

# RCC

REVUE

# CONSTITUTION ET CONSOLIDATION

DE L'ÉTAT DE DROIT DE LA DÉMOCRATIE ET  
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES EN  
AFRIQUE

## ÉDITORIAL

### DOCTRINE

**La désignation des juges constitutionnels en Afrique noire Francophone, Gaétan Thierry FOUМЕНA**, Agrégé des Facultés de Droit - Université de Ngaoundéré - (Cameroun) **(Page 7)**

**La répression administrative. Étude à partir de quelques exemples au Bénin et en Côte d'Ivoire, Prudent SOGLOHOUN**, Maître-assistant de Droit public Université d'Abomey-Calavi (BENIN) **(Page 67)**

**La libre administration des collectivités territoriales décentralisées dans le nouveau droit camerounais de la décentralisation, Luc Patrick BALLA MANGA**, Docteur en Droit Public à l'Université de Douala (Cameroun) **(Page 145)**

**Le contrôle du système du parrainage des candidatures à l'élection présidentielle par les juridictions constitutionnelles africaines, El Hadji Omar DIOP**, Docteur en droit de l'Université Montesquieu de Bordeaux et Enseignant-chercheur à la faculté des sciences juridiques et politiques à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar **(Page 179)**

**Le juge administratif dans les contrats de partenariat public-privé en Afrique francophone, Luciano Sèwènan HOUNKPONOU**, Docteur en Droit Public Enseignant-chercheur à l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin) **(Page 255)**

### TRIBUNE LIBRE

**Commentaire de l'article 14 al. 2 de la loi constitutionnelle N°96/06 - du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972, Émile MENGUE MBOUE**, Ph.D en Droit Public Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et politiques, Université de Ngaoundéré - (Cameroun) **(Page 301)**

**L'action collective des associations de consommateurs à l'aune des principes des droits du Burkina Faso et du Bénin, pays du système romano-germanique, Seydou BARRO**, Magistrat, (Burkina Faso), Doctorant en droit privé, Université de Parakou. **(Page 309)**

### JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

**DECISION DCC 22-139 DU 21 AVRIL 2022 (Page 391)**

**DECISION EL 22 - 001 DU 06 OCTOBRE 2022 (Page 395)**

**DECISION EL 22 - 002 DU 06 OCTOBRE 2022 (Page 401)**

**DECISION EL 22-003 DU 16 NOVEMBRE 2022 (Page 407)**

**DECISION EL 22-004 DU 17 NOVEMBRE 2022 (Page 415)**

### ACTUALITÉS DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES



RÉPUBLIQUE DU BÉNIN  
**COUR CONSTITUTIONNELLE**

REVUE  
**RCC** **CONSTITUTION** ET  
**CONSOLIDATION**  
DE L'ÉTAT DE DROIT, DE LA DÉMOCRATIE ET  
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES EN AFRIQUE



Doctrine ;  
Tribune libre ;  
Jurisprudence ;  
Actualité des juridictions constitutionnelles.

*2022 N° 8 / Semestriel*

**Copyright :** Cour constitutionnelle du Bénin  
Contact pour soumettre un article :  
activitesscientifiques@courconstitutionnelle.bj

**Mise en pages & Impression :**

Imprimerie COPEF  
+229 61 61 65 38 / 229 95 84 34 34  
imprimerie\_copcf2006@yahoo.fr  
Cotonou - Bénin

**ISSN :** 1840-9687

**Dépôt légal :** n° 11573 du 30 Décembre 2020  
3<sup>eme</sup> trimestre Bibliothèque Nationale du Bénin

**Distribution :** 00229 21 31 14 59

---

Droits de reproduction, de traduction, d'adaptation réservés pour tout pays.  
(Loi n° 2005-30 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins  
en République du Benin)

## L'ACTION COLLECTIVE DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS À L'AUNE DES PRINCIPES DES DROITS DU BURKINA FASO ET DU BÉNIN, PAYS DU SYSTÈME ROMANO-GERMANIQUE.

**Seydou BARRO, Magistrat, (Burkina Faso),**  
*Doctorant en droit privé, Université de Parakou.*

1. La décentralisation escomptée de la politique de concurrence de l'UEMOA facilitera *in fine* l'effectivité du droit de la concurrence mais aussi l'action civile de concurrence compte tenu de la possibilité pour les victimes des atteintes au droit du marché d'invoquer les décisions des autorités de concurrence à l'appui de leurs demandes de réparations. Cela procède des difficultés inhérentes à l'action privée de concurrence qui peut être laborieusement intentée, indépendamment de l'action publique de concurrence, par les entreprises surtout les petites et moyennes entreprises/petites et moyennes industries (PME/PMI) ainsi que les consommateurs en vue d'obtenir la réparation des préjudices nés des manquements au droit du marché. Il est à relever que le législateur UEMOA contrairement à celui de la CEDEAO n'a pas entendu voir l'action civile de concurrence exercée accessoirement à l'action publique de concurrence car c'est option demeure possible devant l'Autorité Régionale de la Concurrence de la CEDEAO<sup>1</sup>

---

1 Article 8.3 de l'Acte additionnel A/SA.2/12/08 portant création, attributions et fonctionnement de l'autorité régionale de la concurrence CEDEAO.

contrairement à la Commission de l'UEMOA qui sont les deux autorités communautaires de concurrence. Cette option du législateur UEMOA s'explique difficilement quand on sait que dans la procédure pénale classique, l'action civile née d'une infraction peut être certes réparée indépendamment de l'action pénale, il est courant cependant dans une dynamique d'efficacité, que l'action civile soit exercée conjointement à l'action publique en matière pénale au regard de la dépendance probatoire de la première vis-à-vis de la seconde. Ainsi est-il plus aisé pour la victime d'une infraction de faire mettre en mouvement l'action publique à travers une dénonciation ou une plainte devant le parquet ou le cas échéant une citation directe devant le tribunal ou une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction afin d'espérer la réparation dans un délai raisonnable en excipant bien évidemment de l'existence d'une infraction consommée, un préjudice subi et la corrélation entre le manquement infractionnel et le dommage allégué. Ce procédé est tellement commode à la réparation des dommages que les autorités d'enquêtes ainsi que les victimes en abusent souvent en appréhendant des affaires civiles sous l'angle de la procédure pénale dans le but d'éviter les rets voire les traquenards d'une procédure civile, longue et alambiquée aux issues souvent incertaines au regard des difficultés probatoires.

2. L'effectivité de l'action publique de concurrence est alors une option salutaire pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles qui peuvent plus habilement obtenir la

protection juridictionnelle de leurs droits qui sont violés par les professionnels véreux compte tenu de la possibilité d'invoquer l'autorité de chose jugée des décisions issues des actions publiques de concurrence même si celles-ci ne s'imposeraient pas au juge. Elles peuvent à tout le moins être considérées comme un commencement de preuves attestant de la violation de certains droits reconnus aux citoyens de l'UEMOA par sa politique de concurrence. L'existence de ces décisions relatives à la mise en œuvre de l'action publique de concurrence ne doit pas être aussi considérée comme une panacée à la réparation des préjudices subis par les victimes surtout les consommateurs parce que les litiges qui opposent toujours les consommateurs aux entreprises surtout les multinationales s'apparentent absolument à la légende de David contre Goliath. Même en présence de telles décisions de condamnations relatives à l'action publique de concurrence, certains consommateurs voire la quasi-totalité des PME/PMI peuvent s'abstenir d'agir par dépit en sacrifiant d'emblée leurs droits à la protection juridictionnelle sur la base du coût, de la lourdeur ainsi que la complexité de la procédure judiciaire relativement au gain qui est escompté à l'issue d'un procès aux issues aléatoire.

3. Mais ces décisions des autorités de concurrence relatives à l'action publique de concurrence peuvent rester lettres mortes en raison de l'abstention rationnelle des consommateurs à exercer l'action judiciaire individuelle au regard du fait qu'ils exposeront des frais processuels qui dépassent même les montants des réclamations individuelles.

4. Théoriquement, l'action consumériste individuelle peut être intentée par n'importe quel consommateur ayant subi un préjudice né de la violation du contrat qui l'oppose au professionnel ou de la violation du droit matériel de la concurrence qui lui confère des droits. Il peut être soutenu que le droit à la protection juridictionnelle provisoire ou définitive du consommateur demeure plein et entier de telle sorte qu'il lui suffit de saisir le juge territorialement et matériellement compétent afin qu'il se prononce sur le bienfondé de sa prétention.
5. Dans la pratique, cette action individuelle du consommateur est rarement exercée au regard de l'état du droit processuel qui a vocation essentiellement à mieux appréhender les contentieux qui opposent les parties ayant la même maîtrise de l'objet du litige ainsi que les ressources économiques permettant d'engager les professionnels du droit pour les représenter, assister ou conseiller pendant le procès. Or le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité intellectuelle et économique vis-à-vis du professionnel dont il subit surtout la puissance économique au cours de la procédure judiciaire. Cela est davantage exagéré par les spécificités des litiges de consommation qui sont de faibles montants sur le plan individuel mais demeurent courants dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Pourtant, si le consommateur individuel veut ester en justice dans la vue de demander la protection juridictionnelle d'un droit que la politique de concurrence lui reconnaît, il est naturellement amené à exposer des frais processuels supérieurs

à la réparation escomptée. Pire, le professionnel défendeur dans de telles causes fondées pour la majeure partie des cas, paiera logiquement des frais de procédure qui dépassent l'objet des demandes individuelles respectives. Il s'ensuit alors une inadéquation de l'action individuelle judiciaire classique aux litiges de consommation en ce sens qu'elle ne permet ni aux consommateurs demandeurs ni aux professionnels défendeurs de mieux soigner leurs intérêts distinctifs. Dans cette hypothèse, il peut-être soutenu que l'absence de procédures judiciaires appropriées à l'effet d'obtenir la protection juridictionnelle d'un droit est un obstacle à l'exercice voire à la jouissance dudit droit. Ainsi la Cour Européenne des Droits de l'Homme a, sur la base de l'article 6§1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme<sup>2</sup>, assimilé à une entrave au droit d'accès au juge, le caractère inapproprié de la législation à fournir une réponse judiciaire rapide et non onéreuse aux justiciables surtout les moins nantis. Une législation qui distribue peu l'accès au juge par l'absence de procédures judiciaires rapides et peu onéreuses est un affront audit droit. Ainsi la CEDH a-t-elle relevé que les obstacles procédurales à l'instar de ceux subis par les consommateurs individuels pour exercer leurs actions judiciaires individuelles est à la fois la négation du droit au juge qui les relègue des prétoires du juge et la soustraction des auteurs

2 Article 6 §1 de la CEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice »



desdits manquements à leur responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle parce que pour « *Qu'une personne ait, au plan interne, une prétention pouvant donner lieu à une action en justice peut dépendre non seulement du contenu, à proprement parler, du droit de caractère civil en cause tel que le définit le droit national, mais encore de l'existence de barrières procédurales (procedural bars) empêchant ou limitant les possibilités de saisir un tribunal de plaintes potentielles. Dans cette dernière catégorie d'affaires, l'article 6 § 1 de la Convention peut trouver à s'appliquer. [...]* Toutefois, par exemple, qu'un État puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1 – à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge (arrêt *Fayed c. Royaume-Uni* du 21 septembre 1994, série A n° 294B, § 65)<sup>3</sup> ». Cette jurisprudence du juge européen à la lumière de l'article 6 §1 de la CEDH est en cohérence avec l'esprit de l'article 14 alinéa 1<sup>4</sup> du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en raison de la similarité des deux textes. C'est donc dire qu'à la lumière de ces deux instruments juridiques de référence ci-dessus cités, le droit d'accès au juge doit cesser d'être une affirmation pour être une réalité pratique, ce qui suppose que tous les obstacles de fait ou de droit doivent être annihilés pour permettre l'exercice et la jouissance effectif de ce droit. C'est dans cette dynamique que Didier CHOLET

3 CEDH, 21 nov. 2001, *Fogarty c/ Royaume-Uni*.

4 Article 14 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques « Tous sont égaux devant

soutient que le droit au juge « doit être concret et effectif et non pas seulement théorique ou illusoire<sup>5</sup> ». Malheureusement, contrairement à ces vœux pieux, le droit d'accès au juge des consommateurs du Burkina Faso et du Bénin demeure plus théorique que pratique parce que le cadre juridique ne leur offre que des possibilités procédurales lourdes et onéreuses qui les obligent à l'abstention. De fait, le contentieux consommériste se coule dans le moule des procédures judiciaires de droit commun, ce qui rompt avec l'idée de la protection catégorielle dont le consommateur, après l'avènement du code civil de 1804, a bénéficié progressivement jusqu'à l'adoption d'un droit substantiel qui lui est expressément dédié. La réalité ainsi décrite est celle vécue par les consommateurs burkinabè et béninois qui pourtant bénéficient d'une protection catégorielle à travers l'existence de certaines règles matérielles qui leur sont dédiées.

6. Ces difficultés rencontrées par les consommateurs burkinabè et béninois sont inhérentes au droit processuel dans le système romano-germanique lequel procède d'une approche individualiste du procès. En effet, dans les pays dits de *civil law*,

---

les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire, lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants».

- 5 Didier CHOLET, « La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil », in Dalloz, « Archives de philosophie du droit », 2018/1 Tome 60, p.226 ; <https://www.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2018-1-page-223.htm>, téléchargé, le 22 août 2022 à 16h40mn.

la procédure judiciaire revêt un caractère individualiste où le titulaire de l'action doit personnellement ester en justice contre le défendeur ou se faire valablement représenter à travers un mandat sauf en ce qui concerne certaines actions personnelles. Mais cette culture individualiste du procès ne permet pas à certaines couches sociales, dont les consommateurs, d'accéder au prétoire du juge en raison du fait qu'ils sont dissuadés par les frais à exposer qui sont largement supérieurs au montant du préjudice individuel subi.

7. La prise en charge des litiges de consommation de manière appropriée requiert un changement de paradigme dans l'approche procédurale. C'est même la conséquence logique de l'érection d'un droit matériel dédié aux consommateurs qui devrait être suivi d'un droit processuel consumériste atypique. Il est assurément incongru de protéger spécialement le consommateur lorsqu'il contracte avec le professionnel pour éviter que celui-ci ne l'abuse et les soumettre aux mêmes règles procédurales en cas de différends alors que c'est en ce moment qu'il est plus fragile. Pire, les modalités de conclusion des contrats entre un professionnel et ses cocontractants consommateurs qui adhèrent au contenu d'un acte dont les droits et les obligations ont été aménagées par la partie professionnelle à sa guise est attentatoire à la liberté contractuelle. C'est une personne qui contracte avec un groupe de personnes même si chaque individu adhère personnellement au contenu du contrat type qui lie le professionnel à tous ses clients.

8. Mais il y a des réticences à voir le groupe de consommateurs ester contre le professionnel. Logiquement, l'on devrait admettre la possibilité de passer d'une approche individuelle du procès à celle collective en matière de consommation pour être en phase avec le mécanisme contractuel consumériste. Cela s'explique par l'état du droit positif qui ne permet pas que des actions judiciaires soient exercées sans mandat par les associations au nom et pour le compte des consommateurs au regard des atteintes potentielles à certains principes procéduraux même s'il est admis l'existence des actions dans l'intérêt collectif<sup>6</sup> dans certains domaines. Cependant, ces actions n'ont pas véritablement une vocation indemnitaire parce qu'elles permettent toujours aux professionnels indéliçats de se soustraire de leurs responsabilités civiles à travers une indemnisation mitigée des victimes de leurs manquements. L'action de groupe ayant une vocation indemnitaire appropriée est rejetée parce qu'elle serait aux antipodes des principes processuels chers au système romano-germanique, nuisible à la bonne réputation des entreprises.
9. L'adoption de l'action de groupe ou la *class action* dans nos pays est davantage appréhendée par ses pourfendeurs comme un processus d'américanisation voire de dénaturation de notre droit aux regards de ses origines anglo-saxonnes. C'est le rejet entre autres de l'importation de ces modèles processuels anglo-saxons dans le système romano-germanique qui suscite la furie du doyen « *D'abord, pourquoi ce masochisme, pourquoi se faire*

---

6 L'action dans l'intérêt collectif diffère fondamentalement de l'action de groupe/*class action* parce que dans la première hypothèse l'association des consommateurs par exemple qui agit le fait en son nom et pour son compte alors que dans le second cas, elle le fait au nom des consommateurs.

*autant de mal ? Pourquoi tenir un discours qui, en définitive, malgré quelques précautions inévitables, aboutit à encenser la modernité du système américain en stigmatisant l'archaïsme du système français, ce qui expliquerait d'ailleurs le succès, à l'exportation, du modèle juridique américain<sup>7</sup> ».* À travers cette opinion, on entrevoit malheureusement que la question est appréhendée plus sous l'angle de l'opposition traditionnelle entre deux cultures juridiques en passant sous silence les avantages comparatifs de certains principes du système juridique américain notamment l'admission de la *class action* compte tenu de sa valeur ajoutée pour l'accès non onéreux à la justice aussi bien pour les demandeurs que les défendeurs dans une certaine mesure ainsi que l'État qui a le devoir de faciliter le droit à la protection juridictionnelle des personnes vulnérables à travers l'aide juridictionnelle. On peut alors dire que la répugnance de la *class action* est plus mécanique et rationnel parce qu'il n'est pas pris en compte ses vertus pour l'accès démocratique de certaines catégories de personnes au juge ou la judiciarisation de certains litiges sériels mais c'est plutôt son caractère allogène dans notre culture juridique. L'acceptation de l'action de groupe ou la *class action* est loin d'être une attitude masochiste mais son rejet catégorique nonobstant ses valeurs distributrices de l'accès non onéreux et démocratique au juge est narcissique et attentatoire au droit fondamental au juge. Pourtant, c'est au prix, certainement, d'un abandon de la conception individuelle du procès au profit d'une approche collective que la singularité des litiges de consommation peut être appréhendée en tant que

---

7 Loïc CADIET, « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française Mythe et réalité », Arch. phil. droit 45 (2001), p.111.

contentieux de masse (section II). Cette dynamique semble malheureusement et sérieusement compromise en raison des appréhensions de la doctrine conservatrice dans le *civil law*, laquelle fait montre d'une certaine hostilité à la *class action* au motif qu'il est un affront à ses principes (section I).

