

Analyse économique de la prise en charge des victimes d'accidents collectifs par le droit

Décembre 2005

Bruno Deffains, Professeur de sciences économiques, co-responsable scientifique
Myriam Doriat-Duban, Professeur de sciences économiques, co-responsable scientifique
Eric Langlais, Professeur de sciences économiques
Tatiana Markova, doctorante

RECHERCHE REALISEE AVEC LE SOUTIEN DU GIP

« MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE »

UNIVERSITE NANCY 2

Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion

BETA UMR CNRS n°7522

13, Place Carnot

54035 Nancy Cedex

Tel : 03-83-19-25-92

Fax : 03-83-19-26-01

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP
« Mission de Recherche Droit et Justice » subvention n° : 23. 10. 24. 58.

Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.

Toute reproduction même partielle est subordonnée à l'accord du GIP
« Mission de Recherche Droit et Justice ».

SOMMAIRE

1. INTRODUCTION	4
2. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES PROCES SEQUENTIELS : APPLICATION A L'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'USINE AZF	9
2.1. LA CONVENTION D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'AZF : APPLICATION CONCRETE DES PROCES SEQUENTIELS	9
2.2. LA JUSTIFICATION DES PROCES SEQUENTIELS DANS LE CAS DES ACCIDENTS COLLECTIFS	12
2.3. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES PROCES SEQUENTIELS	14
3. UNE ALTERNATIVE AUX PROCES SEQUENTIELS DANS LE CAS DES ACCIDENTS COLLECTIFS : LES ACTIONS COLLECTIVES	20
3.1. JUSTIFICATION ECONOMIQUE DU RECOURS AUX ACTIONS COLLECTIVES	21
3.2. DEBAT SUR L'INTRODUCTION DES ACTIONS COLLECTIVES EN DROIT FRANÇAIS DANS LE CAS DES ACCIDENTS COLLECTIFS	29
3.3. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES ACTIONS COLLECTIVES : SYNTHESE DE LA LITTERATURE	36
3.4. L'ALTERNATIVE ACTION COLLECTIVE VERSUS ACTION INDIVIDUELLE	52
4. LES RISQUES COLLECTIFS : TYPOLOGIE, PERCEPTION INDIVIDUELLE, ACCEPTABILITE SOCIALE ET PRISE EN CHARGE	70
4.1. DE LA NOTION DE RISQUE INDIVIDUEL A LA NOTION RISQUE COLLECTIF	72
4.2. LES RISQUES COLLECTIFS ET LES MECANISMES DE L'ASSURANCE	77
4.3. LA REGLE DE RESPONSABILITE, LA PREVENTION DES ACCIDENTS COLLECTIFS ET LE RISQUE JURIDIQUE	85
CONCLUSION	88
ANNEXE	90
<i>Analyse économique des procédures d'indemnisation des victimes d'accidents collectifs : une réflexion sur les « class actions », communication au Conseil de l'Europe, janvier 2005</i>	

1. INTRODUCTION

Suite à l'explosion de l'usine AZF mais aussi après la survenue d'accidents collectifs parmi lesquels l'incendie du Tunnel du Mont Blanc ou le naufrage de Banyolès, le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice » a souhaité soutenir des recherches sur le thème des risques collectifs et de leur concrétisation en accidents collectifs.

Répondant à l'appel d'offres, le Bureau d'Economie Théorique et Appliquée UMR CNRS-Université de Nancy 2 (ex-CREDES) a proposé une étude sur l'indemnisation des victimes et plus précisément sur les procédures d'indemnisation. L'étude, intitulée « Analyse économique de la prise en charge des victimes d'accidents collectifs par le droit », compare deux procédures distinctes de réparation des préjudices en cas d'accidents collectifs. La première correspond à la procédure effectivement mise en place et qui est assez proche de la notion de procès séquentiels développée en économie du droit. Les effets des pratiques judiciaires et extra-judiciaires relatives à l'indemnisation des victimes d'accidents collectifs constituent ici le cœur de l'analyse. La seconde est plus exploratoire ; en effet, elle concerne les recours collectifs, procédures qui ne sont pas encore autorisées en France dans le domaine de la réparation des préjudices liés à un accident collectif.

L'analyse ainsi menée se situe essentiellement *ex post* puisqu'elle concerne l'organisation de l'indemnisation des victimes. Une discussion complémentaire relative à la perception des risques et à la question de leur assurabilité est alors ajoutée. L'indemnisation *ex post* des dommages liés aux accidents collectifs ne peut en effet être possible sans une anticipation de ces risques et une réflexion sur la capacité des compagnies d'assurance à couvrir des risques exceptionnels pour lesquels le montant des dommages et la probabilité de réalisation sont difficiles à estimer *ex ante*.

Dans le prolongement de la note méthodologique de janvier 2004, l'analyse utilise les outils et les critères de jugement des économistes en recourant aux méthodes de l'économie du droit et de l'économie du risque. Les deux premiers volets de la recherche mobilisent les méthodes d'analyse de l'économie du droit en matière de modes de résolution des conflits tandis que le troisième fait appel aux méthodes d'analyse de l'économie du risque et aux théories de l'assurance.

Ce cadre d'analyse étant fixé, notre réflexion s'articule autour de trois thèmes centraux. Dans un premier temps, nous nous intéressons aux moyens d'indemniser rapidement les victimes dans un contexte où les dommages sont nombreux, variés, d'ampleurs très diverses et susceptibles d'avoir des conséquences économiques et sociales dramatiques. Le cadre

d'analyse adopté est celui des procès séquentiels qui opèrent une distinction entre l'indemnisation des victimes et la détermination des responsabilités, chacune de ces deux étapes pouvant faire l'objet d'un règlement amiable. Un parallèle est fait entre le système de convention d'indemnisation des victimes comme celle mise en place pour l'indemnisation des victimes de l'explosion de l'usine Grande Paroisse de Toulouse et un procès séquentiel dans lequel l'indemnisation des victimes serait organisée préalablement à l'établissement des responsabilités. Ensuite, les procès séquentiels sont justifiés dans le cas particulier des accidents collectifs, en mettant notamment en avant la densité et l'intensité des dommages. Enfin, l'éclairage des modèles d'analyse économique des conflits est apporté afin de juger du caractère socialement souhaitable des procès séquentiels. Nous montrons alors que les conclusions des principales approches économiques de la résolution des conflits sont en partie contradictoires. L'approche « optimiste » conclue que les procès séquentiels ne sont pas souhaitables parce qu'ils limitent les possibilités de règlement amiable des litiges tandis que les seconds préconisent au contraire des procès séquentiels pour limiter les comportements stratégiques permis par l'existence d'asymétries d'information entre les parties..

Dans un deuxième temps, nous proposons d'explorer une procédure encore à l'étude en France mais déjà largement pratiquée Outre-Atlantique : les *class actions*. Les recours collectifs permettent à un grand nombre de victimes d'obtenir ensemble réparation pour un préjudice commun. Les accidents collectifs semblent donc constituer un domaine d'application privilégié dans la mesure où il s'agit d'indemniser un grand nombre de victimes d'un même dommage. Dans un premier temps, une justification économique des actions collectives est proposée. Après avoir présenté la procédure, nous insisterons sur l'intérêt de la mettre en place en précisant notamment ses principaux objectifs parmi lesquels favoriser l'accès à la justice et donc l'indemnisation des victimes même les plus faibles, permettre des économies de coûts tant pour les justiciables que pour le système judiciaire et la société dans son ensemble, dissuader les comportements risqués. Nous présentons ensuite le débat sur l'introduction des actions collectives en France. Après avoir resituer le débat dans son contexte particulier, les atouts et inconvénients du système français sont présentés et la façon dont devraient se former des *class actions* à la française est discutée. Dans une perspective plus critique, les problèmes liés au traitement des recours collectifs en France sont abordés et le rôle des avocats.

Une synthèse de la littérature économique sur les actions collectives est ensuite proposée afin de tirer les enseignements des analyses menées à partir des *class actions* telles qu'elles existent Outre-Atlantique. Cette synthèse permet de répondre à la question de la formation des

actions collectives dans un contexte propice aux comportements de « passagers clandestins ». Les conditions sous lesquelles un recours collectif est intenté sont précisées. L'importance de l'information et du mode de fixation des dommages et intérêts est soulignée. La question d'une sélection des victimes qui vont participer au recours collectif est également posée ainsi que celle de la victime qui va initier l'action en justice. La possibilité d'engager des négociations en vue d'éviter le jugement est envisagée afin de voir comment les parties réagissent aux propositions et contre-propositions de leur adversaire. Les risques de telles négociations, en particulier pour la collectivité, seront évoqués. Le rôle central des avocats fait également l'objet d'une étude approfondie dans la mesure où ils sont au centre des *class actions* telles qu'elles existent aux Etats-Unis ou au Canada.

Il est à noter que la présente étude fait écho au rapport sur l'action de groupe remis le 16 décembre 2005 au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Garde des Sceaux. En allant au-delà des considérations relevant de l'analyse économique, ce rapport traduit également la difficulté de définir le périmètre des actions collectives dans le cadre français. D'un côté, certains défendent un champ d'application très large, à l'instar des pays disposant d'une procédure de *class action* comme les Etats-Unis, le Québec, la Suède et le Portugal. Comme le mentionne le rapport, un tel champ « couvrirait non seulement le droit de la consommation mais également le droit de l'environnement, le droit du travail, le droit financier et boursier, le droit de la santé, c'est-à-dire, en quelque sorte, tous les domaines où un même fait, un même comportement ou une même pratique peut porter préjudice à une multitude d'intérêts individuels ». On retrouve donc l'idée du présent rapport au GIP selon laquelle face au risque collectif, l'action collective offre des perspectives intéressantes. Mais il est immédiatement noté que cette option « risque de rendre beaucoup plus difficile le contrôle de la recevabilité de l'action, en ce sens que, dans certains cas, la caractérisation de l'existence d'un groupe [de consommateurs] peut se révéler extrêmement incertain ». Le groupe de travail dirigé par Guillaume Cerutti et Marc Guillaume juge alors que cette orientation « peut être source d'insécurité juridique » en raison de l'impossibilité de « circonscrire exactement les contours d'une réforme qui tendrait à l'introduction de l'action de groupe en droit français » et pointe le « risque d'interférence » avec les contentieux spécialisés du droit de la responsabilité. De ce fait, une autre solution consisterait à limiter le champ d'application de l'action collective seulement aux pratiques qui ne respecteraient pas les dispositions du code de la consommation. L'intérêt de cette solution résiderait dans la délimitation très précise du périmètre de l'action de groupe subordonnée à la défense des intérêts des consommateurs. Sauf à y apporter des

exceptions ponctuelles, une telle orientation conduirait à ne pas inclure certains contentieux de masse affectant directement les intérêts des consommateurs. Enfin, une dernière option, au champ encore plus limité, consisterait à cibler l'action collective sur les préjudices économiques des consommateurs. Cela reviendrait à prendre en considération uniquement « des situations préjudiciables aux intérêts des consommateurs, pris en tant que tels, sans déterminer par avance les pratiques concernées ». Le champ de l'action collective serait alors « circonscrit à la réparation de préjudices économiques, subis par des consommateurs individuels du fait d'un même professionnel, à l'occasion d'actes de consommation fondés sur la vente ou l'offre de vente de produits ou sur la prestation ou l'offre de prestation de services aux consommateurs ». En d'autres termes, cela exclurait donc la réparation des préjudices corporels et ne concernerait donc pas l'indemnisation des victimes de risques sanitaires. Dans ce dernier cas, le groupe de travail estime préférable de ne pas interférer avec des régimes spéciaux de responsabilité fonctionnant de manière autonome, comme les fonds de garantie ou d'indemnisation.

Le point de vue développé dans le présent rapport s'inscrit clairement dans la première orientation – la plus large – puisqu'elle ne limite pas le champ d'intervention de l'action collective à certains risques clairement identifiés en matière de droit de la consommation, mais l'envisage dans le cadre de préjudices corporels suite à la survenance d'un accident industriel (de manière substituable ou complémentaire à l'existence de fonds d'indemnisation).

La recherche proposée constitue le fondement d'une analyse originale consistant en particulier à formaliser l'alternative entre action collective et action individuelle. La transmission de l'information, la règle d'indemnisation et le mode de rémunération des avocats sont présentés comme les déterminants de ce choix. Nous montrons alors que la rémunération des avocats au résultat est préjudiciable à l'information des demandeurs et que les « petites victimes » vont être dissuadées de poursuivre, ce qui tranche avec les résultats traditionnellement obtenus.

Dans un troisième temps, notre étude est consacrée à l'acceptabilité et à la perception des risques collectifs, le recours au système judiciaire posant implicitement la question de l'attitude de la société face à ce type de risques. Ceci nous a conduit à réfléchir à une typologie des risques catastrophiques, à leur prévisibilité, aux possibilités d'assurabilité de ces risques et au type de responsabilités à privilégier avec en arrière plan le problème de l'insolvabilité et donc de la place de l'Etat. Ce faisant, nous précisons clairement les différences qui distinguent les risques individuels des risques collectifs que nous définissons précisément. Nous montrons

alors que le modèle économique standard d'analyse du risque n'est pas adapté aux risques collectifs. Cela implique notamment que les mécanismes d'assurance traditionnels ne vont pas pouvoir s'appliquer, justifiant la recherche d'alternatives nouvelles, comme le recours aux marchés de capitaux et le développement de nouveaux produits comme les *cat bonds* aux Etats-Unis. Il s'agit plus précisément de transférer les risques aux investisseurs sur les marchés de capitaux, cette couverture venant en complément de celles proposées par les compagnies d'assurance et de ré-assurance. L'argument repose sur l'idée que les marchés sont les mieux à même de gérer ces risques dont les caractéristiques (intensité, caractère exceptionnel, densité des dommages, etc.) ne permettent pas de passer par les mécanismes classiques d'assurance.

La question de la couverture de ces risques catastrophiques est d'autant plus importante que la société a évolué dans sa perception des risques ; les aléas touchant à la santé ou à l'environnement sont ainsi mieux connus mais parallèlement, les victimes potentielles considèrent que ces risques doivent désormais être couverts. La perception plus fine des risques, permise par une meilleure connaissance, une meilleure diffusion de l'information, présente également un aspect subjectif qui modifie sensiblement la demande de couverture, rendant inacceptable pour un certain nombre de victimes potentielles la charge de ces risques. S'ajoutent également les biais de perception ou d'information qui vont conduire les victimes potentielles à sur ou sous-évaluer les risques. De nouveaux modèles ont été développés pour tenir compte de ces problèmes de perception biaisée (modèles RDEU) et apporter un éclairage sur la façon d'adapter les contrats à ces nouvelles données.

L'analyse s'achève par une réflexion sur les conséquences des changements de règles de responsabilité sur l'offre d'assurance contre les risques collectifs. L'exemple américain a montré que les changements de loi, associés à des effets rétroactifs, ont provoqué une grande instabilité aux conséquences préjudiciables : augmentation importante des primes, abandon de certains segments du marché. Le lien entre système juridique, offre et demande d'assurance et l'Etat est ainsi explicité.

En définitive, le présent rapport apporte un éclairage original, celui de l'analyse économique, sur les procédures d'indemnisation des victimes d'accidents collectifs. Il conduit également à une mise en perspective des accidents collectifs par rapport aux débats actuels sur la capacité des systèmes d'assurance à prévoir ces risques en vue de garantir une indemnisation socialement satisfaisante s'ils se concrétisent.

2. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES PROCES SEQUENTIELS : APPLICATION A L'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'USINE AZF

L'analyse économique des conflits juridiques distingue les procès « classiques » ou « unitaires » des procès séquentiels. Au cours d'un procès unitaire, les responsabilités sont établies en même temps que les dommages et intérêts sont fixés. A l'inverse, dans un procès séquentiel, les responsabilités sont déterminées séparément de l'évaluation des dommages et intérêts de sorte que la procédure d'indemnisation des victimes est décomposée en deux étapes distinctes, au cours desquelles des négociations en vue d'un règlement amiable du litige peuvent être menées.

Les accidents collectifs, comme l'explosion de l'usine AZF mais aussi l'accident du Tunnel du Mont Blanc, le naufrage de Banyolès ou l'effondrement de la passerelle du Queen Mary 2, de part leur caractère exceptionnel, donne lieu à la mise en place d'un comité de suivi dont l'objectif est d'assister les victimes, de les informer et de faciliter leur indemnisation dans un délai le plus court possible. Dans le cas particulier de l'usine Grande Paroisse de Toulouse, la densité des dommages et leur ampleur exceptionnelle ont incité l'Etat à intervenir, sous la forme d'une convention nationale d'indemnisation, pilotée par un comité de suivi multipartite. L'indemnisation des victimes est alors temporairement déconnectée des questions de responsabilité. Plus précisément, c'est la présomption de responsabilité qui justifie l'indemnisation anticipée. Notre objectif est alors de montrer que l'organisation de l'indemnisation des victimes de l'explosion d'AZF revient à organiser un procès séquentiel dans lequel l'indemnisation est antérieure à l'établissement des responsabilités. Il s'agit ensuite de montrer que les accidents collectifs offrent un cadre d'analyse particulièrement riche pour l'étude des procès séquentiels. Enfin, l'analyse économique des procès séquentiels est présentée afin de voir dans quelle mesure une organisation séquentielle des procès consécutifs à des accidents collectifs est socialement souhaitable.

2.1. LA CONVENTION D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'AZF : APPLICATION CONCRETE DES PROCES SEQUENTIELS

Les économistes ont étudié les procédures séquentielles de règlement des litiges dans le cas de conflits individuels pour lesquels il était possible de séparer indemnisation et responsabilité. L'originalité de notre travail réside dans la transposition de l'analyse aux

accidents collectifs. Cette transposition est particulièrement justifiée dans les conflits où l'indemnisation se fait avant l'établissement des responsabilités. L'objectif est de permettre une indemnisation rapide des victimes dans un contexte où les responsabilités sont généralement longues à établir.

L'explosion de l'usine AZF représente un exemple particulièrement illustratif de cette séparation entre indemnisation et responsabilité. En effet, dans un contexte difficile (l'explosion a eu lieu dix jours seulement après les attentats du 11 septembre aux Etats-Unis) et alors que l'origine de l'explosion n'était pas clairement identifiée (attentat ou accident), le groupe Total Fina Elf (TFE), propriétaire de l'usine d'AZF, annonçait dès le 25 septembre 2001 qu'il assumerait les charges de AZF dans un contexte de présomption de responsabilité. Les assureurs de TFE s'engageaient alors à indemniser le plus rapidement possible les victimes, alors même que la responsabilité de l'usine AZF et du groupe TFE n'était pas clairement établie. L'ampleur et la densité exceptionnelle de la catastrophe ont justifié cette décision, le bilan étant de 30 morts, 2 500 blessés dont 800 personnes hospitalisées, 27 000 logements d'habitation touchés, 70 000 sinistres déclarés dont 7 000 déclarations de sinistre au titre des professionnels. L'indemnisation des victimes a été extrêmement rapide puisque selon la FFSA, en août 2002 soit dix mois après la catastrophe, près de 93 % des dossiers avaient fait l'objet d'un règlement définitif ou partiel. Le montant des indemnisations versées par la FFSA s'élevait à 167 millions d'euros pour les particuliers, 320 millions d'euros pour les professionnels.

Ce processus amiable d'indemnisation a été mis en place dans un cadre coopératif impliquant tous les acteurs concernés et prenant la forme de conventions. Plus précisément, le 30 octobre 2001, soit cinq semaines seulement après l'explosion de l'usine AZF, une convention nationale pour l'indemnisation des victimes de l'explosion de l'usine AZF est signée, complétée ensuite par plusieurs avenants en 2003 et 2004, dont l'un concerne l'indemnisation d'un préjudice spécifique lié au caractère collectif de la catastrophe. L'objectif de cette convention consiste à prévoir, pour chaque grande famille de dommages (matériels, professionnels, corporels), des procédures de règlement amiable des litiges sans pour autant exclure les voies de recours judiciaires classiques. En d'autres termes, il s'agit de différencier « accès au droit » et « accès à la justice », en proposant à chaque victime une résolution amiable des questions d'indemnisation, suffisamment satisfaisante pour qu'elle n'ait pas à aller

devant le juge pour fixer le montant de l'indemnisation. Elle conserve toutefois la possibilité de refuser la proposition amiable conclue dans ce cadre pour aller devant le juge.

L'avantage de cette solution amiable d'indemnisation est double : du côté des victimes, elle permet une indemnisation rapide et personnalisée, une information claire, un soutien juridique et psychologique ; du côté des tribunaux, elle évite l'engorgement des juridictions locales. Le risque pour les victimes est cependant d'obtenir des dommages et intérêts plus faibles que ceux obtenus devant un juge. Pour limiter ce risque, la convention est pilotée par un comité de suivi multipartenarial. Dans le cas des victimes de l'usine AZF, le comité de suivi multipartenarial, créé le 10 octobre 2001 et animé par la Chancellerie, réunit l'ensemble des parties prenantes : avocats, représentants de la préfecture et du conseil général de Haute-Garonne, de la municipalité de Toulouse, de la Direction des Affaires Sanitaires et Sociales, de la CPAM, membres de la direction du groupe Grande Paroisse / Total-Fina-Elf et de ses assureurs, représentants des compagnies et mutuelles d'assurance, du service d'aide aux victimes local (SAVIM) et des associations de victimes, médecins experts.

La Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA) a participé aux réunions du comité de suivi mais n'a pas signé la convention nationale pour l'indemnisation des victimes de l'explosion de l'usine Grande Paroisse parce qu'elle a estimé qu'il n'était pas du ressort du Ministère de la Justice de faire signer une telle convention¹. LA FFSA a estimé en effet que « les accords exceptionnels nécessités pour la gestion d'une catastrophe doivent être passés entre ceux qui s'engagent dans un cadre contractuel privé ». Les engagements réciproques de TFE et des assureurs de la FFSA ont été concrétisés par un accord daté du 25 octobre 2001, l'accord FFSA-TFE, qui prévoyait des mesures similaires à celles de la Convention Nationale d'indemnisation.

Le Ministère de la Justice prévoit que la création d'un comité de suivi en cas de catastrophe ou d'accident collectif sera la règle. L'objectif de ce comité de suivi consiste à coordonner l'action de l'ensemble des interlocuteurs concernés, en vue d'assurer l'information, le soutien juridique et psychologique mais aussi, et en particulier dans le cas d'AZF, l'indemnisation des victimes². A la différence des comités mis en place pour de précédentes catastrophes, comme le naufrage de Banyolès en 1998 (mise en place en octobre 1998 d'un

¹ Un an après la catastrophe de Toulouse, L'expérience et les propositions de la FFSA, Fédération Française des Sociétés d'Assurance, 13 septembre 2002, p. 9.

² La prise en charge des victimes d'accidents collectifs, Guide méthodologique, Service de l'Accès au Droit et à la Justice et de la Politique de la ville, décembre 2004, p. 66.

comité de pilotage des victimes chargé de l'information des victimes) ou l'accident du Tunnel du Mont Blanc en 1999 (mise en place en octobre 2003 d'un comité de pilotage pour la préparation du procès), le comité national de suivi de l'explosion de l'usine Grande Paroisse s'est octroyé une compétence pour tous les dommages subis par les particuliers et les entreprises. La convention nationale d'indemnisation à laquelle il a abouti, associée à l'accord FFSA-TFE, ont ainsi organisé pour la première fois une procédure amiable d'indemnisation d'une ampleur exceptionnelle. Cette procédure a pu être mise en place parce que le groupe TFE a accepté d'assumer la présomption de responsabilité. La procédure amiable d'indemnisation des victimes de l'explosion de l'usine AZF, organisée par la Convention Nationale et l'accord FFSA-TFE, constitue alors le premier exemple concret de procès séquentiel dans le cas d'un accident collectif.

La dissociation entre indemnisation et responsabilité interpelle l'économiste qui s'interroge sur le caractère socialement souhaitable de cette séquentialité. L'analyse économique des procès séquentiels qui prévoit un traitement séparé de l'indemnisation de la victime et de la responsabilité de l'auteur de dommage apparaît alors particulièrement pertinente pour juger de l'efficacité de la procédure d'indemnisation amiable organisée sous forme de convention par le Ministère de la Justice ou d'accord par les assureurs. En d'autres termes, au-delà de permettre une indemnisation rapide des victimes d'accidents collectifs, il s'agit de voir dans quelle mesure la séquentialité des procès est socialement souhaitable, en particulier dans le cas des accidents collectifs.

2.2. LA JUSTIFICATION DES PROCES SEQUENTIELS DANS LE CAS DES ACCIDENTS COLLECTIFS

L'organisation de procès séquentiels suite à la survenance d'accidents collectifs peut se justifier pour plusieurs raisons.

Les accidents collectifs affectent un grand nombre d'individus, de manière simultanée, à un endroit donné. Souvent, c'est donc toute une zone géographique (un quartier, une ville, un département) qui est touchée et l'ensemble du tissu économique et social s'en trouve affecté. Le cas de l'usine AZF en est un parfait exemple. Lorsque les capacités productives sont détruites, endommagées ou réduites (destruction partielle ou totale des installations et des machines du côté du facteur capital, incapacités de travail temporaires ou définitives du côté du facteur travail), le coût économique de l'accident peut s'avérer bien supérieur au seul dommage

matériel subi. Les pertes d'exploitation s'ajoutent en effet aux pertes matérielles et viennent accroître le coût total de l'accident. Ces coûts peuvent être qualifiés de coûts indirects par opposition aux coûts directs de l'accident (blessures, décès, installations détruites ou endommagées). Pour réduire les coûts indirects des accidents collectifs, un moyen consiste à remettre en état, le plus rapidement possible, l'ensemble des équipements. De même, plus vite les individus sont indemnisés pour les dommages subis et plus vite l'activité économique a de chances de retrouver son cours normal. En conséquence, il convient de réfléchir aux moyens d'indemniser rapidement l'ensemble des victimes afin de limiter les coûts indirects liés à l'accident.

Le problème provient du fait que l'indemnisation est souvent liée à l'établissement d'une responsabilité. Or, les procédures judiciaires qui permettent d'établir les responsabilités sont souvent longues et retardent d'autant le versement des dommages et intérêts. L'intérêt des procès séquentiels est alors d'accélérer l'indemnisation des victimes, en ayant notamment recours à une procédure amiable, sans pour autant renoncer à l'établissement des responsabilités.

La séparation de la responsabilité et de l'indemnisation peut permettre de déterminer plus rapidement la responsabilité des auteurs de dommage, celle-ci étant distincte de l'évaluation des dommages et intérêts. Le résultat connu concernant la responsabilité des auteurs de dommage pour la ou les premières affaires fournit de l'information aux victimes qui ont davantage tardé à intenter une action en justice. Celles-ci peuvent alors utiliser la condamnation pour responsabilité des auteurs de dommage lors des premières affaires jugées comme précédents, celui-ci constituant une menace crédible pour obtenir une indemnisation à l'amiable. En revanche, si les premières condamnations tardent parce que les responsabilités ne sont pas dissociées de la question des indemnisations, les jugements prennent davantage de temps, ne permettant pas aux victimes de les utiliser dans leurs négociations.

Un autre intérêt des modèles séquentiels réside dans le fait qu'à chaque étape, les parties ont le choix entre un règlement juridictionnel, c'est-à-dire un jugement, ou un mode de résolution non-juridictionnel, c'est-à-dire un accord amiable. Dans la mesure où les modes alternatifs de règlement des litiges sont réputés moins coûteux et au moins aussi rapides que les jugements, la question est de savoir si les procès séquentiels sont socialement préférables aux procès uniques. En effet, si par la séparation de l'indemnisation et de la responsabilité, ils permettent non seulement une indemnisation plus rapide mais aussi une résolution amiable des

litiges consécutifs aux accidents collectifs (pour ce qui concerne la partie civile du litige), alors les procès séquentiels doivent être préférés aux procès uniques.

