partie ainsi que des questions d'assurance venant allonger et complexifier les débats. Une fois encore, comme pour l'intervention de l'assureur subrogé, nous doutons que ce soit un résultat attendu de l'action de groupe.

En conclusion, l'assureur paraît devoir rester à l'écart de l'action de groupe. Ce, alors que lui-même comme les acteurs de l'action de groupe auraient des raisons de souhaiter son intervention. Mais l'intervention de l'assureur nous paraît devoir être rejetée en matière d'action de groupe, car une telle intervention serait incompatible avec cette action (70).

(69) R. Schulz, thèse préc., n° 129 et 134.

(70) Il a été reproché à l'auteur de ces lignes d'avoir développé « une réflexion un peu trop centrée sur le parti-pris d'accroître la place (et donc les pouvoirs) des assureurs intervenant au procès pénal », avec la suggestion à peine voilée qu'il serait l'avocat des assureurs. Nous défendons à l'occasion certains assureurs, mais de là à généraliser... Quant à notre prétendue position sur l'intervention de l'assureur au procès pénal, le reproche relève d'une lecture erronée de notre thèse. Nous y avons au contraire exposé notre préférence pour une exclusion pure et simple de l'action civile devant le juge pénal, qui emporte suppression de l'intervention de l'assureur au procès pénal... ; et dans le cas du maintien de la compétence civile du juge répressif, ce que nous préconisons est ni plus ni moins un alignement du régime de l'intervention de l'assureur sur celui de l'action civile : R. Schulz, thèse préc., n° 1470 et s.

Malgré le renvoi opéré par le Code de la consommation aux dispositions du Code de procédure civile (71), l'action de groupe est une mécanique dérogatoire au droit commun (72). Et surtout, elle est fragile en raison de ce caractère dérogatoire et du fait qu'elle s'accorde mal avec les concepts connus du droit processuel (73). En témoigne sa nature apparemment double, tour à tour action de substitution et action en représentation (74). L'édifice précaire construit sur des bases aussi peu solides ne supporte donc pas d'être chahuté et il n'est pas question de sortir du cadre péniblement mis sur pied par le législateur après des années de réflexions. L'action de groupe organise un recours collectif de consommateurs destiné à leur permettre, par le truchement d'une association, de recevoir une indemnité du professionnel sur le fondement de la responsabilité civile. Le système est conçu pour fonctionner correctement quand un groupe homogène constitué de consommateurs agit grâce à une association pour obtenir le paiement d'indemnités par un professionnel solvable. Mais si l'on s'écarte de ces conditions, la mécanique déraile. Il n'est déjà pas facile de passer d'une multitude de couples consommateur / professionnel à un trio consommateurs / association / professionnel. Si en plus l'assureur vient jouer le rôle d'un chien dans le jeu de quilles... la procédure peut tourner au jeu de massacre. Et les consommateurs seraient les premiers à pâtir des dysfonctionnements de l'action de groupe ainsi maltraitée.

Le triolisme institué par l'action de groupe déroge au dualisme classique demandeur / défendeur, de manière très peu satisfaisante sur le plan juridique. Il est dès lors compréhensible que cette action, déjà difficile à appréhender, ne se prête pas à l'adjonction d'un quatrième protagoniste (75). On pourrait même dire à cet égard qu'il peut parfois en aller d'une procédure judiciaire comme de l'amour et que comme l'a affirmé Bobo, le clown triste des *Bronzés* interprété par Luis Rego : « à quatre, c'est immonde ! Déjà qu'à deux c'est dégueulasse... » (76).

(71) C. consom., art. R. 423-1.

(72) Bien plus dérogatoire que ne l'est l'action civile exercée devant le juge répressif. Cette dernière est en effet une action en indemnisation qui peut tendre à l'allocation d'une indemnité sur des fondements autres que celui de la responsabilité civile, et par des personnes autres que l'auteur des faits ou son civilement responsable (fonds de garantie, caisse de Sécurité sociale, assureur...). Il y a là une différence notable avec l'action de groupe qui ne vise que l'indemnisation par le professionnel reconnu responsable.

(73) Cf. *supra*, les articles cités notes 9 et s.

(74) E. Jeuland, art. préc. Et nous connaissons une autre action dont la nature est double : c'est l'action civile telle que la connaît notre droit positif. La conception dualiste de l'action civile, à la fois indemnitaire et répressive, est la source des incohérences de son régime en général et de celui de l'intervention de l'assureur au procès pénal en particulier. Cf. notre thèse préc., spéc. n° 398 et s. L'action de groupe est encore plus étrange : sa nature est double non pas en ce qu'elle présente deux natures qui coexistent, mais en ce sens qu'elle revêt successivement chacune des deux natures...

(75) Surtout lorsque ce protagoniste est très souvent considéré comme un trouble-fête : cf. les réticences, voire la franche hostilité à l'intervention de l'assureur au procès pénal exprimée par des personnes qui ne remettent pourtant pas en cause l'action civile...

(76) Film *Les bronzés*, réalisé par P. Leconte et sorti en salle en 1978. Les termes sont certes forts, mais notre expérience du procès à deux, trois, quatre (et plus si affinités... au gré des interventions et appels en garantie) nous conduit à considérer qu'ils sont parfois le triste reflet de la réalité.