### **Section I : Les atteintes au droit d'accès au juge par l'hostilité à l'action de groupe**

10. Parmi les pourfendeurs des actions collectives dans le système romano-germanique, les uns avancent des arguments d'ordre économique alors que les autres excipent des atteintes aux principes du droit. Ainsi, pour les premiers, les actions collectives « *aboutiraient soit à des dommages-intérêts démesurés, soit à des transactions inéquitables pour les entreprises conclues par elles par crainte du risque financier ou du risque en termes d'images*<sup>8</sup> ». Elles seraient alors une entrave à la compétitivité économique des entreprises concernées (§1). Pour les seconds, les actions collectives sont calquées sur le modèle de la *class action* américaine et sont en conséquence aux antipodes des principes du système romano-germanique (§2).

#### **§1 : Une entrave au développement économique et social**

11. Les entreprises et les consommateurs sont les acteurs incontournables du marché et l'intervention des acteurs étatiques comme les autorités de concurrence ainsi que les juridictions civiles et commerciales en vue de la mise en œuvre du droit de la concurrence, à travers la sanction des

---

8 Dany COHEN, « Introduire des actions de groupe en droit français ? Réactions à l'analyse du Pr. Demougin », in Dany COHEN (Dir) Droit et économie du procès civil, LGDJ, 2010, p. 112.

manquements par l'institution d'une action de groupe au profit des consommateurs, serait une entrave à la productivité et à l'innovation des entreprises (A) objet d'une telle action qui, de surcroît, verront obscurcir leur réputation par la communication résultant de cette procédure judiciaire (B).

### **A. La class action comme frein à l'innovation et à la recherche des entreprises**

12. Au Burkina Faso et en République du Bénin, l'avènement d'une action de groupe n'est pas encore un débat d'actualité mais il est certain qu'il est inévitable à l'avenir compte tenu de la recrudescence de la veille citoyenne tenant en l'action des organisations de défense des droits des consommateurs. Il est par ailleurs plausible que les raisons d'ordre économiques avancées par les hommes d'affaires français en vue de s'opposer à l'institution d'une action de groupe à la française à l'image de la *class action* d'origine anglo-saxonne ne varieront pas de celles de nos deux pays même si les réalités économiques ne paraissent pas semblables. L'argument transversal et commun tant à la France qu'aux deux pays de référence pour s'opposer à l'avènement de l'action de groupe est qu'elle saperait la recherche de l'efficacité économique qui est l'objectif unique assigné au droit de la concurrence par le courant idéologique de l'école de Chicago lequel promeut la concentration économique et l'impunité de ses acteurs<sup>9</sup>. La phobie des hommes d'affaires relative à l'institution d'une action de groupe procède de ce que ces acteurs entendent alors utiliser la rente émanant des atteintes au droit du marché pour acquérir

---

<sup>9</sup> Karounga DIAWARA, Droit de la concurrence : Aspects théoriques et appliquées, *op. Cit.*, p. 45

un pouvoir de marché et pour innover la qualité des produits et des services au profit des consommateurs. Cette position rime avec la thèse de l'école de Chicago et est naturellement défavorable à l'institution d'une action de groupe qui semble pourtant une réhabilitation du droit d'accès des consommateurs au juge. En effet, selon les détracteurs, l'action de groupe est néfaste à l'économie en ce sens que « *les « class actions » coûteraient aux États-Unis environ 1,87 % du PIB américain (soit environ 16,5 Mds€)*<sup>10</sup> ». Outre le coût exorbitant de l'action de groupe qui grèvera le budget des entreprises qui en font l'objet, elle impacterait négativement l'investissement productif en raison de l'augmentation des primes d'assurance pour la couverture du risque de condamnation, ce qui pourrait en pénaliser l'innovation et la recherche qui ont pourtant des effets bénéfiques substantiels pour le consommateur final<sup>11</sup>. Pour les tenants de cette pensée, en matière de politique de concurrence, le choix le plus judicieux serait d'avoir des règles matérielles qui organisent la compétition économique entre entreprises et d'admettre que des atteintes portées à ces textes restent impunies dans le dessein de promouvoir l'innovation dans l'intérêt des consommateurs. Au nom de la compétitivité des entreprises qui est la condition indispensable d'une économie viable qu'il ne faut pas tirer vers le bas, il faut feindre de ne pas voir les manquements aux règles du marché parce que « *L'engagement quasi systématique de la responsabilité des entreprises par l'intermédiaire des actions de groupe aboutirait à*

10 [www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2014690dc/doccompl1\\_690dc.pdf](http://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014690dc/doccompl1_690dc.pdf), consulté le 25 mai 2019 à 16h15mn.

11 [www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2014690dc/doccompl1\\_690dc.pdf](http://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2014690dc/doccompl1_690dc.pdf), consulté le 25 mai 2019 à 16h15mn.



*fragiliser leur position sur le marché. Pour garantir leur survie, celles-ci n'auraient d'autres choix que d'augmenter de façon significative leurs tarifs pour prévenir les éventuels coûts engendrés par une telle action<sup>12</sup>».* Les condamnations pécuniaires prononcées contre les entreprises à la suite des actions de groupe engendreront des moins-values dans leurs trésoreries qu'elles chercheront assurément à compenser encore à travers une augmentation des prix des biens et services préjudiciables aux consommateurs dont les actions judiciaires constituent les faits générateurs.

13. Or, l'effectivité des actions collectives qui constituent le canal d'accès le plus démocratique des consommateurs au juge mettrait fin au bénéfice de cette rente illégale qui est pourvoyeuse de l'indélicatesse des entreprises dans l'observation des règles du marché. C'est pour ces raisons que le MEDEF s'est toujours érigé contre l'introduction d'une action de groupe en France parce que *« l'action de groupe ne permettait d'améliorer ni la situation des justiciables ni le fonctionnement de la Justice, [...] une telle procédure est intrinsèquement viciée, car elle repose sur une philosophie contestable et se révèle impossible à encadrer, les expériences étrangères démontrant qu'elle conduit inévitablement à des abus préjudiciables aux entreprises et à l'économie en général<sup>13</sup>».* Il semble que même si elle est fondée en aboutissant à l'octroi de dommages et intérêts aux consommateurs victimes, l'action de groupe qui n'est qu'une modalité d'exercice de plusieurs actions individuelles contre le même professionnel lui sera

---

12 Alexanne BOUVIGNIES, Les class actions Etude de droit comparé entre les droits français et américain, Mémoire, UNIVERSITÉ PANTHÉON- ASSAS PARIS II, 2011, p.25.

13 Joëlle SIMON, « L'introduction de la class action ou action de groupe en droit français, une fausse bonne idée », in Véronique MAGNIER (Dir), L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ? PUF, Collection CEPRISCA, 2004, p.112.

préjudiciable ainsi qu'à l'économie alors même qu'elle n'est que la concrétisation d'un droit fondamental, celui d'accès au juge. L'action de groupe, dans ces circonstances, engendrerait une désillusion pour ses membres parce que « *Les avantages pour les justiciables paraissent extrêmement limités si on compare le montant des honoraires des avocats par rapport au montant moyen de l'indemnisation des membres de la classe*<sup>14</sup> ». Elle serait alors une sinécure pour les avocats au détriment des entreprises qui de par les activités sont créatrices de richesses qui leur sont retirées en vue de réparer les dommages causés à des consommateurs qui sont finalement grugés.

14. Par ailleurs, l'action de groupe est aussi aperçue par ses opposants du monde économique comme étant un instrument « *de chantage des entreprises voire de déperditions des emplois que la défaillance d'une société, à la suite d'actions de masse pourrait provoquer*<sup>15</sup> ». L'action de groupe serait alors utilisée comme un épouvantail contre les entreprises qui pourraient accepter par dépit un règlement amiable de l'affaire en vue d'éviter le procès qui est aperçu comme un instrument de chantage. Aussi, l'entreprise attaquée se verrait-elle contrainte, dans la presque totalité des cas, d'accepter une transaction<sup>16</sup> même si elle n'a peut-être rien à se reprocher en vue de ne pas associer son nom à une action en justice contre ses clients. Dans ce cas, l'action de groupe, par son effet dissuasif, obligera les entreprises à

14 Alexanne BOUVIGNIES, Les class actions Etude de droit comparé entre les droits français et américain, *Op. Cit.*, p.27

15 Yves STRICKLER, « Les actions de groupe en matière civile », in Virginie DONIER et Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER (Dir) L'accès au juge, recherche sur l'effectivité d'un droit, Bruylant, 2013, Bruxelles, p. 254

16 Alexanne BOUVIGNIES, Les class actions Etude de droit comparé entre les droits français et américain, *Op. Cit.*, p.26

courber l'échine devant les associations de consommateurs et leurs avocats à cause des manquements véniels aux règles du marché qui leur sont pourtant reprochés. Au-delà de l'entrave alléguée à l'innovation des entreprises, l'action de groupe serait nuisible à la réputation desdites entreprises.

## **B. Une atteinte à la réputation des entreprises**

15. La publicité des débats judiciaires est un principe cardinal qui découle des instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme qui ont été ratifiés et internalisés par le Burkina Faso et la République du Bénin. Ainsi, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent<sup>17</sup>. Cette publicité des débats est gage d'une transparence dans l'administration de la justice en ce sens qu'elle permet aux citoyens de savoir les motifs de la décision qui a été rendue à la suite des débats à l'audience. Nonobstant les vertus reconnues du principe de la publicité des débats judiciaires, il est certain que la publicité peut être préjudiciable aux intérêts des parties d'où le recours souvent au huit clos<sup>18</sup>. A l'analyse de ces conditions de mise en œuvre du huit clos dans les débats judiciaires, il est certain qu'elle est d'application limitée au risque même de vider le principe de la publicité des débats de son contenu si bien que les entreprises qui savent par avance qu'elles ne peuvent pas bénéficier de cette exception préfèrent recourir par exemple à l'arbitrage qui leur paraît plus discret. Certes le huit clos peut être sollicité dans toutes les hypothèses

---

17 Article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

18 Article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

ou les affaires qui concernent le patrimoine immatériel de l'entreprise tel que les droits de propriétés industrielles, le secret d'affaires... assimilables à des données concernant sa vie privée dont la connaissance surtout par ses concurrents la compromettent sérieusement. L'un des attraits du monde des affaires à l'arbitrage est la discrétion inhérente à l'instance arbitrale qui n'est pas publique. Il est chanté dans les milieux d'affaires à longueur de journée que l'argent n'aime pas le bruit et les sociétés payent beaucoup pour les images. Or, une action collective des consommateurs, suite à la violation du droit de la concurrence ou des contrats de consommation qui lient l'entreprise aux consommateurs, est la preuve éloquente de ce qu'elle manque même à ses obligations légale et contractuelle, ce qui est de nature à ternir sa réputation et susciter une méfiance des consommateurs. Il est reconnu que « *la publicité est l'un des moyens les plus performants pour faire connaître un produit au large public, en raison de l'attractivité de celle-ci auprès des consommateurs. En effet, la majorité de ces derniers affirment prendre connaissance des produits ou des marques par le biais de la publicité que ça soit à la télévision, Internet, journaux, affichage*<sup>19</sup> ». Cependant, il s'agit de la publicité volontaire et délibérée qui découle de la stratégie de communication de l'entreprise, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'une procédure judiciaire où la publicité des débats judiciaires imposée aux parties qui peut permettre à des tierces personnes concurrentes ou non de la société défenderesse d'avoir un certain nombre d'informations sur ses activités. Pourtant, l'option de l'action de groupe type

---

19 Nabil ABBAS Nabil et Mahmoud TAMERT, L'impact de la publicité sur l'image de marque : Cas de la SARL Ifri, *Op. Cit.*, p. 150.

*Opt in* au lieu de celui de type *opt out* qui est aperçu comme « un chantage judiciaire répandu et quasiment incoercible<sup>20</sup> », requiert que suite au jugement sur la responsabilité du professionnel, il soit organisé une publicité en vue d'informer les consommateurs potentiellement concernés par l'action. Aussi, est-il prévu que si le tribunal conclut à l'établissement de la responsabilité du professionnel en raison de ses manquements ou indécidités, il enjoint dans la même décision qui constate cette responsabilité des mesures de sa publicité dans le but d'informer les autres consommateurs victimes susceptibles d'appartenir à la classe des demandeurs<sup>21</sup>. En effet, dans l'action de groupe de type *opt in*, les demandeurs à l'action ne sont que les personnes, victimes du comportement fautif du professionnel, qui ont manifesté expressément leur volonté d'y adhérer<sup>22</sup>.

16. Dans ce cas, la mesure de publicité vise à informer ces demandeurs potentiels en les invitant à rejoindre l'action. La publicité peut être assurée par exemple sur le site internet de l'association de consommateurs qui porte l'action, le site de la juridiction saisie, dans la presse nationale et locale et dans les médias audiovisuels locaux nationaux ou locaux<sup>23</sup>. Si la mise en œuvre pratique de l'action de groupe nécessite cette

---

20 Cour de Cassation française, Discours prononcé par le premier président de la Cour de cassation au Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC – Que choisir sur le thème : « Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/prises\\_parole\\_2039/archives\\_2201/obstacles\\_juridiques\\_action\\_groupe\\_8449.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/archives_2201/obstacles_juridiques_action_groupe_8449.html), consulté le 28 mai 2019, p. 3.

21 Article 623-7 du code de la consommation de la France.

22 Olivier LE BOT, « L'introduction d'une action de groupe en contentieux administratif », in Virginie DONIER et Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER (Dir) L'accès au juge, recherche sur l'effectivité d'un droit, Bruylant, 2013, Bruxelles, p. 270.

23 Yves STRICKLER, « Les actions de groupe en matière civile », *Loc. cit.*, p. 257.

publicité inclusive, elle est un couteau à double tranchant en ce sens qu'elle peut être préjudiciable à l'image de l'entreprise qui a intérêt à ce qu'une affaire, soit-elle judiciaire ou non, soit furtivement traitée. Pourtant, à travers cette publicité qui est une exigence procédurale dans l'action de groupe de type *opt in*, l'entreprise concernée peut voir son image commerciale sérieusement écorchée parce le simple fait d'informer les consommateurs qu'elle est défenderesse dans une action de groupe intentée par une association de consommateurs laissera entrevoir au sein de l'opinion qu'elle ne respecte pas les droits des consommateurs. Elle pourrait susciter une désaffection des consommateurs surtout ceux dont le choix découle ou est motivé par la responsabilité sociale de l'entreprise. Cette publicité s'avère exécrable pour les sociétés surtout celles cotées en bourse dont le cours des actions peut connaître une dégringolade pouvant compromettre la continuité de son exploitation au grand bonheur de ses concurrents mais au détriment des consommateurs qui seront désormais privés d'un choix de produit ou de service. Même des informations informelles distillées à dessein de manière malveillante sur une société cotée en bourse lui sont préjudiciables<sup>24</sup>. Ainsi, suite aux rumeurs distillées sur le traitement de la main d'œuvre locale qu'elle avait recrutée pour l'exécution d'un chantier ayant trait à l'organisation de la coupe du monde 2022 au Qatar, placé sous les feux de la rampe, le Groupe Vinci à travers Vinci Construction Grands Projets (VCGP) et sa filiale qatarie QDVC a fait l'objet d'une plainte par l'association Sherpa

---

24 [https://www.egc.fr/download/etude\\_EGE-Ophois\\_mars2018.pdf](https://www.egc.fr/download/etude_EGE-Ophois_mars2018.pdf), consulté le 28 mai 2019 à 17h40mn.

pour travail forcé, réduction en servitude et recel. Le parquet de Nanterre qui avait été saisi de cette plainte a ouvert une enquête préliminaire pour confirmer ou infirmer les allégations de Sherpa mais cette accusation avait incité Vinci à exercer une pression sur sa filiale qatarie et la démarche entreprise, à cette occasion, avait abouti à la création de chartes éthiques<sup>25</sup>. Les effets pervers d'une telle communication, en l'absence même d'une action en justice, sur les manquements d'une entreprise à ses obligations voire à l'absence d'une politique RSE sont de nature à porter une atteinte grave à son image de marque alors que le mécanisme de l'action de groupe semble privilégier cette publicité préjudiciable à l'entreprise en vue de réunir les membres potentiels du groupe.

17. En plus d'être aux antipodes du développement économique et social par les obstacles et les atteintes plausibles à la fois à l'innovation des entreprises et à leur image, il est reproché à l'action de groupe d'origine anglo-saxonne de souiller voire dénaturer les principes du système romano-germanique. Par cette tentative d'américanisation du droit français, l'action de groupe surtout du modèle *opting out* serait alors incompatible à la tradition juridique romano-germanique d'où les vives controverses que son institution a suscitées en France<sup>26</sup>.