La question de la nature des procès, uniques ou séquentiels, est également particulièrement intéressante dans le cas des accidents collectifs puisqu'en raison du grand nombre de victimes, les coûts de transaction et en particulier de négociation risquent d'être prohibitifs et d'empêcher la conclusion d'accords amiables. En effet, l'une des causes de non-application du théorème de Coase est l'existence de coûts de transaction prohibitifs, liés notamment au nombre élevé de parties à la négociation (en particulier, un grand nombre de victimes). Il peut alors être socialement souhaitable de trouver des moyens d'accroître les probabilités d'accord, en particulier en réfléchissant à la procédure la plus favorable aux arrangements : procès unique ou séquentiel. L'avantage du procès séquentiel est alors de permettre une négociation partielle tandis que le procès unique oblige à négocier simultanément sur la responsabilité et le montant des dommages et intérêts.

Deux arguments principaux semblent pouvoir être avancés pour encourager les procès séquentiels dans le cas des accidents collectifs : ils permettraient une indemnisation plus rapide des victimes et ils encourageraient la résolution amiable partielle ou totale du litige. Sur ce dernier point, les économistes sont plutôt partagés, les partisans du « courant optimiste » de l'analyse économique de la résolution des litiges concluant en défaveur des procès séquentiels, les partisans du courant stratégique y étant plutôt favorables.

2.3. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES PROCES SEQUENTIELS

Au cours d'un procès séquentiel, les parties ont le choix entre cinq options :

- négocier simultanément la responsabilité et les dommages et intérêts,
- évaluer les dommages et intérêts et engager une procédure pour établir la responsabilité,
- établir les responsabilités et engager une procédure pour fixer les dommages et intérêts,
- négocier le montant des dommages et intérêts après un jugement qui établirait les responsabilités
- négocier sur les responsabilités après un jugement sur le montant des dommages et intérêts.

Dans un procès unique, les deux dernières options ne sont pas disponibles. La question est alors de savoir si les deux options supplémentaires permises par les procès séquentiels favorisent le règlement amiable des litiges et donc si, pour certains types de conflits et en particulier ceux consécutifs à un accident collectif, les procès séquentiels sont préférables aux procès uniques.

Les modèles de résolution des litiges optimistes (fondés sur l'erreur des parties sur leurs paiements attendus au procès) et stratégiques (fondés sur les asymétries d'information qui sont à l'origine de comportements stratégiques nuisibles au règlement amiable du litige) s'opposent sur la question de la pertinence des procès séquentiels, les modèles optimistes plaidant contre ce type de procédure réputée réduire les possibilités de règlement amiable des litiges, les modèles stratégiques permettant au contraire de les justifier en insistant sur leur rôle positif en termes d'arrangements.

2.3.1. L'approche optimiste : un réquisitoire contre les procès séquentiels

L'analyse économique postule que le règlement amiable d'un litige est en général moins coûteux qu'un jugement. Si les estimations des parties sur le résultat du procès sont identiques, celles-ci ne devraient jamais aller devant le juge. Landes (1971), Gould (1973), Posner (1973) ont alors développé des modèles justifiant l'existence des jugements par des anticipations différentes des parties sur le résultat du jugement, en particulier lorsque celui-ci porte sur la fixation de dommages et intérêts. Selon ces auteurs, ce serait alors l'optimisme excessif des parties sur leurs chances de gagner le procès ou sur le montant des dommages et intérêts qui serait la cause de l'échec des négociations.

Plus précisément, dans les modèles optimistes de règlement des conflits, les parties vont devant le juge si les gains nets attendus du demandeur au procès sont supérieurs aux pertes nettes du défendeur ou, en d'autres termes, si les propositions de règlement amiable des parties sont incompatibles parce que la proposition minimale du demandeur pour renoncer à son action en justice excède l'offre maximale que le défendeur est disposé à soumettre pour échapper au jugement. Les paiements attendus des parties au procès jouent donc un rôle central dans leur choix entre jugement et arrangement : plus le demandeur est exigeant et/ou plus le défendeur est intransigeant, plus les risques de jugement sont importants. La demande minimale du demandeur pour renoncer au procès dépend des dommages et intérêts qu'il anticipe et de ses coûts de négociation, déduction faite de ses coûts de procès. Symétriquement, l'offre maximale

du défendeur dépend des dommages et intérêts qu'il s'attend à devoir verser suite au jugement et des coûts de procès qu'il supporte, déduction faite de ses coûts de négociation. Ainsi, hormis le montant estimé des dommages et intérêts, le montant des coûts de procès et de négociation influent sur la décision des parties de négocier ou d'aller au procès. C'est justement sur ces coûts que Landes, fondateur des modèles optimistes, développe son analyse contre les procès séquentiels.

Landes (1993) montre que le procès séquentiel engendre trois effets nuisibles au règlement amiable des litiges :

- il augmente les incitations à poursuivre du demandeur
- il augmente le nombre de procès
- il réduit la probabilité de règlement amiable en réduisant l'intervalle de négociation.

L'argument développé par Landes repose sur l'idée que les procès séquentiels réduisent le coût des procès pour les justiciables (Baird, Gertner et Picker [1994]). En effet, les coûts de procès sont supportés intégralement en cas de procès unique alors qu'ils se répartissent entre les deux étapes d'un procès séquentiel. Il en résulte que dans les procès séquentiels, la deuxième moitié des coûts de procès est supportée uniquement si la seconde étape du procès a lieu. Cela a pour conséquence de réduire les coûts attendus d'un procès séquentiel par rapport à un procès unique. L'argumentation des modèles optimistes en faveur des procès uniques est donc exclusivement fondée sur l'économie de coûts de procès permise par les procès séquentiels qui rend le recours aux tribunaux plus attractif car moins coûteux.

L'analyse optimiste est cependant partielle car elle ignore par définition les asymétries d'information et les comportements stratégiques qu'elles permettent. Or, comme le précisent Ayres et Talley [1995], « les asymétries d'information peuvent être considérées comme une forme de coûts de transaction particulièrement pernicieuse [...] dans un contexte légal où les parties doivent négocier sur des marchés étroits dans lesquels les négociateurs ont de fortes incitations à duper leur adversaire pour récupérer la plus grosse part du gâteau ». Dans le même esprit, Cooter [1982] explique que « l'objectif d'un négociateur adroit est de convaincre les autres qu'il agit dans leur intérêt alors qu'il agit dans son propre intérêt. C'est alors la nature stratégique des négociations, davantage que les coûts de négociations, qui constituent le principal obstacle à la coopération et justifie le recours au juge ». En conséquence, se limiter aux modèles optimistes revient à ignorer toute la dimension stratégique des procès, celle-ci

étant directement liée aux problèmes d'information auxquels les parties doivent faire face. Dans la mesure où les accidents collectifs donnent lieu à des procès où les asymétries d'information sont nécessairement présentes (en particulier concernant les niveaux de précautions et le montant des dommages), il est essentiel d'étudier les procès séquentiels dans un cadre stratégique.

2.3.2. L'approche stratégique : la défense des procès séquentiels

Les partisans de l'approche stratégique des conflits reprochent essentiellement à l'analyse optimiste de ne pas déterminer précisément la probabilité d'arrangement d'un conflit. Cette dernière conditionne en effet l'accord amiable à l'existence d'un intervalle de négociation ; dès lors que son existence est démontrée, l'accord est certain même si le montant de l'arrangement n'est pas précisé, celui-ci devant s'établir nécessairement entre les bornes de l'intervalle de négociation. L'analyse optimiste des procès séquentiels n'échappe pas à cette critique générale. Chen, Chien et Cyrus Chu [1997] ont alors cherché à dépasser l'analyse de Landes en introduisant les asymétries d'information dans les procès séquentiels. En recourant à la théorie des jeux non-coopératifs, ils ont introduit les asymétries d'information et endogénéisé la probabilité d'accord.

La différence essentielle entre le procès unique et le procès séquentiel réside dans le fait que dans le procès unique, le demandeur ne peut pas utiliser l'information déduite de la réponse du défendeur pour mieux adapter sa proposition d'arrangement lors d'une seconde étape des négociations. En effet, dans un procès unique, le demandeur fait une offre. Si le défendeur la refuse, le demandeur a le choix entre abandonner ou aller au procès au cours duquel à la fois la responsabilité et le montant des dommages seront déterminés. Dans un procès séquentiel, le demandeur fait une proposition. Si le défendeur la refuse, il a le choix entre abandonner et aller au procès et comme dans le procès unique, le refus du défendeur lui donne de l'information sur le véritable type de celui-ci. Mais, contrairement au procès unique, s'il va au procès, il sait que les responsabilités (respectivement le montant des dommages et intérêts) seront déterminées par le juge. Utilisant cette information, il va alors pouvoir adapter sa proposition d'arrangement lors de la seconde étape des négociations sur le montant des dommages et intérêts (respectivement les responsabilités). Chen, Chien et Cyrus Chu [1997] montrent alors qu'il n'est plus du tout évident que les procès uniques soient socialement préférables aux procès séquentiels. Certes, quand il y a accord dans les procès uniques, l'accord couvre responsabilité

et dommages et intérêts alors que l'accord peut ne couvrir qu'un seul de ces deux éléments dans les procès séquentiels. Mais, lorsqu'il y a jugement au cours d'un procès unique et qu'à l'inverse, un accord (sur la responsabilité ou les dommages) est conclu lors de la deuxième étape des négociations, les parties évitent un procès et économisent des coûts.

Plus précisément, les auteurs montrent que dans un procès unique, le demandeur peut craindre de faire une offre faible par peur de la réponse du défendeur. En effet, une offre faible est souvent associée à une menace de procès peu crédible ce qui expose le demandeur au risque de refus du défendeur (Farmer et Pecorino [1994]). Le demandeur préférera alors souvent gonfler sa proposition d'arrangement ce qui accroît la probabilité de procès. Ceci est essentiellement dû au fait que le demandeur n'a pas la possibilité d'améliorer son information sur le défendeur. A l'inverse dans les procès séquentiels, le demandeur peut choisir d'acheter de l'information en allant au procès lors de la première étape (le tribunal va par exemple déterminer les responsabilités) pour pouvoir ensuite formuler une proposition en termes de dommages et intérêts mieux adaptée au type du défendeur. Dans ce cas, certes il y a procès mais celui-ci est suivi d'un arrangement ce qui n'est pas le cas dans un procès unitaire. C'est en particulier ce qui s'est passé dans le cas de l'explosion de l'usine AZF.

Dès l'explosion de l'usine AZF et l'invalidation quasi certaine de la thèse de l'attentat au profit de l'hypothèse d'un accident, le groupe Total-Fina-Elf était engagé dans un procès dont l'objectif sera, en particulier, de trancher sur sa responsabilité. Dans la mesure où les conditions d'occurrence de l'accident ne sont pas encore clairement identifiées, la résolution judiciaire du litige pourrait prendre des années, surtout si des procédures d'appel sont engagées. La résolution judiciaire du litige a donc une échéance lointaine. Les dommages en revanche sont subis immédiatement et plus l'indemnisation tarde, plus les dommages par ricochet sont importants. Par les différentes procédures d'expertise, les dommages ont pu être chiffrés rapidement de sorte qu'il était possible d'envisager une indemnisation immédiate, sous la seule condition qu'il soit possible à court et moyen terme de dissocier indemnisation et responsabilité, en faisant reposer l'indemnisation sur une présomption de responsabilité. Il devenait alors possible d'organiser une procédure amiable d'indemnisation, avec des montants de réparation basés sur la pratique de la Cour d'Appel de Toulouse auxquels s'ajoutaient la prise en compte d'un préjudice exceptionnel, lié au caractère également exceptionnel de l'accident (en particulier, le fait qu'en plus des dommages subis sur ses biens propres, chaque

victime subissait un dommage supplémentaire du fait des dommages subis dans la totalité de son environnement).

En définitive, l'approche stratégique de règlement des conflits, préconise de recourir aux procès séquentiels dès lors qu'il est possible de dissocier indemnisation et responsabilité, les poursuites judiciaires en vue de faire établir les responsabilités favorisant le règlement amiable des indemnisations. L'option choisie dans le cadre de l'explosion de l'usine Grande Paroisse se trouve ainsi économiquement justifiée, les poursuites engagées sous l'hypothèse de présomption de responsabilité du groupe TFE ayant contribué à inciter TFE à indemniser rapidement et à l'amiable les victimes de l'explosion.

Le faible nombre de refus des propositions de TFE et de recours contre TFE de la part des victimes montre que la procédure organisée par la convention nationale d'indemnisation et à laquelle se sont conformés les assureurs a été efficace. D'un point de vue normatif, on peut néanmoins se demander si d'autres procédures ne seraient pas socialement souhaitables, en particulier lorsqu'il est impossible de mettre en place une procédure globale d'indemnisation à l'amiable. En particulier, on peut se demander ce qui se serait passé si le groupe TFE avait refusé d'indemniser les victimes sur la base d'une présomption de responsabilité. Si en matière pénale, les parties peuvent se porter parties civiles, en matière civile, les victimes doivent chacune intenter une action en justice contre l'auteur du dommage. On peut alors se demander si dans le cas des accidents collectifs des procédures du type « class actions » ne seraient pas économiquement souhaitables. Cette question exploratoire fait l'objet d'une réflexion approfondie dans la section suivante.

3. UNE ALTERNATIVE AUX PROCES SEQUENTIELS DANS LE CAS DES ACCIDENTS COLLECTIFS : LES ACTIONS COLLECTIVES

Le recours collectif est un outil qui modifie profondément la dynamique des poursuites judiciaires intentées par plusieurs personnes. Bien que les recours collectifs existent dans de nombreux pays comme les Etats-Unis ou le Canada, leur utilisation demeure sujette à controverse dans le cadre français.

Sans la possibilité d'intenter un recours collectif, nombre de réclamations éventuelles ne sont pas envisageables sur le plan économique. Le temps, les efforts et l'argent qu'il faut consacrer à une poursuite individuelle, sans compter les risques qu'elle comporte, constituent généralement un obstacle. Dans bien des cas, les dommages-intérêts que l'on peut espérer obtenir sont inférieurs aux frais de la poursuite. Même des réclamations potentiellement élevées sont abandonnées lorsque les fonds nécessaires pour intenter l'action dépassent le montant éventuellement recouvrable. Le recours collectif semble donc en mesure d'abolir certains des obstacles au recours individuel en permettant de réunir dans une seule instance les réclamations d'un groupe important de personnes. Les répercussions juridiques et financières d'un recours collectif peuvent être énormes.

Outre Atlantique, le nombre de recours collectifs (*class actions*) s'est fortement accru ces dernières années. Les demandeurs ont commencé à transformer leurs différentes réclamations en actions collectives pour rendre des plaintes apparemment insignifiantes, tellement importantes, qu'elles ne peuvent plus être ignorées. Des recours collectifs à grande visibilité ont été intentés pour des dommages imputables à des produits de consommation ou industriels défectueux, des fausses déclarations sur des produits et services, des infractions en matière de valeurs mobilières, des catastrophes de masse et à évolution lente (comme les dommages à la santé au cours d'une période prolongée ou les dommages à l'environnement), pour n'en nommer que quelques-uns. Aucune cause d'action n'y échappe depuis le sang contaminé jusqu'à des surfacturations de cartes de crédit et de services publics, en passant par des médicaments amaigrissants risqués.

La plupart des dispositifs existants Outre-Atlantique s'inspirent de l'expérience antérieure dans les recours collectifs aux États-Unis où la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* est considérée comme ayant marqué « l'aube de l'âge moderne des recours

collectifs ». Cette règle a été adoptée pour la première fois en 1938, puis largement étendue au début des années 1950 et modifiée de manière approfondie à nouveau en 1966. Nous nous inspirerons de ce dispositif pour aborder les principales questions que nous entendons traiter dans l'étude.

3.1. JUSTIFICATION ECONOMIQUE DU RECOURS AUX ACTIONS COLLECTIVES

Après avoir précisément défini la notion de recours collectifs, nous expliquerons pourquoi ils attirent de plus en plus l'attention et quels sont les avantages généralement mis en avant par l'analyse économique.

3.1.1. Qu'est-ce qu'un « recours collectif » ?

Un recours collectif est une procédure juridique qui autorise un certain nombre de personnes qui ont les mêmes demandes ou des demandes semblables contre un défendeur à les faire valoir par le biais d'une partie agissant à titre de représentant. Une personne, le demandeur agissant à titre de représentant, intente une action en son propre nom et au nom d'autres personnes qui sont dans la même position vis-à-vis du défendeur. Ensemble, le demandeur agissant à titre de représentant et les autres demandeurs constituent « un groupe de demandeurs ». Les parties ont le droit de se joindre au groupe ou de ne pas y participer (selon les exigences de la loi applicable). Le demandeur agissant à titre de représentant défend les intérêts de tous les membres du groupe de demandeurs au procès, et tous les membres du groupe sont liés par le jugement. En bref, au lieu de procédures distinctes multiples, intentées par différents demandeurs qui soulèvent le même problème contre un défendeur à plusieurs reprises, les recours collectifs permettent qu'un problème qui est commun à de nombreux demandeurs soit tranché devant une seule salle d'audience, en une seule fois. Il en résulte que l'action entreprise par le demandeur agissant à titre de représentant a une incidence directe sur les personnes qui se trouvent dans le groupe de demandeurs mais sans être activement devant le tribunal.

3.1.2. Pourquoi les recours collectifs attirent-ils l'attention ?

L'essor des activités et le progrès technique font qu'il existe un potentiel accru de dommages dévastateurs, par exemple, ceux qui découlent des fuites radioactives des centrales nucléaires ou de wagons-citernes déversant des produits chimiques dangereux. Qui plus est, vu la croissance rapide de la population mondiale, il est plus probable que certaines fautes aient une incidence sur un très grand nombre de personnes. Le phénomène qui veut que bon nombre de personnes puissent avoir les mêmes revendications ou des revendications semblables contre un défendeur constitue en fait une réalité moderne. Les problèmes à régler peuvent être techniquement complexes, lourds sur le plan procédural et donc coûteux à régler. Non seulement les tribunaux ont du mal à régler le volume grandissant de litiges mais encore le citoyen ordinaire n'a bien souvent pas les moyens, financiers ou autres, de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation. Le problème est ici de savoir comment s'organise le recours collectif. D'un point de vue micro-économique, cela conduit à s'interroger sur la nature de l'action judiciaire : présente-t-elle ou non les caractéristiques d'un bien collectif ? Dans l'affirmative, comment gérer le problème du passager clandestin ?

3.1.3. Quels sont les objectifs possibles du recours collectif ?

Le recours collectif peut apparaître comme un instrument de régulation de ces « risques collectifs ». Les objectifs sont en conformité avec les motifs de l'intérêt croissant pour ce mécanisme procédural. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, le recours collectif permettrait de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe, le recours collectif assurerait un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement. Troisièmement, le recours collectif servirait l'efficacité et la justice en faisant en sorte que les auteurs de dommages actuels ou éventuels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence.

3.1.3.1. Accès à la justice

Parmi les objectifs, l'argument selon lequel le recours collectif améliorera l'accès à la justice semble important. Les conditions d'accès à la justice pour réparer les dommages civils

dépassent souvent les possibilités financières des citoyens. Le fait de permettre à bon nombre de personnes qui sont pratiquement dans la même situation de demander réparation en une seule action facilite l'accès à la justice en éliminant le besoin pour chaque membre du groupe d'assumer individuellement les frais afférents à la preuve des faits et aux plaidoyers nécessaires pour faire aboutir la cause. Les tribunaux d'outre-Atlantique envisagent ainsi généralement la possibilité qu'un recours collectif puisse ménager une plus grande équité économique entre les parties quand ils décident de certifier une action ou non.

Lorsqu'ils cherchent à savoir si la portée de l'action satisfait les objectifs d'accès à la justice, les tribunaux américains ou canadiens comparent également l'importance des revendications individuelles et la probabilité d'indemnisation en cas de triomphe dans l'action, avec les frais engagés pour le procès. Les recours collectifs semblent particulièrement appropriés si les montants des demandes individuelles sont faibles et si l'affaire soulève des points techniques difficiles qui exigeront d'avoir des enquêteurs et des témoins experts très qualifiés pour prouver la responsabilité. Si chaque demande individuelle de membre du groupe est assez importante pour être intentée de manière rentable individuellement, l'accès à la justice pose moins de problèmes, et le tribunal peut être moins enclin à certifier un recours collectif.

Reste la question du financement des recours collectifs. Dans les systèmes nord-américains, il n'est pas rare que le cabinet juridique engagé par le demandeur agissant à titre de représentant attache ses honoraires au succès éventuel de l'action et paye les frais remboursables nécessaires pour procéder à l'action dans le cadre de l'entente. Cette évolution lie l'accès aux tribunaux à l'estimation que fait l'avocat de la probabilité de succès de l'action.

Nos recherches sur ce point utilisent la théorie des clubs et insistent sur les effets de congestion. L'approche méthodologique est novatrice dans la mesure où ce cadre d'analyse n'a pas encore été appliqué aux actions collectives. Plus précisément, il s'agit de déterminer la stratégie adoptée par les victimes lorsqu'elles ont le choix entre une action individuelle et une action collective. En particulier, il s'agit de voir si l'autorisation des procédures collectives permet à des victimes ne souhaitant pas intenter seules une action en justice (notamment parce que les gains attendus au procès sont inférieurs aux coûts de la procédure) d'aller devant les tribunaux grâce à l'action collective. L'analyse est ensuite prolongée en intégrant notamment les règles de rémunération des avocats (au temps passé, forfaitaire, au résultat) ainsi que les règles de répartition des coûts de procès (américaine, anglaise, française).

3.1.3.2. Economie au plan judiciaire

Le deuxième objectif est l'économie au plan judiciaire. La question cruciale ici est d'ordre pratique, à savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. L'économie au plan judiciaire peut en fait être vue selon trois perspectives: a) le coût pour les plaideurs, b) le coût pour le système de justice civile, et c) le coût pour la société. Les données sur les économies réelles qui sont réalisées par les recours collectifs sont pratiquement inexistantes.

a) Coût pour les plaideurs

Pour les demandeurs, le coût du recours à la justice pour obtenir réparation est directement lié à l'accès à la justice et doit être discutée en rapport avec cet objectif. Pour certains défendeurs, du moins lorsque le procès est inévitable, il semblerait souhaitable de traiter des allégations qui sont communes à un certain nombre de demandeurs en une seule instance au lieu de devoir répéter les mêmes choses plusieurs fois. En fait, les défendeurs peuvent consentir à la certification pour cette raison, ou demander que les recours collectifs intentés par des personnes différentes soient certifiés et gérés en une seule instance. Toutefois, aux Etats-Unis, le coût élevé des procès complexes a milité en faveur des défendeurs : autrement dit, les demandeurs ne peuvent pas en général se le permettre et les défendeurs le savent.

b) Coût pour le système de justice civile

Si l'on admet que le droit a pour principe sous-jacent de régler les litiges de la manière la plus juste et la moins coûteuse, il semble peu rentable et inefficace, non seulement pour les personnes en cause mais aussi pour le système de la justice civile, d'exiger que les personnes intentent des actions individuelles pour obtenir réparation de comportement ou de faits qui ont eu une incidence sur bon nombre de victimes de la même manière ou de manière semblable.

Les recours collectifs augmentent-ils ou diminuent-ils la charge de travail des tribunaux ? D'une part, si le dédommagement potentiel est assez élevé pour qu'il soit financièrement possible d'intenter des actions individuelles, le fait de combiner ces actions dans un recours collectif réduirait le nombre total d'actions. Il est raisonnable de s'attendre à ce que les coûts administratifs attribuables à de multiples demandes séparées seraient plus élevés que ceux qui

sont imputables à un recours collectif mené par un demandeur agissant à titre de représentant. D'autre part, le recours collectif permet de faire des demandes alors qu'autrement, elles ne seraient pas intentées par des personnes individuellement parce que le coût du procès serait exorbitant. En ce sens, le recours collectif semble être une cause de prolifération des litiges.

Il existe des données américaines sur le nombre de recours collectifs qui sont intentés. Malgré des préoccupations exprimées par les adversaires des recours collectifs qui considèrent que l'application des lois sur les recours collectifs sert à encourager les litiges, les chiffres jusqu'à présent ne semblent pas indiquer de grandes augmentations du nombre de litiges lorsque des lois sur les recours collectifs ont été mises en oeuvre. Comme cela est vrai des litiges en général, il n'y a que très peu de recours collectifs qui vont jusqu'au procès, et ce ne sont pas tous les demandeurs qui triomphent. Certaines actions sont réglées avant le processus de certification ou pendant celui-ci et ce ne sont pas toutes les demandes de certification qui aboutissent, et il est fréquent qu'un règlement intervienne après la certification. La plupart des conflits se passent au moment de la certification. Si la certification aboutit, les négociations sur le règlement commencent alors habituellement. Il arrive que les parties aient déjà conclu un accord et que le défendeur veuille une certification afin de lier tous les membres du groupe aux conditions du règlement du litige.

Une autre considération qui a une incidence sur l'économie au plan judiciaire tient au caractère gérable du litige. Pour qu'un recours collectif soit certifié, il doit y avoir des questions communes même s'il y a aussi des problèmes individuels. Si ces derniers sont nombreux, ils peuvent dépasser en importance les avantages qu'il y a à trancher les questions communes en une seule instance. Toutefois, quand il faut décider si une action doit être menée comme un recours collectif ou comme une action individuelle, les tribunaux soupèsent l'incidence de ces nombreux problèmes individuels par rapport à d'autres facteurs comme : la mesure dans laquelle les questions communes feront progresser le litige, la complexité du dossier ou encore la longueur des procédures requises.

L'économie au plan judiciaire peut être favorisée par d'autres gains d'efficacité procédurale qui sont rendus possibles dans le régime du recours collectif. Par exemple, quand il décide si un recours collectif devrait être certifié, le tribunal peut tenir compte de la disponibilité de moyens différents pour régler le litige. Outre-Atlantique, le tribunal jouit en général d'une grande latitude quand il s'agit de prescrire la manière dont les dommages-intérêts seront déterminés et distribués.

De la même manière, lorsque l'on considère le coût pour le système de la justice civile. Parmi les facteurs pris en considération par les tribunaux se trouve le risque de conclusions incohérentes dans des procès différents si les actions multiples ne sont pas certifiées, surtout lorsque la question de responsabilité sera « une bataille d'experts ».

c) Coût pour la société

Peu de recherches ont été faites sur l'analyse économique nécessaire pour évaluer le coût social des recours collectifs. Comme évoqué plus haut, la disponibilité des recours collectifs peut contribuer à une amélioration de la perception que se fait le public de l'équité dans l'administration de la justice. Par ailleurs, le coût pour les défendeurs qu'il y a à payer de lourds dommages-intérêts aux personnes lésées peut devenir en fin de compte un coût pour la société. Par exemple, si le gouvernement est l'auteur d'un préjudice, l'indemnité sera probablement payée avec des deniers publics ; si une société est l'auteur d'un préjudice, le public peut avoir à payer un prix plus élevé pour les produits ou les services à l'avenir ; si la société tombe en faillite, une vaste gamme de créanciers peut subir des pertes du fait de l'incapacité de payer les demandes de dommages-intérêts et les autres dettes. L'assurance contre les recours collectifs devient un problème dans le monde des affaires, et cela a des répercussions sur les coûts pour le public.

3.1.3.3. Dissuasion du comportement générateur de risque

Le troisième objectif d'un recours collectif est de dissuader le comportement risqué en imposant des sanctions. Le fait de rendre la réparation accessible aux personnes qui ne seraient pas autrement capables d'intenter des poursuites peut sanctionner une conduite qui autrement resterait peut-être impunie. Par exemple, si une compagnie pharmaceutique est tenue de payer des personnes qui souffrent (par ex., parce qu'elle n'a pas pris les précautions suffisantes pour tester le médicament avant de le mettre sur le marché ou a omis d'avertir les consommateurs des différents risques), cette entreprise (et d'autres) fera plus attention à l'avenir.