---

25 [https://www.ege.fr/download/etude\\_EGE-Ophois\\_mars2018.pdf](https://www.ege.fr/download/etude_EGE-Ophois_mars2018.pdf), consulté le 28 mai 2019 à 17h40mn

26 METAIS (Philippe) et VALETTE (Élodie), « l'approche européenne en matière de recours collectifs pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs », la semaine juridique - entreprise et affaires - n° 20 - 16 mai 2019, p.27.

## **§2 : L'incompatibilité alléguée de la class action au principe du système romano-germanique**

18. L'action de groupe est de la tradition juridique de la *Common Law* laquelle diffère dans certains cas du système romano-germanique. En conséquence, son importation sans adaptation en France éroderait des principes promus et défendus en droit français. C'est d'ailleurs ce qui explique les longues et vives oppositions qui ont émaillées l'institution de l'action de groupe en France. L'action de groupe serait une atteinte à l'effet relatif de la chose jugée (A) et un affront au droit de la défense (B).

### **A. L'atteinte à l'effet de la chose jugée par le caractère abstrait de la décision**

19. L'interdiction des arrêts de règlement dans le système romano-germanique : Il est imposé aux juges qui n'ont pas la possibilité de s'autosaisir de faits de rendre une décision dont les effets seront opposables à des personnes dont la situation est similaire à celle de sa saisine mais qui n'ont pas été en justice. Ainsi, est-il « défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises<sup>27</sup> ». Les décisions de justice ont vocation à régir les situations des personnes qui sont parties au procès à l'exclusion de tierces personnes même si elles sont dans la même situation du demandeur à l'égard du défendeur à l'action. C'est seulement le chef des parties qui doivent être concernées par la décision rendue par le juge. C'est donc dire qu'il est interdit au juge de se comporter comme les tenants

---

27 Article 5 du code civil de 1804.



du pouvoir législatif ou réglementaire qui ont la possibilité d'adopter les dispositions légales ou réglementaires à caractère général et qui ont vocation à régir la vie des citoyens en l'absence de toute action individuelle ou collective. A travers l'action de groupe, le juge aurait la possibilité de régenter les situations juridiques des citoyens qui ne l'ont pourtant pas saisi, il s'arrogerait l'une des prérogatives du législateur et du gouvernement et son attitude s'analyserait en une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Aussi, le législateur doit-il s'atteler à exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution car le principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi<sup>28</sup>. L'autorité relative de la chose jugée, chère au système romano-germanique, se trouverait érodée par l'institution d'une action de groupe au Burkina Faso et au Bénin. En effet, la situation de ces pays de référence est similaire à celle de la France où la même préoccupation était au centre de la consécration de l'action de groupe. Ainsi, à l'instar de la France, si l'on veut introduire un système de *class action* en droits burkinabè et béninois, l'on doit nécessairement s'interroger sur sa compatibilité avec les exigences, les standards constitutionnels, mais aussi, au-delà de ces standards, avec les

---

28 Conseil constitutionnel français, Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, n°9.

principes généraux du droit civil et de la procédure civile<sup>29</sup>. Le mécanisme de l'action de groupe surtout de *la class action* américaine est étranger à la culture juridique du système romano-germanique. Il a même été relevé qu'au-delà des droits nationaux des Etats de l'UE, le droit européen ne connaît pas les pratiques des *class actions* telles qu'elles sont exercées aux Etats Unis de telle sorte qu'« *il faut être conscient que la pratique des dénommées « class actions », actions collectives typiques du système américain, n'est prévue ni par les régimes juridiques, ni par le modèle judiciaire européen. Ceux-ci disposent de systèmes traditionnels de demandes de dommages et intérêts conformes à une tradition juridique, sociale et culturelle. L'importation du modèle américain n'est donc pas une hypothèse théorique ou en discussion, c'est simplement un argument d'opposition malheureusement* <sup>30</sup> ». L'incompatibilité alléguée de la pratique des actions collectives à la culture juridique romano-germanique qui se voit corrompre progressivement par les principes du droit anglo-saxon explique les difficultés de leurs admissions. Le droit d'un pays serait le reflet de sa culture juridique qu'il ne faut pas dévoyer sous le couvert du besoin de justice d'une catégorie de citoyens consommateurs parce qu'« *on ne peut se contenter ici de la référence à une « demande sociale », aux contours imprécis et aux retombées incertaines, pour justifier le bouleversement de nos normes juridiques et de nos principes fondamentaux de procédure* <sup>31</sup> ». C'est donc dire que le sous le couvert de la

29 Serge GUINCHARD, « Une class action à la française ? », Recueil Dalloz 2005 p. 2180.

30 Maria Christina Portugal, « L'expérience du Portugal vis-à-vis de la timidité européenne », in L'union fait l'action : d'une action de groupe théorique à sa mise en pratique, actes du colloque du 19 mars 2011 du syndicat des avocats de France, Bibliothèque de l'ordre des avocats, p.32.

31 Serge GUINCHARD, « Une class action à la française ? », Recueil Dalloz 2005 p. 2180.

réparation des préjudices de masse, il n'est pas question d'éroder les principes de la *civil law* qui prévoit que l'autorité de la chose jugée, de par ses principes processuels, n'a d'effet qu'à l'égard des parties au procès, à l'exclusion des personnes qui, sans être parties à l'instance, ont subi le même préjudice que celles qui ont intenté l'action, de telle sorte que la chose demandée doit être la même, et fondée sur la même cause<sup>32</sup>.

20. L'opposition des effets d'un procès à une personne qui n'est pas partie est aux antipodes de l'autorité de chose jugée. Les actions de groupe ont pour objet d'indemniser les membres de la classe ou groupe de consommateurs dont les situations sont identiques en raison du lien contractuel avec le professionnel fautif sauf si ces consommateurs se sont exclus expressément de l'action, ils se verront opposer l'autorité de chose jugée ou l'accord transactionnel intervenu au cours de l'instance le cas échéant<sup>33</sup>. Ce mécanisme processuel permet à une décision de justice d'inscrire des droits et des obligations dans les patrimoines de personnes qui n'ont pas exercé expressément leurs droits d'action à travers la qualité de demandeurs car, « La class action réaliserait une extension du bénéfice de l'action à des personnes qui, si elles sont membres de la classe, n'en demeurent pas moins, a priori, tiers à l'instance. Ce mécanisme continue donc de susciter des critiques au regard du respect des droits de chaque justiciable à contrôler l'instance et à soulever des exceptions personnelles<sup>34</sup> ». L'action de groupe peut

---

32 Article 1351 du code civil de 1804.

33 Alexanne BOUVIGNIES, Les class actions Etude de droit comparé entre les droits français et américain, *Op. Cit.*, p. 22

34 Alexanne BOUVIGNIES, Les class actions Etude de droit comparé entre les droits français et américain, *Op. Cit.*, p. 22

imposer l'abstention d'agir à des consommateurs dès lors que leurs situations ont apparemment été prises en compte dans l'instance collective où elles n'étaient pas expressément parties et ne se sont pas faits par ailleurs représenter en bonne et due forme. Le modèle *opting out* de la *class action* est de loin le plus banni, en raison de son inconstitutionnalité, parce qu'il postule que la classe de consommateurs est composée des victimes connues ou non d'un dommage ayant exprimé expressément ou non leur volonté de faire partie de l'action sauf ceux des consommateurs qui se sont faits expressément exclus de l'instance<sup>35</sup>. Les risques d'inconstitutionnalité qui pèsent sur ces actions découlent des atteintes probables à la liberté d'agir ou non compte tenu du fait que « les consommateurs doivent clairement se déclarer pour exercer librement leur choix et expressément manifester leur volonté d'être indemnisés. Seuls ceux qui ont fait cette démarche pourront obtenir la réparation de leur préjudice<sup>36</sup> ». Or, c'est le scénario contraire qui est mis en œuvre dans le cadre du mécanisme du type *opting out*. Il est alors une exception à la relativité de la chose jugée qui est pourtant un principe processuel cardinal de la culture romano-germanique.

21. Au-delà de la contrariété de la *class action* à la culture du *civil law* notamment aux règles de procédure, il y a une atteinte aux règles de fond compte tenu du fait que « *Le recours collectif serait donc le produit du croisement de plusieurs idées ou principes du droit et de*

---

35 Philippe GUILLERMIN, « Etat de la réflexion sur l'introduction de l'action de groupe en droit français », in *L'union fait l'action : d'une action de groupe théorique à sa mise en pratique*, actes du colloque du 19 mars 2011 du syndicat des avocats de France, Bibliothèque de l'ordre des avocats, p.32.

36 Philippe GUILLERMIN, « Etat de la réflexion sur l'introduction de l'action de groupe en droit français », *Loc. Cit.*, p.32.

*la procédure civile, qui peut exister dans certains contextes, mais non dans d'autres. Il serait incompatible avec le droit civil, proprement compris, mais serait par contre le produit d'une autre conception de la procédure, et du rôle du juge, qui est celle de la common law, du moins dans sa version nord-américaine. Il faut donc chercher la justification processuelle du recours collectif dans cette version nord-américaine du droit civil qu'est le droit québécois, ouvert à certaines influences de la common law*<sup>37</sup> ». Il est davantage reproché à l'action de groupe voire la *class action* nord-américaine de la *common law* de comporter un certain nombre de particularités et de ne pas avoir véritablement d'égal dans le système romano-germanique<sup>38</sup> parce qu'elle bouleverserait les principes de la responsabilité civile. C'est pourquoi, il est soutenu que l'incompatibilité de la *class action* au système romano-germanique se manifeste tant dans les règles de procédure que de fond parce qu'il peut arriver que, dans le cadre de l'instance collective, la responsabilité du professionnel soit établie et qu'il soit subséquemment obligé d'indemniser des victimes alors même que la preuve du préjudice dont chaque membre de la classe a souffert individuellement, le lien de causalité entre le dommage de chaque membre et la faute du défendeur n'ont pas été établis expressément<sup>39</sup>. L'hostilité de la *class action* dans le *civil law* découle de la culture libérale avec une prépondérance de l'approche individualiste dans les rapports sociaux. En conséquence, le droit processuel dans le système romano-

---

37 Patrick GLENN, « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale », Revue de droit. Université de Sherbrooke. Volume 29 - Numéro 1-2, 1998-1999, p.46.

38 Véronique MAGNIER, « Avant-propos », in Véronique MAGNIER (Dir), L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ? PUF, Collection CEPRISCA, 2004, p.5.

39 Patrick GLENN, « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale », *Loc. Cit.*, p.45.

germanique promeut la tradition processuelle individuelle au détriment de la tradition processuelle collective<sup>40</sup> qui est une émanation de la *common law*. D'ailleurs, excepté les actions relatives à la suppression des clauses abusives dans les contrats de consommations et celles en cessation des agissements illicites du professionnel à l'égard des consommateurs, les rapports entre consommateurs et professionnels relèvent du contentieux subjectif alors qu'« *En droit privé, [...], qui est le domaine des particuliers, la subjectivité et la particularité de chaque cause empêchent des jugements plus englobants. Appliquer le droit civil, c'est l'appliquer à l'égard d'un individu ; si le droit est appliqué autrement qu'à l'égard d'un individu, ce n'est plus le droit civil* »<sup>41</sup>. De tels arguments sont de nature à légitimer les réprobations des pourfendeurs de la *class action* sur la base de nos principes processuels qui cadrent difficilement avec les actions de groupe à cause de leur dimension et des objectifs poursuivis, or dans notre tradition civiliste, le procès se déroule entre un ou plusieurs individus déterminés qui soumettent leurs moyens et prétentions au tribunal lequel doit trancher le litige en se référant essentiellement aux éléments de preuve produits par les demandeurs et défendeurs<sup>42</sup>. C'est absolument l'approche individuelle du procès qui est prépondérante dans le *civil law*.

22. L'interdiction de plaider par procureur : Dans les droits positifs burkinabè et béninois, l'action en justice est le droit,

---

40 Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Etude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce de Paris, *Op. Cit.*, p.356, 499.

41 Patrick GLENN, « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale », *Loc. Cit.*, p.43.

42 Ginette PICHÉ, « Le recours collectif : point de vue d'un juge », *Revue de droit. Université de Sherbrooke. Volume 29 - Numéro 1-2, 1998-1999*, p.70

pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée<sup>43</sup>. Elle est un droit subjectif différent du droit substantiel dont l'exercice vise à le protéger<sup>44</sup>. Elle s'analyse alors davantage comme une faculté pour le titulaire qui peut décider de l'exercer ou non. C'est d'ailleurs en vertu de la liberté d'exercice de l'action en justice que tout citoyen, même victime de la violation d'un droit substantiel, a droit de s'abstenir d'agir en justice<sup>45</sup>. A défaut d'agir personnellement, le titulaire de l'action en justice doit mandater une personne à l'effet d'agir en son nom et pour son compte. En l'absence de cette habilitation, l'action est irrecevable pour défaut de qualité. Cette impossibilité d'agir au nom d'autrui sans mandat procède du respect de l'effet relatif de la chose jugée parce que l'exercice de la liberté d'action doit se faire à travers la manifestation de volonté du citoyen visant à agir en justice, ce qui permet d'emblée son identification et d'opposer l'autorité de la chose jugée de la décision rendue aux seules parties à l'instance<sup>46</sup>. Or, l'action de groupe de type *opting out* qui est intentée aux noms de personnes indéterminées qui n'ont pas expressément manifesté leur volonté d'agir en justice semble être la négation de la liberté de l'action en justice. Cela induit qu'on passe d'une opportunité de l'exercice du droit d'agir à une espèce de légalité du droit d'agir où le citoyen

43 Article 30 de la loi n°2016-16 du 28 juillet 2016 modifiant la loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes en République du Bénin ; article 11 de la loi n°22-99/AN du 18 mai 1999 portant code de procédure civile, modifiée par la loi n°030-2004/AN du 10 septembre 2004

44 Bibata BEBIE-OUEDRAOGO, Droit judiciaire privé Tome II : L'instance, *Op. Cit.*, p. 20.

45 Conseil constitutionnel français, 25 juillet 1989.

46 Soraya AMRANI MEKKI, « L'action de groupe en droit de la consommation », in L'union fait l'action : d'une action de groupe théorique à sa mise en pratique, actes du colloque du 19 mars 2011 du syndicat des avocats de France, Bibliothèque de l'ordre des avocats, p. 7.

concerné, sans manifester sa volonté, se verrait partie à une instance en justice en vue de la protection d'un droit reconnu et violé alors que c'est un droit subjectif qui est en cause.

23. La règle *nul ne plaide par procureur* postule que le mandataire dans l'action en justice puisse indiquer expressément les noms des personnes pour lesquelles, il agit. Autrement dit, le mandataire doit se faire autoriser expressément par les mandants. Cette prescription n'est pas observée dans la mise en œuvre « *dans le système de l'opt out, [où] cette autorisation expresse n'existe pas, et il faut, si l'on souhaite introduire ce système en droit français, que le législateur vienne dire que, par dérogation à la règle, une association (ou un avocat) pourra représenter, sans mandat, des victimes qui ne se sont pas fait connaître. On mesure le saut juridique !*<sup>47</sup> ». Le principe procédural sus cité est de mise tant dans le droit burkinabè et béninois. En conséquence, la perspective de la mise en place d'une action de groupe du moins le modèle *opting out* suscitera absolument des remous dans la doctrine parce qu'elle serait incompatible à la culture juridique. La répugnance de la *class action* voire du modèle *opting out* dans le *civil law* peut s'expliquer dans les hypothèses où elle peut être usitée dans le contentieux subjectif. Or, la mise en œuvre de l'action en justice suppose la violation d'un droit substantiel qui implique un intérêt à agir et « *c'est parce que son droit substantiel est causé que la personne peut faire usage de droit processuel en formant une prétention devant le juge*<sup>48</sup> ». Pourtant

47 Serges GUINCHARD, « Une class action à la française ? », *Loc. cit.*, n°4.

48 Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités », in *Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar*, numéro spécial Petites Affiches, 10 juin 2005, n°20.



les class actions correspondent mal à ce schéma puisque le demandeur qu'est l'association de consommateur ou le syndicat n'a pas nécessairement un intérêt personnel direct sauf si on considère que la classe des consommateurs a un intérêt propre, ce qui peut choquer avec les principes<sup>49</sup> défendus par les droits burkinabè et béninois.

24. L'existence voire l'acceptation d'un intérêt collectif distinct de l'intérêt individuel et de l'intérêt général s'avère une condition de l'admission sans émoi de la *class action* dans le système romano-germanique. Or, cette notion qui n'a pas un contenu précis serait pour la majorité de la doctrine un entrelacement entre l'intérêt général et l'intérêt individuel sans être la somme de ces derniers<sup>50</sup>. L'intérêt collectif à l'instar de l'intérêt individuel se déterminerait subjectivement en tenant compte des rapports de droit avec chaque individu. Il ne s'agit pas du contentieux objectif et l'intérêt à agir est lié à l'individu voire à l'organisation qui porte ses intérêts individuels. En matière de droit de la consommation, l'association qui agit le fait comme si elle était un consommateur individuel. Il s'agira, dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles et des autres atteintes au marché ayant une coloration pénale par exemple, pour la personne qui a souffert personnellement des manquements des professionnels d'intenter l'action civile en

---

49 Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités », *Loc. cit.*, n°21.