Le soutien à l'adoption de lois modernes sur les recours collectifs n'est cependant pas universel. En fait, les recours collectifs constituent un point crucial où s'affrontent deux perspectives idéologiques opposées. Les critiques estiment que les coûts sociaux des recours collectifs excèdent leurs avantages pour la société. Ils soutiennent que l'on devrait se fier aux litiges individuels pour garantir une compensation monétaire des pertes individuelles et aux règlements publics pour empêcher les préjudices. Les personnes qui sont d'avis contraire

estiment que les avantages sociaux des recours collectifs en dommages-intérêts en dépassent le coût. Elles soutiennent que le coût des procès individuels prive bon nombre de personnes d'un recours parce qu'elles ne peuvent pas aller devant la justice. Elles ne sont pas prêtes à laisser au gouvernement le soin de faire exécuter les normes. L'action collective semble alors être la seule manière pratique pour elles d'affirmer leurs droits.

Les partisans des recours collectifs ont répondu à ces critiques en concentrant leur attention sur l'amélioration des garanties procédurales et sur une meilleure réglementation des procédures pouvant faire l'objet d'actions en justice afin de réduire au minimum les motifs de préoccupation. Le tableau suivant essaie de résumer les principaux points de discussion.

<i>Objection</i>	<i>Réponse</i>
Les lois sur le recours collectif favorisent les litiges en autorisant des actions qui ne seraient pas intentées en vertu de la loi actuelle parce que le coût serait exorbitant.	L'accès aux recours civils ne doit pas être limité aux demandeurs bien nantis. Aucune cause d'action nouvelle n'est créée, seul l'accès aux recours actuels est étendu.
Bon nombre de recours collectifs ne sont pas fondés.	Il n'existe pas de données empiriques pour appuyer cette affirmation. De plus, la présente critique n'a pas plus de pertinence pour les recours collectifs que pour le processus civil en général.
Les avocats de recours collectifs sont les principaux bénéficiaires parce qu'ils agissent en vertu des déterminations des honoraires en fonction des résultats	En général, les déterminations des honoraires en fonction des résultats ne sont pas limitées aux recours collectifs. De plus, et quoi qu'il en soit, les avocats de recours collectifs supportent aussi le risque de voir les procès en justice échouer en vertu de tels arrangements; qui plus est, les tribunaux doivent approuver des ententes sur les honoraires en vertu des lois canadiennes sur les recours collectifs.
Les indemnités accordées sont anormalement élevées.	Cette objection semble fondée sur l'expérience américaine où la loi autorise l'octroi de dommages-intérêts punitifs dans un grand nombre de cas.
Les intérêts des membres du groupe sont mal défendus.	Cette objection est aussi fondée sur des expériences américaines.
Le coût des litiges dépasse de loin les avantages pour le groupe.	C'est là une décision que chaque demandeur doit envisager, le recours collectif permettant aux personnes de répartir le coût entre plusieurs et, si le coût est malgré tout supérieur aux avantages, il est peu probable qu'elles intentent l'action.

En définitive, les complexités croissantes des litiges à notre époque moderne posent des défis au système de la justice civile – défis touchant à des questions d'accès à la justice, d'économie judiciaire et de respect pour l'administration de la justice. Les recours collectifs tels qu'ils sont envisagés dans certains pays offrent une expérience intéressante pour relever ces défis. Toutefois, la législation sur les recours collectifs est relativement nouvelle. Afin d'évaluer l'efficacité du dispositif, et compte tenu de l'absence de données empiriques permettant de tester les principales propositions avancées plus haut, il semble nécessaire de recourir à l'analyse microéconomique, en particulier à la théorie des jeux (coopératifs ou non coopératifs), à la théorie des incitations (contrats et coûts de transaction), à la théorie des biens publics (approches en termes de clubs et d'externalités) ainsi qu'à la théorie des risques (traitement de l'information et partage des risques), afin de comprendre comment se forment les recours collectifs et comment sous quelles conditions ils peuvent permettre une prise en charge efficace des victimes d'accidents collectifs.

Notre analyse s'intéresse en particulier aux poursuites économiquement indésirables c'est-à-dire dont les coûts individuels excèdent les gains attendus par l'individu. Le problème des risques collectifs est qu'ils affectent de nombreux individus et qu'il est fort probable que pour un nombre important de victimes, les poursuites individuelles soient économiquement indésirables. Dans ce cas, les victimes peuvent choisir de ne pas tenter d'action en justice individuelle. La conséquence est que l'auteur de dommage ne sera pas incité à prendre suffisamment de précautions pour éviter d'occasionner des dommages. L'introduction des actions collectives peut alors être socialement souhaitable. En effet, elle peut permettre aux petites victimes d'intenter une action collective qui ne présente pas les caractéristiques des poursuites individuelles économiquement indésirables, notamment en raison de l'économie des coûts de procès mais aussi de l'effet bénéfique que ce type de procédure peut avoir sur l'établissement des preuves en agrégeant l'ensemble des informations détenues par les différents individus. L'action collective peut alors également permettre aux individus de corriger leurs estimations par rapport aux paiements attendus au procès parce qu'elles profitent des informations détenues par les autres agents. L'analyse peut également mettre en évidence le risque de développer des actions collectives en nombre excessif, déplaçant au niveau collectif le problème des poursuites économiquement indésirables et incitant les auteurs de dommage à prendre trop de précautions par rapport au niveau optimal. La question à laquelle nous avons déjà commencé à répondre est donc celle du caractère socialement souhaitable des procédures collectives.

3.2. DEBAT SUR L'INTRODUCTION DES ACTIONS COLLECTIVES EN DROIT FRANÇAIS DANS LE CAS DES ACCIDENTS COLLECTIFS

Après avoir présenté très brièvement le contexte dans lequel le débat sur l'introduction des actions collectives en droit français est né, nous proposons de présenter les arguments qui leur sont favorables puis d'avoir une vision plus critique en évoquant les craintes qui peuvent être associées à l'instauration de *class actions* à la française.

3.2.1 Présentation générale du débat

Lors de ses vœux de fin d'année 2004, le président de la république Jacques Chirac a relancé le débat sur l'introduction des *class actions* en France en évoquant la possibilité de mettre en place ce genre de procédure en matière de consommation. L'objectif principal serait de permettre aux consommateurs de se réunir, pour faire valoir leurs droits, et de se défendre contre les pratiques abusives de certaines entreprises. Il s'agit en effet de suivre l'exemple de plusieurs pays (États-Unis, Canada, Brésil, Portugal, Royaume Uni, Suède) et d'autoriser les victimes, ayant subi des dommages de même nature, à ester collectivement en justice.

Le débat sur l'introduction des actions collectives en France existe en réalité depuis le milieu des années quatre-vingts. Dans ses rapports de 1985 et 1990, la Commission de refonte du droit de la consommation a proposé de mettre en place deux types de procédures, exercées dans l'intérêt d'un groupe déterminé ou indéterminé de consommateurs. Le législateur a autorisé uniquement les actions en représentation conjointe (Calais-Auloy, 2004). La loi du 18 janvier 1992³ permet en effet aux associations agréées d'agir au nom de plusieurs personnes afin de demander réparation d'un préjudice individuel. L'association est obligée d'avoir un mandat par au moins deux demandeurs. Les victimes d'un accident collectif doivent, selon cette loi, être identifiées *ex-ante*. Elle s'applique à plusieurs domaines. Il peut s'agir du droit de la consommation (cf. article L.422-1 et suivants du Code de la consommation), du droit de l'environnement (cf. article L.142-3 du Code de l'environnement) ou du droit financier (cf. article L. 452-2 du Code monétaire et financier). Les différences majeures entre l'action en représentation conjointe et la *class action* sont les suivantes. Dans le premier cas, les victimes

³ Cette loi est précédée par la loi Royer du 27 décembre 1973 autorisant les associations agréées de consommateurs à se constituer partie civile. Les indemnités éventuelles reviennent à l'association.

doivent être identifiées *ex-ante* et donner un mandat aux associations concernées. En conséquence, les actions en représentation conjointe sont plus adaptées aux petits groupes de demandeurs. Elles sont rarement utilisées à cause de la lourdeur de la procédure. En revanche, les victimes sont définies *ex-post* en cas d'action collective. De ce fait, elles ne doivent pas donner un mandat aux personnes physiques ou morales qui les représentent. Il s'agit donc d'une procédure assez rapide permettant à un nombre important de demandeurs d'ester collectivement en justice. Le débat sur l'introduction des *class actions* en droit français est alors toujours d'actualité. Serait-il alors pertinent d'autoriser les recours collectifs dans le cas des accidents collectifs ?

Quel serait le champ d'application de cette procédure ? Certains juristes évoquent la possibilité d'une *class action* générale en France (Calais-Auloy, 2004). Cependant, il est plus probable que ce type de recours soit introduit surtout en droit de la consommation, du travail, et en particulier dans le domaine des rapports sociaux, en droit financier et de responsabilité civile, et en droit de l'environnement. Quoi qu'il en soit, il s'agirait de permettre aux victimes d'un accident collectif de se réunir pour faire valoir leurs droits. Elles ne seraient pas obligées de donner un mandat aux associations ou à d'autres personnes physiques ou morales. Cela faciliterait l'utilisation de ce type de procédure, par rapport à l'action en représentation conjointe, tout en favorisant l'accès à la justice. Notons toutefois que les *class actions* se caractérisent par certains inconvénients. Quels seraient alors les atouts et les désavantages des éventuelles actions collectives en France ?

3.2.2. Atouts et inconvénients du système français

Parmi l'ensemble des avantages des procédures collectives, ceux qui attirent l'attention sont les suivants. Elles contribueraient à augmenter l'accès à la justice puisque les affaires similaires seraient traitées ensemble. Ces actions généreraient des économies d'échelle quant aux coûts de procès car l'affaire serait étudiée une seule fois. De plus, le niveau de prévention des entreprises est susceptible d'être plus élevé grâce à la possibilité pour toutes les victimes de faire valoir leurs droits de manière collective. Il est à noter que ces avantages sont surtout évoqués par les associations, les demandeurs potentiels et les avocats.

D'autre part, selon certains juristes, les *class actions* sont incompatibles avec le droit français, ce dernier étant de tradition civiliste. Est-il alors possible de transposer une telle règle

de droit dans le système français ? Les actions collectives ne seraient-elles pas étroitement liées au droit anglo-saxon ? Nous allons répondre à ces interrogations ultérieurement en exposant les différents points de vue des juristes. Un autre inconvénient des recours collectifs réside dans le fait que ces derniers constitueraient un danger pour les entreprises. Les agents économiques, dont la richesse est importante, peuvent se voir obligés de payer des indemnités très élevées, ce qui conduirait à l'insolvabilité des défendeurs, à l'impossibilité des assureurs de faire face aux dommages et intérêts et à la hausse des primes. Cela étant, le Medef estime que les *class actions* à la française vont plutôt nuire aux entreprises. Selon l'ancien président Ernest-Antoine Seillière, le Medef a « le sentiment que les conséquences de cette initiative pourraient être négatives »⁴. Laurence Parisot, présidente du mouvement, souligne également l'opposition du Medef aux actions collectives qui faciliteraient les poursuites judiciaires contre les entreprises en cas de faute. Ce dispositif serait susceptible d'entraver le bon fonctionnement de l'économie. De plus, pour le Medef, une telle règle existe déjà en droit français : il s'agit de l'action en représentation conjointe en matière de consommation, d'environnement et dans la sphère financière. Il serait donc préférable d'utiliser ce dispositif de manière efficace plutôt que de recourir aux *class actions* (Simon, 2005).

Nous avons évoqué les grandes idées du débat sur l'introduction des actions collectives en droit français en mettant en évidence les principaux avantages et inconvénients de ce genre de procédure. Nous allons à présent étudier des questions plus précises portant sur les différentes étapes de la résolution d'un conflit collectif.

3.2.3. Discussion sur la formation des *class actions* en France

Pourquoi introduire les actions collectives en France et ne pas utiliser la procédure standard ? Cette question est d'autant plus pertinente que le principe de responsabilité individuelle prévaut en droit français. Pour répondre à cette interrogation, il convient de rappeler les avantages majeurs des recours de grande ampleur qui résident dans l'accès plus facile à la justice, dans les économies d'échelle concernant les coûts de procès et dans le niveau plus élevé de précaution des éventuels auteurs de dommages. Étant donné l'encombrement des tribunaux, le grand nombre de victimes qui n'engagent pas de poursuites en raison de leurs dommages faibles et le fait que certains auteurs de préjudices ne soient pas obligés

⁴ Source : colloque sur les actions collectives, organisé par le Medef, 13.04. 2005.

d'indemniser les victimes, il serait bénéfique d'introduire des *class actions* en droit français. Ces arguments ont conduit plusieurs États à recourir à la procédure collective (Canada, Brésil, Royaume Uni, Portugal, Suède). Notons également que le bilan de l'introduction des *class actions* dans ces pays est plutôt positif.

En supposant que cette procédure soit autorisée en France, il convient de s'interroger sur les individus qui auraient le droit de l'engager. Quelles seraient les différentes possibilités dans le cas français ? Qu'en est-il dans les autres pays ayant introduit le recours collectif ?

L'idée la plus souvent évoquée, dans le débat sur la mise en place des *class actions* en France, consiste à permettre aux associations agréées d'agir au nom des victimes ayant subi des dommages de même nature. Cela correspond à la situation actuelle concernant les actions en représentation conjointe. Par ailleurs, le recours collectif brésilien peut être initié par des associations ou par le Ministère Public. L'action populaire portugaise est également susceptible d'être engagée par des associations. Tel est aussi le cas en Suède où l'introduction de ce type de procédure est récente (01.01.2003)⁵.

La possibilité pour les victimes d'intenter une action collective est aussi envisageable. Tel peut être le cas aux États-Unis, Canada, Portugal et en Suède⁶. Cette solution serait problématique lorsque le résultat des négociations ou le jugement s'applique à toutes les victimes ayant subi des préjudices de même nature. En effet, quand ces dernières sont automatiquement considérées comme membres de la collectivité, le problème du passager clandestin est susceptible de se poser. Aucune victime n'aurait individuellement intérêt à entamer la procédure en subissant le coût qui en découle.

Enfin, la dernière possibilité consisterait à autoriser les défenseurs à intenter une action collective. Certains avocats français deviennent de moins en moins réticents concernant le fait de solliciter et démarcher les clients (Bonifassi, 2004). Il estime que le monopole accordé aux associations est contestable. Notons également que le site français classaction.fr présente les différentes possibilités offertes aux internautes de participer à des actions collectives. En effet, une fois les clients inscrits, ce sont les avocats qui intentent l'action conjointe. Cette pratique subsisterait-elle après l'adoption éventuelle de la loi sur le recours collectif en France ? Une réponse positive à cette interrogation signifie que la *class action* française se rapprocherait de

⁵ Cependant, il est possible que les actions portugaise et suédoise soient respectivement engagées par un seul individu et par des personnes physiques ou de droit public.

⁶ Source : colloque sur les actions collectives, organisé par la Cour de cassation, 02.06.2005.

celle pratiquée aux États-Unis où les avocats peuvent, de manière indirecte, entamer des procédures collectives.

En résumé, l'idée la plus souvent avancée, concernant l'identité de celui qui pourra engager la *class action* française, consiste à donner cette possibilité aux associations. Cependant, il est aussi envisageable d'autoriser les personnes physiques ou les avocats à intenter de telles actions. Qu'en est-il de la phase du traitement de l'affaire collective éventuelle ? Quelles seraient les difficultés à ce stade de résolution des conflits *via* la *class action* à la française ?

3.2.4. Problèmes éventuels liés au traitement des recours collectifs en France

Plusieurs problèmes sont susceptibles de se poser en France lorsqu'une action en droit collectif est engagée. Ces difficultés sont dues aux caractéristiques du système français. Il s'agit plus précisément de la prohibition des arrêts de règlement, de la théorie du droit d'action et des droits de la défense et du principe du contradictoire. Pour certains juristes, les recours collectifs sont en contradiction avec le droit français. Les représentants des trois principales organisations d'avocats ne sont pas convaincus que les *class actions* soient compatibles avec le système juridique en France. Notons cependant que ces difficultés seraient surmontables sous certaines conditions (Frison-Roche, 2004).

Tout d'abord, l'article 5 du Code civil interdit les arrêts de règlement. Le deuxième problème réside dans la théorie du droit d'action puisqu'en droit français « nul ne plaide par procureur ». Il est alors interdit d'agir sans mandat pour présenter la défense de l'intérêt d'autrui. Enfin, les droits de la défense et le principe du contradictoire impliquent qu'il doit y avoir une égalité entre les parties adverses. Cela veut dire que le défendeur et le demandeur doivent pouvoir développer leurs arguments auprès du juge.

Cependant, lors d'une action collective, le jugement s'applique à tous ceux dont les dommages sont similaires ou identiques. Il est aussi impossible que tous les individus assistent au procès. Ils peuvent être représentés par un seul individu et/ou par leur avocat et ceci, sans mandat préalable. De plus, uniquement les demandeurs sont en mesure de connaître le défendeur. Les actions collectives seraient donc incompatibles avec le système juridique français.

Cependant, il convient de relativiser cette affirmation. Frison-Roche (2004) soulève ces problèmes, tout en expliquant dans quelle mesure ils peuvent être résolus. Elle estime que la solution serait d'introduire les actions collectives sans mandat, même implicite. Les avantages principaux des *class actions* seraient ainsi conservés. Il conviendrait toutefois de prévoir un droit légal de sortie (*opt out class actions*). De cette manière, le jugement va s'appliquer uniquement à ceux qui sont d'accord pour rester dans la collectivité. Ce sont également les intérêts de ces individus qui vont être défendus par le représentant et/ou l'avocat. En outre, il serait préférable de limiter les recours collectifs aux contentieux objectifs, c'est-à-dire aux procès faits aux actes. Le défendeur pourra ainsi exposer ses arguments afin de convaincre le juge de la validité de l'acte en cause et « que les arguments relatifs à la personnalité du demandeur, inaccessible dans une *class action*, n'ont pas la même pertinence⁷ ».

Deux idées principales animent donc le débat sur les contradictions éventuelles entre le droit civil français et les actions collectives. En premier lieu, l'interprétation des trois principes mentionnés précédemment (la prohibition des arrêts de règlement, la théorie du droit d'action et les droits de la défense et le principe du contradictoire) conduit à des conclusions différentes quant à la compatibilité entre le système juridique français et le recours collectif. En second lieu, cette dernière dépend du type de procédure envisagé. Une action collective sans droit de sortie (*mandatory class action*) n'implique pas le même résultat qu'un recours collectif autorisant les victimes à quitter la collectivité (*opt out class action*).

A ce stade de résolution des conflits, existe-t-il d'autres différences entre la *class action* américaine et le système français ? En effet, aux États-Unis, les jurys en matière civile sont autorisés, ce qui ne correspond pas à la situation en France. Tel est aussi le cas au Québec où le recours collectif a été mis en place en 1978. Est-il alors préférable de mettre en place des jurys en matière civile en France ? Notons enfin que les dommages punitifs sont souvent utilisés Outre-atlantique alors qu'ils sont interdits dans le cas français où la règle principale est celle des dommages compensatoires. Il est impossible en France que les victimes obtiennent des sommes supérieures aux préjudices réellement subis. Au Québec, la situation est différente puisque les dommages et intérêts punitifs sont rares et limités en montant. Quelle serait alors la meilleure solution dans le cas français : introduire des dommages punitifs modérés ou maintenir les dommages compensatoires ?

⁷ Source : colloque sur les actions collectives, discours de Frison-Roche, novembre 2004.

Une fois les négociations terminées et le jugement rendu, l'avocat est rémunéré en fonction du travail effectué. Nous nous proposons alors d'étudier la rémunération et le rôle du défenseur en droit français.

3.2.5. Interrogations quant au régime de rémunération et le rôle des avocats français dans les actions collectives

La question posée est celle de savoir quel devrait être le mode de rémunération des défenseurs si les actions collectives sont introduites en France : au temps passé, en fonction du résultat ou uniquement sur la base du résultat de l'affaire ?

En droit français, le pacte de *quota litis* est officiellement interdit. En revanche, il est couramment utilisé Outre-atlantique. Selon certains avocats français, il est nécessaire que ces derniers évoluent sur le pacte de *quota litis* et sur le démarchage des clients (Bonifassi, 2004). Les règles actuelles concernant la rémunération et le champ d'action des avocats français ne leur permettent pas de jouer un rôle efficace en cas d'accident collectif. En conséquence, compte tenu des moyens limités des défenseurs face aux entreprises, ces dernières peuvent poursuivre leurs pratiques abusives éventuelles.

Cependant, l'opinion dominante concernant la rémunération et le rôle des défenseurs en France est la suivante. Le pacte de *quota litis* est en contradiction avec le droit français. De plus, la publicité de la part des avocats et le démarchage des clients ne correspondent pas aux principes déontologiques de la profession.

Après avoir discuté des avantages et inconvénients pratiques de la mise en place d'actions collectives à la française, nous proposons d'évoquer l'analyse théorique des class actions proposée par les économistes. Après une synthèse de la littérature, nous proposerons un modèle original dont l'objectif est définir les conditions du choix entre procédure individuelle et procédure collective.

3.3. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES ACTIONS COLLECTIVES : SYNTHESE DE LA LITTERATURE

De manière générale, la littérature économique sur les actions collectives porte sur les pays de *commun law*, à savoir les États-Unis, le Royaume Uni, le Canada, etc. Quasiment tous les travaux se concentrent sur la formation et le déroulement des recours collectifs américains car il s'agit d'une procédure pratiquée exclusivement aux États-Unis. Nous nous proposons d'étudier, dans ce qui suit, les questions abordées dans la littérature. Nos objectifs sont en effet les suivants. Il s'agit tout d'abord de décrire les caractéristiques principales des actions collectives Outre-atlantique en soulevant les problèmes existants. Par la suite, nous répondrons à la question de savoir si les mêmes difficultés sont susceptibles d'exister en droit français.

3.3.1. La formation des *class actions*

L'existence d'un dispositif permettant aux victimes d'ester ensemble en justice ne signifie pas nécessairement qu'une procédure collective sera entamée. Plusieurs problèmes peuvent en effet se poser. En premier lieu, toute affaire est susceptible d'influencer les procès futurs similaires, ce qui constitue l'une des particularités du droit anglo-saxon. Il est ainsi possible que les individus adoptent des comportements passifs afin de connaître le résultat d'une action standard semblable ou identique. Les agents peuvent alors préférer les recours individuels consécutifs à la procédure collective. En deuxième lieu, la formation d'une *class action* dépend également des asymétries d'information et de la méthode d'indemnisation des victimes. Il est alors possible que le recours collectif n'ait pas lieu si certains individus estiment qu'il n'existe pas assez d'agents à dommages élevés dans la collectivité ou si leur nombre est vraiment insuffisant pour compenser l'impact négatif de la méthode *damage averaging*⁸. En troisième lieu, s'il existe plusieurs individus dont les types sont différents, l'information du défendeur étant incomplète, une sélection adverse entre les victimes est susceptible d'apparaître. Les agents dont les dommages sont faibles peuvent préférer le recours collectif contrairement aux individus à préjudices élevés. Enfin, pour qu'une *class action* ait lieu, quelqu'un doit engager la procédure. L'individu qui prend l'initiative subit les coûts qui en découlent sachant que toutes les victimes profitent du recours collectif.

⁸ Selon cette méthode, les indemnités des individus sont calculées en fonction du dommage moyen de la collectivité.

Les questions auxquelles nous nous proposons de répondre sont alors les suivantes. Sous quelles conditions les agents vont-ils préférer les procès individuels successifs à la *class action* ? Est-il possible qu'en information incomplète et avec la méthode *damage averaging* le recours collectif n'ait pas lieu ? En admettant que le défendeur connaisse les types des victimes, la question se pose de savoir si une sélection adverse entre les individus est susceptible d'apparaître. Enfin, si un recours collectif a lieu, quel serait le demandeur qui va l'initier ?

Nous allons répondre à ces interrogations en décrivant d'abord le choix des victimes entre les actions successives standard et la *class action*. Dans un deuxième temps, les problèmes susceptibles de survenir lors de la formation d'un recours collectif seront abordés. Nous allons également étudier la sélection adverse entre les victimes. Par la suite, nous essayerons de déterminer l'identité de l'agent qui engage la procédure collective.

3.3.1.1. *L'alternative procès individuels consécutifs versus procès collectif*

La formation d'une *class action* dépend du choix des victimes entre la procédure individuelle et la procédure collective. Cette dernière peut être privilégiée par les demandeurs potentiels compte tenu des économies d'échelle concernant les coûts de procès. En choisissant de se réunir pour faire valoir leurs droits, les coûts unitaires de chaque victime sont moins élevés que lors d'une action traditionnelle. Cependant, nous pouvons envisager l'éventualité où les individus préfèrent adopter des comportements passifs. Leurs dommages étant similaires et/ou causés par le même auteur de préjudices, il est possible que toute victime *i* attende que quelqu'un d'autre intente un procès. En cas de jugement favorable, l'individu *i* va également engager une procédure mais son affaire sera traitée beaucoup plus vite par le tribunal. Ce dernier rendra en effet le même jugement dans le second cas.

Quelle est la raison à l'origine de cette affirmation ? Contrairement aux États de tradition civiliste, dans les pays anglo-saxons, la première source du droit est la jurisprudence. Cela signifie que les concepts et les pratiques juridiques évoluent au fil du temps. L'une des particularités de la *common law* réside dans le fait que les décisions des tribunaux soient influencées par les affaires antérieures. Ces dernières constituent alors des précédents.

L'effet des précédents sur les jugements ultérieurs peut être très important surtout dans le cas des accidents de grande ampleur conduisant à des dommages similaires ou identiques. Se

pose la question de savoir si cet impact est susceptible d'être supérieur à celui des économies d'échelle ? Pouvons-nous imaginer que chaque victime préfère qu'une affaire similaire soit d'abord traitée, afin d'intenter un procès individuel ? Sous quelles conditions une telle situation est-elle probable ?

Nous étudierons les résultats du modèle de Lee (2002) pour essayer de répondre à ces questions. L'auteur s'interroge sur la possibilité que l'effet des précédents soit positif, du point de vue des victimes, et plus important que l'impact des économies d'échelle. Deux éventualités sont étudiées : dans le premier cas, les joueurs adoptent des stratégies pures, dans le second, des stratégies de comportement (*behavioral strategies*)⁹.

Deux victimes identiques sont considérées et leurs dommages sont causés par le même défendeur. L'information est complète ; l'individu i connaît les préjudices de l'individu j et vice-versa. Ils peuvent choisir d'intenter des procès individuels, et obtenir chacun une somme I , ou un seul procès collectif conduisant à une indemnité C ($C > I$ compte tenu des économies d'échelle) pour chaque joueur. Mais il est également possible que des procès successifs aient lieu si l'individu i (j) attend que l'affaire de j (i) soit traitée pour intenter un procès individuel au cours de la période suivante. Si tel est le cas, l'indemnité potentielle de i s'élève à P et $P > C$ puisqu'il ne subit pas de coûts de procès et profite du précédent créé par le traitement de l'affaire de j .

Est-ce que les individus vont préférer la *class action* aux recours individuels et successifs ? Dans quelles circonstances est-il possible d'observer ces différentes éventualités ?

En stratégie pure, les individus choisissent d'abord d'intenter ou non un procès et leur dépense éventuelle x s'ils ont opté pour la solution judiciaire. Quels sont alors les équilibres qui vont émerger, dans ce cas, et pour quelles raisons¹⁰ ? Y aura-t-il des procès individuels, successifs ou un seul procès collectif ?

Chaque joueur va prendre la meilleure décision compte tenu de l'«histoire» du jeu et de ses anticipations concernant les actions futures de l'autre joueur qui est supposé prendre les décisions optimales. Par conséquent, la menace d'une victime, de ne pas effectuer la dépense optimale x^* si elle est la seule à participer au premier procès, n'est pas crédible. L'individu i anticipe que j jouera de manière optimale, ce qui conduit i à ne pas participer au procès mais à attendre afin de pouvoir profiter de l'effet positif du précédent. Le recours collectif et les

⁹ Les stratégies de comportement se distinguent des stratégies mixtes par leur forme extensive.