50 Virginie CANU, « De la recevabilité de l'action judiciaire des associations d'actionnaires des sociétés cotées et des associations de défense des investisseurs », in Véronique MAGNIER (Dir), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés ?* PUF, Collection CEPRISCA, 2004, p.55.

réparation<sup>51</sup>. L'exercice de cette action dont la nature subjective n'est plus à démontrer par une association de consommateurs à travers le mécanisme de l'action de groupe « à la fois contre la volonté du parquet et contre celle de la partie lésée apparaît hautement critiquable. Si juste soit-elle, la défense d'une cause devant le juge pénal ne saurait se faire au mépris de l'intérêt de la victime réelle de l'infraction au risque d'y voir une instrumentalisation de la souffrance de cette dernière. Aussi, dès lors que l'infraction a été commise sur une personne identifiée, l'accès de l'association au juge pénal devrait-il être systématiquement subordonné à son accord<sup>52</sup> ». Du point de vue processuel, il est impossible pour une association qui n'a pas souffert personnellement de l'infraction, même sous le couvert de l'intérêt collectif, d'exercer l'action au nom des victimes dans le contentieux subjectif. Bien attendu, cette analyse doit être sérieusement nuancée dès lors que nous sommes dans le contentieux objectif où l'action de l'association vise aussi à rendre effectif la loi. Mais cette approche n'est pas sans soulever des difficultés parce qu'elle permettrait à une association d'entrer en concurrence avec le ministère public dont l'action concourt à l'application de la loi. Il s'ensuit alors que le mécanisme de l'action de groupe s'accommode mal à la fois avec le contentieux subjectif et la philosophie libérale qui met l'individu en exergue au détriment du groupe. L'action de groupe peut être de surcroît un affront au droit de la défense.

---

51 Article 2 de l'ordonnance n°067-7 du 21 février 1968 portant institution d'un code de procédure pénale du Burkina Faso.

52 Fabienne TERRY, « Le rôle de la victime sur l'accès au juge pénal des association », in Virginie DONIER et Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER (Dir) L'accès au juge, recherche sur l'effectivité d'un droit, Bruylant, 2013, Bruxelles, p.282.

## **B. L'impossibilité pour le défendeur de présenter ses moyens de défense à tout demandeur**

25. Un empiètement des prérogatives du ministère public : Le ministère public a pour mission d'exercer l'action public et de requérir l'application de la loi. Il est en conséquence garant de la restauration du trouble à l'ordre public résultant de la commission d'une infraction<sup>53</sup>. Dans le droit du marché, « *les consommateurs sont souvent placés au centre des préoccupations des règles du droit de la concurrence soit parce que telle règle de droit de la consommation, telle que les règles en matière de publicité par exemple, pourrait tout autant être considérée comme règle de droit de la concurrence, soit, surtout parce que la concurrence et le droit de la concurrence, les règles du droit antitrust tout spécialement placent le consommateur comme une sorte d'étalon concurrentiel, de la chaîne de production et de distribution des produits et services*<sup>54</sup> ». Le consommateur étant au centre de la politique de concurrence, les manquements au droit du marché peuvent lui être préjudiciables de telle sorte qu'il peut être amené à ester en justice en vue de la réparation du préjudice subi. Aussi, la fonction ambivalente du droit de la consommation lui permet, outre la protection du consommateur, de réguler le marché. Il s'ensuit que « *lorsque l'intérêt du consommateur est protégé, alors on peut considérer qu'il s'agit de défendre l'intérêt général*<sup>55</sup> ». Autrement dit, certaines actions visant à faire appliquer le droit de la concurrence et de la consommation s'apparentent à un

---

53 Article 30 de l'ordonnance n°067-7 du 21 février 1968 portant institution d'un code de procédure pénale du Burkina Faso.

54 Daniel MAIGUY et Malo DEPINCE, Droit de la concurrence, *Op. Cit.*, p. 23

55 Elise POILLOT « Le phénomène en droit de la consommation », *Loc. Cit.*, p. 24.

contentieux objectif dont la mise en œuvre relève du pouvoir de régulation de la société par l'Etat à travers le ministère public. Or, il est admis que les organisations de défense des consommateurs se constituent en association en vue de défendre l'intérêt collectif des consommateurs. S'il ne se pose pas de problème en ce qui concerne le contentieux subjectif de la réparation des préjudices résultant des atteintes aux règles du marché, il en va autrement des actions ayant un objet régulateur du marché.

26. Cette situation met à nu la guéguerre entre le ministère public qui a l'exclusivité de l'exercice de l'action publique voire l'intérêt général et les associations de consommateurs qui promeuvent l'intérêt collectif de leurs membres. Dans les causes où il est facile de faire une démarcation entre l'intérêt général et l'intérêt collectif des consommateurs, il ne se pose pas de problème car l'intérêt collectif défendu par les associations de consommateurs via le mécanisme de la class action ne heurte pas à l'intérêt général réservé au ministère public. L'action de groupe qui permet à l'association de consommateurs d'intenter une action aux noms de personnes alors que celles-ci ne lui ont pas expressément donné mandat d'agir se justifie par l'intérêt collectif des consommateurs. Compte tenu du fait que la défense de l'intérêt individuel et surtout de l'intérêt collectif des consommateurs peut cacher une action en justice dans le dessein de protéger l'intérêt général, il résulte une concurrence entre l'intérêt collectif et l'intérêt général des consommateurs. Toutes les fois que l'action des associations de consommateurs dans l'intérêt collectif des consommateurs visera à protéger

le consommateur notamment à réparer le préjudice subi, il se posera moins de difficultés dans la distinction entre l'intérêt collectif et l'intérêt général. Pendant que l'intérêt général est l'apanage du ministère public, l'intérêt collectif relève de la compétence des associations car « *leur statut et leur objet leur permettant de répondre aux exigences de l'intérêt à agir et facilitent la reconnaissance de leur qualité à représenter le groupe des consommateurs en tant que tel sans qu'il soit nécessairement besoin d'identifier au préalable les victimes*<sup>56</sup> ». C'est ailleurs pour cette raison que la protection de l'intérêt général se distingue de celle de l'intérêt collectif qui est naturellement plus restreint si bien que le mécanisme de la réparation du préjudice par une équivalence monétaire devrait tenir compte de l'intérêt défendu de telle sorte que les montants de somme d'argent alloués en vue de réparer un préjudice causé à l'intérêt général devraient être plus importants que ceux relatifs à l'intérêt collectif<sup>57</sup>. Les empiétements des prérogatives du ministère public par les associations de consommateurs agissant dans l'intérêt collectif sont potentiels mais ils peuvent être facilement évités dès lors qu'il s'agit du contentieux subjectif en vue de la réparation des préjudices de consommation.

27. Dans le cadre des actions relatives au droit de la concurrence et de la consommation qu'on pourrait qualifier de contentieux objectif du marché compte tenu de l'objet des actions qui visent essentiellement à réprimer le trouble à l'ordre public économique voire à l'application du droit de la concurrence

---

56 Philippe GUILLERMIN, « Etat de la réflexion sur l'introduction de l'action de groupe en droit français », *Loc. cit.*, p.26.

57 Elise POILLOT « Le phénomène en droit de la consommation », *Loc. Cit.*, p.30.

et de la consommation, la situation se présente autrement. Il s'agit à priori des actions dont le but n'est pas d'obtenir la réparation d'un préjudice. A titre illustratif, il est possible, tant pour le consommateur individuel que pour l'association de consommateurs agissant dans l'intérêt collectif, d'agir par voie de référé en vue de faire cesser un trouble à l'ordre public économique. L'action en cessation d'une publicité mensongère de même que celle relative à la cessation d'une pratique anticoncurrentielle sur le marché visent, sans conteste, à mettre fin au trouble à l'ordre public. Du coup, la distinction entre l'intérêt général et l'intérêt collectif devient problématique créant un enchevêtrement entre les pouvoirs du parquet et des associations qui n'incarnent pas pourtant la puissance publique. Cet état de fait mu les associations de consommateurs en procureurs privés<sup>58</sup> puisque leurs actions visent désormais à faire appliquer, à rendre effectif la loi, ce qui est une prérogative historique et légendaire du ministère public. La réalité est que dans ce contentieux dit objectif comme l'action visant à faire cesser les clauses abusives, *«il n'est guère contestable que le résultat, faire cesser une pratique ou éradiquer une clause d'un contrat, ne diffère pas selon que c'est l'intérêt général ou un intérêt collectif qui est visé. La nature de l'intérêt en cause n'influence pas sur l'essence de la sanction»*<sup>59</sup>.

28. La situation change radicalement dès l'instant où nous sommes sur le terrain pénal qui est le domaine d'exclusivité par excellence du ministère public. Aussi, le recours voire l'accès des

58 Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Etude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce de Paris, *Op. Cit.*, p. 411.

59 Elise POILLOT « Le phénomène en droit de la consommation », *Loc. Cit.*, p. 30.

associations de consommateurs agissant dans l'intérêt collectif au juge pénal se heurte à une vive hostilité d'une certaine doctrine qui tient essentiellement à l'atteinte que porte leur action au monopole des poursuites reconnu au parquet<sup>60</sup> tant au Burkina Faso qu'au Bénin. En effet, dans le domaine du droit de la concurrence et de la consommation, il est la possibilité pour les victimes d'une infraction de saisir le juge civil dans le dessein de voir réparer le préjudice subi par le trouble à l'ordre public économique alors même que l'action publique de concurrence n'a pas été encore mise en branle. Même si cette pratique ne semble pas courante, du fait des difficultés d'administration de la preuve en matière civile qui obligent les victimes d'infractions à susciter les poursuites au pénal tout en comptant sur la magnanimité du parquet lequel procède d'une démarche inquisitoire dans le but d'établir les preuves leur permettant de se constituer accessoirement partie civile, elle postule que « *le déclenchement, par la victime, de l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction a, en effet, pour conséquence de déclencher indirectement mais nécessairement l'action publique*<sup>61</sup> ». Il en est ainsi dans la pratique parce que la démarche inquisitoire par laquelle le ministère public procède lui permet d'obtenir des informations et ou renseignements en lien avec l'infraction reprochée que la victime ne peut pas avoir devant le juge civil sauf si cette action civile en réparation est consécutive à une condamnation sur l'action publique. L'argumentaire est davantage fondé en ce qui concerne la

---

60 Fabienne TERRY, « Le rôle de la victime sur l'accès au juge pénal des association », *Loc. cit.*, p.276.

61 Fabienne TERRY, « Le rôle de la victime sur l'accès au juge pénal des association », *Loc. cit.*, p.277.

réparation du préjudice né des pratiques anticoncurrentielles où le juge saisi de l'action en réparation a la possibilité de surseoir à statuer en renvoyant les parties et la cause devant l'autorité de concurrence, la Commission de l'UEMOA, afin qu'elle se prononce sur l'action publique de concurrence avant qu'elle ne statue sur l'action privée de concurrence. Très souvent en matière de droit du marché, le sursis à statuer ne sera pas une stratégie de défense mais plutôt une obligation légale tenant au fait que l'action civile de concurrence ne peut pas être exercée de manière indépendante. Dans cette perspective, l'exercice d'une telle action, de par le mécanisme de l'action de groupe, par une association de consommateurs dans l'intérêt collectif lui permet astucieusement de mettre en mouvement l'action publique de concurrence que l'autorité de concurrence n'aurait pas exercé par opportunité. Il n'est pas incongru d'ailleurs de relever que l'existence dans les codes de la consommation de dispositions de nature pénale, sur lesquelles les associations peuvent notamment s'appuyer pour engager des actions, reposent indubitablement sur la volonté de défendre, en plus des intérêts des consommateurs, l'intérêt général. Cette réalité traduit fort éloquemment l'imbrication entre l'intérêt général et l'intérêt collectif<sup>62</sup> dans le domaine du droit de la concurrence et de la consommation au regard de leur nature ambivalente. Il en est ainsi parce qu'en matière de droit du marché qui comprend en même temps le droit de la concurrence et de la consommation, les sanctions pénales ont finalement vocation de réprimer soit des infractions économiques portant à la fois au bon fonctionnement du marché et aux droits des

---

62 Elise POILLOT « Le phénomène en droit de la consommation », *Loc. Cit.*, p. 22.



consommateurs, comme la violation de l'interdiction de recourir à des pratiques commerciales déloyales soit le non-respect du délai de réflexion du consommateur en matière de démarchage<sup>63</sup>.

29. Cependant, l'engrenage entre l'intérêt général et l'intérêt collectif semble tolérable puisque dans les réformes en vue de la consécration de l'action de groupe en France, il a été admis que le mécanisme soit usité aux premiers moments exclusivement dans le domaine de consommation. L'hostilité en ce qui concerne les domaines de l'environnement et de la santé par exemple s'expliquait par le fait que dans ces matières il est difficile voire impossible de trouver une ligne de démarcation entre l'intérêt général et l'intérêt collectif des associations qui y officient. Il est sûr que la défense de l'environnement est tributaire de l'intérêt général parce que le préjudice subi par la nature nous concerne tous. L'environnement est entendu comme l'ensemble des éléments physiques, chimiques et biologiques naturels ou artificiels et des facteurs économiques, sociaux, politiques et culturels qui ont un effet sur le processus de maintien de la vie, la transformation et le développement du milieu, les ressources naturelles ou non et les activités humaines<sup>64</sup>. Cette nature qui est supposée être le bien commun de l'humanité est éminemment d'intérêt général et le gardien de cet intérêt est le procureur de la république lequel agit au nom de la société voire de l'humanité. L'action d'une association même ayant pour objet statutaire la défense de

---

63 Elise POILLOT « Le phénomène en droit de la consommation », *Loc. Cit.*, p. 22

64 L'article 2 la loi n°006-2013/AN portant Code de l'environnement au Burkina Faso

l'environnement devant le juge, suite à un trouble causé à la nature, s'analysera comme un affront aux pouvoirs reconnus au ministère public.

30. Pourtant dans les législations relatives à l'environnement, il est admis l'existence d'un intérêt collectif aux côtés de l'intérêt général. Cela ne veut pas dire pour autant que cet intérêt général se distingue absolument puisque ces législations permettent à la fois au ministère public et aux associations de mettre en mouvement l'action publique même si la mise en œuvre est exceptionnelle en ce qui concerne les associations. Ainsi, dans le droit positif béninois, les associations compétentes en matière d'environnement, légalement reconnues et représentatives, peuvent mettre en mouvement l'action publique et se constituer parties civiles à la condition qu'elles prouvent que les faits incriminés portent préjudice directement ou indirectement à l'intérêt collectif qu'elles représentent<sup>65</sup>. De même, dans le droit positif burkinabè, les associations de protection de l'environnement sont habilitées à demander en justice la poursuite des faits prévus et punis par la loi pénale à condition que l'infraction remette en cause les intérêts pour la défense desquels elles ont été constituées. La situation dans ces deux pays de référence ne diffère pas de celle de la France où les mêmes prérogatives sont reconnues aux associations qui œuvrent dans le domaine de l'environnement. Dans l'affaire Erica, suite au naufrage d'un navire, la Ligue pour la Protection des Oiseaux (LPO) avait saisi le tribunal correctionnel d'une plainte contre la société TOTAL SA et autres. Après avoir

---

65 Article 109 de la loi n° 98-030 portant loi-cadre sur l'environnement en République du Bénin.

reconnu l'existence d'un préjudice écologique découlant d'une atteinte à l'environnement, le tribunal a relevé que les associations « *peuvent demander réparation, non seulement du préjudice matériel mais du préjudice moral, directs ou indirects, causés aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, mais aussi de celui résultant de l'atteinte portée à l'environnement, qui lèse de manière directe ou indirecte ces mêmes intérêts qu'elles ont statutairement pour mission de sauvegarder*<sup>66</sup> ». Aussi, le préjudice collectif dans le domaine de l'environnement serait celui qui n'est pas subi par aucun sujet de droit et serait alors un dommage objectif résultant de la seule violation d'un intérêt juridiquement protégé<sup>67</sup>, ce qui permettrait à l'intérêt collectif duquel il dérive de s'assimiler et d'entrer en concurrence avec l'intérêt général. La similitude entre l'intérêt collectif et l'intérêt général permet alors, dans le cadre du contentieux objectif, aux associations d'être protectrices de l'intérêt général et de pouvoir mettre en mouvement l'action publique qui est pourtant l'apanage du ministère public. C'est cette perception qui indignes les pourfendeurs de l'action de groupe qui ne cessent de dénoncer une privatisation de l'action publique résultant d'un empiétement des prérogatives régaliennes du ministère public qui a l'opportunité des poursuites.