¹⁰ Le concept d'équilibre utilisé est celui de la perfection en sous-jeux.

recours individuels simultanés sont donc impossibles en stratégie pure parce que les deux joueurs jouent de manière consécutive. Le résultat suivant peut alors être formulé : il n'existe aucun équilibre parfait en sous-jeux qui soit symétrique en stratégie pure. Plus précisément, les équilibres qui émergent sont asymétriques et conduisent à des procès individuels successifs. Cela signifie que l'effet des précédents l'emporte sur celui des économies d'échelle. Pouvons-nous en déduire que, lorsque l'influence du temps est prise en compte, les actions collectives n'auront pas lieu ? En effet, ces dernières seraient possibles quand les individus changent de stratégies. Que se passe-t-il lorsque les victimes utilisent des stratégies de comportement ?

Dans ce cas, les individus se caractérisent par des probabilités conditionnelles. Elles déterminent pour chaque « histoire » des distributions de probabilités pour chaque type d'action. Dans ces conditions, la proposition suivante est faite : sous certaines conditions, il existe un équilibre parfait en sous-jeux qui est symétrique¹¹. Il est en effet possible d'observer des procès individuels successifs et des actions collectives avec des probabilités positives. Des équilibres symétriques peuvent émerger où les deux joueurs choisissent d'intenter des procès au cours de la même période.

La prise en compte du rôle du temps et des précédents ne conduit donc pas nécessairement à des procès individuels consécutifs. En stratégie de comportement, les individus peuvent quand même choisir d'ester collectivement en justice. La question qui nous intéresse alors, compte tenu du modèle exposé, est la suivante : ce problème de formation des actions collectives est-il susceptible de se poser en cas d'introduction de la *class action* en France ?

Etant donné les spécificités du système juridique français, nous pouvons difficilement imaginer que l'effet des précédents joue un rôle aussi important, dans le choix des victimes entre la procédure individuelle et collective, comme en droit anglo-saxon. En effet, dans les États de tradition civiliste, la source principale du droit est la loi. Un système juridique codifié se fonde sur le code civil, les lois étant basées sur ce dernier. Ce problème de formation des actions collectives n'est donc pas susceptible de se poser dans le cas français.

Il convient cependant de relativiser cette affirmation. Il est quand même possible d'observer une difficulté similaire, même si elle serait moins importante, en droit français. En effet, nous pouvons envisager une situation où un individu préfère connaître le résultat d'un procès similaire. Une fois le jugement rendu, il va alors décider de sa stratégie future.

¹¹ L'auteur précise en effet que le facteur d'escompte doit être inférieur à 1 et que cet équilibre est unique.

Quels sont les problèmes susceptibles de se poser s'il existe plusieurs victimes ayant subi des dommages dont les montants sont différents ? Que se passe-t-il lorsque aucun individu ne connaît le type des autres demandeurs potentiels, l'ensemble des agents étant indemnisé selon la méthode *damage averaging*¹²? L'action collective aura-t-elle lieu dans ces conditions ?

3.3.1.2. Les problèmes de formation des recours collectifs : information incomplète et *damage averaging*

Dans certaines circonstances, les victimes peuvent ester individuellement en justice même si un dispositif collectif existe. Très souvent, il y a des asymétries d'information entre les victimes, notamment concernant le montant des dommages subis. Le défendeur ne connaît généralement pas les types des demandeurs potentiels. En outre, les victimes sont presque toujours dédommagées en fonction du préjudice moyen de la collectivité. Est-il alors possible que certains individus, ne connaissant pas les types des autres, pensent que la *class action* est moins avantageuse que la procédure standard ? La méthode *damage averaging* peut-elle dissuader les victimes de participer au recours collectif ?

Pour répondre à ces questions, nous proposons de poursuivre de raisonnement de Che (1996). Avant d'exposer les résultats du modèle, nous allons décrire ses hypothèses principales.

Le défendeur dispose d'une information incomplète sur les types exacts des demandeurs potentiels. Toute victime ne connaît pas le type des autres victimes. De plus, les individus sont indemnisés en fonction du dommage moyen de la collectivité.

Une proportion p parmi les victimes a des préjudices élevés. En revanche, $(1 - p)$ ont des préjudices faibles. Une fois la procédure entamée, des négociations antérieures au procès ont lieu. Le défendeur fait des offres à prendre ou à laisser à la partie adverse. Les victimes de la collectivité bénéficient d'économies d'échelle concernant les coûts de procès. Les coûts d'un recours individuel étant donnés, le jeu se déroule en deux étapes : la première correspond à la décision de participer au recours collectif et la seconde décrit les négociations en tant que telles. La résolution du jeu montre que plusieurs issues sont envisageables.

Tout d'abord, il est possible qu'une action collective n'ait pas lieu. Dans ce cas, les victimes à dommages faibles pensent que la collectivité ne contient pas assez de demandeurs à

¹² Lors d'une procédure collective, chaque victime reçoit le plus souvent la même somme, indépendamment des dommages subis, puisque le tribunal n'est pas en mesure d'étudier en détail le préjudice de chaque membre de la collectivité.

préjudices élevés. Ces derniers sortent effectivement de la collectivité et il n'existe donc pas de recours collectif. De plus, si la proportion de ces dernières dans la population est faible, la *class action* n'émerge pas à l'équilibre.

En deuxième lieu, il peut y avoir des actions collectives « partielles ». Si personne ne participe à l'action, les victimes reçoivent un certain montant d'un procès individuel. Le défendeur doit leur proposer plus pour qu'ils préfèrent le recours collectif, ce qui nécessite l'existence de nombreuses victimes à dommages élevés dans la collectivité. De plus, les victimes à préjudices faibles sont indifférentes entre la solution individuelle et collective, ce qui implique qu'une proportion suffisamment élevée de victimes ayant subies des dommages importants préfère les actions individuelles.

En troisième lieu, une action collective de grande ampleur, composée de toutes les victimes, peut aussi émerger lorsque la proportion de celles à dommages élevés est importante. Les économies d'échelle et la proportion de victimes à dommages élevés sont importants et l'emportent sur l'effet négatif de la méthode *damage averaging*. Dans ce cas, les deux types d'individus obtiennent des sommes plus élevées et préfèrent donc la procédure collective de grande ampleur.

D'un point de vue objectif, il est bénéfique pour toutes les victimes à préjudices faibles de participer au recours collectif en raison des économies d'échelle. Cependant, celles qui sortent de la collectivité bénéficient d'externalités positives puisque le fait de sortir constitue un signal pour le défendeur. Ce dernier croit alors que les victimes ayant renoncé au recours collectif ont subi des préjudices élevés et révisé ses croyances en faveur des individus ayant opté pour la procédure standard. Par ailleurs, les victimes, dont les dommages sont vraiment importants, entament des procédures individuelles.

En résumé, lorsque l'information du défendeur et des victimes est incomplète, dans deux cas de figure, la *class action* n'apparaît pas à l'équilibre pour deux raisons principales : les victimes à préjudices faibles croient que la proportion de celles à dommages élevés est petite ou cette dernière est vraiment insuffisante pour neutraliser l'effet négatif de la méthode *damage averaging*. Dans ces deux cas, l'ensemble des demandeurs préfère alors la procédure individuelle.

Est-il possible qu'en information complète du défendeur, les individus choisissent entre l'action traditionnelle et la *class action* surtout en fonction des dommages subis, c'est-à-dire en fonction de leurs types ?

3.3.1.3. La sélection entre les victimes

Che (1996) analyse la formation des recours collectifs en apportant des éléments de réponse à l'interrogation précédente. Si le défendeur dispose d'une information complète sur les dommages des victimes, elles ne sont pas incitées à dissimuler leurs types. En conséquence, une sélection adverse pure ou impure peut avoir lieu. L'ensemble des victimes dont les préjudices sont faibles adhère au recours collectif. En revanche, les individus à dommages élevés peuvent préférer ou non les actions individuelles. En effet, tous les agents cherchent à maximiser leurs indemnités attendues respectives. Sous quelles conditions cette défaillance du marché est-elle susceptible d'apparaître ? S'agira-t-il d'une sélection adverse pure ou impure ?

Rappelons que les hypothèses de base dans cette partie du modèle sont les suivantes. Le défendeur dispose d'une information complète sur les types des victimes et ces dernières sont indemnisées en fonction du dommage moyen de la collectivité. Quels sont les équilibres qui émergent dans ces conditions ? En effet, une sélection adverse pure entre les victimes peut apparaître. Certains individus à préjudices élevés peuvent aussi préférer la procédure collective. Mais il est également possible que l'ensemble de ces agents adhère à la collectivité, ce qui conduit les victimes à dommages faibles à choisir la *class action*.

La proposition suivante explicite ces résultats : il existe un équilibre où toutes les victimes à dommages faibles participent à l'action collective. Cependant, les individus à préjudices élevés n'y adhèrent pas (sélection adverse pure). Si la proportion de ces derniers dans la population est importante, il existe encore deux équilibres. Tous les individus à dommages bas adhèrent à l'action collective ainsi que certains demandeurs à préjudices élevés (sélection adverse). Il y a également un équilibre où toutes les victimes participent à la procédure collective. Quelle est la signification de ce résultat ?

En premier lieu, il est possible d'observer un phénomène d'antisélection entre les victimes. Les individus dont les dommages sont faibles participent à la procédure collective à la différence de ceux dont les préjudices sont importants. En effet, compte tenu des économies d'échelle, tous les individus ayant subi un dommage faible ont intérêt à adhérer au recours collectif. En revanche, si ce dernier est composé uniquement de victimes à dommages faibles, celles dont les préjudices sont élevés reçoivent une indemnité espérée plus grande en entamant des procédures individuelles. Voilà pourquoi une sélection adverse pure entre les demandeurs potentiels peut exister à l'équilibre.

En deuxième lieu, s'il y a un grand nombre d'individus à dommages élevés, ils auront intérêt à participer au recours collectif puisque les économies d'échelle sont plus importantes que l'impact négatif de la méthode *damage averaging*. Il est aussi bénéfique pour les victimes à dommages faibles d'adhérer à l'action. Il en résulte un recours de grande ampleur composé de tous les individus ayant subi l'accident collectif.

En résumé, en information complète du défendeur, la *class action* a toujours lieu. Dans tous les cas de figures, les victimes dont les préjudices sont faibles participent au recours collectif afin de profiter de la méthode *damage averaging* et des économies d'échelle. Puisque l'information est complète, ces demandeurs ne peuvent pas dissimuler leur type auprès du défendeur et se faire passer pour des victimes à dommages élevés. En revanche, les individus à préjudices importants n'adhèrent pas toujours au recours collectif. Dans le premier et le deuxième cas, ils peuvent préférer la solution individuelle, ce qui conduit à la sélection adverse pure ou impure entre les victimes. Ce résultat est d'ailleurs logique puisque l'un des objectifs de la *class action* est de permettre aux victimes à dommages faibles de faire valoir leurs droits. Les agents à préjudices élevés sont quand même susceptibles de rester dans la collectivité si leur proportion dans la population est importante puisqu'ainsi l'effet des économies d'échelle l'emporte sur l'effet négatif de la méthode *damage averaging*.

Les questions qui se posent dans ces conditions, et compte tenu du débat en France sur l'introduction des *class actions*, sont les suivantes. En premier lieu, en cas d'information asymétrique entre les victimes, existe-t-il un mécanisme susceptible de conduire les victimes à coopérer afin d'éviter l'échec de la procédure collective ? Quel devrait être alors le rôle de l'État s'il existe plusieurs victimes ayant subi des préjudices de même nature ?

En second lieu, l'adoption de la méthode *damage averaging*¹³ est-elle judicieuse, étant donné qu'elle conduit certains individus à privilégier la procédure standard ? Est-il préférable d'estimer les préjudices de chaque victime pour que les indemnités au sein de la collectivité soient équitables ? Notons cependant que le traitement individuel des dommages augmenterait les coûts des tribunaux, alors que l'un des avantages de cette procédure est de les minimiser en permettant le fonctionnement efficace de la justice. Comment concilier alors l'équité et l'efficacité des *class actions* ? Une solution éventuelle résiderait dans l'adoption de

¹³ Par ailleurs, d'après certains auteurs (George et Wecker, 1985), les estimateurs utilisés pour définir les dommages de la collectivité sont biaisés. Il s'agit d'estimateurs naïfs qui comportent plusieurs sources d'erreurs. En conséquence, des estimateurs alternatifs sont proposés. Il s'agit de l'estimateur empirique de Bayes et de celui conduisant à minimiser les erreurs au carré.

recours collectifs sans option de sortie. Cela correspondrait aux procédures obligatoires américaines (*mandatory classing*). Les individus ayant subi un accident collectif ne pourraient donc pas renoncer au recours collectif. Mais une telle règle serait-elle compatible avec le droit français, étant donné que justement cette option de sortie garantirait la transposition cohérente de la *class action* dans le système juridique de la France ?

La formation d'un recours collectif suppose qu'un individu intente l'action en justice. Par souci de simplicité, nous allons séparer les problèmes relatifs à la formation d'une *class action* en tant que telle et ceux liés à sa concrétisation. La seconde difficulté est liée à l'agent qui sera d'accord pour entamer la procédure sachant que tous les individus en profitent.

3.3.1.4 Détermination de l'individu initiant le recours collectif

Dans la littérature, quelques possibilités, concernant l'identité de l'agent qui entame la procédure collective, sont évoquées. Il s'agit le plus souvent d'une victime qui accepte de subir les coûts d'initiative, ce qui profite à tous les individus dont les dommages sont similaires ou identiques. Mais il est également possible qu'un avocat (ou un groupe d'avocats) soit à l'origine de la procédure. Après avoir détecté des recours collectifs possibles, le défenseur peut rechercher les victimes éventuelles et intenter une action en justice en leur nom. Cette pratique est surtout utilisée aux États-Unis. D'autres possibilités, quant à l'identité de l'agent qui prend l'initiative, sont aussi envisageables et seront également analysées.

Marceau et Mongrain (2003) proposent une analyse formalisée quant à l'identité de la victime qui engage la procédure collective. Ils s'intéressent à la détermination de cet individu dans deux cas de figures : lorsque toute victime est indemnisée uniquement en fonction du dommage moyen de la collectivité (*complete damage averaging*) et quand les préjudices individuels sont aussi pris en compte (*damage averaging*). La procédure collective apparaît en effet comme un bien public. Elle détient alors deux propriétés principales : non-rivalité et non-exclusion. Si un individu *i* participe à l'action, ce fait n'exclut pas la possibilité pour l'agent *j* d'agir de la même façon (non-rivalité). De plus, aux États-Unis et au Canada, le procès collectif est également un bien non-exclusif. Cela signifie qu'un individu *i* (ou un groupe) faisant partie de la collectivité ne peut pas décider que la victime *j* ne participera pas au procès collectif. Le problème du passager clandestin est alors susceptible de se poser. Quel individu va accepter de subir les coûts d'initiative alors que l'action profite à l'ensemble des victimes, ces dernières n'étant pas amenées à effectuer des dépenses pour engager la procédure ? Ce problème est d'autant plus important que les tribunaux calculent les compensations de la collectivité sur la

base du préjudice moyen. Est-ce qu'il s'agit du même individu dans les deux cas, à savoir si le calcul des dommages est fondé entièrement ou partiellement sur la perte moyenne causée par le défendeur ?

Les principaux résultats de ce modèle théorique¹⁴ font ressortir les caractéristiques de l'agent susceptible d'entamer la procédure collective. Ensuite, le « type » de la victime est déterminée dans deux cas possibles : quand les dommages de la collectivité sont établis uniquement en fonction du préjudice moyen et lorsque les pertes individuelles sont aussi prises en considération. L'analyse confirme ainsi l'intuition selon laquelle la méthode *damage averaging* influence l'identité de celui qui intente le procès collectif. Si les compensations sont calculées uniquement en fonction du dommage moyen, l'individu ayant subi le préjudice le plus faible initiera le recours collectif. Dans le cas contraire, le modèle aboutit à des résultats ambigus. Il est impossible d'identifier la victime qui va prendre l'initiative et intenter le procès collectif (c'est le cas où le tribunal prend également en compte les préjudices individuels).

Est-ce possible que d'autres individus engagent la procédure collective ? Si tel est le cas, le problème du passager clandestin va-t-il se poser ? Ces méthodes alternatives vont-elles présenter d'autres inconvénients ?

Selon certains auteurs (Coffee, 1986 et Macey et Miller, 1991), c'est souvent l'avocat qui recherche les recours collectifs possibles et les victimes éventuelles. Lors d'une action collective de grande ampleur, composée de victimes ayant subi de petits dommages, l'avocat essaye souvent de persuader les individus de représenter la collectivité (Macey et Miller, 1991). Le défenseur est perçu comme un entrepreneur individuel. Nous pouvons donc considérer que c'est lui qui, même indirectement, intente le procès collectif. Tel est aussi le cas d'après Coffee (1986) qui évoque la pratique, fréquemment utilisée par les défenseurs américains, consistant à repérer d'abord le recours éventuel et ensuite les victimes. Le problème de passager clandestin n'est plus susceptible de se poser puisque l'avocat est personnellement intéressé par l'affaire collective et par sa rémunération future. Cependant, le défenseur peut adopter des comportements opportunistes et chercher à maximiser uniquement son profit espéré.

Quelles sont les autres possibilités concernant l'agent ayant le droit d'intenter la procédure collective ? Dans certains pays (Brésil, Portugal, Suède), cette dernière peut être

¹⁴ Il s'agit d'une guerre d'usure non-stationnaire avec un prolongement éventuel. L'information est complète : chaque victime connaît le type des autres membres de la collectivité. Le jeu est présenté sous une forme dynamique ; en conséquence, le concept d'équilibre utilisé est celui de la perfection en sous-jeux.

entamée par des organismes publics. Tel est aussi le cas en France en ce qui concerne les actions en représentation conjointe engagées par des associations. Mais quelle serait la meilleure solution dans le cas français ? Qui devrait avoir le droit d'initier le recours collectif : des personnes physiques, morales, les avocats, l'État ?...

Une fois la procédure collective engagée, les parties tentent de conclure un accord amiable pour éviter un procès éventuel. Quelles seraient alors les particularités des négociations collectives ? Vont-elles profiter au défendeur ou aux victimes ? Peuvent-elles être bénéfiques pour l'avocat ?

3.3.2. Les négociations dans le cadre des actions collectives

Pour essayer de répondre à ces questions, nous allons d'abord nous interroger sur l'influence des négociations collectives sur le comportement des individus. L'impact éventuel des négociations collectives, sur le défendeur et les victimes, est brièvement décrit. Des arrangements au détriment de la collectivité peuvent également être conclus. Nous nous proposons d'étudier de quelle manière ce problème est susceptible d'être résolu *via* la rémunération du défenseur. Deux cas seront en effet examinés : lorsque l'avocat est déterminé *ex-ante* et *ex-post*.

3.3.2.1. L'impact des négociations collectives sur le comportement des parties

Lors des négociations collectives, le défendeur et les victimes essaient de conclure un accord amiable afin d'éviter le procès. Le défendeur fait des offres à prendre ou à laisser qui sont acceptées ou rejetées par la partie adverse. Comme précédemment, il ne connaît pas les types exacts des victimes mais uniquement leur distribution. Il existe également des asymétries d'information entre les membres de la collectivité : chaque individu connaît son type mais non celui des autres victimes.

Les questions auxquelles nous nous proposons de répondre dans ces conditions sont les suivantes. Les négociations collectives¹⁵ vont-elles influencer le montant des offres du défendeur ? Les asymétries d'information entre les victimes conduiront-elles à améliorer leur pouvoir de négociation ?

¹⁵ Les négociations collectives sont comparées aux négociations individuelles.

Nous décrivons alors l'impact des négociations collectives sur le comportement du défendeur et de la collectivité. Elles sont en effet comparées aux négociations standard. En premier lieu, les négociations collectives modifient la distribution des préjudices individuels (Che, 2002). De ce fait, les incitations du défendeur à proposer une offre plus élevée peuvent aussi être modifiées. En effet, lorsque le défendeur fait une offre plus importante, il compare son bénéfice de ne pas aller au procès au coût lié à sa proposition plus élevée, sachant qu'un montant plus faible aurait pu être accepté par certains types de victimes. Le bénéfice consécutif à la hausse de l'offre dépend donc de la distribution des préjudices individuels. Lors des négociations collectives, et compte tenu du grand nombre de victimes, les dommages sont plus regroupés autour de la moyenne que lors d'une négociation individuelle. Admettons que, dans le dernier cas, le défendeur ait tendance à proposer une offre inférieure au dommage moyen. Il sera plus incité à faire une offre plus élevée lors des négociations collectives car ainsi la probabilité que sa proposition soit acceptée est plus importante que dans le cas où plusieurs négociations individuelles existent. Supposons en revanche que ces dernières conduisent à des offres supérieures au dommage moyen. Le défenseur sera alors incité à diminuer les offres individuelles en cas de négociation collective.

En second lieu, les asymétries d'information entre les victimes peuvent améliorer le pouvoir de négociation de la collectivité. En effet, lorsque chaque individu ignore le type exact des autres, chacun aura tendance à déclarer un préjudice plus élevé que son dommage réel. Ce faisant, chaque victime espère obtenir une indemnité importante en cas d'arrangement. Ainsi, les individus négociant avec le défendeur rejettent certaines offres qu'elles auraient acceptées s'ils connaissaient leurs types exacts. Etant donné que la probabilité de rejeter les propositions du défendeur augmente, les victimes peuvent demander, de manière crédible, des sommes importantes et leur pouvoir de négociation augmente.

3.3.2.2. Les arrangements au détriment de la collectivité

Lors d'une procédure collective, des arrangements profitant à l'avocat et non aux victimes sont susceptibles de survenir. Deux sont les raisons à l'origine de cette affirmation. En premier lieu, les victimes peuvent difficilement contrôler leur avocat car la plupart d'entre elles n'assistent pas aux négociations et /ou au procès. De plus, celles qui sont supposées surveiller

le défenseur ne sont pas incitées à le faire de manière efficace¹⁶. En second lieu, il est possible que le tribunal ne dispose pas d'assez d'information pour se rendre compte que la solution amiable conduit, pour la collectivité, à une indemnisation inférieure à celle espérée en l'absence d'arrangement. Un tel arrangement est conclu en raison des asymétries relatives entre la rémunération de l'avocat suite à la solution amiable et au procès (Hay, 1996). Si le défenseur reçoit respectivement 5 % de la solution amiable et 10 % de l'indemnisation des victimes en l'absence d'arrangement et si ce dernier a lieu, dans le second cas, il va accepter une somme faible pour la collectivité.

Quelles sont plus précisément les sources de ces asymétries et dans quelle mesure ces dernières influencent les sommes attendues des individus suite à l'arrangement ? Pouvons-nous imaginer que le contrôle de la part du tribunal élimine ces asymétries ? Que se passe-t-il en cas d'erreur du tribunal sur l'indemnisation attendue en l'absence d'arrangement ?

Dans un premier temps, les deux causes principales de ces asymétries seront étudiées. L'honoraire optimal, c'est-à-dire conduisant pour la collectivité à des sommes supérieures ou égales à celles attendues au procès, sera abordé par la suite. Enfin, nous allons expliquer dans quelle mesure cet honoraire profite aux victimes même si le tribunal se trompe dans l'estimation des indemnités attendues au procès.

Etant donné l'encombrement des tribunaux, la première source de ces asymétries réside dans le fait qu'ils puissent octroyer un pourcentage plus élevé à l'avocat en cas de négociation. Toutes choses égales par ailleurs, le défenseur va accepter la solution amiable même si elle défavorise les victimes. La seconde raison, entraînant des enjeux asymétriques pour le défenseur en cas d'arrangement et jugement, est la suivante. Le procès implique généralement un nombre moins élevé d'individus que l'arrangement. Il est donc possible que le pourcentage obtenu par l'avocat soit moins important dans le premier cas. Notons que, dans les deux contextes, il s'agit des parts relatives destinées au défenseur. Suite à ces asymétries, l'avocat est susceptible d'accepter un arrangement qui entraîne pour la collectivité une indemnité nette A inférieure à la somme nette B attendue au procès.

Hay (1996) souligne que l'un des inconvénients du recours collectif réside justement dans cette tendance du défenseur à accepter des arrangements au détriment des victimes. En conséquence, il suggère que le tribunal établisse, en cas d'arrangement, des honoraires optimaux conduisant à des indemnités supérieures ou égales à celles attendues au procès. Avant

¹⁶ Les victimes représentatives sont censées défendre toute la collectivité et subir les coûts qui en découlent alors que cette dernière profite des résultats de ce contrôle.

d'expliquer dans quelle mesure ce type de rémunération élimine ou réduit les incitations asymétriques de l'avocat, nous allons apporter quelques précisions. Soit a la part des indemnités revenant au défenseur suite à la solution amiable et b la part qu'il aurait obtenue en l'absence d'arrangement. Les coûts additionnels liés à la négociation et subis par l'avocat sont égaux à X . L'objectif du tribunal est dans ces conditions d'établir une valeur a telle que le montant A reçu par la collectivité, net des honoraires, et suite à l'arrangement, soit égal (ou supérieur) à la somme nette attendue B en l'absence d'arrangement. Notons que l'avocat va préférer la solution amiable si et seulement si cette dernière conduit à une rémunération identique (ou supérieure) à celle consécutive au procès. Autrement dit¹⁷,

$$A = B$$

Sous la contrainte $aA - X = bB$

Nous pouvons donc en déduire que : $A = (bB + X)/a$. En remplaçant cette expression dans la première équation, nous obtenons que $a^* = (bB + X)/B$, ce qui correspond à l'honoraire optimal. La proposition suivante peut donc être faite :

Pour cette valeur a^* , la collectivité reçoit, en cas d'arrangement, le montant qu'elle aurait obtenu en l'absence d'arrangement.

La solution amiable n'influe donc pas sur les indemnités des victimes ; quoi qu'il arrive, elles reçoivent un montant correspondant à la valeur espérée de l'affaire. Le pourcentage optimal a^* dépend du pourcentage b , que l'avocat aurait obtenu en l'absence d'arrangement, de la valeur espérée alternative B et des coûts additionnels X . Les asymétries caractérisant les incitations du défenseur sont donc éliminées. Il est impossible que l'accord conclu nuise à la collectivité.

Se pose alors le problème de l'erreur éventuelle du tribunal quant à la valeur B de l'affaire en l'absence d'arrangement. Disposant uniquement de la valeur approximative de B , le tribunal est susceptible d'établir un pourcentage a^* qui maintient les incitations asymétriques du défenseur et le conduit à accepter un arrangement au détriment de la collectivité. Notons qu'il est quand même possible que la valeur estimée de B conduise, grâce à cette méthode de calcul des honoraires, à une somme A supérieure au montant estimé de B . Nous nous proposons

¹⁷ Par souci de simplicité, nous considérons le cas où l'objectif du tribunal est d'égaliser les deux montants et d'éliminer les incitations asymétriques du défenseur. Il est cependant à noter que le but du tribunal est que la somme A soit supérieure ou égale à B .

de tester cette hypothèse. Supposons que la valeur estimée de B soit égale à μB où μ est le terme d'erreur. Le pourcentage octroyé à l'avocat en cas d'arrangement s'écrit :

$$a = (b\mu B + X) / \mu B$$

Les indemnités nettes A des victimes suite à un arrangement sont les suivantes :

$$A = [(bB + X) \lambda B] / (b\lambda B + X)$$

Cela étant, nous pouvons remarquer que la somme A est supérieure à la valeur estimée μB si le terme d'erreur μ est inférieur à 1. L'honoraire ainsi proposé conduit donc à réduire les incitations asymétriques de l'avocat même lorsque les erreurs d'estimation du tribunal sont prises en compte.

En résumé, le défenseur peut conclure un accord en sa faveur et au détriment de la collectivité. Cette dernière recevrait donc une somme inférieure à l'indemnité espérée en l'absence d'arrangement. Admettant que ce problème provienne des incitations asymétriques de l'avocat, l'honoraire optimal conduisant à éliminer ces asymétries a été étudié. Une telle rémunération contribue à réduire ces dernières même si la valeur alternative estimée de l'affaire diffère de la valeur réelle.