31. Les détracteurs des *class actions*, des associations de défense d'un intérêt collectif analysent les rapports entre le ministère public et les associations sous l'angle de la concurrence et

---

66 Tribunal de Correctionnel de Paris, 16 janvier 2008, Aff. Erika.

67 Benoit GRIMONPREZ, « L'accès au procès civil des associations de défense de l'environnement », in Virginie DONIER et Béatrice LAPEROU-SCHENEIDER (Dir) L'accès au juge, recherche sur l'effectivité d'un droit, Bruylant, 2013, Bruxelles, p.302.

non de la complémentarité. Au nom de cette concurrence, les actions des associations dans l'intérêt collectif entameraient substantiellement « *une prérogative tout à fait remarquable, celle de l'opportunité des poursuites. Or, en permettant à certaines associations d'agir, on neutralise cette prérogative. Parvenus à ce stade du raisonnement, nous ne saurions éviter un autre débat qui n'a jamais été tranché et qui, pourtant, est fondamental. En quoi consiste exactement cette opportunité des poursuites consenties au ministère public<sup>68</sup> ?* ». Les contestations sur l'exercice de l'action publique par les associations sous le couvert de l'action dans l'intérêt collectif doivent l'être avec une certaine dextérité car la protection de l'intérêt collectif peut permettre de préserver l'intérêt général voire la défense de l'intérêt collectif implique celle de l'intérêt général<sup>69</sup>. D'ailleurs dans certaines causes, c'est même les associations qui sont les véritables gardiennes de l'intérêt général en vue d'éviter que la société ne subisse un préjudice sans réparation compte tenu de l'exercice de l'opportunité des poursuites par le ministère public pour des raisons subjectives. Dans ces circonstances, on passe d'un rapport de concurrence à celui de complémentarité puisque dans certains pays le statut du ministère public, sa soumission à l'exécutif, peut entraîner souvent une appréciation subjective de l'opportunité des poursuites au détriment du droit et de la société. Mais soit dit en passant, *obiter dictum*, l'opposition entre les prérogatives du ministère public et des associations

---

68 Gabriel ROUJOU DE BOUBEE, « Le phénomène en droit pénal », in, Béatrice PARANCE (Dir), La défense de l'intérêt général par les associations, intérêt général versus intérêts collectifs, LGDJ, 2015, p.14

69 Grégoire LOISEAU, « Le phénomène en droit des personnes », in, Béatrice PARANCE (Dir), La défense de l'intérêt général par les associations, intérêt général versus intérêts collectifs, LGDJ, 2015, p.18.

en ce qui concerne l'imbrication entre intérêt général et intérêt collectif mérite d'être nuancée parce que les associations peuvent se constituer partie civile dans le cadre de l'action dans l'intérêt collectif contrairement à la *class action*. Du reste, l'action de groupe est censée avoir une essence individuelle en ce sens que l'objet est d'assurer l'obtention d'une réparation personnelle qui ne serait pas possible dans le cadre d'une action judiciaire intentée individuellement d'où l'octroi du droit d'agir à une association sur la base des difficultés d'exercice des actions judiciaires, constatées par le législateur, dans le but d'une meilleure effectivité du droit à travers la protection juridictionnelle effective<sup>70</sup>.

32. La violation du principe du contradictoire : Les pourfendeurs de l'action de groupe fondent souvent leurs critiques sur l'inobservation du principe du contradictoire dans la mise en œuvre du mécanisme. Dans le contentieux subjectif de la réparation, le droit découle de l'établissement de la responsabilité du débiteur de l'obligation de réparation à l'égard du créancier. D'ailleurs, dans la mise en œuvre de l'action de groupe, le juge doit retenir le principe de la responsabilité du professionnel à l'égard des membres de la classe avant de se prononcer sur les réparations dues. Aussi, le juge doit-il statuer sur la responsabilité du professionnel au vu des cas individuels présentés par l'association requérante, définir le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixer les critères de rattachement<sup>71</sup>. La responsabilité du professionnel est établie à

---

70 Véronique VAGNIER « Le phénomène en droit des affaires », *Loc. cit.*, p. 47.

71 Article L634-4 du de la consommation de la France de 2019.

l'égard d'un groupe de consommateur sur la base des critères de rattachement, ce qui suppose que celui-ci n'a pas eu l'occasion de présenter ses moyens de défense face à toutes les parties demanderesses qu'il est pourtant obligé d'indemniser. Or, le régime de la responsabilité civile de droit commun postule que le demandeur puisse établir personnellement la faute du débiteur de l'obligation de réparation, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le préjudice afin d'escompter une indemnisation. Il s'ensuit que les *class actions* bousculent le principe du contradictoire par le défendeur à l'action qui ne peut pas individualiser sa défense<sup>72</sup>. Le défendeur est alors contraint de présenter une défense contre des demandeurs diffus alors que leurs situations ne manqueraient pas de particularités. En se référant au régime juridique de la responsabilité civile battu sur le modèle individuel, il est possible que le défendeur à une *class action* prétende légitimement qu'il n'a pas pu obtenir du demandeur inconnu qu'il lui présente ses observations et qu'il n'a pas pu faire valoir ses arguments contre chacun des demandeurs, notamment dans l'appréciation du préjudice de chacun ou en opposant le comportement fautif de certaines victimes<sup>73</sup>. La situation de l'association qui agit au nom de la masse diffuse des consommateurs dans l'action de groupe s'assimile à celle du ministère public qui représente la société sans que le prévenu ou l'accusé n'ait la possibilité de présenter des moyens de défense à chaque composante de ladite société alors qu'il s'agit d'un contentieux subjectif. Cela a pour conséquence

---

72 Soraya AMRANI MEKKI, « L'action de groupe en droit de la consommation », *Loc. Cit.*, p. 18.

73 Serges GUINCHARD, « Une class action à la française ? », Recueil Dalloz 2005 p. 2180, n°8.

le dévoiement de la responsabilité civile qui se trouve profondément modifié<sup>74</sup>. Dès lors que le jugement portant sur un recours collectif en matière de responsabilité civile peut condamner un défendeur, et ainsi faire une détermination de sa faute, sans qu'il n'y ait la preuve du dommage subi par chaque membre de la classe et la preuve du lien de causalité entre le dommage de chaque membre et l'activité du défendeur à l'action, la responsabilité civile résultant du système romano-germanique se trouve sérieusement dévoyée et les adeptes et conservateurs de cette culture juridique sont réfractaires à admettre la *class action*<sup>75</sup> surtout du modèle *opting out*. Certes, la perspective de l'action de groupe dans le système romano-germanique suscite un espoir en vue de l'accès de certaines catégories de personnes au prétoire du juge compte tenu de la réponse timide voire inadaptée résultant de la responsabilité civile de droit commun. Ainsi l'action individuelle étant « *totalemment inapte à procurer le résultat recherché. Il n'y a pas d'obstacle qui pourrait être levé, parce que ce qui résiste c'est la définition même du droit civil. Ce qui est envisagé ce ne sont plus des corrections à la marge, mais bien une transformation radicale de la responsabilité civile. Non pas améliorer ce qui existe mais créer quelque chose de nouveau, parce qu'une efficacité nulle traduit en réalité l'inadaptation de la responsabilité délictuelle au problème de l'indemnisation du surcoût. Une transformation si radicale qu'elle altérerait sa nature même*<sup>76</sup> ». Il s'ensuit qu'à travers l'atteinte

---

74 Benoit GRIMONPREZ, « L'accès au procès civil des associations de défense de l'environnement », *Loc. Cit.*, p.302.

75 Patrick GLENN, « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale », *Loc. Cit.*, p. 44.

76 Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Etude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce de Paris, *Op. Cit.*, p. 27., n°33.

portée au principe processuel du contradictoire, le mécanisme de l'action de groupe, même s'il est une voie royale d'accès des masses au juge, dénature ainsi le régime de la responsabilité civile qui n'a pas été conçu suivant le modèle collectif mais individuel.

## **Section II : L'adéquation de l'action de groupe aux litiges consommateurs**

33. Quoique décriée compte tenu de sa contrariété aux principes du droit romano-germanique, certains contempteurs de la *class action* n'ignorent pas ses vertus dans le domaine de l'accès des masses surtout des consommateurs à la justice. En effet, le droit processuel, dans les pays du *civil law*, semble un frein à la défense des intérêts catégoriels puisqu'il est réfractaire à l'action collective alors même que les adeptes de ce courant d'idées reconnaissent que l'action individuelle n'est pas la réponse appropriée à la problématique de l'accès de certaines catégories de personnes notamment les consommateurs au juge. Il est établi que les *class actions* constituent un mécanisme d'accès des masses à la justice (§1), ce qui n'exclut pas que des entorses soient portées à certains principes processuels en vue de permettre à certaines catégories de personnes qui ne peuvent même pas avoir la possibilité de recourir à ces garanties procédures parce qu'elles sont simplement exclues de fait du prétoire du juge (§2).

### **§1 : Un mécanisme de justice sociale pour les consommateurs**

34. Le droit d'accès au juge est considéré fort heureusement comme le bouclier de tous les autres droits fondamentaux.



Or, la singularité des différends de consommation oblige souvent des consommateurs individuels à la résignation dans l'exercice de leur droit d'action. Il ne s'agit pas souvent d'une décision délibérée mais d'une démarche rationnelle puisque, même résolu de restaurer leurs droits violés, ils craignent les péripéties des actions individuelles aux issues incertaines. Mais le mécanisme de l'action de groupe paraît être la solution idoine d'accès des masses diffuses comme les consommateurs qui sont habituellement et individuellement exclus des prétoires du juge (A). Sa consécration dans le domaine de la consommation augure des lendemains meilleurs pour l'effectivité du droit du marché(B).

#### **A. Un moyen d'accès des consommateurs à la justice**

35. La disproportion entre le coût réel de l'action individuelle et la réparation escomptée : Le consommateur individuel, lorsqu'il doit ester généralement en justice, est amené à exposer des frais processuels qui dépassent de loin le montant de la réparation individuelle escomptée sauf si l'exercice de l'action participe de l'application rigoureuse de la règle de droit, ce qui relève d'ailleurs des prérogatives du ministère public qu'il n'est pas. S'il fait une analyse rationnelle de l'opportunité de l'action en réparation individuelle qu'il entend mettre en œuvre, la probabilité qu'il s'abstienne d'agir en justice est très élevée. Cette abstention à ne pas agir en justice en vue de perdre plus qu'on ne demande procède même du bon sens du consommateur qui *de facto* est exclu du prétoire du juge. Les pourfendeurs des actions soutiendront opportunément et à

souhait que rien n'empêche que les consommateurs qui font partie de cette masse diffuse de personnes ayant des griefs contre le professionnel saisissent individuellement les juridictions compétentes matériellement et territorialement de leurs demandes de réparation. Cependant, cette objection à l'action collective dans le système romano-germanique n'est pas faite de bonne fois car, les détracteurs comptent essentiellement sur l'abstention aux forceps des consommateurs individuels à agir en raison de la faiblesse du préjudice allégué, de la complexité et de la lourdeur de la procédure judiciaire individuelle. Une contextualisation s'impose dès lorsqu'il est question de la problématique de l'accès des citoyens au juge dans des pays comme le Burkina Faso et le Bénin relativement à la France car il est nécessaire de tenir compte du taux d'alphabétisation et même d'instruction qui n'est pas élevé dans les pays africains. Le niveau élevé d'instruction en lui-même ne permet pas véritablement d'appréhender les méandres de la procédure judiciaire si bien qu'il devient davantage un mystère pour ceux des citoyens qui sont analphabètes et peu instruits. Les difficultés traversées par le consommateur individuel pour identifier la juridiction compétente ne prennent pas fin au dépôt de la demande parce qu'une fois, *« le dossier déposé, on m'indique qu'il faut que je m'attende à des délais d'attente forts longs et en effet, quatre mois après, convocation à la première audience n'est toujours pas arrivée, ce que mon adversaire sait aussi. Le temps joue pour la partie forte dans toute procédure et lorsque l'exécution des engagements contractuels est rétablie, malgré l'inexécution réalisée et définitivement consommée, est un argument*

*de plus dans le panier de la partie de mauvaise foi*<sup>77</sup> ». C'est triste mais c'est le sort qui est réservé aux consommateurs des biens et services tant en Afrique qu'en Europe même si dans ce dernier cas, il y a lieu de reconnaître que des efforts substantiels sont consentis pour pallier à l'insuffisance des actions consuméristes individuelles. Aussi, l'inadéquation de l'action individuelle au règlement judiciaire des différends de consommation explique-t-elle la réticence des consommateurs individuels à recourir à la justice. Cette désaffection des prétoires des juridictions par les consommateurs n'est souvent pas dictée par l'absence de moyens de défense solides et sérieux en vue du succès des demandes. Elle entraîne malheureusement l'ineffectivité du droit d'agir des consommateurs en justice en raison du désintérêt pour l'exercice de l'action lorsque le montant de la demande est modique et l'effort matériel et financier qui ne peuvent pas être compensés par l'indemnisation escomptée car, « *D'après une étude, il apparaît ainsi que 48% des consommateurs européens n'entameront pas d'action si les pertes sont inférieures à 200 euros et 8% ne le feront pas quel que soit le montant du préjudice* <sup>78</sup> ». Ces chiffres qui concernent les consommateurs européens est tributaire de leur pouvoir d'achat et doit être absolument revu à la baisse en ce qui concerne les consommateurs de l'espace UEMOA voire ceux du Burkina Faso et du Bénin ayant un pouvoir d'achat plus en déca. Mais dans tous les cas, la logique découlant de l'abstention à agir en raison de la disproportion entre le coût de l'action et le montant de la réparation escompté reste intacte. Les opérateurs économiques qui ont pour mode

---

77 Yves STRICKLER, « Les actions de groupe en matière civile », *Loc. cit.*, p.252.

78 Soraya AMRANI MEKKI, « L'action de groupe en droit de la consommation », *Loc. cit.*, p. 5

de fonctionnement le non-respect de leurs engagements vis-à-vis de leurs cocontractants consommateurs n'ignorent pas cette réalité dont ils tirent le dividende de la non application de la loi qui demeurera ainsi tant qu'ils le voudront au regard du fait qu'elles ont les cartes maîtresses entre leurs mains<sup>79</sup>.

36. Cette perception du désintérêt de la justice par le consommateur en raison du coût de l'action individuelle est partagée par Philippe GUILLERMIN lequel soutient que « *les litiges nés des conditions de formation et d'exécution des contrats de consommation peuvent concerner, dans certain nombre de cas, très grand nombre de consommateurs et eu égard à la faiblesse des montants sur lesquels portent un grand nombre de litiges de consommation, les consommateurs renoncent parfois à toute action individuelle sur le terrain judiciaire*<sup>80</sup> ». Cette inertie des consommateurs individuels dans l'exercice des actions individuelles de réparation ayant une origine contractuelle s'étend à celle ayant une nature extracontractuelle notamment résultant de la violation des règles matérielles de concurrence par les professionnels du marché. D'ailleurs, dans l'entendement de Maria Christina PORTUGAL qui abonde dans le même sens, l'action judiciaire individuelle n'est pas forcément une solution utilisée pour la plus grande partie des consommateurs au regard du coût trop cher, de la lenteur et de son inefficacité parce que lorsqu'un grand nombre de personnes notamment des milliers ou millions de consommateurs sont victimes des manquements d'un même professionnel, ils ne peuvent pas

79 Yves STRICKLER, « Les actions de groupe en matière civile », *Loc. cit.*, p.253.

80 Philippe GUILLERMIN, « Etat de la réflexion sur l'introduction de l'action de groupe en droit français », *Loc. cit.*, p.23.

intenter individuellement des actions à cause du montant du préjudice individuel qui est moins important que le coût de l'action en justice<sup>81</sup>. La relégation des consommateurs individuels loin du prétoire du juge est la conséquence normale de l'adoption des règles particulières pour régir les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs sans penser à l'adoption d'un droit processuel spécifique en vue de la protection juridictionnelle conséquente des droits reconnus. Or, à l'instar du droit de la consommation qui est une dérogation au droit commun des contrats, il devrait être conséquemment mis en place un droit processuel de consommation. Malheureusement, les consommateurs sont obligés à la résignation lorsqu'il s'agit de demander la protection des droits substantiels catégoriels qui leur sont reconnus en raison du fait que les frais processuels qu'ils doivent exposer en engageant l'action individuellement sont souvent supérieurs au montant estimé du préjudice individuel d'où leur frilosité à saisir les tribunaux lorsque le préjudice invoqué est de faible montant<sup>82</sup>. Cet état de fait est de nature à susciter un sentiment d'inutilité de la justice dans l'esprit des consommateurs qui peuvent être amenés à recourir à des moyens non conventionnels pour régler leurs litiges. Pourtant, aussi minime qu'il est en ce qui concerne le préjudice subi par le consommateur individuel pris isolément, le défaut d'actions judiciaires en vue de la réparation des litiges de consommation permet aux professionnels d'engranger des revenus substantiels

---

81 Maria Christina PORTUGAL, « L'expérience du Portugal vis-à-vis de la timidité européenne », *Loc. cit.*, p.31

82 Alexanne BOUVIGNIES, Les class actions Etude de droit comparé entre les droits français et américain, *Op. Cit.*, p. 34.

quand on procède à la sommation des préjudices individuels de l'ensemble des consommateurs.