Hay (1997) approfondit l'analyse précédente en considérant le problème des arrangements collectifs d'un point de vue *ex-ante* et *ex-post*. Dans le premier cas, l'avocat est déterminé avant la négociation. Il est cependant possible que plusieurs défenseurs proposent des offres au défendeur et que l'un parmi eux soit choisi pour représenter la collectivité.

D'après Hay (1997), le moment où l'avocat est sélectionné influence son comportement lors des négociations, les sommes acceptées par le défendeur et, par conséquent, le montant de l'indemnité qui revient à la collectivité. Notons que dans le cas où le défenseur est défini *ex-post*, chaque avocat a tendance à accepter une somme faible pour augmenter la probabilité de représenter la collectivité. La proposition de l'auteur est alors la suivante. Il s'agit de plafonner le pourcentage (ou la part) obtenu par le défendeur afin d'assurer une indemnisation satisfaisante des victimes. Comme précédemment, cette somme doit être supérieure ou égale à l'indemnité espérée alternative¹⁸. Une fois les proportions optimales établies, l'indemnité nette est répartie entre les victimes. Toutefois, lorsque les négociations échouent, les parties n'ont d'autres issues que d'attendre l'issue de la décision judiciaire. Il convient donc de s'intéresser à l'honoraire optimal en cas de procès, ce dernier conduisant à maximiser l'indemnité nette attendue de la collectivité.

¹⁸ Plus généralement, il s'agit de la valeur espérée en l'absence de négociations collectives.

3.3.3. Convention d'honoraires et procès collectif

De manière générale, la relation entre l'avocat et les victimes entraîne des problèmes d'information cachée (sélection adverse) et d'action cachée (aléa moral). En effet, la qualité de l'avocat est souvent inconnue pour la collectivité. Les victimes ignorent le type du défenseur. De plus, le niveau d'effort de l'avocat est quasiment toujours inobservable pour la collectivité. Lors d'une action collective, le tribunal doit donc défendre les intérêts des victimes. Les mêmes problèmes sont cependant susceptibles de se poser. Le tribunal peut ne pas connaître le type p_a du défenseur. Il est aussi possible que le niveau d'effort de l'avocat soit inobservable. Le tribunal doit cependant établir les honoraires de manière à optimiser l'indemnité nette attendue des victimes. Autrement dit, en introduisant un schéma incitatif, le tribunal met en place une rémunération telle que la somme nette espérée de la collectivité soit optimale.

Dans le contexte des actions collectives, trois types d'honoraires sont utilisés : au temps passé, en fonction du résultat ou une combinaison des deux. Quel serait l'honoraire au temps passé conduisant à optimiser l'indemnité de la collectivité si le tribunal ne connaît pas le type p_a du défenseur dont l'effort est observable ? Que se passe-t-il lorsque le niveau d'effort est inobservable ? Quelle serait alors la rémunération entraînant une indemnisation optimale des demandeurs ?

Dans un premier temps, l'honoraire optimal sera étudié en admettant que l'avocat soit rémunéré en fonction du temps passé sur l'affaire. Par la suite, nous nous intéresserons à la rémunération optimale, celle-ci étant établie sur la base du résultat du procès.

3.3.3.1. L'honoraire au temps passé

Supposons tout d'abord que le tribunal soit en mesure d'observer le niveau d'effort des défenseurs. Cela signifie que la rémunération peut être établie sur la base du temps passé sur le dossier. Le modèle de Klement et Neeman (2004) fait apparaître que si les honoraires sont calculés sur la base du temps passé sur le dossier, le taux horaire est en général multiplié par une constante. Selon les auteurs, l'optimalité impliquerait plutôt un multiplicateur décroissant qui réduirait l'intérêt de l'avocat à travailler trop longtemps sur l'affaire. Le taux horaire doit diminuer avec l'augmentation du nombre d'heures que le défenseur consacre au procès collectif. Ce multiplicateur doit être maximal lorsque l'avocat commence à travailler sur

l'affaire et égal à l'unité quand l'effort est sur-optimal. En définitive, le résultat suivant est obtenu : la fonction décrivant la relation entre le nombre d'heures pendant lesquelles le défenseur travaille sur le dossier et sa rémunération, est continue et concave en fonction l'effort e . Cette fonction ne décroît pas avec l'effort e du défenseur.

L'honoraire au temps passé peut donc conduire à optimiser l'indemnité nette attendue des victimes lorsque le tribunal contrôle la rémunération du défenseur dont l'effort est observable. Encore faut-il qu'un multiplicateur décroissant soit utilisé pour dissuader l'avocat de travailler trop longtemps sur le dossier. Que se passe-t-il lorsque le tribunal n'est en mesure d'observer ni le type du défenseur ni son effort ? L'honoraire de résultat doit être utilisé dans ces conditions. De quelle manière cet honoraire serait-il calculé ?

3.3.3.2. La rémunération optimale proportionnelle au résultat

En suivant le raisonnement de Klement et Neeman (2004), nous nous proposons de démontrer que le contrat optimal peut être réalisé par des contrats linéaires en fonction du jugement. L'avocat choisit la part b de la compensation des victimes qu'il obtiendra en cas de victoire au procès et le montant du seuil au-dessous duquel il ne reçoit aucune rémunération. Le défenseur obtient alors une part de la somme gagnée au-dessus de ce seuil et les honoraires sont proportionnels au résultat du litige. Le pourcentage peut être déterminé de manière à conduire l'avocat d'un type donné à choisir l'effort optimal e^* . Dans ce cas, l'honoraire de résultat peut donc aussi entraîner une indemnité optimale pour la collectivité. Rappelons cependant que l'avocat est amené à choisir un seuil au-dessus duquel il n'est pas rémunéré et que ce seuil doit être croissant par rapport au pourcentage choisi.

Quelle devrait être alors la rémunération des défenseurs en cas d'introduction éventuelle des *class actions* en France ? Les honoraires décrits précédemment peuvent-ils conduire à optimiser l'indemnité de la collectivité ? En supposant qu'il s'agit d'un honoraire impur de résultat dans le second cas, serait-il pertinent de l'utiliser dans le cas français ? Qu'en est-il du pacte de *quota litis*, est-il souhaitable de recourir à ce type d'honoraire suite à un accident collectif ?

3.4. L'ALTERNATIVE ACTION COLLECTIVE VERSUS ACTION INDIVIDUELLE

Les USA et le Canada ont depuis longtemps adopté des mesures favorisant la constitution de « Class Actions » ou recours collectifs, de façon à favoriser le règlement des

litiges en cas de dommage ou d'accidents collectifs via un procès unique. Cette technique de consolidation des plaintes individuelles à l'encontre du même (ou des mêmes) offensur(s) y est utilisée dans quasiment tous les domaines du droit des accidents et de la responsabilité: responsabilité du producteur, responsabilité médicale, litiges sur l'amiante, le tabac, mais aussi pour les délits financiers (délits d'initiés) etc. Elles font aujourd'hui débat dans ces pays, en raison des coûts sociaux qu'elles engendreraient, qui dépasseraient les bénéfices sociaux attendus.

Nous rappelons dans cette section quels sont les bénéfices individuels et sociaux qui peuvent être retirés de la création des actions collectives (3.4.1), puis nous évoquons l'expérience américaine qui semble faire apparaître un certain nombre de dérives, qui portent le risque de compromettre à long terme les principes élémentaires du droit des accidents et de la responsabilité (3.4.2). Finalement (3.4.3), nous revenons à des arguments favorables aux actions collectives qui n'ont pas été discutés par la littérature économique mais s'applique particulièrement aux cas des « nouveaux risques », et nous synthétisons (3.4.4) les résultats d'un travail théorique exploratoire, qui cherche à évaluer les incitations économiques en faveur des recours développées par deux mécanismes habituellement associés aux procédures collectives (modes spécifiques de rémunération des avocats ; règles de dommages accordés aux victimes par agrégation de la valeur des préjudices), indépendamment des caractéristiques institutionnelles propres au droit de chaque pays (notamment, indépendamment du mode de désignation et de promotion des magistrats).

3.4.1 Les avantages théoriques d'une action collective sur un ensemble d'actions individuelles

La littérature en *Law & Economics* met en avant principalement des avantages en termes de coûts et d'incitations à la prévention des accidents, liés à la création des actions collectives.

Il est raisonnable de penser que la décision d'intenter une action en justice ou pas se fait au regard des conséquences monétaires et non monétaires qui vont s'en suivre, c'est-à-dire qu'elle se fonde sur un calcul coût-bénéfice *ex ante* du recours. Un individu rationnel qui est victime d'une faute ou d'un délit occasionné par un tiers et qui entraîne un préjudice pour lui, ne va pas nécessairement faire valoir son droit à réparation devant un juge : pour qu'elle

engage effectivement un recours contre l'offenseur, la victime doit anticiper qu'elle en retirera un gain net, tel que le dommage accordé par le tribunal doit compenser au moins les frais de procédure qu'elle a engagés – sinon, elle s'abstient et absorbe elle-même les effets du préjudice. Plus généralement, si la victime a une préférence intrinsèque pour que justice soit rendue, et valorise en soi qu'un offenseur soit condamné pour le délit qu'il a commis, elle ne s'engage dans un recours judiciaire que si les bénéfices *ex ante* pécuniaires et non pécuniaires qu'elle en retire sont supérieurs aux coûts occasionnés.

De la même façon, il n'est pas socialement optimal que le système judiciaire traite tous les cas litiges : d'un point de vue social/collectif, il est efficace d'examiner uniquement ceux pour lesquels la compensation habituellement accordée par un tribunal est supérieure à la somme des coûts judiciaires privés et externes.

En d'autres termes, les coûts privés d'accès à la justice sont une des causes naturelles expliquant que certaines victimes renoncent à une procédure à l'encontre du responsable de leur préjudice, pendant que les coûts sociaux de production du service public de justice justifient qu'il est souhaitable que certains demandeurs soient dissuadés d'engager un recours. A partir de ce principe, on peut comprendre que les principaux arguments en faveur de l'instauration des actions collectives sont essentiellement de deux ordres (voir aussi le paragraphe 3.1.1) :

- elles induiraient des économies d'échelle à la fois individuelles et collectives : en effet, la consolidation d'un grand nombre de plaintes individuelles à l'encontre du même offenseur, et éventuellement la consolidation de l'ensemble des recours engagés contre des offenseurs distincts mais exerçant la même activité ou appartenant à la même industrie (litiges sur l'amiante, le tabac...) permet potentiellement de réduire les frais judiciaires individuels engagés à l'occasion de la procédure ; en particulier, certaines charges fixes peuvent être réparties sur l'ensemble des membres de l'action collective (frais d'avocat, indemnisation des experts), alors qu'elles devraient être supportées par chaque demandeur s'il devait opter pour un recours individuel. Ceci s'accompagne en outre d'un effet positif à la fois sur les coûts de production du service public de justice, et sur la congestion des tribunaux ; les actions collectives permettent aux tribunaux d'examiner simultanément un grand nombre d'affaires similaires où sont poursuivis le ou les même(s) offensur(s), ce qui permet d'entendre une seule fois les mêmes experts, aux avocats de ne plaider qu'une seule fois pour des faits similaires etc. Ceci accélère

donc le rythme de résolution du litige pour les membres de l'action collective, mais aussi par un effet de décongestion des tribunaux, améliore le taux de résolution de l'ensemble des litiges sur lesquels les juges doivent se prononcer.

- elles contribueraient à renforcer la fonction préventive et incitative de la loi : pour un système de responsabilité donné, la probabilité perçue par un producteur d'être poursuivi en justice pour les préjudices et/ou accidents dont la responsabilité peut lui être imputée augmente avec le nombre de victimes qui ne seront pas dissuadées de déposer un recours. Dès lors que les offenseurs potentiels anticipent que l'ensemble des préjudices (« petites » et « grandes » victimes) que leur comportement délictueux a occasionné seront pris en compte par un tribunal dans le cadre d'une action collective, ils investissent *ex ante* d'avantage dans les activités de prévention de façon à réduire la fréquence et/ou la gravité des dommages qu'ils occasionnent en cas d'accident.

3.4.2 Comment expliquer les dérives de la pratique des actions collectives aux USA ?

Si les actions collectives contribuent théoriquement à améliorer la fonction réparatrice et préventive de la loi sur les accidents, un certain nombre d'études ont fait valoir qu'elles ont conduit à des dérives dans le fonctionnement du droit des accidents et de la responsabilité, tout au moins en raison de leur mise en œuvre pratique, notamment aux Etats-Unis¹⁹.

C'est la conjonction des méthodes de marketing agressives mises en place par les cabinets d'avocats, des nouvelles règles de rémunération qui leur sont appliquées dans le cas des recours collectifs et du mode de désignation des juges, qui serait à l'origine de l'apparition de stratégies opportunistes de la part des demandeurs – de leurs avocats en fait - qui se sont engagés dans des recours collectifs concentrés sur certains « grands » offenseurs (grosses firmes ou industries), se livrant à une concurrence sans limite dans la captation d'une rente sur certaines industries ou certains producteurs.

¹⁹ Caroll S., Hensler D., Abrahamse A., Gross J., White M., Ashwood S. et Sloss E. (2002): Abestos litigation costs and compensation; *Documented Briefing*, RAND Institute for Civil Justice, The Manhattan Institute Center for Legal Policy.

Hensler D., Caroll S., White M. et Gross J., (2001): Abestos litigation in the U.S.: a new look at a old issue; *Documented Briefing DB-362.0-ICJ*, RAND Institute for Civil Justice, The Manhattan Institute Center for Legal Policy.

RAND Institute for Civil Justice (2003): Trial Lawyers inc. A report on the lawsuit industry in America 2003 , The Manhattan Institute Center for Legal Policy.

Les actions collectives sont à l'initiative des avocats aux USA. Les grands cabinets, suivis en cela par l'ensemble de la profession, ont vu l'occasion de développer des stratégies prédatrices à l'encontre des industries ou producteurs individuels mis en cause dans le cadre des recours collectifs. A partir de méthodes de marketing agressives, basées sur la prospection directe et systématique auprès des victimes potentielles de la diffusion dans l'environnement ou de l'utilisation de certains produits, ils ont multiplié les recours collectifs sur quelques segments industriels.

L'argumentaire développé par les avocats s'appuie sur deux points : 1/ le basculement vers la règle de responsabilité stricte du producteur²⁰ qui s'est fait dans les années 60 – il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve de la faute; 2/ le recours est sans risque pour le demandeur – il n'a rien à perdre et tout à gagner – dès lors que l'avocat n'est rémunéré qu'en proportion de ce qu'il obtient en dommages pour son client : la pratique des « rémunérations au résultat obtenu par le demandeur » (« contingent fees »), perçues par les avocats s'est généralisée.

L'étude du RAND Institute for Civil Justice²¹ établit un constat particulièrement sévère pour les cabinets d'avocats américains, qui auraient vu dans les recours collectifs un nouveau marché particulièrement lucratif, lequel peut être étendu potentiellement à l'ensemble des secteurs d'activité – et dont ils seraient finalement les uniques bénéficiaires grâce au système des rémunérations au résultat. Après avoir pris pour cible certains secteurs industriels ou certains produits (l'amiante, le tabac) dans les années 60-70, ils se seraient détournés vers de nouveaux marchés porteurs : certaines spécialités médicales (les chirurgiens, les plasticiens, les sages-femmes), les enseignes de « fast-food », avant que ne dessinent de nouvelles perspectives : les téléphones mobiles, les médecins généralistes (pour prescriptions médicales « abusives ») ?

Ces comportements prédateurs s'accompagnent de plusieurs effets pervers qui ont été constatés aux USA :

²⁰ Viscusi K. (1995), *Insurance and catastrophes : the changing role of the liability system*, *The Geneva Papers on Risk and Insurance Theory*, vol 20, p 157-176.

²¹ Opus déjà cité.

- la généralisation du versement de compensations très généreuses à tous les demandeurs, qui sont accordées par les tribunaux sans qu'ils cherchent à discriminer entre les victimes avérées d'un préjudice et les victimes simplement potentielles²² ;
- les faillites en chaîne des petites entreprises et industriels impliqués dans ces recours collectifs, avec les coûts externes qui les accompagnent (le chômage des employés de ces firmes, et une fragilité financière accrue du côté des prêteurs) ;
- les faillites des petits cabinets d'assurance entraînant un phénomène de concentration dans le secteur des assurances ;
- la hausse des primes d'assurance responsabilité exigées par les gros assureurs à la fois favorisée certes par le pouvoir de monopole qu'ils acquièrent à l'issue du mouvement de concentration, mais aussi justifiée par la nécessité de couvrir les indemnités en dommages et intérêt qu'ils doivent verser aux victimes au nom de leurs clients.

A long terme, cela a deux conséquences majeures pour le système judiciaire lui-même et l'efficacité du droit des accidents et de la responsabilité :

- un accroissement des coûts de transaction associés à la justice : si dans premier temps, il semble bien que les coûts d'une action en justice ont diminué pour les victimes participant aux actions collectives (via le phénomène d'économies d'échelles décrit précédemment), au contraire à long terme (à partir des années 80 déjà²³), les défendeurs ont aussi mis en œuvre des stratégies de défense plus agressives pour s'opposer à la dérive haussière des dommages obtenus par les victimes, ce qui s'est traduit à la fois par un allongement des délais de procédures et une augmentation des dépenses agrégées de justice, particulièrement en proportion des dommages finalement obtenus par les victimes (traduisant au contraire l'apparition de dés-économies d'échelle);
- la perte d'efficacité et d'équité du système judiciaire, puisque le traitement uniforme de tous les demandeurs indépendamment de la gravité du préjudice invoqué, fait qu'il devient impossible d'indemniser correctement les victimes les plus sérieusement atteintes, et qu'il devient même de plus en plus douteux que les victimes les plus sévèrement atteintes qui apparaîtront dans l'avenir puissent bénéficier d'une quelconque compensation.

²² A titre d'exemple, Caroll et al (2002) estiment à propos des litiges concernant l'amiante que dans 65% des cas les dommages sont attribués à des demandeurs qui ne présentent aucune pathologie – notamment, ils n'ont développé aucune des formes de cancer dont la cause peut être imputée à l'exposition prolongée à l'amiante.

²³ Cf Hensler et al (2001,) opus déjà cité.

En fait, il n'est pas possible d'expliquer la dérive constatée dans la pratique des actions collectives aux USA, sans mentionner le rôle important sinon central, joué par les juges eux-mêmes, puisque dans la phase de constitution d'une action collective, le juge américain intervient à trois niveaux :

- il décide du pourtour de l'action collective en associant les demandeurs contre le même défendeur dans la même procédure (ceux-ci ayant un délai de réflexion pour accepter ou refuser d'être associés dans l'action collective) ;
- il donne son accord sur le montant des indemnités demandées par les victimes et la règle de répartition entre les membres;
- il donne son accord sur le montant de la rémunération prélevée par le ou les avocats de l'action collective.

En d'autres termes, le juge américain dispose d'un pouvoir décisionnel important en ce qui concerne le contrôle du montant des transferts monétaires en dommage qui vont être réalisés à l'issue de la procédure si elle s'avère favorable aux victimes, entre les défendeurs et les victimes, puis entre les victimes et leurs avocats.

De nombreux observateurs²⁴ expliquent alors les défaillances ou l'absence de contrôle exercé par les juges sur les actions collectives par la polarité qui existe aux USA entre la profession d'avocat et les fonctions de juges, et la collusion entre les professions juridiques et le pouvoir politique. La fonction de magistrat y est élective, la plupart des juges ayant d'abord longtemps exercés en tant qu'avocat. Leur bienveillance à l'égard des exigences exorbitantes de certains de leurs anciens confrères²⁵ serait alors une façon d'assurer leur réélection aux mêmes fonctions. Par ailleurs, les niveaux atteints par les compensations en dommage obtenus par les avocats américains ne s'expliquent pas seulement par leur propre intérêt au résultat des actions collectives : ils ont aussi été un excellent argument électoral pour eux sur le marché politique, puisqu'aux USA, la classe des dirigeants politiques provient essentiellement dans les milieux d'affaires – la profession d'avocat étant là-aussi fortement représentée.

²⁴ Voir aussi l'étude du RAND Institute for Civil Justice, opus déjà cité.

²⁵ Le statut de *life tenure* ne s'applique que pour les magistrats des juridictions supérieures.

De façon évidente, le mode de désignation des juges américains (fonctions électives) et leur mobilité entre les différentes professions juridiques, tranche avec le mode de sélection et de promotion hiérarchique des magistrats français (la magistrature est un corps de carrière, avec des grades et des fonctions séparées ; le recrutement se fait par concours ; la progression salariale, par décision administrative à l'ancienneté, avec une mobilité professionnelle au mérite). Il semble alors important d'évaluer l'incidence des règles de rémunération des avocats et/ou des principes de détermination des dommages indemnisant les victimes, indépendamment des principes constitutionnels ou des institutions judiciaires qui sont spécifiques à chaque pays. Les questions qui sont examinées dans l'étude annexée à ce rapport (Deffains, Doriat-Duban et Langlais (2005)²⁶) sont les suivantes :

- les « contingent fees » rémunérant les avocats ont-ils tendance à accroître le taux des recours devant les tribunaux, et expliquent-ils l'inflation des dommages aux victimes obtenus dans le cadre de recours collectifs? En particulier, on étudie les effets de trois systèmes de rémunération des avocats. Dans le cas de paiements fixes « à l'acte », l'avocat est rémunéré quelle que soit l'issue de l'action contre le défendeur (c'est un coût fixe, engagé dès le départ par le demandeur). Avec le système des paiements contingents, les avocats des victimes reçoivent une rémunération proportionnelle au montant du dédommagement qu'ils obtiennent pour leur client ; dans le cas de paiements conditionnels, ils reçoivent un revenu fixe mais seulement au cas où leur client voit sa demande reconnue par le tribunal. Le premier système est en vigueur en France ; les deux autres sont utilisés aux USA et au Canada.

- doit-on lier les dommages accordés à chaque membre d'une action collective à une estimation de leur préjudice individuel, où est-il possible d'appliquer une règle de compensation sur une valeur agrégée ? Ces dispositions sont à l'origine des mécanismes d'incitation économique en direction des victimes, favorisant ou au contraire dissuadant les recours juridiques, et la constitution d'une action collective.

Au préalable, on discute un point théorique qui nous paraît essentiel, et qui porte sur le statut informationnel des victimes potentielles concernées par une action collective. On envisage une situation où l'information pertinente pour la résolution des litiges opposant plusieurs demandeurs et un défendeur, arrive pendant le processus juridique, mais n'est pas

²⁶ Deffains B., Doriat-Duban M. et Langlais E. (2005), *Information sharing in class action suits*, *miméo*, BETA-REGLE CNRS et Université de Nancy 2.

d'égale qualité entre les premiers et les derniers demandeurs qui ont déposé un recours. Les premiers peuvent estimer être détenteurs d'une plainte opportuniste (« frivolous suit ») en fonction de l'information initiale. Ils peuvent réviser leur estimation en intentant une action individuelle, cette nouvelle estimation s'avérant aussi plus précise s'ils engagent une action collective à laquelle adhéreront les demandeurs suivants. La pertinence de cette hypothèse est discutée dans le paragraphe 3.4.3.

On retrace les principaux résultats de cette étude au paragraphe 3.3.4, après avoir décrit succinctement la structure du modèle utilisé. Le lecteur peut aussi se reporter directement aux Conclusions, à la fin du paragraphe suivant.

3.4.3 L'importance des externalités d'information positives

L'idée développée est que les « Class Actions » favorisent aussi l'internalisation d'externalités informationnelles positives, qui ont été négligées dans la littérature – bien qu'elles aient été étudiées à propos de la constitution d'une jurisprudence dans le cas des recours individuels²⁷.

A l'occasion de procès répétés (responsabilité du fait des produits, dommages à l'environnement...) entre des victimes individuelles et un même défendeur, les cas examinés en dernier par les tribunaux bénéficient d'avantages informationnels car il existe des précédents, de la jurisprudence dont les demandeurs peuvent s'inspirer pour évaluer l'opportunité d'une action en justice. Les premiers demandeurs auraient donc une incitation supplémentaire à constituer une action collective (et éventuellement en supporter les coûts non récupérables) auxquelles d'autres victimes pourraient adhérer, de façon à mutualiser l'information disponible et bénéficier de cette rente informationnelle. La littérature *Law and Economics* s'est focalisée sur les plaintes « opportunistes » (*frivolous claim*) et la nécessité de les dissuader – sans discuter clairement la justification de cet opportunisme.

La définition de ce que représente une plainte opportuniste dépend en fait de certaines conventions relatives au statut informationnel des demandeurs au moment où ils envisagent de

²⁷ Che Y-K et Yi J. (1993), The role of precedents in repeated litigation, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol 9, p 399-424.
Kim J-Y (2004), Filing a nuisance claim to induce successive law suits, *American Law and Economics Review*, vol 6, p 208-216.

déposer un recours d'une part, et d'autre part des informations qu'ils pensent par la suite obtenir une fois qu'ils auront initié leur démarche (en terme de recevabilité de leur plainte, sous forme de preuves qu'ils seront admis à produire, ou d'expertises qu'ils pourront produire). Un individu peut avoir initialement un jugement défavorable – pessimiste – à propos de son cas, mais qui peut être révisé de façon plus favorable dès lors qu'il devient plus familier des mécanismes juridiques (en consultant un avocat conseil), ou qu'il réalise que son cas n'est pas unique puisqu'un grand nombre d'individus ont également été victimes du même préjudice. Dans le cas de « nouveaux risques », dont la recevabilité juridique (et la jurisprudence notamment) n'est pas clairement définie ou stabilisée, les tribunaux peuvent être influencés dès lors qu'ils constatent qu'un grand nombre de demandeurs sont victimes d'un tiers. Le cas des recours à l'encontre des grandes firmes du tabac ou contre des médecins (en chirurgie esthétique notamment) montrent que pour que « l'opportunisme des victimes » soit récompensé devant la justice il est nécessaire qu'interviennent une évolution à la fois des connaissances dans le domaine scientifique (de l'expertise) et dans la pensée et la pratique juridique.

L'enjeu pour l'analyse économique est de pouvoir représenter ces mécanismes, avant d'en étudier les implications dans le cas des actions collectives. Quelle est la conception habituellement admise dans la littérature en *Law & Economics* de ce processus d'arrivée d'information, permettant à un demandeur de choisir s'il va ou non tenter une action contre un tiers ?

- Dans le cas des recours qui nous intéressent, il est important de remarquer que les individus concernés sont des « petits demandeurs », au sens où pour la plupart ils n'ont aucune expertise ni expérience des processus juridiques – ce sont des individus qui savent seulement qu'ils souffrent d'un préjudice, à l'occasion d'un accident par exemple, ou qui sont victimes d'un comportement délictueux, qui occasionne pour eux une perte monétaire ou une atteinte physique – et qui ne sont pas en mesure d'établir si leur demande est juridiquement recevable ou pas.
- L'intervention d'un avocat en qualité d'expert²⁸ permet au demandeur dès le premier contact d'apprécier si le préjudice peut donner lieu à une action. Le demandeur obtient alors ce que Shavell (1989)²⁹ appelle un droit légal d'accès à « un processus de

²⁸ Dewatripont M. et Tirole J. (1999), *Advocates*, *Journal of Political Economy*, vol 107, p 1-39.

²⁹ Shavell S. (1989), *Sharing information prior to settlement or litigation*, *Rand Journal of Economics*, vol 20, p 183-195.

découverte » (constitution du dossier à partir d'expertises, de témoignages etc.) ; par ailleurs, dans de nombreux pays (de droit commun comme de code civil) chacune des parties opposées dans un litige a accès à l'ensemble des pièces que l'autre partie joint à son dossier et qui seront produites devant le tribunal (à l'exception de certaines protégées par un privilège, ou secret professionnel – comme c'est le cas pour le secret médical)³⁰.