37. La consécration de l'action de groupe en vue de l'accès des consommateurs au juge est la conséquence logique de la reconnaissance de la notion de déséquilibre économique résultant de l'abus de la puissance économique en droit de la consommation. En effet, au-delà de l'adage de l'égalité formelle des parties en droit des contrats et partant de l'asymétrie d'informations et de moyens entre les professionnels et non professionnels, il a été interdit, de manière pragmatique, dans les contrats de vente ou de prestation de service conclus d'une part entre professionnels et non-professionnels et d'autre part entre professionnels et consommateurs, les clauses tendant à imposer au non professionnel ou au consommateur un abus de la puissance économique de l'autre partie et à lui conférer un avantage excessif<sup>83</sup>. La prohibition du déséquilibre significatif dans les rapports entre professionnels et consommateurs participe de la volonté du législateur de ne pas voir le professionnel abuser de sa puissance économique vis-à-vis du consommateur censé faible. C'est consubstantiel à l'avènement du droit de la consommation et il est à relever que l'indice du déséquilibre économique fonctionne complémentirement avec la notion de contrainte car l'infériorité économique renforce la présomption du caractère imposé du contrat à la partie la plus faible qu'est le consommateur dans ses rapports

---

83 Article 54 de la loi n°016-2017 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso ; article 37 de la loi n°2016-25 portant organisation de la concurrence en République du Bénin.

avec le professionnel<sup>84</sup>. Logiquement, cette dérogation au droit commun des contrats devrait se traduire par la reconnaissance de mécanismes dérogatoires au droit processuel commun en vue de favoriser la protection des droits qui sont reconnus aux consommateurs par le droit de la concurrence et de la consommation. Il faudrait alors trouver les adjuvants nécessaires, suite à la reconnaissance d'un droit substantiel de consommation, par la mise en place d'un droit processuel consumériste en vue de mettre fin au déséquilibre processuel découlant de la procédure civile classique en instituant par exemple une action de groupe. Il est même inéquitable que les litiges relatifs aux contrats soient traités de la même manière que ceux relatifs aux conventions conclus dans le strict respect de la liberté contractuelle car « *Si l'on exigeait de la partie faible, qu'elle démontre de manière certaine le caractère déloyal et inéquitable des négociations, la difficulté de la preuve dissuaderait trop souvent les actions en rééquilibrage du contrat. [...]. C'est pourquoi si l'on veut appliquer un régime exceptionnel au contractant professionnel partie faible ; il convient aussi de lui donner un régime probatoire exceptionnel. Le tout étant de trouver le bon équilibre entre les différents impératifs du procès, pour aboutir à une justice contractuelle effective dans les faits*<sup>85</sup> ». Certes dans les pays comme le Burkina Faso et le Bénin<sup>86</sup>, le droit

84 Guillaume ZAMBRANO, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Etude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce de Paris, *Op. Cit.*, p.47, n°64.

85 Cyril BRIEND, Le contrat d'adhésion entre professionnels, *Op. Cit.*, p.254.

86 La République du Bénin dispose d'un code de la consommation notamment la loi n° 2007-21 DU 16 octobre 2007 portant protection du consommateur en République du Bénin contrairement au Burkina Faso qui ne protège le consommateur qu'à travers des dispositions éparées contenues essentiellement dans la loi n°016-2017 portant organisation de la concurrence, la loi n°080-2015 portant organisation de la publicité, la loi n°061-2008 portant organisation des communications électroniques...

de la consommation demeure embryonnaire mais les rares droits substantiels reconnus aux consommateurs ne peuvent pas être mis en œuvre, très souvent, parce qu'il y a une quasi-inexistence de procédures spécifiques destinées à garantir leur protection. Or, c'est ce droit processuel spécifique qui devrait être au service des rares droits substantiels subjectifs reconnus aux consommateurs, lesquels deviennent sans objet, perdent leur valeur car les règles procédurales existantes, pour assurer leurs protections juridictionnelles, sont périlleuses et illusoire dans leur exercice alors même qu'il est évident qu'il en serait autrement en cas de mise en place d'un droit processuel adéquat qui stimulerait des actions émanant des consommateurs victimes<sup>87</sup>. Ne dit-on pas que sans l'action en justice la règle de droit demeurera lettre morte. Aussi, l'action de groupe apporte ce supplément indispensable au droit de la consommation parce que le recours collectif voire l'action de groupe ne se contente pas d'améliorer la procédure existante, il crée une nouvelle procédure en vue d'assurer la protection juridictionnelle des droits de manière plus appropriée que les modes procéduraux traditionnels afin d'aboutir à la reconnaissance officielle des droits subjectifs des consommateurs qui ne demeurent plus lettre morte<sup>88</sup>.

38. La démocratisation de l'accès au juge par l'action de groupe consumériste : L'institution de l'action de groupe procède de la restauration du droit d'accès au juge qui est entravé par l'inadéquation de l'action individuelle. En effet, il a été démontré à suffisance la frilosité de la majorité des consommateurs à

---

87 Patrick GLENN, « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale », *Loc. cit.*, p.30

88 Patrick GLENN, « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale », *Loc. cit.*, p.30.



saisir le juge en raison du fait que le droit processuel dans le *civil law* est pensé suivant le modèle individuel. Cette insuffisance dans l'exercice du droit d'accès au juge est corrigée par les *class actions* de type *opting in* ou *opting out* afin de permettre à des personnes alors exclues des prétoires du juge de pouvoir désormais y accéder sans difficultés<sup>89</sup>. Qu'il s'agisse du modèle *opting in* dans lequel, seuls sont demandeurs les membres ayant manifesté expressément leur volonté de faire partie du groupe<sup>90</sup> ou du modèle *opting out* dans lequel toutes les victimes même celles qui se sont tues sciemment, à l'exclusion de celles qui ont expressément manifesté leur désir de ne pas faire partie, sont des membres du groupe censés avoir été représentés et considérés comme demandeurs même s'ils sont inconnus de l'association mandataire ainsi que du tribunal<sup>91</sup>, les actions de groupe<sup>92</sup> constituent la voie royale pour l'accès des personnes vulnérables à la justice. Les adeptes des actions collectives pensent qu'elles constituent « *la forme d'action en réparation la plus adaptée pour résoudre les litiges de consommation affectant un très grand nombre de consommateurs. En effet, ce type de contentieux se caractérise par une plus grande homogénéité, voire une identité de situation de fait et droit légitimant une forme d'action collective permettant la prise en charge des intérêts individuels des consommateurs, lorsque ceux-ci sont victimes des pratiques illicites ou abusives du fait d'un*

---

89 AZAR-BAUD (maria José), « en attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives », la semaine juridique - entreprise et affaires - n° 50 - 13 décembre 2018, p.30-39.

90 Serges GUINCHARD, « Une class action à la française ? », Recueil Dalloz 2005 p. 2180, n°4.

91 Serges GUINCHARD, « Une class action à la française ? », Recueil Dalloz 2005 p. 2180, n°4.

92 AMRANI MEKKI (Soraya), « le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du xxi e siècle », la semaine juridique - édition générale - n° 50 - 12 décembre 2016, p.2311.

*même professionnel*<sup>93</sup>». C'est d'autant plus vrai que dans le domaine de la consommation, le principe demeure le contrat d'adhésion dont les droits et obligations sont déterminées par le professionnel en laissant le soin au consommateur d'adhérer ou non. L'homogénéité du contentieux dans le domaine de la concurrence et de la consommation est favorable au règlement collectif des différends qui en résultent.

39. L'action de groupe promet, dans un Etat de droit, l'accès à la justice en permettant à des gens qui, normalement n'auraient pas eu accès aux prétoires du juge d'estimer en justice. *L'opting in* ouvre mieux les portes du prétoire du juge aux consommateurs relativement à l'action individuelle alors que *l'opting out* lui permet davantage la protection judiciaire des droits reconnus aux consommateurs C'est ainsi que le mécanisme de l'action de groupe nous oblige à repenser le procès civil et à renouveler la perception des concepts procéduraux, à appréhender le procès en passant d'une approche individuelle à celle collective pour une meilleure protection de l'intérêt général qui se confond de plus en plus à l'intérêt collectif<sup>94</sup>. D'une conception individuelle du droit processuel, il faut alors passer à une conception collective à l'effet de permettre au plus grand nombre de citoyen d'accéder désormais à la justice. L'accès à la justice est un attribut de l'Etat de droit démocratique et c'est par ce canal que le citoyen peut bénéficier de la protection des droits qui lui sont reconnus.

---

93 Philippe GUILLERMIN, « Etat de la réflexion sur l'introduction de l'action de groupe en droit français », *Loc. Cit.*, p.24.

94 Soraya AMRANI MEKKI, « L'action de groupe en droit de la consommation », *Loc. Cit.*, p. 7.

40. Cette nature homogène des litiges de consommation permet, à travers l'action de groupe de rationaliser le règlement contentieux. En effet, les plaintes des consommateurs qui sont de moindre importance peuvent être efficacement regroupées en vue de leur trouver une solution judiciaire adéquate par l'action de groupe qui renforce la confiance des entreprises et des consommateurs au marché en plus d'être gage de la paix sociale, d'assurer la réparation effective des dommages, facilitant la demande en dommages et intérêts par les organisations au nom de consommateurs lésés, ce qui contribue à rendre effectif l'accès à la justice, de prévenir et dissuader les comportements illégaux ou anticoncurrentiels en raison du plus grand impact social de ce type d'actions<sup>95</sup>. En favorisant l'accès effectif d'un plus grand nombre de personnes au juge, le mécanisme de la *class action* contribue à l'effectivité du droit.

### **B. Un moyen d'effectivité du droit de la concurrence et de la consommation**

41. Dans les ordres juridiques de la CEDEAO et de l'UEMOA ainsi que dans celles du Burkina Faso et du Bénin, l'effectivité des politiques de concurrence se pose avec beaucoup d'acuité parce que les décisions de justice sanctionnant les manquements des acteurs du marché au droit de la concurrence et de la consommation sont faibles. Pendant que la politique de la concurrence de la CEDEAO attend encore d'être opérationnalisée, l'option centralisée de celle de l'UEMOA avec le pouvoir de décision dévolu exclusivement à la

---

95 Maria Christina PORTUGAL, « L'expérience du Portugal vis-à-vis de la timidité européenne », *Loc. Cit.*, p.31 et 32.

Commission de l'UEMOA a suscité un dégoût et un désintérêt des autorités nationales de concurrence à l'égard de la politique de concurrence de l'UEMOA. Or, c'est une lapalissade que l'effectivité de la règle de droit est tributaire de sa mise en œuvre qui découle de sa protection par le juge. La situation de léthargie dans la mise en œuvre de cette politique peut s'expliquer par l'absence de mécanismes appropriés pour la résolution des litiges de consommation qui oblige les consommateurs à se résigner. Par la forte judiciarisation du contentieux qu'elle promeut, l'action de groupe est un ingrédient, un ferment voire un incubateur de la sanction des atteintes au droit du marché par les acteurs économiques. C'est pourquoi les vives oppositions à sa consécration, sous le fallacieux alibi de sa contrariété au *civil law*, l'obstacle à l'innovation et à la compétitivité des entreprises, la menace au développement économique et social, sont aperçues comme une menace avérée à l'effectivité du droit du marché au détriment des consommateurs mais au profit des économiquement puissants, ce qui sape redoutablement la légitimité de la loi et permet aux firmes les plus importantes du marché de s'affranchir de leurs obligations<sup>96</sup>. Cet affranchissement factuel des firmes à la justice, cause de l'ineffectivité du droit du marché, découle de ce que le recours individuel n'est pas la réponse appropriée au règlement judiciaire des différends consommateurs.

42. Les *class actions* constituent le canal idéal pour que le droit de la concurrence et de consommation notamment les

---

96 Dany COHEN, « Introduire des actions de groupe en droit français ? Réactions à l'analyse du Pr. Demougin », *Loc. Cit.*, p.117.

dispositions protectrices des consommateurs cessent d'être des affirmations. Pour Soraya AMRANI MEKKI, si l'effectivité du droit de la concurrence et de la consommation passe par le nombre d'actions judiciaires en vue de la sanction des manquements, le fait d'exiger une manifestation de volonté pour que cette action puisse être mise en œuvre est de nature à restreindre inéluctablement le nombre de consommateurs qui recourent à la justice pour la protection de leurs droits en raison de l'apathie rationnelle qui guide nos actions<sup>97</sup>. Dans les ordres juridiques de la CEDEAO et de l'UEMOA, l'institution d'une action de groupe ne semble pas encore effleurée l'esprit du législateur quoique la problématique de l'effectivité du droit communautaire surtout le droit marché se pose avec une certaine récurrence. En ce qui concerne le cas particulier de l'UEMOA en raison de la centralisation de la politique de concurrence qui freine l'effectivité du droit de la concurrence compte tenu du désintérêt des Etats membres<sup>98</sup>, la perspective d'une décentralisation de cette politique à travers la reconnaissance d'un pouvoir de décision aux autorités nationales de concurrence devraient s'accompagner nécessairement de la consécration d'une action de groupe. C'est au prix d'une réforme processuelle que la politique de concurrence peut être effective car « *si notre système juridique est en train de changer radicalement, c'est en effet par souci d'effectivité du droit. Le législateur ne peut que produire les instruments normatifs, à travers les lois, mais non les appliquer lui-*

---

97 Soraya AMRANI MEKKI, « L'action de groupe en droit de la consommation », *Loc. cit.*, p. 8.

98 Mor BAKHOUM, « Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) », *Loc. cit.*, p. 314.

*même : il n'a pas le pouvoir de rendre effectives les règles qu'il édicte. Si l'on pose que le droit ne prend vie, c'est-à-dire n'existe, qu'à travers son application, le système juridique doit mettre en avant, d'une façon première, ce souci d'effectivité du droit. Par conséquent, il cesse nécessairement de reposer sur la loi pour se reconstituer à partir du jugement*<sup>99</sup> ». Aussi, l'action de groupe permet de passer de l'affirmation théorique des droits à la sanction de leur manquement parce que ce mécanisme serait l'adjuvant incontournable de l'action publique de concurrence à travers le regroupement des consommateurs en vue de l'exercice de l'action civile de concurrence et par voie de conséquence l'effectivité du droit de la concurrence au sein de l'UEMOA. L'idéal même est d'impulser cette dynamique au sein des Etats en donnant des orientations sur le type d'action de groupe à instituer pour éviter que des entreprises qui sont soumises au même droit de la concurrence n'exposent différemment les responsabilités contractuelles ou non en ce qui concerne la réparation des préjudices résultant des atteintes à ce droit. Le problème se posera moins dans l'UEMOA au regard du fait que tous les pays membres sont de la culture romano-germanique. Mais en raison de la composition des Etats membres de la CEDEAO qui partagent à la fois la culture de la *Common law* et celle du *civil law*, des résistances peuvent en résulter, ce qui pourrait être un obstacle à l'effectivité du droit de la concurrence. Ce risque de disparité n'est pas potentiel mais réel car au sein de l'Union européenne, pendant que « *L'Angleterre et le pays de Galles, de même que l'Italie et la*

---

99 William BARANÈS et Marie-Anne FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Le souci de l'effectivité du droit », D. 1996, chron., p. 301, n°5.

*Suède, ont choisi le système dans lequel les tiers doivent manifester leur volonté d'adhérer au groupe (opting in). Les Pays-Bas et le Portugal ont au contraire privilégié l'opting out*<sup>100</sup> ». C'est d'ailleurs ce constat qui inspire cette solution préconisée au sein de l'Union européenne où il est espéré que l'institution de nouveaux mécanismes de recours collectifs notamment les différents types d'action de groupe à l'échelle européenne permettrait d'assurer une égalité de traitement des citoyens européens, au-delà des disparités susceptibles d'exister entre les législations qui peuvent pourtant conditionner le montant de la condamnation, parce que les préjudices économiques subis par des consommateurs français peuvent être les mêmes que ceux subis par des consommateurs allemands, italiens ou polonais dès lors qu'un produit défectueux, commercialisé dans plusieurs Etats membres par le même professionnel, est susceptible de causer le même dommage à tous les consommateurs l'ayant acquis, quelle que soit leur nationalité<sup>101</sup>. Il est clair que par la valeur ajoutée qu'elle apporte aux actions en justice des consommateurs, l'action de groupe aura sans nul doute une valeur ajoutée sur la protection du droit de la concurrence et des consommateurs et partant l'effectivité du droit du marché dans l'intérêt de tous les acteurs économiques. L'unification du mécanisme processuel de l'action de groupe en Europe n'est pas encore d'actualité car chaque pays fait une option suivant ses convenances. Dans cette hypothèse, il existe un éclatement

---

100 Soraya AMRANI MEKKI, « L'action de groupe en droit de la consommation », *Loc. cit.*, p.8.

101 Cédric MUSSO, « Recours collectifs et droits des consommateurs : des possibilités d'une action de groupe efficace et encadrée », in *L'union fait l'action : d'une action de groupe théorique à sa mise en pratique*, actes du colloque du 19 mars 2011 du syndicat des avocats de France, Bibliothèque de l'ordre des avocats, p.53 et 54.

procédural préjudiciable aux consommateurs victimes et aux entreprises indécrites qui, pour un litige similaire et sur la base de la même faute, ne bénéficieront pas du même traitement selon l'Etat dans lequel l'action a lieu alors qu'il faut veiller à ce qu'il y ait une égalité de traitement des consommateurs et des entreprises européennes qui passe aussi par un droit processuel communautaire en matière d'action de groupe<sup>102</sup>. Dans un espace d'intégration économique harmonisé comme celui de l'UEMOA et de la CEDEAO, les débats sur l'institution des actions de groupe dans les Etats membres doivent tenir compte de cet impératif dès lors que la réparation des préjudices résultants des pratiques anticoncurrentielles est dans la sphère de l'action de groupe. La disparité dans les législations sur l'action de groupe, peut être source d'une iniquité car, pendant que les entreprises de certains Etats membres répondront de leur responsabilité extracontractuelle ou contractuelle devant la justice d'autres ne le seront pas pour les mêmes faits, suivant le principe d'admission de la *class action* d'une part et du choix du modèle *opting in* ou *opting out* d'autre part quand on connaît l'effet levier de l'action de groupe sur l'accès des consommateurs au juge. La judiciarisation des droits à travers la saisine du juge est un tremplin de l'effectivité de la loi et l'action de groupe de par ses vertus en est un vecteur facilitateur à la fois de l'accès au juge et de l'effectivité du droit parce que « *désormais, la protection constitutionnelle des droits subjectifs substantiels, par exemple le droit de propriété, le droit de créance, un droit de la personnalité, etc., tient à l'effectivité de*

---

102 Cédric MUSSO, « Recours collectifs et droits des consommateurs : des possibilités d'une action de groupe efficace et encadrée », *Loc. cit.*, p. 54.



*l'accès au juge ; celui-ci est le garant des droits. En cela, cette sorte de droit à un tribunal est porteur de droit à un jugement, car on peut supposer qu'un concours n'est véritablement effectif que lorsque non seulement il peut être concrètement pratiqué, mais encore en ce qu'il aboutit à un jugement, car c'est celui-ci qui donne son sens à l'action<sup>103</sup> ».* Les avantages indéniables que présentent les *class actions* notamment leur apport pour l'accès au juge, la clef de voute dans un état de droit, à l'effectivité des droits et de la loi militent en faveur d'une modération dans les réticences et résistances tous azimuts à leur consécration dans le système romano-germanique.

## **§2 : L'accès au juge des masses nécessitant une entorse à certains principes processuels du civil law**

43. Certes, les *class actions* sont d'inspiration anglo-saxonne dont la culture juridique diffère naturellement de celle du système romano-germanique. Mais le droit d'accès au juge qu'elles promeuvent a la même quintessence selon qu'il s'agit de l'un ou l'autre système si bien que les analyses méritent d'être nuancées en ce qui concerne la compatibilité des *class actions* à certains principes du *civil law*. D'ailleurs, quand on sait que l'absence de l'action de groupe dans certains pays du système romano-germanique est un obstacle à l'exercice du droit d'accès au juge de certaines catégories sociales, il peut se poser la problématique de l'opportunité de sacraliser des principes processuels au détriment du droit à un tribunal qui est la condition sine qua non de leur invocation au cours d'une

---

103 William BARANÈS et Marie-Anne FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Le souci de l'effectivité du droit », *Loc. cit.*, p.301, n°4.

instance judiciaire. Dès lors, l'admission des atténuations à l'observation de certains principes processuels, en vue de garantir voire restaurer les droits des citoyens qui ne peuvent pas avoir la chance de recourir à ces principes en raison de leur relégation *de facto* du prétoire du jour, devient une nécessité impérieuse (B). De telles pondérations dans les résistances sur la consécration des *class actions* dans le *civil law* s'imposent d'ailleurs parce qu'une analyse approfondie de certains principes peut permettre davantage de nuancer ces allégations sur leur incompatibilité (A).

#### **A. L'arrêt de principe comme un aménagement à l'interdiction des arrêts de règlement**

44. Les prémisses des actions collectives dans les droits positifs burkinabè et béninois : Dans les droits positifs des pays de référence, certaines associations, quoiqu'ayant la nature de personnes morales de droit privé, sont habilitées désormais à exercer certaines actions judiciaires qui relèvent habituellement des prérogatives du ministère public, jadis considéré comme le seul gardien du temple de l'intérêt général voire de la légalité. De tels aménagements ne font pas moins des associations, personnes privées, des défenseurs de l'intérêt général lequel s'enchevêtre dans certains de ses aspects à l'intérêt collectif dont la défense est traditionnellement dévolue aux organisations de la société civile. Ces aménagements sont d'ailleurs très diversifiés car ils vont par exemple des secteurs de la consommation à la santé en passant par l'environnement. Il s'agit alors d'un effritement des frontières entre l'intérêt particulier et l'intérêt général voire l'ordre public de direction

et l'ordre public de protection. Classiquement, les associations promeuvent et défendent l'ordre public de protection alors que le ministère public, lui, est le bouclier de l'intérêt général mais il est de plus en plus admis que des comportements peuvent être à la fois un affront à l'intérêt général et à l'intérêt particulier, ce qui brise d'emblée les barrières traditionnelles entre les deux approches. Mieux, lorsque le législateur édicte des infractions, c'est dans le dessein à la fois de protéger les individus et la société dans son ensemble<sup>104</sup>.

45. Aussi bien au Burkina Faso qu'au Bénin dans les domaines des télécommunications, de l'électricité, de l'environnement ..., il est admis que des associations puissent agir dans le but de faire cesser ou de sanctionner les manquements par les entreprises à leurs obligations respectives. C'est exceptionnellement devant l'ARCEP-Bénin qu'il est n'est pas possible pour les associations de consommateurs de défendre l'intérêt collectif des consommateurs sans un mandant. En effet, les associations qui réunissent les utilisateurs de services de communications électroniques ne peuvent intervenir que sur la base de mandats confiés expressément par lesdits utilisateurs dont les actions doivent porter sur le bien-fondé d'une clause jugée abusive ou anticoncurrentielle ou doivent porter sur les résultats d'études illustrant des abus dans les prestations de l'opérateur concerné<sup>105</sup>. A travers cette disposition, le législateur béninois feint d'ignorer l'existence d'un intérêt collectif dans le domaine des télécommunications alors qu'il

---

104 Louis BORE, La défense des intérêts collectifs par les associations de consommateurs devant les juridictions administratives et judiciaires, *Op. Cit.*, p. 299.

105 Article 234 de la loi n° 2017-20 portant code du numérique en République du Bénin.

précise néanmoins que l'action de l'association doit viser la suppression d'une clause abusive ou concernée une pratique anticoncurrentielle. En confinant l'action des associations des utilisateurs des services de communications électroniques aux domaines ci-cités, l'admission de l'action sans exigence d'un mandat relèverait d'une logique. Aux antipodes du législateur béninois, son homologue burkinabè admet, sans mandat des utilisateurs des services de communications électroniques, l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs parce que l'ARCEP peut, soit d'office, soit sur saisine du ministre chargé des communications électroniques, d'une organisation professionnelle, d'une association reconnue d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernée exiger la modification d'une clause abusive, sanctionner les manquements des exploitants des réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques aux cahiers des charges<sup>106</sup>. Il est en effet prévu que l'ARSE peut, lors de ses missions de contrôle ou à la demande de l'Etat, d'une organisation professionnelle, d'une association de consommateurs, de la société de patrimoine, de la société affermataire ou de tout autre opérateur du sous-secteur de l'électricité, constater et sanctionner les manquements des acteurs du sous-secteur aux dispositions législatives, réglementaires et contractuelles<sup>107</sup>. De même, l'ARE du Bénin peut sanctionner les manquements qu'elle constate aux dispositions législatives et réglementaires

---

106 Article 185 de la n°061-2008 portant réglementation générale des réseaux Et services de communications électroniques au Burkina Faso.

107 Article 9 du décret n° 2008 369/PRES/PM/MCE/MEF/MCPEA du 24 juin 2008 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation du Sous-secteur de l'Electricité au Burkina Faso.

régissant le secteur de l'électricité béninoise après qu'elle a été saisie d'une demande d'avis sur un litige né entre intervenants du secteur de l'électricité soit par l'Administration, soit par une organisation professionnelle ou par une association de consommateurs ou par toute personne physique ou morale ayant intérêt, qualité et capacité pour agir<sup>108</sup>. L'analyse des dispositions des droits burkinabè et béninois dans le domaine de l'électricité permet de dire sans ambages que les associations des consommateurs ont la possibilité d'y exercer l'action dans l'intérêt collectif. Hormis les secteurs des télécommunications et de l'énergie, les associations ont le droit, dans le domaine de l'environnement d'exercer de telles actions. Ainsi, au Burkina Faso, les associations de protection de l'environnement sont-elles habilitées à demander en justice la poursuite des faits prévus et punis par la loi pénale à condition que l'infraction remette en cause les intérêts pour la défense desquels elles ont été constituées<sup>109</sup> alors qu'en République du Bénin, les associations compétentes en matière d'environnement, légalement reconnues et représentatives, peuvent mettre en mouvement l'action publique et se constituer parties civiles à la condition qu'elles prouvent que les faits incriminés portent préjudice directement ou indirectement à l'intérêt collectif qu'elles représentent<sup>110</sup>. Au-delà de ces domaines spécifiques, dans le cadre de la mise en œuvre du droit résiduel de la concurrence, il est prévu que des associations puissent

---

108 Articles 21 et 30 du décret n° 2009-182 du 13 mai 2009 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation de l'Electricité en République du Bénin.

109 L'article 11 la loi n°006-2013/AN portant Code de l'environnement au Burkina Faso.

110 Article 109 de la loi n° 98-030 portant loi-cadre sur l'environnement en République du Bénin.

saisir l'autorité de concurrence en vue de sanctionner les manquements aux règles du marché<sup>111</sup>.

46. D'ailleurs, la pratique de l'arrêt de principe dans les systèmes juridiques du Burkina Faso et du Bénin devrait permettre de nuancer sérieusement l'interdiction des arrêts de règlements dans le système romano-germanique puisse qu'il n'est rien d'autre que la possibilité pour le juge de statuer de manière générale et abstraite, la décision rendue pourra donc être invoquée dans une cause entre des parties qui étaient étrangères à la précédente. C'est pourquoi d'ailleurs, Marie-Anne FRISON-ROCHE dénonce l'hypocrisie du mantra de la prohibition des arrêts de règlements dans le *civil law* et soutient fort éloquemment que « *on ne peut pas pourtant faire tout à fait l'économie de la prohibition des arrêts de règlements, parce que la class action opère comme un dévoilement. En effet, la class action révèle ce que l'arrêt de principe laisse sous couvert, à savoir le pouvoir normatif. La class action serait alors une lumière violente projetée sur la réalité du pouvoir judiciaire français, auquel on ne tolère qu'un pouvoir caché. Rien que pour cela, pour cette vertu de révélation, la class action est bénéfique car si l'on veut réguler les pouvoirs il faut encore les déclarer, mais le système juridique peut techniquement grincer à tant de vérité*<sup>112</sup> ». Le rapprochement entre l'action de groupe et l'arrêt de principe découlant de cette analyse explique la convergence entre le mécanisme

111 Article 10 de la loi n°016-2017/AN portant organisation de la concurrence au Burkina Faso.

112 Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités », in *Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar*, numéro spécial Petites Affiches, 10 juin 2005, pp.23, n°9 et 10.

de l'action de groupe et les principes du système romano-germanique notamment le principe de la prohibition des arrêts de règlement.

47. L'effet *erga omnes* des décisions du *civil law* compatible au mécanisme de la *class action*: L'interdiction faite aux juges de statuer par voie de dispositions générales et abstraites procède de ce que les décisions rendues dans une cause liant des parties ne doivent se limiter dans leurs effets qu'à ces dernières. Cette pratique s'accommoderait difficilement de la culture juridique du *civil law* alors que les actions collectives qu'elle permet conduit aux mêmes résultats. Ainsi, des actions intentées par les associations des consommateurs, de défense de l'environnement... ont-elles la nature d'actions collectives parce que les effets s'étendent à la masse diffuse et indéterminée de personnes qui ne sont pas naturellement parties personnellement aux procès. C'est dans cet ordre d'idée que la jurisprudence européenne confère un *effet erga omnes* à une décision qui constate la nullité d'une clause abusive suite à une action dans l'intérêt collectif exercé par une association de consommateurs<sup>113</sup>. Auparavant dans un rapport sur la mise en œuvre de la directive sur les actions en cessation au sein des communautés européennes, il appert que l'annulation d'une clause abusive produit *en Pologne* en Autriche, en Allemagne et en Slovénie un effet *erga omnes* à telle enseigne que la décision d'annulation peut être invoquée par tout autre consommateur à l'égard du même professionnel pour écarter l'application

---

113 CJECE, 26 avril 2012, Aff.-472/10, invitel ; Laurent ABADIE et Arnaud LECOURT, « Droit économique, actualité jurisprudentielle 2011-2012, *Op. Cit.*, p. 311 et suivants.

de ladite clause dans les mêmes rapports contractuels<sup>114</sup>. Les actions collectives qui sont prévues tant au Burkina Faso qu'au Bénin, devraient aboutir normalement à la solution consacrée par la jurisprudence européenne. Cet état de fait n'émeut les défenseurs des principes de la *civil law* qui s'échine pourtant à dire que le mécanisme de la *class action* en raison de l'absence de mandat donné au mandataire qu'est l'association est à la fois une entrave à la liberté d'action et une atteinte à l'interdiction des arrêts de règlement. Certes, l'action collective se distingue de l'action de groupe<sup>115</sup> qui en est une variante. Même si dans les deux cas, il est question de défendre les intérêts diffus d'un ensemble de personnes, il est à relever que dans l'action exercée dans l'intérêt collectif, cet ensemble de personnes ne devient jamais déterminé parce que c'est l'association qui exerce une action qui lui propre alors que dans l'action de groupe, ces personnes intéressées sont déterminées après coup en raison du fait que la réparation n'est pas collective mais personnelle<sup>116</sup>. Il s'ensuit que l'action collective reconnue dans les droits burkinabè et béninois est la manifestation d'un aménagement à l'approche individualiste de notre droit processuel qui a de plus en plus une coloration collective. Si cette action collective est admise naturellement dans le *civil law* en matière de contentieux objectif de suppression des clauses abusives, de défense de l'environnement..., les objections aux *class actions* en raison des

---

114 Rapport de la Commission Européenne concernant l'application de la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs du 18 novembre 2008, n°26.

115 AMRANIMEKKI (Soraya), « Action de groupe, mode d'emploi », Procédures-revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur-décembre2014/lexisnexis jurisclasseur-décembre2014, p.7.

116 Emmanuel JEULAND, « La notion d'intérêt comme moyen d'immixtion dans les rapports de droit », *Loc. cit.*, p. 65.



affronts à notre culture juridique devrait se faire désormais avec beaucoup d'humilité en ce sens que l'argument de la contrariété entre les principes et pratiques des deux systèmes peut découler d'une analyse tronquée et empreinte d'émotions.

48. La reconnaissance de l'effet *erga omnes* est la résultante d'un aménagement à l'effet relatif de la chose jugée qui voudrait qu'une personne soit partie à l'instance afin de se voir opposer la décision rendue dans cette cause. C'est par ailleurs le corolaire de l'interdiction des arrêts de règlements dans les droits burkinabè et béninois et la relativité de la chose jugée qui postulent que le droit d'agir devant un juge de premier degré demeure intact pour la personne qui n'a pas manifesté sa volonté d'être dans l'instance<sup>117</sup>. Or, la *class action* annihilerait cette possibilité d'agir devant le juge de premier degré parce que le demandeur se verrait opposer la décision rendue dans un procès où il n'avait pas la qualité de partie. Mais cette barrière à l'action de groupe dans le *civil law* ne semble pas infranchissable parce qu'il suffit que le jugement dont la portée serait générale laisse entier le droit pour une personne appartenant au groupe de personnes visées mais n'ayant pas expressément exprimée sa volonté d'y figurer, de saisir au besoin la justice pour son compte propre, ou de demander le bénéfice de l'effet du jugement s'il lui sied car l'incompatibilité alléguée entre la *class action* et l'autorité de la chose jugée résulte d'une confusion entre cette autorité et le pouvoir de contrainte du jugement qui, à travers le mécanisme de l'action de groupe, contraint le défenseur à l'égard des membres de la classe, mais ne supprime pas le droit

---

117 Anne-Marie FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *class action* : obstacles et compatibilités », *Loc. cit.*, p.24, n°17.

individuel d'action, ce qui serait le seul objet de l'autorité de la chose jugée<sup>118</sup>. Dès lors que le consommateur qui fait partie de la masse diffuse de personnes aux noms desquelles l'association agit, peut ignorer la décision qui a été rendue dans l'action intentée par l'association dans l'intérêt collectif des consommateurs, il ne pourra pas être soutenu que l'action de groupe est une atteinte à la relativité de la chose jugée. Mais cette analyse ne sied que dans le cadre du contentieux objectif où il est sans intérêt de chercher à déterminer le nombre de demandeurs-consommateurs. Dans le cadre du contentieux subjectif de la réparation où il est nécessaire de procéder à une évaluation du préjudice subi, la détermination des demandeurs à l'action s'avère importante. Dans certains cas, il sera même très aisé de terminer le nombre en raison de l'existence d'un fichier de consommateurs ayant des liens contractuels avec le professionnel et ou qui auront fait l'objet des retenues irrégulières. Dans cette hypothèse, la condamnation du professionnel à payer des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par les consommateurs dans le cadre d'une action de groupe est une entrave à l'exercice d'une action individuelle par l'un quelconque des consommateurs contre le professionnel.

49. L'action sans mandant dans les procédures collectives d'apurement du passif : La possibilité d'agir aux noms de citoyens sans mandat n'est d'ailleurs par une nouveauté dans notre droit. En effet, dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif, la masse des créanciers est représentée

---

118 Anne-Marie FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités », *Loc. cit.*, p.24, n°18.

sans un mandant par le syndic alors que les créanciers qui composent cette masse, en plus de ne plus avoir la possibilité d'intenter des actions individuelles contre le débiteur, sont tenus par les décisions qui sont rendues<sup>119</sup>. Mieux, aux antipodes des membres de la *class action*, les créanciers n'ont aucune possibilité de s'exclure du groupe parce que leur participation est obligatoire et s'ils n'interviennent pas pour déclarer leurs créances, ils ne pourront plus le faire de manière indépendance<sup>120</sup>. La liberté d'action des créanciers se trouve alors entamée dans cette hypothèse pourtant consacrée dans notre droit positif mais sans autant de controverses que peut générer l'institution d'une action de groupe. Ainsi, dans le droit des faillites, le syndic qui est mandataire judiciaire « *représente tous les créanciers, que ceux-ci le veulent ou non, agit sans avoir besoin de leur accord et le cas échéant contre leur gré et les prive de toute possibilité d'agir par eux-mêmes*<sup>121</sup> ». L'action individuelle d'un créancier dans le cadre d'une procédure collective de liquidation des biens de l'entreprise n'est possible que lorsqu'il démontre un préjudice spécial subi mais il semble qu'aucun arrêt de la cour de cassation n'a encore admis un tel préjudice, ce qui laisse entrevoir aisément l'acceptation de la possibilité de représentation en justice par une association en l'absence d'un mandat express<sup>122</sup>. Ici encore, il convient

---

119 Articles 41 et suivants de l'Acte uniforme OHADA du 10 septembre 2015 portant sur les procédures collectives d'apurement du passif.