- Lorsque l'offenseur est une firme, qui fait l'objet de poursuites judiciaires répétées de la part de petits demandeurs, il existe aussi des externalités d'information positives entre les « petits demandeurs » qui ont été les premiers à initier un recours contre la firme récidiviste, et ceux qui déposent plus tardivement un recours, puisque les victimes qui s'engagent dans des actions individuelles plus tardives bénéficient d'un ensemble d'informations plus complet que les premières (sur les faits, sur l'attitude des tribunaux, en particulier la fréquence des rejets des plaintes, le montant des dommages accordés en cas de succès etc.).

Il est particulièrement pertinent de prendre en compte le fait que pour certains types de litiges (amiante, tabac notamment) les expériences étrangères montrent qu'il y a eu un temps d'apprentissage nécessaire tant aux parties opposées qu'aux tribunaux, avant qu'une pratique clairement établie n'émerge à propos du fond, puis qu'une jurisprudence s'impose. Cela est particulièrement sensible lorsque sur le fond, les faits peuvent être encore controversés d'un point de vue scientifique et toujours débattus par les experts. Les relations causales entre l'action de l'offenseur et le préjudice dont sont victimes les demandeurs manquent de robustesse, ou sont difficiles à mettre en évidence de façon isolée, en raison notamment des multiples facteurs extérieurs qui peuvent intervenir et être aussi à l'origine du préjudice qui motive les requêtes des demandeurs (par exemple, dans le cas de la plupart des cancers). L'utilisation de certaines « preuves » peut alors être temporairement impossible car exclue par les juges, en raison d'un manque de consensus entre les scientifiques eux-mêmes. Avec le temps, les doutes peuvent être écartés, car les preuves scientifiques deviennent de meilleure qualité, les mécanismes sous-jacents et les causalités associées étant mieux compris. Enfin, la loi évolue et peut être complétée, et/ou l'application des lois existantes peut être étendue à de nouveaux cas et types de litiges.

³⁰ On s'intéresse ici au cas où le « processus de découverte » est parfait (chaque partie a accès au dossier de l'autre).

De façon évidente, ces changements qui interviennent avec le temps vont bénéficier aux derniers demandeurs pendant que les premières victimes éventuellement déboutées (en raison d'un manque de doctrine du côté des tribunaux : voir par exemple le cas des contaminations par l'amiante en France ; ou de lacunes juridiques) n'auront pas nécessairement la possibilité de rouvrir une procédure.

La question est alors de savoir si ces externalités informationnelles qu'il est souhaitable d'internaliser par les actions collectives, ne seraient pas manipulables, ce qui expliquerait les dérives observées aux USA.

3.4.4 Les actions collectives permettent-elles aux victimes de bénéficier de ces effets informationnels positifs en présence de rémunérations contingentes et/ou de dommages moyens ?

Considérons qu'un ensemble d'individus est victime d'un accident occasionné par le défaut de précaution d'un même offenseur.

S'il n'existe aucun mécanisme juridique du type action collective, les différentes plaintes seront examinées à l'occasion d'un grand nombre de procès successifs s'étalant dans le temps.

Si on conçoit le processus juridique comme un processus d'apprentissage avec des externalités informationnelles entre les victimes, alors les demandeurs entrant tardivement dans la résolution de leur litige ont un avantage informationnel sur les premiers demandeurs (externalités d'information positives). La seule façon pour ces derniers de pouvoir obtenir une part de cette rente informationnelle aurait été d'avoir la possibilité juridique d'initier une action collective à laquelle les demandeurs plus tardifs seraient venus s'agglomérer. Le partage de l'information entre les différentes victimes leur permettrait de réviser leur estimation de leurs chances de succès devant un tribunal (que l'offenseur soit condamné) mais aussi *initialement* de mieux apprécier l'opportunité d'initier une poursuite contre le défendeur ou pas.

Toutefois, la création de cette action collective, même si elle était juridiquement possible, reste conditionnée par deux éléments décisifs :

- quelle règle de dommage sera appliquée par les tribunaux ? Au cas où le défendeur est condamné, les victimes seront-elles indemnisées en fonction de leur dommage individuel, ou en fonction d'un indice représentatif du dommage de l'action collective (dommage moyen) ? On met en évidence que l'utilisation par le juge d'une

règle de compensation fixée au niveau du dommage moyen est déterminante, au sens où quel que soit le degré d'hétérogénéité des victimes, il existe toujours un degré de « damage averaging » qui permet la constitution de la « Class Action ».

- quelle règle de rémunération sera appliquée en faveur des avocats ? On montre que les « rémunérations contingentes » ou « conditionnelles » rendent les victimes neutres à l'arrivée d'information nouvelles au cours du processus judiciaire. Ceci a alors tendance à accroître le montant moyen des dommages obtenus par les victimes, mais a des effets ambigus sur le taux des recours.

Notre cadre d'analyse schématise un processus juridique. Deux types de demandeurs entrent de façon séquentielle dans la résolution d'un litige contre le même offenseur, avec la séquence suivante :

Etape 1 : Le demandeur P_i , ayant une demande/un préjudice « faible » à faire valoir (noté q_i) initie une procédure ; il peut choisir entre :

- une action individuelle (AI par la suite)
- une action collective (CA)

Etape 2 : Le demandeur P_j , avec un dommage plus important à faire valoir (noté $q_j \geq q_i$) initie un recours :

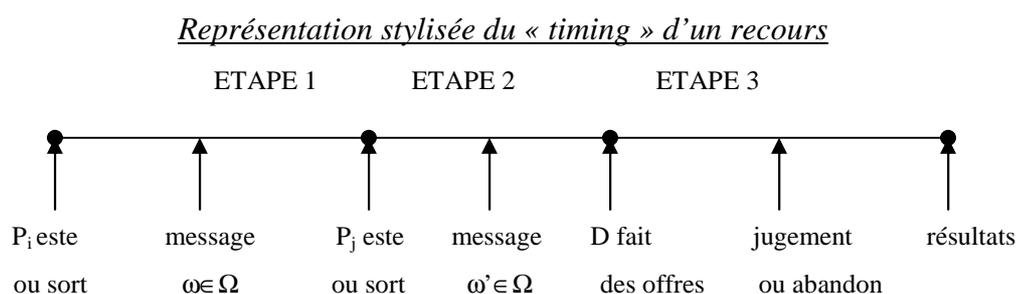
- soit il rejoint la CA
- soit il choisit lui-même une AI

In fine la CA ne peut exister si P_j est seul au cours d'une AI.

Etape 3 : Le défendeur fait une proposition d'arrangement amiable « à prendre ou à laisser »

- soit les différents demandeurs acceptent – les litiges sont alors résolus;
- soit ils rejettent l'arrangement amiable, et il y a procès

Dans le cas de recours purement individuels, c'est le cas de P_i qui est d'abord résolu par un tribunal.



Quelque soit le type de recours, ils occasionnent des dépenses pour les parties, qui sont de différentes natures ; principalement, il existe :

Des coûts (individuels) non récupérables:

Ce sont des coûts administratifs (constitution d'un dossier préliminaire pour l'avocat) ou des frais d'expertise, supportés avant de savoir si la plainte ira jusqu'à son terme, notés :

$$C > 0 \text{ pour une AI}$$

$$K < C \text{ pour CA}$$

Des dépenses (individuelles) judiciaires *stricto sensu* :

Si la plainte est effectivement engagée, le demandeur doit rémunérer son avocat pour les démarches faites en son nom et à chaque fois qu'il plaide devant le tribunal (on considère d'abord un système de rémunération fixe « à l'acte »), payer des redevances ou des taxes, réaliser de nouvelles expertises, qui sont notés :

$$C_p > 0 \text{ pour une AI}$$

$$K_p < C_p \text{ pour une CA}$$

En contrepartie, au cas où le défendeur est condamné par le tribunal, celui-ci applique une règle de dommage fixant la compensation accordée à la victime ; deux règles sont retenues :

- les dommages individuels pour une AI : q_i ou q_j
- les dommages moyens pour une CA : $Q = a q_i + (1-a) q_j$

Où « a » est la proportion des demandeurs du type q_i dans la population.

On fait l'hypothèse : $C_p < q_i < q_j$

Enfin, le statut informationnel des demandeurs évoluent une fois qu'ils entrent dans le processus de règlement du litige (le processus de découverte à la Shavell). Si initialement, ils ont la même anticipation (croyance) a priori sur la responsabilité du défendeur, notée p_L , celle-ci est révisée avec l'arrivée de nouvelles informations (preuves, expertises etc. : appelés « messages » comme il est usuel en analyse économique, notés w, w', w'' etc.).

- les premiers demandeurs peuvent réviser leur opinion sur une quantité d'information limitée (un nombre de « messages » réduits), et obtenir une nouvelle croyance sur la responsabilité du défendeur, notée : $\pi_i(L|w)$;

- les demandeurs qui poursuivent le défendeur en second obtiennent plus d'informations (plus de messages), et ont donc une croyance *a posteriori* plus précise que les premiers, notée $p_j(L|w, w')$;

- lorsqu'une CA est constituée, les demandeurs qui l'ont initiée peuvent « changer » leurs croyances $p_i(L|w)$ contre celles des demandeurs tardifs $p_j(L|w, w')$ qui sont plus précises (informatives à la Blackwell), puisqu'ils disposent alors du même type d'information.

Un premier résultat important – concernant des demandeurs rationnels même s'ils disposent d'une information initiale limitée – énoncent que :

- **Résultat 1 :**

- 1. L'information n'a de valeur pour les demandeurs que si elle est susceptible d'apporter à la fois des bonnes et des mauvaises nouvelles.**
- 2. Elle leur permet alors de prendre des décisions plus efficaces quant à la poursuite de leur action.**

Si à l'étape initiale de la procédure – avant le premier conseil d'un avocat, les demandeurs anticipent qu'ils ne peuvent obtenir que de bonnes nouvelles, l'information n'a aucune valeur, et les demandeurs prennent leur décision de poursuivre le défendeur sur la base de leurs croyances *a priori* : si elles sont optimistes, ils intentent une action ; sinon, ils renoncent.

Le résultat signifie que les externalités informationnelles positives évoquées précédemment ne peuvent apparaître et jouer que si les demandeurs sont face à la certitude, qu'au cours du processus de découverte, ils peuvent obtenir des bonnes comme des mauvaises nouvelles. Si seules des bonnes nouvelles sont possibles, il n'y a plus d'externalités informationnelles. La constitution d'une action collective n'apporte alors aucun autre avantage que le partage des coûts judiciaires.

Le deuxième porte sur la constitution de l'action collective :

- **Résultat 2 :**

Une condition suffisante pour que l'action collective soit entreprise est que l'agrégation des plaintes pour les demandeurs apporte au moins une bonne nouvelle et que la

proportion de « petites victimes » soit inférieure à un seuil qui dépend de la structure des coûts et de la valeur des pertes des victimes :

$$(C1) : p(L|w,w') > (C_p + C) / q_i$$

$$(C2) : a \leq a^* = (C_p - K_p) / [p(L|w,w')(q_j - q_i)]$$

La conséquence de ce résultat est plus parlante : l'action collective sur l'initiative des « petites victimes » n'est intéressante pour les « grandes victimes » que si les premiers ne sont pas trop nombreux; le tribunal utilisant une règle de dommage moyen qui agrège la valeur des plaintes des uns et des autres, les porteurs de demandes élevées n'accepteront la participation à l'action collective que dans la mesure où la réduction de la compensation qu'ils encourent (par rapport à une action individuelle) est compensée par une baisse significative des coûts judiciaires.

- **Résultat 3 :**

- 1. Les rémunérations contingentes ou conditionnelles rendent les demandeurs neutres à l'arrivée d'information en cours de procédure.**
- 2. Elles tendent aussi à accroître les paiements proposés par le défendeur dans une procédure amiable avec les membres de l'action collective.**

Avec le système des paiements contingents, les avocats des victimes reçoivent une rémunération proportionnelle au montant du dédommagement qu'ils obtiennent pour leur client ; dans le cas de paiements conditionnels, ils reçoivent un revenu fixe mais seulement au cas où leur client voit sa demande reconnue par le tribunal (la rémunération est conditionnelle au succès de la procédure). De la même façon, que les paiements contingents et/ou conditionnels permettent de rendre les demandeurs neutres au risque d'échec de la procédure, en transférant ce risque sur l'avocat, ils immunisent les demandeurs vis-à-vis de la qualité des informations qu'ils pourraient recevoir. Ceux-ci vont alors au bout de la procédure, ce qui incite le défendeur à augmenter ses offres de dédommagement en cas d'arrangement amiable, de façon à éviter les coûts du procès.

En d'autres termes, les paiements contingents comme les paiements conditionnels empêchent les demandeurs de bénéficier des externalités informationnelles.

- **Résultat 4 : Par rapport à un système de rémunération fixe « à l’acte » des avocats,**
 1. **les paiements conditionnels dissuadent d’avantage les détenteurs de demandes élevées d’adhérer à l’action collective – la proportion de porteurs de petite demande doit être d’autant plus faible.**
 2. **ils dissuadent aussi d’autant plus les porteurs de petites demandes que les coûts non récupérables (K) sont élevés.**

Les rémunérations conditionnelles impliquent pour les porteurs de demandes élevées que le gain net en rejoignant l’action collective ($Q - Kp$) n’est supérieur au gain net d’une action individuelle que si la proportion « a » est faible ; mais pour les porteurs de petites demandes, l’action collective ne devient profitable que si le gain ex ante est supérieur au coût irrécupérable K: plus K est grand, plus le gain ex ante doit être élevé pour inciter les petites victimes à initier l’action collective.

- **Résultat 5 : Par rapport à un système de rémunération fixe « à l’acte » des avocats :**
 1. **les paiements contingents dissuadent d’avantage les détenteurs de demandes élevées d’adhérer à l’action collective lorsque les économies d’échelle sur les services des avocats ($Cp - Kp$) sont importantes.**
 2. **ils dissuadent aussi plus les porteurs de petites demandes.**

Les mécanismes expliquant ces effets sont identiques à ceux du cas précédent.

Conclusions :

- Cette étude montre que les “contingent fees” comme les “conditional fees” utilisées aux USA pour rémunérer les avocats empêchent les demandeurs de bénéficier des externalités informationnelles permises normalement par le partage de l’information.
- Il peut alors en résulter une dissuasion excessive des petites demandes portées par des demandeurs initialement pessimistes (“frivolous claims”), ce qui tranche avec certaines analyses de cette question.
- Néanmoins, nous avons montré que les seuils de dissuasion dépendaient des niveaux atteints par les coûts fixes non récupérables supportés par les demandeurs.

Les études empiriques insistant sur les dérives de la pratique des actions collectives aux USA, se basaient sur les niveaux des coûts judiciaires ; notre travail fait cependant apparaître que des études sur la déformation de la structure de ces coûts (entre les coûts engagés avant et les coûts supportés après l'entrée dans le processus judiciaire) seraient essentielles pour clarifier le débat.

- Il est aussi important de souligner que notre étude donne un rôle de première importance aux règles de dommage (d'indemnisation) appliquées par les tribunaux dans le cas de recours collectifs – les règles basées sur une estimation du dommage moyen de l'ensemble des plaintes agrégées au sein du recours collectif, pouvant induire l'exclusion des porteurs des plus grosses demandes. Il est à noter que cet effet contraste aussi avec l'effet de sélection adverse mis en avant par les analyses des utilisations stratégiques des actions collectives de la part des porteurs de grosses plaintes qui auraient tendance à exclure les petits dommages.
- Cet effet pervers est amplifié par l'utilisation des « contingent fees » ou des « conditional fees ».

4. LES RISQUES COLLECTIFS : TYPOLOGIE, PERCEPTION INDIVIDUELLE, ACCEPTABILITE SOCIALE ET PRISE EN CHARGE

Notre réflexion dans ce domaine a privilégié trois directions complémentaires :

1/ D'abord, proposer une définition de la notion de risque collectif et dresser une typologie, en identifiant la spécificité de ces risques par rapport aux « risques individuels » auxquels les économistes se sont plus communément intéressés. Si les risques collectifs peuvent être d'origine naturelle, l'action humaine s'avère un facteur aggravant dans de nombreux cas de figures (coulées de boue, inondations, affaissements de terrains sur d'anciens sites miniers) quand l'activité humaine n'est pas le seul facteur à l'origine de l'accident (pollutions, accidents industriels type AZF, problème de santé publique, terrorisme). Ainsi, une réflexion sur les risques collectifs est indissociable d'une réflexion sur la responsabilité individuelle voire la responsabilité collective et/ou publique - l'idée de responsabilité s'entendant ici dans son acception la plus large : l'origine du sinistre est liée à une ou des décisions humaines. L'apparition de ce que l'on appelle les « nouveaux risques » met notamment la question du progrès technique au centre du débat, avec le corollaire de l'acceptabilité sociale des risques collectifs, notamment dans le cas du risque d'innovation et de développement.

2/ Les risques collectifs sont par nature associés à des petites probabilités (par unité de temps) et à des sinistres représentant des montants monétaires très élevés, voire à des pertes humaines éventuellement (mais pas seulement) importantes : ce sont des risques (aux conséquences) catastrophiques. De tels risques sont aussi caractérisés par des biais de perception ou des biais d'information. Ceci rend leur gestion techniquement plus délicate que pour les risques individuels, à la fois pour les victimes potentielles, les assureurs et le régulateur. Les études empiriques montrent que, de façon significative, ces risques sont en pratique sous-assurés : soit ils donnent lieu à une demande d'assurance insuffisante (premier type d'imperfection du marché de l'assurance), soit ils sont non-assurables, les compagnies s'étant désengagées du segment concerné après une succession d'années désastreuses (second type d'imperfection du marché de l'assurance). La couverture de ces risques par les mécanismes de l'assurance suppose alors de définir les schémas d'indemnisation les plus

adaptés au partage du risque entre les assurés et les compagnies d'assurance, de sorte que les effets d'éviction de l'assurance soient limités ou que ces risques deviennent assurables. La littérature économique s'étant peu intéressée jusqu'à présent à cette question des risques collectifs, nous développons des analyses théoriques originales destinées à évaluer l'impact des événements associés à de petites probabilités et/ou à des biais de perception des risques sur la forme des contrats d'assurance optimaux. La nature catastrophique de tels risques nécessite aussi de prendre en compte la capacité d'absorption limitée du marché de l'assurance - les contraintes financières des assureurs -, et pose pour le régulateur la question du choix entre la solidarité et l'assurance.

3/ On est naturellement conduit à s'interroger sur la dimension juridique des risques collectifs, mais pas uniquement du point de vue plus technique des possibilités de recours dont disposent les victimes (notamment de la possibilité/désirabilité des actions collectives ou la perspective de procès séquentiels) : la question qui est aussi posée est celle de la place de la règle de droit dans l'ensemble des instruments d'incitation en faveur du développement de certaines activités, de prévention et d'indemnisation des risques collectifs. L'analyse économique du droit s'est jusqu'à présent intéressée essentiellement aux risques individuels, et la comparaison des règles de responsabilité (responsabilité stricte, pour faute, responsabilité limitée) a été réalisée dans des contextes variés (accidents unilatéraux ou bilatéraux) où les possibilités d'assurance étaient étendues. Il reste à étudier les effets respectifs des différentes formes de responsabilité, en présence de risques mal connus, lorsque les possibilités d'assurance ou plus généralement de transferts de risques (via les marchés financiers) sont restreintes. Par ailleurs, il convient de s'interroger sur le paradoxe que constitue le fait que le législateur, d'un côté, ait favorisé l'extension de la règle de responsabilité limitée - réputée favoriser l'investissement dans le domaine des activités socialement utiles et valorisées, mais risquées pour l'entrepreneur individuel - et que de l'autre, il s'oriente vers l'adoption de règles de responsabilité plus strictes dans le domaine des nouveaux risques (mal connus, émergent, associés à l'innovation et le développement). De même, il convient de s'interroger sur l'adaptabilité de la règle de droit à la connaissance de ces risques, sur le rôle de la jurisprudence, etc., dans une perspective de gestion à long terme de ces risques. Potentiellement, l'utilisation de la règle de droit dans le but d'internaliser certains risques et notamment ceux qui sont au cœur des mécanismes de la croissance économique contemporaine (l'investissement dans les secteurs de l'innovation, des nouvelles technologies etc.) peut

apparaître elle-même comme source d'incertitude, à la fois collective et non-assurable. Ceci constitue un dilemme pour le législateur.

4.1. DE LA NOTION DE RISQUE INDIVIDUEL A LA NOTION RISQUE COLLECTIF

A strictement parler, la notion de risque collectif n'a pas reçu une attention particulière dans les travaux des économistes et n'a donc pas été l'objet de développements théoriques spécifiques jusqu'à une date récente. L'analyse économique du risque s'est davantage consacrée à la notion de risque microéconomique/individuel par opposition à celle de risque macroéconomique/social, distinction qui recoupe une catégorisation encore mieux comprise entre d'un côté des risques assurables ou diversifiables, et de l'autre des risques non diversifiables. Cette approche correspond à ce que l'on appelle le modèle standard de l'analyse économique du risque, qui a contribué de façon utile et pertinente à la compréhension du fonctionnement des marchés de l'assurance et l'évaluation des différentes règles de responsabilité. Nous rappelons dans un premier temps ses principales caractéristiques et en quoi il peut nous fournir la base conceptuelle pour une définition restrictive du concept de risque collectif.

Toutefois, depuis moins d'une dizaine d'années, les sociétés occidentales en particulier ont connu une succession d'événements catastrophiques, qu'ils soient d'origine naturelle ou d'origine humaine (tempêtes, inondations, accidents industriels...). Simultanément, on a observé un net changement d'attitude de la société vis-à-vis de la prévalence de certains risques (environnementaux, sanitaires, technologiques etc.), qui a été à l'origine du renouveau de la réflexion tant sur la question de la prévention des risques (notamment via l'émergence du concept de précaution) que sur celle portant sur la notion de risque catastrophique. En théorie, ceci s'est traduit par une remise en cause au moins partielle du modèle standard qui n'apparaît plus adapté à une nouvelle demande sociale de protection face aux risques potentiellement catastrophiques. En pratique, notamment aux USA, ceci a conduit à ce que les citoyens sollicitent de façon plus importante l'institution judiciaire comme autorité pertinente de contrôle et de partage *ex-post* des risques. Nous montrons en quoi ceci nous conduit à admettre une définition plus large de la notion de risque collectif.

4.1.1. Le modèle standard d'analyse du risque

L'analyse standard de risque procède en trois étapes. Dans un premier temps, il s'agit d'évaluer au cas par cas chaque risque de façon à en identifier précisément la chaîne causale. Dans cette perspective, cette démarche ne se concentre que sur des risques qui sont connus (au sens où il existe en l'occurrence une expérience passée) et avérés (au sens où les relations entre les causes et les effets négatifs ne sont plus à établir). En outre, puisqu'elle vise à être opérationnelle, elle aboutit à une évaluation quantitative des risques potentiels : d'un côté, l'estimation des dommages potentiels en fonction du degré d'intensité de réalisation du risque (dommages matériels, financiers, humains); de l'autre, l'évaluation de la probabilité d'occurrence du risque, selon son degré de gravité ou d'intensité. Cette étape est centrée sur l'identification des sinistres « statistiquement fréquents », ce qui relève d'un travail d'expertise « objective » : l'expert, qui est un acteur extérieur au sinistre, procède à une évaluation rationnelle en recherchant l'information pertinente sur le sinistre (causes connues, conséquences observables). A contrario, il n'y a pas de place pour les biais de représentation individuels ou collectifs.

Dans un second temps, il s'agit d'apprécier le degré de contrôle possible du risque. Notamment, dans quelle mesure les comportements individuels ont-ils un effet aggravant sur le sinistre ? Quelles sont les actions individuelles qui peuvent avoir un impact sur la fréquence du sinistre ? Quelles sont celles qui conditionnent la gravité du sinistre ? Existe-t-il des phénomènes d'interdépendance des actions individuelles ? Quelles sont les actions qui en revanche découlent des décisions du régulateur ou du législateur ? Cette phase qui permet en d'autres termes d'identifier le degré d'implication des actions humaines, et par conséquent le niveau de responsabilité humaine, débouche sur la définition des mesures de prévention destinées à contrôler le risque *ex-ante*. On présuppose que lorsque les individus reçoivent non pas une information pertinente mais lorsqu'ils reçoivent des incitations efficaces, alors ils sont en mesure de prendre des actions elles-mêmes efficaces pour réduire la fréquence et l'importance des sinistres lorsque cela est possible.

La mise en place de ces incitations à la prévention est réalisée soit par l'adoption de règles ou de normes contraignantes dont le respect est contrôlé *ex-ante* par l'obtention d'une certification ou d'un agrément etc. ; *ex-post* par l'application de sanctions en cas de fraude ou

d'infraction ; soit via les mécanismes de gestion et de prises en charge de ces risques (indemnisation ; financement) qui constitue la troisième étape de l'analyse.

Dans la troisième phase, il s'agit de trouver les solutions les plus adéquates au problème du partage des risques, c'est-à-dire de la répartition de coût monétaire des sinistres effectifs. Deux logiques s'affrontent. D'un côté, une logique assurantielle où ce sont les victimes potentielles elles-mêmes qui ex-ante se prémunissent contre les risques auxquels elles sont exposées, et financent les indemnités qui vont être versées ex-post aux individus qui seront effectivement touchés par un sinistre. La mutualisation des risques à lieu ex-ante, au sein d'un groupe limité aux victimes potentielles elles-mêmes. D'un autre côté, il existe aussi une logique de solidarité qui organise ex-post un transfert de risque des victimes vers un tiers, en général la collectivité nationale.

Les mécanismes d'assurance utilisés dans les sociétés développées intègrent différents instruments alliant responsabilisation et incitation à la prévention individuelle, qui visent à organiser un partage efficace des risques au coût le plus faible pour la collectivité, notamment en réduisant la fréquence de la sinistralité. En Europe, si ceux-ci ont toujours été présents et n'ont pas cessé de se raffiner dans le cadre des assurances privées (segment assurance IARD ou assurance vie), ils commencent seulement à être aussi intégrés dans le cadre des assurances publiques (par exemple en France : couverture maladie, chômage etc.). Depuis leur création après la seconde guerre mondiale en effet, ce sont les régimes d'assurance sociale obligatoires qui ont eu pour tâche de couvrir des risques dits sociaux ou macroéconomiques, considérés par nature comme non assurables, et pour lesquels c'est une logique redistributive qui a été privilégiée.

Au total, les outils de gestion et de prévention des risques qui ont été progressivement mis en place dans les sociétés occidentales constituaient des réponses adaptées à des risques purement individuels. Si la population de victimes potentielles est suffisamment importante (pour que joue la loi des grands nombres), mais qu'à chaque période la proportion effective de victimes est faible et stable (la corrélation des risques individuels est faible et indépendante dans le temps), alors il est relativement aisé de prévoir le coût des sinistres qu'il faudra prendre en charge à chaque période. En même temps, il est possible d'infléchir le comportement des victimes potentielles, soit dans le cadre de règlements ou de lois, soit par le biais de campagnes publiques de sensibilisation (actions de prévention collective), soit au travers des mécanismes

d'assurance eux-mêmes (franchises, système de bonus-malus, etc.) incitant à la prévention individuelle.

4.1.2. Une définition de la notion de risque collectif

Il est possible de proposer une définition de la notion de risque collectif qui apparaît comme une simple extension de la notion de risque individuel et qui suppose que certaines circonstances associées à l'occurrence des risques individuels soient réunies. Ainsi, un risque collectif correspond à la réalisation d'un événement adverse qui relève de la catégorie des phénomènes qui sont connus (au sens précédemment défini : il existe une expérience passée) et avérés (idem : les relations entre les causes et les effets négatifs ne sont plus à établir), et qui entraînent un sinistre dont le coût collectif est important, qu'il s'agisse du nombre instantané de vies humaines perdues ou du montant des dommages corporels et matériels occasionnés. En ce sens, le dommage qui résulte d'un risque collectif, lui, est catastrophique, puisque d'un côté le nombre de victimes est important, et de l'autre les effets cumulés des pertes encourues aussi bien par les individus que par la collectivité (dommage aux infrastructures publiques) atteignent des montants monétaires élevés.

Dans cette perspective, l'exemple typique du risque collectif est celui qui est associé à la réalisation d'un accident dont les conséquences sont catastrophiques. Il peut être d'origine naturelle (tempête, tremblements de terre, inondations etc.) ou humaine (accident industriel – Bhopal, Tchernobyl, AZF ; accident sur un site public – Tunnel du Mont Blanc, Furiani ; accident de transport – catastrophe aérienne ; pollutions).

Toutefois, cette définition n'est pas totalement satisfaisante, et il convient de la compléter au moins sur un point :

- le fait qu'il y ait un grand nombre de victimes n'est pas suffisant pour décider du caractère collectif du risque : ainsi, pour fixer une échelle de comparaison, les accidents de la circulation, en France, correspondent à une des premières causes de mortalité des 19-25 ans³¹ ; ils représentent aussi pour les assureurs un coût des sinistres cumulés très important³² ; pour autant, il ne s'agit pas d'un risque collectif.

³¹ Pour donner un autre ordre de grandeur, plus de 60% des accidents de travail mortels sont dus à des accidents de la route.

³² En 1999, le coût des accidents de la route a été de 82 milliards de FF pour les compagnies d'assurance ; en comparaison, le coût global de la tempête de l'hiver 1999 en France, s'est élevé à 45 milliards de FF, dont un peu plus de la moitié a été prise en charge par les assureurs.

- en revanche, l'existence d'une forte corrélation des risques individuels est déterminante pour qu'il soit question d'un risque collectif.

En d'autres termes, un accident de la route ne devient collectif que dans le cas particulier où il implique plusieurs véhicules.

La corrélation des risques individuels peut résulter de la simultanéité des dommages individuels : en ce sens, il s'agit d'une corrélation instantanée, et le risque collectif appartient à la catégorie des événements rares (sa probabilité d'occurrence par unité de temps est très faible) qui ont en même temps une gravité exceptionnelle. Plus généralement, la forte corrélation des risques individuels peut s'expliquer par des effets en chaîne qui tiennent à la concentration et à l'interconnexion (mise en réseau) croissante des activités humaines. Dans ce cas, il est primordial d'évaluer les effets de diffusion à la fois dans l'espace et dans le temps.

Cette dernière caractéristique est centrale dans la notion de risque collectif, notamment parce qu'elle pose un problème spécifique quant à l'adoption des mécanismes de partage des risques les mieux adaptés : doit-on recourir à la solidarité *ex-post* ? S'agit-il de risques assurables de façon plus classique ?

Si la question est sans objet par exemple dans le cadre des accidents de la route impliquant des véhicules privés (les mécanismes habituels d'assurance individuels y compris la responsabilité civile pour les dommages aux tiers sont opérationnels) ou pour les accidents industriels, elle est saillante pour des risques traditionnellement associés à des phénomènes naturels ; elle se pose aussi avec l'apparition de nouveaux risques (risque associé à l'usage des nouvelles technologies, risque d'attentat, etc.). Par rapport à l'analyse standard du risque, où le paramètre déterminant est la fréquence de l'événement, l'enjeu essentiel est déplacé vers l'appréciation du caractère global du risque et de l'ampleur des dommages. De ce point de vue, les catastrophes naturelles comme les catastrophes humaines soulèvent les mêmes problèmes. Alors que pour les assureurs, l'actualisation des informations pertinentes (probabilités des événements, montants des sinistres) est fondamentale, les risques catastrophiques posent un problème ardu : à partir de quel moment la réalisation de tels événements apporte-t-elle une information sur le changement de la fréquence de leur occurrence³³ ? En quoi, le montant des

³³ R. Zeckhauser, « Insurance and catastrophes », *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1995; W. Viscusi, « Insurance and catastrophes: the changing role of the liability system », *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1995. A la limite, si l'horizon d'évaluation est suffisamment long, la question de la fréquence de l'événement catastrophique est réglée de façon drastique : dans certaines zones sismiques par exemple, compte tenu de

sinistres lors d'une catastrophe permet-il d'affiner l'évaluation des conséquences des catastrophes à venir ?

4.2. LES RISQUES COLLECTIFS ET LES MECANISMES DE L'ASSURANCE

La succession d'événements catastrophiques dans les pays les plus développés au cours de deux dernières décennies a conduit à renouveler les réflexions sur la notion d'assurabilité. D'un côté, la conception restrictive selon laquelle pour qu'un risque soit assurable, il est fondamental que l'on puisse évaluer la fréquence des sinistres et l'indépendance des risques individuels, cède la place à l'idée qu'un risque est assurable dès lors que les parties en présence sont capables de trouver un accord *ex-ante* sur les modalités de transfert du risque en cas de sinistre³⁴. D'un autre côté, des innovations techniques ont été introduites sur les marchés d'assurance, de façon progressive et expérimentale, pour rendre pérenne la prise en charge des sinistres catastrophiques par les compagnies d'assurance en garantissant leur solvabilité. Aux mécanismes classiques d'assurance/réassurance, se sont ajoutés soit des fonds de compensation publics, soit la création d'actifs financiers spécifiques émis par les compagnies d'assurance, conduisant à une titrisation partielle de la couverture des risques catastrophiques³⁵. Evaluer si ces schémas sont adaptés à la prise en charge des risques collectifs est une étape essentielle de notre réflexion.

4.2.1. Préliminaires : l'argument de « la société du risque »

Une question se pose en préalable : au regard des sommes de plus en plus importantes qui sont consacrées à la couverture des sinistres par les pays développés, est-on en droit d'affirmer que dans les sociétés modernes, les individus sont exposés davantage à des risques qui sont à la fois de plus en plus graves et de plus en plus nombreux ?

L'analyse de l'impact des effets richesse sur la demande d'assurance individuelle a longtemps été jugée comme fondamentale pour interpréter les évolutions que traduisent les

l'expérience passée et de la connaissance scientifique accumulée, la probabilité d'un événement majeur tend vers 1 ; alors que la probabilité instantanée (ou par unité de temps) est très faible.

³⁴ C. Gollier, « L'assurabilité des risques », *Risque – Revue de l'Assurance*, 1995.

³⁵ W. Jaffee et K. Russel, « Insurance and catastrophes: the role of financial markets », *Journal of Risk and Insurance*, 1996.

statistiques, quant au fait de savoir si les sociétés modernes sont plus risquées, ou au contraire moins risquées qu'il y a un siècle.

En fait, l'impact de l'enrichissement sur la demande de protection se manifeste principalement de deux façons : d'une part les dépenses individuelles et collectives augmentent avec l'enrichissement individuel et collectif, et d'autre part, plus le risque statistique de mortalité diminue en raison du progrès technique et de l'amélioration de l'état sanitaire de la population, moins la perte d'une vie humaine réelle est supportable. Sur le premier point, l'analyse économique de l'assurance a longtemps cru à l'existence d'un paradoxe empirique ; alors que le cadre théorique de référence³⁶ permettait de conclure que sous des hypothèses habituellement admises comme raisonnables, notamment l'hypothèse selon laquelle la propension à prendre des risques qui caractérise un individu est d'autant plus importante que sa richesse est élevée³⁷, la demande d'assurance déclinait avec la richesse, les observations empiriques montraient qu'au niveau microéconomique, l'accroissement de la richesse d'un individu s'accompagnait de l'extension de sa demande d'assurance, pendant qu'au niveau macroéconomique, le développement et la croissance économique d'un pays s'accompagnaient d'un élargissement des capacités et possibilités d'assurance. Ce paradoxe apparent peut s'expliquer en recourant à deux types d'arguments.

Le premier peut être admis sans qu'il soit nécessaire de remettre en cause le cadre d'analyse standard (tant pour ce qui est de l'analyse de risque, que celle de la demande d'assurance). L'explication la plus immédiate est que la valeur des biens assurés dépend elle-même de la richesse ; autrement dit, si l'extension des dépenses d'assurance individuelles et collectives accompagne l'augmentation de la richesse, c'est tout simplement parce que la valeur des biens qui sont couverts par des contrats d'assurance augmente.

Cet argument est fondé empiriquement, dès lors que l'on observe qu'à intensité identique, les catastrophes naturelles au début du siècle dernier ont eu un coût économique beaucoup plus faible que celles enregistrées à la fin du siècle, et notamment dans la dernière décennie – et en premier lieu, pour les assureurs eux-mêmes. Les récents tremblements de terre enregistrés en Californie ont été plus destructeurs que ceux du début du siècle non pas parce

³⁶ Y. Mossin, «Aspects of rational insurance purchasing », *Journal of Political Economy*, 1968.

³⁷ Hypothèse dite de la décroissance de l'aversion absolue au risque avec la richesse, formulée initialement par K. Arrow dès 1958.

que leur intensité s'est révélée plus forte, mais parce qu'ils se sont produits dans des zones urbanisées, où la concentration du peuplement et de l'activité humaine s'est accélérée³⁸.

Le second argument nécessite un réaménagement du cadre conceptuel de référence habituellement utilisé par les économistes pour traiter les problèmes d'assurabilité, et nous ramène à la question de l'acceptabilité sociale des risques. C'est une question complexe, puisque de nombreux aspects peuvent servir de piste de recherche, et toutes les sciences sociales ont proposé leur vision. L'idée générale est que l'attitude vis-à-vis du risque dépend de paramètres variés, et pas seulement de la richesse financière, dans la mesure où le bien-être individuel est fonction aussi de variables plus qualitatives telles que l'état de santé, l'éducation (le capital humain) ; etc. En outre, la modélisation de la perception individuelle des risques doit être enrichie pour tenir compte à la fois de variables sociologiques³⁹, ou des problèmes de biais inévitables de perception individuelle des risques venant de l'information limitée des individus, de la rationalité limitée des individus ou de l'interaction entre les émotions et l'analyse des risques⁴⁰. Enfin, on sait que d'un côté certaines catégories socioprofessionnelles, et/ou certaines catégories d'âges se révèlent adopter des comportements à risques spécifiques, et que de l'autre, si de façon générale les individus acceptent de supporter certains risques, ils se révèlent au contraire particulièrement sensibles à la plupart des risques auxquels ils sont confrontés d'une façon ou d'une autre au long de leur vie.

Au total, loin de se réduire avec l'accroissement de la richesse, la demande de couverture contre les risques tend à s'accroître parce que certaines catégories de risques apparaissent de façon particulièrement saillante comme indésirables, autant en raison des dommages effectifs qu'ils entraînent, mais en raison de déterminants largement subjectifs qui font qu'à un moment donné, un groupe d'individus potentiellement victimes estiment qu'il n'est plus acceptable de supporter ces risques. Notamment, les aléas touchant à la santé et à l'environnement rentrent dans cette catégorie.

³⁸ A contrario, le dernier tremblement de terre qui a eu à Bam en Iran, a fait officiellement 31 000 victimes ; seuls, les tremblements de terre qui, selon les sismologues, menacent de se produire à un horizon de 30 ans au Japon, seraient susceptibles de faire autant de victimes, en raison des raz de marée qu'ils provoqueraient.

³⁹ Un exemple est proposé par P. Peretti-Watel, « La crise de la vache folle : une épidémie fantôme. », *Sciences Sociales et Santé*, 2001 ; P. Peretti-Watel, « La conduite automobile : un objet de recherche sociologique ? » miméo 2002 .

⁴⁰ On peut consulter la synthèse de Lowenstein et alii « Risk as feeling » miméo 2002 .

Deux types d'observations corroborent cet argument, en ce qui concerne la prévalence des risques dans les sociétés occidentales :

1. depuis un siècle, il apparaît sans ambiguïté un trend décroissant dans les taux de mortalité, tous risques confondus (santé, accidents, etc.), dès lors que sont lissées les évolutions de court/moyen terme⁴¹,
2. les plus grands sinistres de ces dix dernières années, comparés à ceux enregistrés au cours du siècle passé, se sont en fait avérés beaucoup moins coûteux en terme de vies humaines qu'en terme de dommages matériels⁴².

Il apparaît en fait que le nombre de victimes humaines et l'ampleur des dommages matériels, occasionnés lors de catastrophes, évoluent au cours du XXème siècle de façon inverse dans les pays développés. Si les plus grands sinistres, rapportés à ceux du début du siècle sont économiquement coûteux, en revanche, le nombre de décès est beaucoup plus faible. Ces évolutions révèlent qu'à mesure qu'une société se développe et s'enrichit, la valeur qu'elle attribue à la vie humaine augmente. Avec pour conséquence essentielle que moins les risques sont meurtriers, moins la perte d'une vie humaine réelle est supportable⁴³.

4.2.2. Les techniques de couverture individuelle d'assurance sont-elles adaptées ?

Peu de travaux théoriques ont été consacrés dans la littérature⁴⁴ à la question de la forme optimale des contrats d'assurance destinés à couvrir les risques catastrophiques. En substance, il a été simplement suggéré d'introduire des clauses additionnelles, sans que soit remis en cause le schéma d'indemnisation de base.

L'un des résultats les mieux établis de l'analyse économique des comportements en matière d'assurance, dans le domaine des risques individuels, est donné par le théorème de

⁴¹ Voir à ce propos : W. Viscusi, J. Vernon et J. Harrington, in *Economics of Regulation and Antitrust*, chapitre 19: « The emergence of health, safety and environmental regulation », MIT Press 2000; B. Majnoni d'Intignano *Economie de la santé*, PUF, 2001.

⁴² W. Viscusi, « Insurance and catastrophes: the changing role of the liability system », *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1995.

⁴³ J. Pratt et Zeckhauser, « Wealth effects and the value of life », *Journal of Political Economy*, 1994.

⁴⁴ Mahul (1998, 2000) étudie la forme des contrats couvrant les risques d'inondation, mais reprend les hypothèses usuelles de la littérature : la distribution du sinistre est parfaitement lisse, et l'assureur n'est pas contraint financièrement.

Arrow⁴⁵ qui établit (en résumant) « la supériorité des contrats d'assurance comportant une clause de franchise sur les contrats de co-assurance pure ». La robustesse de ce résultat important a été étendue sous des hypothèses très variées concernant la forme des coûts de l'assureur (Raviv (1979), Spaeter (1996)), la représentation des préférences individuelles (Dupuis et Langlais (1997), Jeleva (1997), Dana (2000)) etc.... Sa validité normative s'explique par le fait que tout contrat de co-assurance peut être vu comme représentant un accroissement de risque au sens de Rothschild et Stiglitz (Gollier et Schlesinger (1998), Vergnaud (1997)) par rapport à un contrat de franchise : dès lors, il est intuitif de penser que des assurés riscophobes préféreront toujours un niveau positif de franchise en échange d'une meilleure couverture d'assurance sur les sinistres de montant plus élevés. Les résultats à la Arrow-Raviv suggèrent aussi la neutralité du contexte⁴⁶ sur les choix de couverture d'assurance - seule importerait l'information relative à la distribution du risque, qui conditionne principalement la tarification des contrats d'assurance.

La couverture individuelle des risques catastrophiques relèverait donc de la même philosophie, à quelques ajustements près. Certains auteurs (Zeckhauser (1995)) ont ainsi suggéré que soient introduits des schémas d'indemnités basés à la fois sur des franchises élevées et des plafonds de couverture⁴⁷, de sorte que la solvabilité de l'assureur soit garantie. Toutefois, on peut douter de la pertinence théorique comme de l'efficacité pratique de ces mécanismes. Ainsi, de nombreux résultats expérimentaux (Kahneman et Tversky (1979), Kunreuther et alii (1993), Ditzler et Willinger (2003)) remettent en cause la validité descriptive de ces prédictions théoriques, et montrent au contraire que les choix exprimés expérimentalement relativement à différentes structures de contrats d'assurance (franchise versus co-assurance) révèlent un rejet des clauses de franchise et une préférence pour la co-assurance.

Par ailleurs, l'analyse de l'impact des réformes des systèmes de protection du risque santé (que ce soit dans le cadre de régimes publics d'assurance sociale ou de régimes privés d'assurance individuelle ou collective) montre que l'introduction de mécanismes du type

⁴⁵ Arrow (1963) démontre le résultat suivant "if an insurance company is willing to offer an insurance policy against loss desired by the buyer at a premium which depends only on the policy's actuarial value, then the policy chosen by a risk-averting buyer will take the form of 100 percent coverage above a deductible minimum".

⁴⁶ En un sens, ce résultat de neutralité reflète aussi l'une des caractéristiques du critère d'évaluation des perspectives risquées habituellement utilisé dans la littérature (le modèle d'Espérance d'Utilité) qui postule l'indépendance des choix par rapport aux états non pertinents. En d'autres termes, peu importerait pour les agents le contexte général de la décision : les préférences ne doivent s'exprimer que par rapport aux probabilités et aux paiements auxquels elles sont associées dans les options de choix qui s'offrent aux agents. A fortiori, il devient légitime d'évaluer la pertinence de critères alternatifs du type modèles « d'utilité non-espérée » ; cf infra.

⁴⁷ Cummins et Mahul (2004) analysent les caractéristiques de la demande individuelle d'assurance face à ces schémas d'indemnisation.

franchise (tickets modérateurs) engendre notamment des phénomènes d'éviction importants : en d'autres termes, la recherche des incitations financières serait donc très efficace mais avec des effets pervers extrêmement importants. Dans le même ordre d'idées, aux Etats-Unis, le risque sismique suscite une demande de couverture notoirement insuffisante ; en France, la majorité des exploitants forestiers n'est pas assurée face au risque de tempête (Perron (2004)).

Ainsi, une réflexion doit être menée sur la perception des risques collectifs, et sur la communication des informations pertinentes concernant ces risques, que ce soit par les pouvoirs publics ou par les assureurs eux-mêmes. Le fait bien connu que certains ménages ou entreprises renoncent à s'assurer face à certains types de risques catastrophiques après une succession de bonnes années (sans expérience de sinistre), puis reviennent tout aussi ponctuellement immédiatement après qu'un sinistre les ait touchés, suggère à la fois des problèmes de perception des petits risques conjugués à une mauvaise compréhension des mécanismes basiques de l'assurance.

4.2.3. Biais de perception individuels et assurance

Les risques collectifs sont entachés de biais de perception comme de biais d'information, dont il convient d'analyser la portée. La littérature théorique récente en théorie de la décision (pour une synthèse, voir Cohen et Tallon (2000)) justifie que l'aversion au risque des décideurs n'est pas le seul élément qui gouverne les décisions dans un contexte d'incertitude : outre les biais de perception des risques, le pessimisme, l'aversion à l'ambiguïté etc. ont aussi une influence décisive. Il est alors crucial de vérifier en s'appuyant sur des modèles théoriques généraux en quoi la présence de l'un ou l'autre de ces éléments remet en cause la validité des schémas habituels de partage des risques. Si leur impact a été étudié sur la demande d'assurance (Doherty et Schlesinger (1987), Jeleva (1997), Dupuis et Langlais), en revanche leurs effets sur la forme des mécanismes optimaux de partage des risques sont encore mal connus. En particulier, la question de la divergence de l'information et des opinions sur les risques entre les assureurs et de l'autre les assurés a peu été étudiée dans la littérature.

Il reste à préciser au plan théorique quelles sont les formes les plus appropriées de contrats d'assurance, dans des contextes où les probabilités sont à la fois faibles et connues de façon imprécise, et où les dommages occasionnés par les sinistres sont catastrophiques à la fois pour les assurés et les assureurs. Si l'impact des contraintes financières sur les choix de

tarification des compagnies est étudiée depuis longtemps, en revanche, les effets sur la structure globale des contrats sont mal appréhendés. Par ailleurs, une deuxième question importante concerne la forme des coûts de l'assureur face aux risques catastrophiques. L'hypothèse non standard de convexité des coûts (Spaeter (1996)) de l'assureur reçoit alors une nouvelle justification, dont il convient d'examiner les conséquences.

Une hypothèse de travail suppose des divergences d'appréciation du risque entre l'assureur et l'assuré. Les études empiriques montrent que les individus ne perçoivent pas le risque comme un phénomène continu, mais procèdent à une évaluation plus sommaire des vraisemblances associées à l'occurrence des événements incertains. En particulier, il se produit un phénomène de focalisation sur certains événements auxquels les individus associent des masses de probabilités. Par ailleurs, les événements sur lesquels l'attention se focalise ne sont pas nécessairement identiques entre les individus. Dans un contexte d'assurance, cela revient à reconnaître par exemple que les états de la nature où l'assuré n'est pas affecté par une perte sont perçus comme étant associés à une masse de probabilité (et considérés comme un état « sauf », unique) alors que les états du monde où le sinistre se matérialise, avec différents degrés d'intensité et de gravité sont perçus comme associés à une densité de probabilité. Il en résulte alors un phénomène de focalisation sur l'état « sauf » où la prime d'assurance qui est payée *ex-ante* n'est pas compensée aux yeux des assurés par une indemnité, et apparaît donc comme un coût net, « ségrégé », qui modifie les conditions d'arbitrage entre les différents états du monde et peut potentiellement altérer l'ordre des préférences entre les différents mécanismes d'assurance.

La définition de contrats d'assurance contre les risques collectifs nécessite également que soit évalué l'impact de la présence de biais de perception des risques (déformation subjective des probabilités dans le cas d'une représentation probabiliste, probabilités imprécises ou ambiguës dans le cas non probabiliste) sur la forme des contrats optimaux d'assurance et les niveaux de couverture (importance du niveau des franchises et des taux de coassurance).

4.2.4. La capacité d'absorption des risques collectifs par le marché de l'assurance

Depuis le milieu des années 90, sous l'impulsion de l'Association internationale pour l'étude de l'économie du risque et de l'assurance⁴⁸, on a assisté à un renouveau de l'approche en matière de prévention et d'assurance des risques d'origine naturelle. Si le débat a porté un temps sur l'importance que l'on devait accorder à la présence des asymétries d'information dans le cas particulier des grands sinistres d'origine naturelle (Kunreuther (1995,1997), Zeckhauser (1995)), la réflexion s'est focalisée sur l'architecture globale du dispositif permettant la couverture de ces risques.

L'idée qui s'est imposée est que la nature même de ces risques (événements à très faible probabilité par unité de temps mais entraînant des dommages catastrophiques) compromet leur assurabilité : non seulement elle conduit à remettre en cause la solvabilité individuelle de certains assureurs, provoquant par faillites successives une concentration dans le secteur de l'assurance (voir par exemple la succession de quelques années catastrophiques - tremblements de terre, tornades, ouragans, incendies - dans certains Etats américains à la fin des années 90), mais elle compromet plus généralement la capacité d'absorption de ces chocs par le seul marché de l'assurance. La contrainte financière globale du secteur de l'assurance est d'autant plus serrée que les assureurs se sont engagés dans la couverture de risques de plus en plus nombreux, notamment dans le domaine de la responsabilité civile⁴⁹, sans que ces risques aient été correctement évalués a priori.

Au total, une façon de rendre pérenne le segment du marché de l'assurance « catastrophes naturelles » consisterait à adjoindre aux étages habituels correspondant à l'assurance et la réassurance, à la fois des fonds (publics) d'indemnisation et de compensation, et progressivement une dose de titrisation. La financiarisation partielle de la couverture des risques catastrophiques (Schmitt et Spaeter (2003), Schmitt et Spaeter (2004b)) doit permettre aux compagnies d'assurance de relâcher leur contrainte de solvabilité. L'argument habituellement invoqué est que les fluctuations journalières des cours sur les marchés financiers sont assimilables à des chocs aléatoires à l'origine d'effets richesse (agrégés) largement supérieurs à ceux qui résulteraient d'une catastrophe naturelle majeure (Jaffee et Russel (1996)). Il devient alors théoriquement envisageable que les compagnies d'assurance

⁴⁸ Egalement connue sous le nom Association de Genève.

⁴⁹ Qu'il s'agisse de la responsabilité médicale, ou de la responsabilité du producteur etc. (cf l'analyse de la « crise de la responsabilité » aux USA, proposée par Viscusi (1997)) ; rappelons que cette problématique est l'objet plus spécifiquement des travaux évoqués au paragraphe 1.2.2.

prélèvent des ressources financières additionnelles auprès des marchés boursiers, sous la forme de « cat-bonds » ou « junk-bonds », etc., leur permettant de faire face à leurs obligations contractuelles en cas de survenance d'événements catastrophiques rapprochés ou d'ampleur inattendue.

Progressivement, l'idée s'est aussi faite jour que les entreprises, notamment par leur choix de la structure financière, pouvaient s'engager dans des stratégies actives de prévention et d'autoprotection vis-à-vis de ces risques (Pitchford (1995), Deffains (2000), Dionne et Spaeter (2003), Schmitt et Spaeter (2004a)). En d'autres termes, plutôt que de recourir à l'assurance de marché, il serait possible par le biais de stratégies financières adaptées d'internaliser tout ou partie de ces risques. A la limite, face à l'imperfection et aux défaillances des mécanismes d'assurance traditionnels, de telles stratégies financières pouvaient s'avérer être un moyen efficace de se couvrir contre ces risques.

L'intérêt des nouveaux outils de gestion des risques catastrophiques que sont les actifs financiers, a fait l'objet de premiers travaux, qui ont analysé dans quelle mesure les relations contractuelles banques-firmes dégageraient des solutions au problème de l'internalisation des risques environnementaux sous un régime de responsabilité limitée. La question des interactions entre les mécanismes de marché propres à l'assurance et les règles de droit est alors posée.

4.3. LA REGLE DE RESPONSABILITE, LA PREVENTION DES ACCIDENTS COLLECTIFS ET LE RISQUE JURIDIQUE

Dans cet ordre d'idées, une question également importante qui mérite un examen approfondi concerne le choix d'un régime de responsabilité susceptible de favoriser les incitations à la prévention de ces risques globaux. Au-delà des questions touchant aux possibilités d'assurance, la sur-réactivité face à des risques très rares et occasionnant des pertes effectives en vies humaines qui sont très faibles relativement à des risques beaucoup plus fréquents et beaucoup plus meurtriers (ainsi en est-il du risque d'accident de la circulation par exemple), pose un double problème au régulateur : quelles sont les mesures de prévention qu'ils convient de mettre en œuvre ? Quelles sont les règles de responsabilité qui sont les plus adaptées ?

L'exemple de la « crise de la responsabilité » aux Etats-Unis est particulièrement illustratif⁵⁰. Si l'on admet que l'on a assisté à un changement de « régime de risque » pour nos sociétés modernes, c'est au sens où nous sommes passés d'un monde largement probabilisable (les risques potentiels sont connus et avérés) à un monde incertain (non seulement il est impossible d'évaluer la fréquence des aléas, mais leurs conséquences potentielles ne peuvent être décrites - certains de ces risques potentiels sont seulement plausibles ; d'autres sont inconnus) : cette incertitude croissante est le prix à payer du progrès technique lui-même, que ce soit la croissance économique elle-même et ces effets de « spill-over » sur l'environnement et la santé par exemple, ou que ce soit le progrès technique et l'innovation qui menés à un rythme accéléré, engendrent de nouveaux aléas.

Mais les changements de règles du jeu pour les acteurs économiques représentent une source potentielle d'incertitudes. Dans cette perspective, les risques collectifs qui depuis une décennie ont les conséquences les plus catastrophiques présentent plusieurs caractéristiques :

- ces risques résultent de décisions humaines (risques industriels et technologiques; risques thérapeutiques et diagnostiques ; risques financiers ; risques de produit, etc.) ;
- ces risques peuvent engendrer des effets directs et indirects en cascade, notamment mais pas uniquement lorsque le caractère global ou collectif de l'aléa résulte de l'imbrication croissante des activités humaines : il s'agit pour beaucoup d'entre eux de risques de réseau.
- dans un monde où la croissance économique et la concurrence concrète reposent sur l'innovation (que ce soit sur les processus et technologies, ou sur les produits), en un flux continu et accéléré, la part des risques plausibles (pour lesquels il existe non pas un consensus ou une certitude scientifique, mais simplement une certaine suspicion plus ou moins bien étayée par des faits isolés, sans preuves scientifiques, mais au contraire un potentiel de controverses scientifiques important) mais imparfaitement connus tend à augmenter par rapport aux risques avérés et connus.