120 Louis BORE, La défense des intérêts collectifs par les associations de consommateurs devant les juridictions administratives et judiciaires, *Op. Cit.* p. 397

121 Dany COHEN, « Introduire des actions de groupe en droit français ? Réaction à l'analyse du Pr. DEMOUGIN », *Loc. cit.*, p.108

122 Dany COHEN, « Introduire des actions de groupe en droit français ? Réaction à l'analyse du Pr. DEMOUGIN », *Loc. cit.*, p.108.

de relever que le mécanisme usité en droit des faillites, mais malheureusement décrié lorsqu'il s'agit de le consacrer au bénéfice des consommateurs, explique à suffisance que les objections aux *class actions* dans notre système juridique procède plus des arguments non juridiques. Les partisans à l'intangibilité des principes du *civil law* font des concessions en admettant des aménagements en faveur des professionnels mais s'échinent à les refuser aux consommateurs. Au nom de la nécessité impérieuse d'accès des masses au juge, des réformes au prix d'une érosion aux principes de notre culture juridique s'imposent.

### **B. Une érosion des principes processuels du civil law nécessaire au droit effectif au juge**

50. Les objections aux *class actions* peuvent et doivent se faire nécessairement à l'aune des atteintes qu'elles portent aux valeurs de notre culture juridique et des mêmes principes du même système juridique que les actions de groupe promeuvent. Il n'y a de doute que la rigidité dans l'observation de certains principes du système romano-germanique peut desservir d'autres principes du même droit voire l'accès au juge. Le recours collectif est le canal d'accès par excellence des consommateurs au juge car dans le domaine de la concurrence et de la consommation qui se singularise par des préjudices de masse dont le montant individuel est dérisoire de telle sorte que le consommateur individuel hésite à agir rationnellement parce qu'il va exposer des frais processuels qui sont supérieurs à la réparation qu'il escompte en cas de succès de sa demande,

or l'action de groupe apporte une solution appropriée à cette problématique en permettant la réparation de tous les préjudices<sup>123</sup>. S'il est certain que le recours collectif permet aux consommateurs d'obtenir ce que les recours individuels ne leur permettent pas d'avoir, il convient absolument d'admettre certaines atténuations dans la mise en œuvre de certains principes processuels qu'ils paraissent heurtés, ce qui pourrait aussi expliquer les objections de la doctrine conservatrice.

51. Le principe cardinal promu par les *class actions* est le droit d'accès au juge qui est de loin le plus crucial des droits fondamentaux parce qu'étant censé être la condition *sine qua non* pour la réalisation de ceux-ci. S'il est reproché aux *class actions* d'écorcher certains principes processuels, il est aussi une lapalissade que l'observation des garanties procédurales, la chance de les invoquer devant le juge est conditionnée à l'accès à son prétoire. Or, la spécificité des litiges de consommations et la prépondérance de l'action individuelle dans notre droit positif s'avèrent être de fait des obstacles infranchissables en vue de l'accès des consommateurs au prétoire du juge. Mêmes lésés, les consommateurs victimes sont privés du droit constitutionnel d'accès au juge alors qu'il est une certitude que « *la privation du droit d'accès au juge, à la justice expose au grief d'inconstitutionnalité. Or, la class action ajoute une voie d'accès puisque concrètement elle permet au juge d'examiner une prétention que la personne considérée n'aura pas formulée seule à travers une demande en justice isolée. Cette considération concrète doit interférer dans la règle « nul ne plaide par procureur » et*

---

123 Patrick GLENN, « Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale », *Loc. Cit.*, p.62.

*tempérer la difficulté liée au respect de la liberté individuelle, puisque que de fait si une victime n'agit pas individuellement, ce n'est pas tant qu'elle ne le veut pas mais bien plutôt parce qu'elle ne le peut pas*<sup>124</sup>». L'absence de l'action collective en vue de la résolution de certains différends catégoriels en raison de leurs spécificités s'apparente alors à une impossibilité matérielle du droit d'agir devant le juge de ces personnes. Dans ce cas on ne saurait soutenir que l'action de groupe est une atteinte à la liberté d'action puisque les personnes concernées ne jouissent de cette liberté que de manière théorique puisqu'elles ne sont pas en mesure de l'exercer elles-mêmes. De fait, elles ne bénéficient pas du droit d'agir ou de ne pas agir mais plutôt sont contraintes de s'abstenir. Malheureusement, la critique sérieuse contre les *class actions* surtout dans le domaine du contentieux subjectif contrairement à celui objectif tient au fait que les droits de la personne défenderesse sont atteints en raison du fait qu'il n'a pas en face de lui ceux qui demandent sa condamnation à des dommages et intérêts et il n'a pas la possibilité d'exposer à chacun d'eux ses moyens de défense<sup>125</sup>. Mais l'invocation du principe du contradictoire pour s'opposer à la *class action* dans le *civil law* peut être dénuée de tout intérêt pratique dans le cadre du contentieux subjectif de la réparation et non de la répression puisque « *le principe du contradictoire invoquée par Mme FRISON-ROCHE, qui est un élément du respect des droits de la défense, n'a valeur constitutionnelle qu'en matière répressive et uniquement à l'égard de la personne poursuivie. Si une limite*

124 Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités », *Loc. cit.*, p.26, n°29.

125 Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités », *Loc. cit.*, p.26, n°31.

*est apportée à ce principe dans l'action de groupe, c'est à l'égard des demandeurs et non des défendeurs. Dans les autres domaines, ce principe n'a qu'une valeur législative et il peut être limitée par une loi*<sup>126</sup> ». Dans le domaine du contentieux objectif, il ne se pose nullement la problématique du respect des droits de la défense, dans le mécanisme de l'action de groupe, puisque le défendeur n'a pas à opposer des moyens de défense particuliers à chaque membre du groupe. Dans le contentieux subjectif où le problème semble se poser, il convient de faire le choix entre le respect scrupuleux d'une norme à valeur législative, le principe du contradictoire, et une norme constitutionnelle, l'accès à la justice. Pour ce faire, il sied opportunément de sacrifier le principe du contradictoire en y admettant des atteintes à l'effet de permettre à ces citoyens d'exercer le droit constitutionnel d'accès au juge. C'est d'ailleurs l'option du juge constitutionnel béninois qui a privilégié des restrictions au droit de grève en vue de protéger l'intérêt général de par la continuité du service publique dans les secteurs de la santé, de la justice, de la défense et de la sécurité en « *considérant que si un droit fondamental est reconnu à la personne par la constitution ou une convention internationale, il n'est contraire ni à la constitution, ni à cette convention internationale que le législateur en restreigne voire interdise l'exercice lorsque ladite constitution ou convention en pose le principe et que cette restriction ou interdiction vise à protéger l'intérêt général et réaliser un impératif constitutionnel*<sup>127</sup> ». L'érosion du principe du contradictoire dans la mise en œuvre

---

126 Louis BORE, La défense des intérêts collectifs par les associations de consommateurs devant les juridictions administratives et judiciaires, *Op. Cit.*, p.415.

127 Cour Constitutionnel du Bénin, Décision DCC 18-141 du 28 juin 2018.

de l'action de groupe s'avère nécessaire à l'exercice du droit constitutionnel d'agir en justice par une catégorie de personnes.

52. Dans le domaine de la consommation, la pratique des contrats d'adhésion qui s'analyse aussi comme une atteinte à la liberté contractuelle des consommateurs qui consentent à un contrat qui est la traduction unilatérale de la volonté du professionnel<sup>128</sup> permet davantage de militer pour la consécration des *class actions* en vue de la réparation des préjudices de masses. Nonobstant le principe cardinal de la liberté contractuelle qui postule que les clauses du contrat soient discutées également par les parties, le domaine de la consommation connaît une prédominance des contrats d'adhésion caractérisée par l'absence de négociations entre parties. Il y a lieu donc de « *considérer qu'il existe un degré de contrainte à partir duquel le juge doit estimer que la liberté contractuelle est un masque qui cache un asservissement évident*<sup>129</sup> ». Dès lors que le faible consommateur n'a pas la possibilité de négocier le contrat, il n'est pas aussi excessif de dire que le contrat d'adhésion participe d'une érosion du principe de la liberté contractuelle. Mais cet aménagement est unanimement accepté alors qu'on refuse sous le couvert de la liberté d'action qu'une association, dans le cadre d'une action de groupe, mène une action judiciaire en leur nom sans mandat. Le comble est que, très souvent, les mêmes consommateurs concernés n'ont pas pu s'engager librement dans la convention génératrice du litige qui de surcroît se singularise par une certaine homogénéité. Aussi, la

---

128 Anne-Marie FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *Loc. Cit.*, p. 577.

129 Cyril BRIEND, Le contrat d'adhésion entre professionnels, *Op. Cit.*, p.394, n°766.



consécration d'une action de groupe de type *opting out* devrait-elle être, dans le cadre du contentieux subjectif, la conséquence à l'admission des contrats d'adhésion attentatoire à la liberté contractuelle.

## CONCLUSION

53. En somme, la singularité des litiges de consommation requiert que la protection juridique catégorielle dont les consommateurs ont bénéficié, de par l'érection de règles substantielle, soit suivie logiquement de la mise en place d'un droit processuel à eux aussi exclusivement dédié en vue de l'effectivité de leur accès au juge suite à la violation des droits que la politique de concurrence leur confère ainsi que l'effectivité de ladite politique. Cela n'est malheureusement pas encore le cas de telle sorte qu'aussi bien le contentieux de la réparation des préjudices consuméristes nés à la fois des manquements par les professionnels à leurs obligations contractuelles et ceux liés à la violation des règles de la concurrence est régi par le droit processuel classique.
54. Or l'action de groupe/*class action* est un mécanisme approprié qui permet la prise en charge des préjudices de masses dans l'intérêt aussi bien des consommateurs que les entreprises fautives ainsi que l'État qui a l'obligation de garantir le droit au juge à toute personne vulnérable par l'octroi de l'aide juridictionnelle. À travers le groupement des consommateurs suivant des critères objectifs, des litiges consuméristes qui n'auraient jamais été judiciairisés en raison du coût de

la procédure le seront de manière peu onéreuse pour les consommateurs demandeurs ainsi que les professionnels défendeurs qui devraient exposés des frais processuels supérieurs aux indemnités éventuelles à payer aux victimes.

55. Outre, les raisons tenant à la dénaturation voire la corruption des principes du *civil law* par le système anglo-saxon surtout nord-américain, les oppositions aux actions de groupe s'expliquent essentiellement par des raisons d'ordre économique. En effet, les pourfendeurs des *class actions* du monde économique espèrent profiter des fruits des manquements aux règles du marché parce qu'ils entendent bénéficier de *facto* d'une rente de l'impunité en raison de l'inadéquation des actions individuelles aux litiges de consommation.
56. C'est donc dire que les objections à l'institution de l'action de groupe dans le *civil law* s'expliquent par des raisons à la fois économiques et juridiques. D'une part, les acteurs économiques qui sont défavorables à la répression de certaines pratiques sur le marché estiment que les *class actions* constituent une entrave au développement économique et social et partant une atteinte à la réputation des entreprises dans la mise en œuvre. D'autre part, juridiquement, le mécanisme comporte les germes des affronts à certains principes chers à la culture romano-germanique comme la relativité de la chose jugée, la liberté d'action, le principe du contradictoire, la règle « nul ne plaide par procureur » ....

## DIRECTION DE LA PUBLICATION

Directeur : Razaki AMOUDA ISSIFOU / Secrétaire : Gilles BADET (Assisté de Josué CHABI KPANDE )

### COMITÉ SCIENTIFIQUE

<b>Président d'honneur</b>	<b>Maurice AHANHANZO GLELE</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public et de sciences politiques, ancien membres de la Cour constitutionnelle du Bénin, ancien Président de la Haute cour de justice du Bénin (BENIN)
<b>Présidents</b>	<b>Théodore HOLO</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public et de sciences politiques, ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin, ancien Président de la Haute cour de justice du Bénin (BENIN) <b>Joseph DJOGBENOU</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit privé, Directeur du centre de recherche et d'étude en droit et institutions judiciaires en Afrique/ Université d'Abomey-Calavi (Bénin) Avocat, ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin (BENIN)
<b>Vice-Président</b>	<b>Koffi AHADZI-NONOU</b> Agrégé des facultés de Droit, Professeur de droit public et de sciences politiques, ancien membre de la cour constitutionnelle du Togo (TOGO)
<b>Membres</b>	<b>Robert DOSSOU</b> Ancien Bâtonnier de l'ordre des avocats du Bénin, Doyen honoraires de la faculté des sciences juridiques économiques et politiques de l'Université nationale du Bénin, ancien ministre, ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin (BENIN) <b>Martin BLEOU</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public et de sciences politiques, ancien ministre (CÔTE D'IVOIRE) <b>Bahaar KANTE</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public et de sciences politiques, Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université Gaston Berger de Saint Louis, ancien Vice-président du Conseil constitutionnel (SÉNÉGAL) <b>Dorothé C. SOSSA</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit privé , Doyen honoraire de la faculté de droit et de sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi, ancien Secrétaire permanent de l'OHADA. <b>Noël A GBAGUIDI</b> Agrégé des facultés de droit , Professeur de droit privé, ancien Titulaire de la Chaire UNESCO des droits de l'homme et de la démocratie, Université d'Abomey-Calavi (BENIN) <b>Fabrice HOURQUEBIE</b> Professeur de droit public, Université Bordeaux, Directeur du CERCCLLE (FRANCE) <b>Adama KPODAR</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public et de sciences politiques, ancien Vice-président de l'Université de Kara (TOGO), Directeur général de l'Ecole nationale d'administration (ENA) de Lomé (TOGO) <b>Dodzi KOKOROKO</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public et de sciences politiques, Président de l'Université de Lomé (TOGO) <b>Ibrahim David SALAMI</b> Agrégé des facultés de Droit, Professeur de droit public, ancien Vice-doyen de la faculté de Droit et de sciences politiques de l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN) <b>Dandi GNAMOU</b> Agrégé des facultés de droit , Professeure de droit public, Université d'Abomey-Calavi, Président de chambre à la Cour des comptes du Bénin (BENIN) <b>Mahaman TIDJANI ALOU</b> Agrégé en Sciences politiques, Professeur de science politique à l'Université Abdou MOUMOUNI de Niamey (NIGER) <b>Hygin KAKAI</b> Agrégé de science politique, Professeur de science politique, Vice-doyen de la faculté de Droit et de science politique à l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN) <b>Brusil Miranda METOU</b> Agrégée des facultés de droit, Professeure de droit public, ancienne Vice-Recteur chargé de la recherche, de la coopération et des relations avec le monde des entreprises Université de DSCHANG (CAMEROUN), <b>Victor P. TOPANOU</b> Maître de conférences en science politique, Professeur de science politique, ancien Directeur de l'école doctorale Sciences juridiques, politiques et administratives, Université d'Abomey-Calavi (BENIN) <b>Arsène-Joël ADELOUI</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public, Directeur de l'école doctorale de sciences juridiques politiques et administratives, Université d'Abomey-Calavi (BENIN) <b>Paterne MAMBO</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public à l'Université Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan, Professeur associé au Centre d'Excellence Africain Mine et Environnement Minier de l'Institut National Polytechnique Houphouët-Boigny de Yamoussoukro, Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université Jean Lorougnon Guédé de Daloa (République de COTE D'IVOIRE) <b>Robert MBALLA OWONA</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public, Doyen de la faculté de droit de Bertoua, Université de Yaoundé II Soa (CAMEROUN) <b>Moktar ADAMOU</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit privé, Doyen de la Faculté de droit et science politique de l'Université de Parakou (BENIN) <b>Igor GUEDEGBE</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit privé, Titulaire de la Chaire UNESCO des droits de l'homme et de la démocratie à l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN) <b>Djibrihina OUEDRAOGO</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public, Université Thoma Sankara (BURKINA FASO) <b>Eric NGANGO YOUMBI,</b> Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public, Vice-doyen chargé de la recherche et de la coopération de la Faculté de sciences juridiques et politiques de l'Université de Garoua (CAMEROUN)

### COMITÉ DE LECTURE

**Président** : M. Sylvain M. NOUWATIN, Vice-président de la Cour constitutionnelle

**Membres** : Dr. Gilles BADET, Maître-assistant de droit public ; Dr. Prudent SOGLOHOUN, Maître-assistant de droit public ; Dr. Eric HOUNTONDJI, Maître-assistant de droit public ; Dr. Thomas D. YONLI, Maître-assistant de droit public ; Dr. Fidèle AYENA, Maître-assistant de science politique ; Dr. Aboudou Latif SIDI, Directeur de la recherche et de la documentation à la Cour constitutionnelle.