C'est plus particulièrement dans cette catégorie que la réflexion doit être menée. La question de la gestion de ces risques ne se résume alors pas au seul aspect assurantiel : sont

⁵⁰ W. Viscusi, «Insurance and catastrophes: the changing role of the liability system », *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, 1995.

concernés à la fois le régulateur (adoption des mesures de précaution, règlements, normes etc. , mais aussi lois notamment en ce qui concerne les règles de responsabilité), l'institution judiciaire, et les assureurs. D'un côté, l'innovation économique en flux continu fait apparaître de nouveaux risques ; d'un autre côté, l'innovation réglementaire et judiciaire crée aussi son lot d'incertitude collective.

L'expérience américaine a montré que ce sont les changements de la loi (aggravés par ses effets rétroactifs) et de la pratique des juges qui pouvaient avoir des conséquences extrêmes pour la collectivité, aboutissant à une crise de l'assurance : la crise de la responsabilité des années 80 aux USA, avec la généralisation du régime de responsabilité stricte, a engendré une crise de l'assurance majeure se traduisant par une augmentation des primes d'assurance mais aussi l'abandon de certains segments du marché de l'assurance par les compagnies (notamment sur les aléas thérapeutiques).

Rétrospectivement, les crises sanitaires (sang contaminé ; encéphalite spongiforme bovine ; légionellose ; infections nosocomiales) et les affaires liées qui ont alimenté la chronique des journaux en France présentent de nombreux points communs avec celles qui ont touché les USA. On peut anticiper que d'autres viendront s'y ajouter en fonction d'un changement d'acceptabilité sociale de ces risques : amiante, OGM,...

CONCLUSION

Dans le cadre de l'appel d'offre de la Mission de Recherche Droit et Justice « La prise en charge des victimes d'accidents collectifs : le cas de l'explosion de l'usine AZF à Toulouse », ce travail de recherche s'est efforcé d'évaluer à travers les outils et les critères de jugement des économistes les modalités de réparation des préjudices en cas d'accidents collectifs. L'objectif était en particulier d'identifier les effets des pratiques judiciaires et extra-judiciaires relatives à l'indemnisation des victimes d'accidents collectifs.

Des questions soulevées à l'occasion des investigations réalisées, il ressort en premier lieu que la place accordée aux procédures de règlement amiable en vue d'indemniser les victimes d'accidents collectifs devrait être renforcée. En effet, l'analyse économique de la résolution des conflits démontre l'efficacité du recours aux procès séquentiels dès lors qu'il est possible de dissocier indemnisation et responsabilité, les poursuites judiciaires en vue de faire établir les responsabilités favorisant le règlement amiable des indemnisations. L'option choisie dans le cadre de l'explosion de l'usine Grande Paroisse se trouve ainsi justifiée, les poursuites engagées sous l'hypothèse de présomption de responsabilité du groupe TFE ayant contribué à inciter TFE à indemniser rapidement et à l'amiable les victimes de l'explosion.

En second lieu, l'intérêt des actions collectives pour les victimes après la survenance d'accidents collectifs a été discuté. Les recours collectifs permettent à un grand nombre de victimes d'obtenir ensemble réparation pour un préjudice commun. Les accidents collectifs semblent donc constituer un domaine d'application naturel et, leur caractéristique de bien collectif, permet d'en donner une justification économique. Les arguments classiques mettent en avant leur capacité à favoriser l'accès à la justice et donc l'indemnisation des victimes même les plus faibles, la réalisation d'économies de coûts tant pour les justiciables que pour le système judiciaire et la dissuasion des comportements risqués. Nous avons mis en avant un argument moins habituel fondé sur le partage de l'information entre les participants au recours collectifs. Quoiqu'il en soit, le débat sur l'introduction des actions collectives en France ne saurait être clos. On doit en effet s'interroger sur les implications de l'ensemble des effets du système sur les comportements des acteurs (consommateurs, producteurs, avocats,...).

Enfin, l'acceptabilité et la perception des risques collectifs a permis d'aborder la question du recours au système judiciaire et de l'attitude de la société face aux risques collectifs. Les problèmes d'évaluation de ces risques et la réflexion sur les possibilités d'assurabilité ou non de ces risques ont permis de souligner à quel point il est urgent de

mobiliser les compétences des spécialistes du risque à la fois pour appréhender correctement le concept de risque collectif et pour identifier les mécanismes financiers (assurance, réassurance, titrisation,...) pour assurer l'indemnisation des victimes.

ANNEXE

ANALYSE ECONOMIQUE DES PROCEDURES D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS COLLECTIFS : UNE REFLEXION SUR LES « CLASS ACTIONS »

Communication au Conseil de l'Europe

Jeudi 21 janvier 2005

Introduction :

1. Contexte :

1.a. Définition des accidents collectifs :

- Un risque collectif correspond à la réalisation d'un événement adverse qui entraîne un sinistre dont le coût collectif est important, qu'il s'agisse du nombre de vies humaines perdues ou du montant des dommages corporels et matériels occasionnés.
- Dans le langage courant, la concrétisation d'un risque collectif conduit à un accident catastrophique qui peut être d'origine naturelle (tempête, tremblements de terre, inondations etc.) ou humaine (accident industriel – Bhopal, Tchernobyl, AZF ; accident sur un site public – Tunnel du Mont Blanc, Furiani ; accident de transport – catastrophe aérienne ; pollutions).

Toutefois :

- le fait qu'il y ait un grand nombre de victimes ne suffit pas pour définir un risque collectif : ainsi, les accidents de la circulation, bien qu'ils soient responsables de plus de 5000 décès par an et de nombreux dommages matériels et corporels, n'entrent pas dans cette catégorie.
- L'explication est simple : pour qu'il y ait risque ou accident collectifs, il faut qu'existe une forte corrélation entre les risques individuels. La corrélation des risques individuels résulte de la simultanéité des dommages individuels de sorte que le risque collectif appartient à la catégorie des événements rares, de gravité exceptionnelle.

Une fois les risques collectifs définis, il convient d'identifier les problèmes engendrés par la réalisation d'accidents collectifs. Parmi ceux-ci, on pense immédiatement :

- au problème d'indemnisation des victimes dans un délai raisonnable, lorsque le nombre et variété des dommages subis sont importants

- au risque de congestion des tribunaux devant le nombre de victimes susceptibles d'intenter une action en justice pour obtenir réparation de leurs préjudices

Il est alors intéressant de constater que les réactions face à des accidents collectifs diffèrent selon les pays et les systèmes juridiques en vigueur. Ainsi :

- en France : l'intervention de l'Etat et la mise en place de procédures exceptionnelles sont souvent privilégiées et se justifient par la nature de l'accident et l'ampleur des dommages. A titre d'exemple, on peut citer la Convention signée dans le cadre de l'accident de l'usine AZF, convention dont l'objectif principal était de garantir une indemnisation rapide des victimes tout en évitant l'encombrement des tribunaux toulousains ;
- dans d'autres pays, comme les Etats-Unis ou le Canada, on peut penser que dans un cas similaire à celui d'AZF, l'indemnisation des victimes serait passée par les tribunaux, sans que l'Etat n'intervienne. L'explication peut être recherchée dans leur système juridique et en particulier dans le choix offert aux demandeurs d'opter pour une action individuelle ou de participer à une « class action ».

L'objectif de notre intervention n'est pas d'opposer les « class actions » à des mesures telles la Convention signée dans le cadre d'AZF mais plutôt de réfléchir, en se fondant sur l'analyse économique, à la possibilité de recourir à ce type de procédure lorsque des accidents collectifs se produisent.

Je vous propose donc :

- de commencer par une définition des « class actions »
- puis de vous présenter les principaux arguments qui plaident en faveur de ce type de procédure
- pour finir par une approche plus nuancée, mettant en exergue les biais qui sont apparus, en particulier dans le système américain.

I. Définition des « class actions »

- Le terme anglo-saxon « class actions » connaît plusieurs traductions que j'emploierais indistinctement : action collective, recours collectif ou encore procédure collective.

- Aux Etats-Unis, les actions collectives sont régies par la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* qui fut adoptée en 1938 et fut étendue et modifiée à plusieurs reprises.
- Un recours collectif est une procédure juridique qui autorise un certain nombre de personnes qui ont des demandes contre un même défendeur à les faire valoir par le biais d'une partie agissant à titre de représentant. Ce dernier intente alors une action en son propre nom et au nom des autres membres de l'action collective, l'ensemble constituant « un groupe de demandeurs ». Le représentant défend les intérêts de tous les membres du groupe de demandeurs qui sont liés par le jugement. Ainsi, au lieu de procédures distinctes multiples, contre un même défendeur, les recours collectifs permettent de trancher un problème commun à de nombreux demandeurs en une instance unique.
- Pour être valable, l'action collective doit être certifiée par un juge ; sinon, seuls les recours individuels restent possibles.

Outre Atlantique, le nombre de recours collectifs s'est fortement accru ces dernières années et concernent des dommages extrêmement variés, dont le seul point commun est d'affecter un grand nombre de personnes. Ainsi, aucune cause n'y échappe depuis, l'amiante, le tabac, le sang contaminé jusqu'à des surfacturations de cartes de crédit, en passant par des médicaments amaigrissants risqués.

Il est fort probable que dans l'avenir, les actions collectives soient amenées à se développer, en particulier en raison du risque accru d'accidents collectifs, liés aux risques catastrophiques d'origine industrielle, technologique ou naturelle.

Il convient donc de réfléchir aux recours collectifs comme un instrument de régulation des risques et des accidents collectifs, en analysant les motifs qui peuvent justifier l'existence de telles procédures, en complément des procédures individuelles.

II. Arguments économiques en faveur des actions collectives

Les arguments identifiés par l'analyse économique en matière de recours collectifs reposent sur une double préoccupation :

- Garantir l'indemnisation des victimes, même lorsqu'elles sont nombreuses et que leurs dommages sont de nature très variée

- Inciter à la prévention des dommages en mettant les auteurs de dommages et leurs assureurs face à leurs responsabilités

Notre argumentation s'articule autour de ces deux motifs.

2.1. Les actions collectives comme procédure d'indemnisation des victimes d'accidents collectifs

2.1.a. Faciliter l'accès à la justice et partager l'information

Parmi les objectifs avancés aux Etats-Unis pour justifier les actions collectives, l'argument d'un meilleur accès à la justice est fréquemment énoncé.

La question se pose en particulier pour les victimes de petits dommages pour lesquelles les frais d'accès à la justice dépassent l'indemnisation attendue au procès. Le procès apparaît alors comme une action économiquement non rentable, de sorte que les petites victimes ne sont pas incitées à poursuivre l'auteur du dommage.

Le regroupement de personnes en une seule action permet en outre un partage de l'information qui évite à chaque membre d'assumer individuellement les frais nécessaires pour faire aboutir la cause.

En conséquence, les recours collectifs répondent en partie à un objectif d'équité, en permettant à toutes les victimes, y compris les plus faibles, d'accéder à la justice.

D'ailleurs, on constate, dans les tribunaux américains, que les chances de certification des recours collectifs sont d'autant plus élevées que les montants des demandes individuelles sont faibles et que l'affaire soulève des points techniques difficiles qui exigeront d'avoir des experts très qualifiés pour prouver la responsabilité. En revanche, si chaque demande individuelle est assez importante pour être intentée de manière rentable, le tribunal est moins enclin à certifier un recours collectif.

Face à cet argument d'accès facilité à la justice, certains ont dénoncé le fait que les recours collectifs seraient une cause de prolifération des litiges. Les données américaines ne semblent pas indiquer de grandes augmentations du nombre de litiges lorsque des lois sur les recours collectifs ont été mises en œuvre.

Raison essentielle : il n'y a que très peu de recours collectifs qui vont jusqu'au procès. En effet, la plupart des actions sont réglées avant, pendant ou juste après la certification.

2.1.b. Profiter d'économies d'échelle

- L'économie au plan judiciaire peut être vue selon trois perspectives : le coût pour les plaideurs (demandeur et défendeur), le coût pour le système de justice civile et le coût pour la société.

Economie d'échelle pour les demandeurs

Pour les demandeurs, l'argument relatif aux économies de coûts est directement lié au problème de l'accès à la justice. On retrouve donc l'idée abordée précédemment selon laquelle les recours collectifs permettent de partager des informations mais aussi des services, en particulier ceux des avocats, ce qui permet des économies de coûts qui vont favoriser l'accès à la justice.

Economies de coûts pour les défendeurs

Pour certains défendeurs, du moins lorsque le procès est inévitable, il serait moins coûteux de traiter des demandes communes en une seule instance qu'en plusieurs. Ainsi par exemple, les frais d'avocats ou d'expertises, parce qu'ils sont répartis sur un plus grand nombre de demandeurs en une seule fois, peuvent être moins élevés. Pour cette raison, les défendeurs peuvent consentir à la certification et demander que les recours intentés par des personnes différentes soient gérés en une seule instance.

Economie d'échelle pour le système judiciaire

Le premier avantage théorique que l'on peut attribuer aux recours collectifs est d'éviter les effets de congestion en regroupant un grand nombre de demandes en une seule instance plutôt qu'en multipliant les instances contre un même et unique défendeur.

Néanmoins, il est difficile de savoir si dans les faits, les recours collectifs augmentent ou diminuent la charge de travail des tribunaux. D'une part, on peut s'attendre à ce que la réduction du nombre total d'actions se traduise par des économies de coûts par rapport à de multiples demandes séparées. Mais d'autre part, comme nous l'avons souligné, le recours collectif permet des demandes qui ne seraient pas intentées individuellement.

Une autre considération qui a une incidence sur l'économie au plan judiciaire tient aux caractéristiques même du litige et des dommages. Un recours collectif est certifié à condition qu'existe suffisamment de questions communes à côté des problèmes individuels. Pour certifier l'action collective, les tribunaux soupèsent l'incidence de ces problèmes individuels par rapport à l'importance des questions communes et estiment en particulier la complexité du dossier ou encore la longueur des procédures requises. Ce n'est alors que si les avantages du recours collectif dépassent ses coûts que la procédure est certifiée.

L'économie au plan judiciaire peut également être favorisée par des gains d'efficacité procédurale, rendus possibles par les recours collectifs. Plus précisément, les recours collectifs réduisent le risque de conclusions incohérentes qui apparaît lorsque existent de multiples actions et qu'en plus la question de responsabilité repose sur « une bataille d'experts ».

Economie de coûts pour la société

Il est très difficile d'évaluer le coût social des recours collectifs.

Comme évoqué précédemment, les recours collectifs peuvent contribuer à améliorer le sentiment d'équité dans le fonctionnement de la justice, en permettant à plus large accès au système judiciaire.

Néanmoins, le coût pour les défendeurs des dommages-intérêts à payer peut devenir un coût pour la société. Par exemple, si une société est condamnée à réparer l'ensemble des dommages causés par son activité, elle peut être contrainte d'accroître le prix de ses produits ; plus grave si elle tombe en faillite, ses créanciers peuvent subir des pertes du fait de l'incapacité de payer les demandes de dommages-intérêts et les autres dettes, sans parler des pertes d'emplois.

Aux Etats-Unis, ce risque s'est traduit par l'adoption du *chapter eleven* en droit de la faillite qui suspend l'indemnisation des victimes dès lors que la condamnation de l'entreprise la conduit à la faillite. Les répercussions sont également visibles au niveau des primes d'assurance contre les recours collectifs.

2.2. Les actions collectives comme procédure d'incitation à la prise de précaution contre les accidents collectifs

2.2.1. Accroître le nombre de poursuites pour inciter les auteurs de dommage à prendre des précautions

Ce qui distingue probablement l'analyse économique de la responsabilité de l'analyse juridique est que contrairement à cette dernière l'accent n'est pas mis sur l'indemnisation des victimes mais plutôt sur la prévention des accidents.

Bien sûr, les deux arguments sont liés dans la mesure où le risque d'avoir à indemniser les victimes va constituer une incitation à prendre des précautions. Plus précisément, le montant des indemnisations potentielles en cas d'accident va inciter les auteurs de dommage potentiels à prendre des mesures de précaution pour réduire ce risque d'accident.

L'analyse économique prévoit alors que les auteurs potentiels de dommage, lorsqu'ils décident des mesures de précaution à prendre, vont comparer les coûts de ces mesures à l'économie de coûts réalisée en réduisant le risque de dommage et donc d'indemnisation.

La question qui se pose alors est de savoir si le nombre de victimes qui intenteraient une action en justice et le montant des dommages et intérêts potentiels qu'elles représenteraient seraient suffisants pour inciter les auteurs de dommage potentiels à prendre suffisamment de précautions.

Dans la mesure où, il est probable que les petites victimes renoncent à une action individuelle, on peut penser que les actions en justice en cas de dommage sont insuffisantes de sorte que les auteurs potentiels de dommages ne sont pas suffisamment incités à prendre des précautions. En facilitant l'accès à la justice de ces petites victimes, les actions collectives auraient un impact bénéfique sur la prise de précaution des auteurs de dommage, en accroissant leurs pertes attendues en cas de dommage. A l'objectif d'équité, s'ajoute alors un objectif d'efficacité consistant à minimiser le coût social des accidents.

Aux Etats-Unis, cet argument apparaît comme un argument central de l'existence des « class actions » et de leur certification.

2.2.2. Equilibrer les rapports de force entre demandeurs et défendeur

L'argument est le suivant :

- un défendeur qui fait face à de nombreuses poursuites similaires va investir davantage d'argent dans sa défense que ce qu'il aurait investi s'il était face à un seul demandeur. La raison essentielle est qu'il peut amortir ses coûts sur l'ensemble des demandeurs.
- A l'inverse, les demandeurs qui agissent individuellement ne peuvent pas profiter de cette opportunité. Au contraire, chaque demandeur qui agit individuellement voit sa situation se détériorer par rapport à celle du défendeur, uniquement parce qu'il n'est qu'un demandeur parmi d'autres.
- Il résulte de cet avantage du défendeur un déséquilibre dans les rapports de force entre le demandeur individuel et le défendeur qui désincite ce dernier à prendre les précautions optimales, en particulier parce que ses pertes attendues au procès sont plus faibles qu'en situation d'équilibre entre les deux parties.
- L'intérêt des actions collectives est de rétablir cet équilibre et donc de redonner à l'auteur de dommage potentiel les bonnes incitations en permettant aux demandeurs, quel que soit leur niveau de dommage, de profiter également des économies d'échelle permises par le regroupement de leurs actions. Des économies d'échelle pourront en effet être réalisées sur les frais d'expertise, de recherche de preuves, etc.

Nous avons développé un certain nombre d'arguments en faveur des actions collectives, présentées comme une procédure capable de prévenir et de réparer les dommages liés à des accidents collectifs. Il convient néanmoins de nuancer notre propos, en particulier à partir des expériences menées Outre-Atlantique.

III. Les limites des recours collectifs

1. Délai d'indemnisation des victimes

- La première critique qui peut être adressée aux actions collectives est qu'elles conduisent généralement à des procédures longues, qui retardent d'autant l'indemnisation des victimes.

- Dans le cas de l'usine AZF où l'ensemble d'un bassin de vie et d'emploi a été touché, il aurait été difficilement acceptable d'attendre la fin de la procédure judiciaire pour permettre l'indemnisation des victimes. On peut en effet légitimement penser que les pertes économiques et les dommages corporels et psychologiques auraient encore été accrus par les délais d'indemnisation.

2. Coûts des procédures :

Comme nous l'avons signalé, il est probable mais pas certain que les actions collectives permettent des économies de coûts pour les plaideurs, le système judiciaire et la société. En l'absence de données chiffrées, il est difficile de vérifier la pertinence de cet argument.

Il semblerait néanmoins que cet argument doive être nuancé en particulier du fait du comportement des parties et de leurs représentants qui pourraient développer des stratégies coûteuses, compte tenu des enjeux de ce type d'action.

3. Risque accru de faillite des défendeurs :

- Ce risque est lié au nombre accru de victimes à indemniser par rapport aux actions individuelles, mais aussi et peut-être surtout au système d'indemnisation américain qui permet le versement d'indemnisations bien supérieures au dommage réellement subi.
- S'ajoute aussi le mode de rémunération des avocats qui dépend exclusivement du résultat du procès. Dans la mesure où les honoraires des avocats peuvent atteindre le tiers des indemnisations et parfois davantage, les juges et jurés sont enclins à accorder des dommages et intérêts qui peuvent excéder largement les dommages subis.

4. Le comportement des avocats

- Le mode de rémunération des avocats américains peut également expliquer la multiplication des actions en justice en général et des actions collectives en particulier.

- S'ajoute aussi le fait qu'ils puissent démarcher les clients et donc être directement à l'origine des actions collectives. Il semble en particulier que les actions collectives soient particulièrement lucratives pour les avocats.
- Mais n'est-ce pas alors davantage le système juridique américain et en particulier le mode de rémunération des avocats et la possibilité de fixer des dommages et intérêts déconnectés des dommages réels qui pose problème, plutôt que les actions collectives en elle-mêmes ?

Conclusion :

- Les accidents collectifs, parce qu'ils occasionnent de nombreuses victimes, des dommages divers et sont provoqués par un seul défendeur sont susceptibles de créer des conditions favorables aux recours collectifs.
- En France, ces procédures à proprement parler n'existent pas (voir rapport du 17 décembre 2005) même si des associations peuvent intenter une action en justice au nom de leurs adhérents.
- Nous avons recensé un certain nombre d'arguments en faveur des actions collectives, fondées en particulier sur l'accès à la justice, le partage de l'information ou encore les économies de coûts.
- Les nuances que nous avons apportées doivent également être prises en compte dans notre réflexion mais, si l'on s'inspire de l'expérience américaine, il convient de distinguer les inconvénients propres aux actions collectives de ceux inhérents au système judiciaire américain lui-même.

BIBLIOGRAPHIE

- Baird D., Gertner R., Picker R. (1994), *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 330pages.
- Barroso L-R (2005), L'action collective brésilienne, actes du colloque « Les actions collectives : points communs et divergences des expériences américaines et européennes » du 02. 06. 2005 à Paris.
- Bonifassi S. (2004), Intervention de Stéphane Bonifassi, actes du colloque « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar » du 18. 11. 2004 à Paris.
- Calais Auloy J. (2004), La class action et ses alternatives en droit de la consommation, actes du colloque « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar » du 18. 11. 2004 à Paris.
- Caroll S., Hensler D., Abrahamse A., Gross J., White M., Ashwood S. et Sloss E. (2002): Abestos litigation costs and compensation; *Documented Briefing*, RAND Institute for Civil Justice, The Manhattan Institute Center for Legal Policy.
- Cerutti G. et Guillaume M.(sous la Présidence de) (2005), Rapport remis le 16 décembre 2005 au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Garde des Sceaux.
- Che Y-K et Yi J. (1993), The role of precedents in repeated litigation, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol 9, p 399-424.
- Che Y-K (1996), Equilibrium formation of class action suits, *Journal of Public Economics*, vol 62, p 339-361.
- Chen K.-P., Chien H.-K. and Chu C. (1997), Sequential versus Unitary Trials with Asymmetric Information, *Journal of Legal Studies*, vol. XXVI, p. 239-258.
- Coffee J. (1986), Understanding the plaintiff's attorney : the implications of economic theory for private enforcement of law through class and derivative actions, *Columbia Law Review*, vol 86, p 669-727.
- Deffains B., Doriat-Duban M. et Langlais E. (2005), Information sharing in class action suits, *miméo*, BETA-REGLE CNRS et Université de Nancy 2.
- Dewatripont M. et Tirole J. (1999), Advocates, *Journal of Political Economy*, vol 107, p 1-39.
- Fédération Française des Sociétés d'Assurance (2002), Un an après la catastrophe de TOULOUSE : l'expérience et les propositions de la FFSA, 26 pages.
- Frison-Roche M-A (2004), Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la class action : obstacles et compatibilités, actes du colloque « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar » du 18. 11. 2004 à Paris.

Gaspar A-S-H (2005), L'action populaire en droit portugais : les nouveaux usages d'une procédure centenaire, actes du colloque « Les actions collectives : points communs et divergences des expériences américaines et européennes » du 02. 06. 2005 à Paris.

George E. et Wecker W. (1985), Estimating damages in a class action litigation, *Journal of Business & Economic Statistics*, vol 3, p 132-139.

Giroux L. (2005), Le recours collectif canadien, actes du colloque « Les actions collectives : points communs et divergences des expériences américaines et européennes » du 02. 06. 2005 à Paris.

Hay B. (1997a), Asymmetric rewards : why class actions (may) settle for too little, *Hastings Law Journal*, vol 48, p 479-509.

Hay B. (1997b), The theory of fee regulation in class action settlements, *The American University Law Review*, vol 46, p 1429-1482.

Hensler D., Carroll S., White M. et Gross J., (2001): Abestos litigation in the U.S.: a new look at a old issue; *Documented Briefing DB-362.0-ICJ*, RAND Institute for Civil Justice, The Manhattan Institute Center for Legal Policy.

Kim J-Y (2004), Filing a nuisance claim to induce successive law suits, *American Law and Economics Review*, vol 6, p 208-216.

Klement A. et Neeman Z. (2004), Incentive structures for class action lawyers, *The Journal of Law, Economics, & Organization*, vol 20, p 102-124.

Landes W. (1993), Sequential versus Unitary Trials : an Economic Analysis, *Journal of Legal Studies*, vol. 99.

Lee J. (2002), A strategic analysis of multi-plaintiff litigation : class action v precedents, *document de travail*, Trinity College et University of Cambridge.

Macey J. et Miller G. (1991), The plaintiffs' attorney's role in class action and derivative litigation : economic analysis and recommendations for reform, *The University of Chicago Law Review*, vol 58, p 1-118.

Marceau N. et Mongrain S. (2003), Damage averaging and the formation of class action suits, *International Review of Law and Economics*, vol 23, p 63-74.

Nordh R. (2005), Les premiers enseignements de l'adaptation de la class action en droit suédois, actes du colloque « Les actions collectives : points communs et divergences des expériences américaines et européennes » du 02. 06. 2005 à Paris.

RAND Institute for Civil Justice (2003): Trial Lawyers inc. A report on the lawsuit industry in America 2003 , The Manhattan Institute Center for Legal Policy.

Seilliere E-A (2005), Discours d'ouverture, actes du colloque « Faut-il ou non une class action à la française ? » du 13. 04. 2005 à Paris.

Shavell S. (1989), Sharing information prior to settlement or litigation, *Rand Journal of Economics*, vol 20, p 183-195.

Simon J. (2005), Les entreprises se méfient d'une class action à la française, *Le Monde*, 20. 01. 2005.

Viscusi K. (1995), Insurance and catastrophes : the changing role of the liability system, *The Geneva Papers on Risk and Insurance Theory*, vol 20, p 157-176.

TABLE DES MATIERES

1. INTRODUCTION	4
2. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES PROCES SEQUENTIELS :	9
APPLICATION A L'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'USINE AZF	
2.1. LA CONVENTION D'INDEMNISATION DES VICTIMES D'AZF :	9
APPLICATION CONCRETE DES PROCES SEQUENTIELS	
2.2. LA JUSTIFICATION DES PROCES SEQUENTIELS DANS LE CAS DES ACCIDENTS COLLECTIFS	12
2.3. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES PROCES SEQUENTIELS	14
2.3.1. L'approche optimiste : un réquisitoire contre les procès séquentiels	15
2.3.2. L'approche stratégique : la défense des procès séquentiels	17
3. UNE ALTERNATIVE AUX PROCES SEQUENTIELS DANS LE CAS DES ACCIDENTS COLLECTIFS : LES ACTIONS COLLECTIVES	20
3.1. JUSTIFICATION ECONOMIQUE DU RECOURS AUX ACTIONS COLLECTIVES	21
3.1.1. Qu'est-ce qu'un « recours collectif » ?	21
3.1.2. Pourquoi les recours collectifs attirent-ils l'attention ?	22
3.1.3. Quels sont les objectifs possibles du recours collectif ?	22
<i>3.1.3.1. Accès à la justice</i>	22
<i>3.1.3.2. Economie au plan judiciaire</i>	24
a) Coût pour les plaideurs	24
b) Coût pour le système de justice civile	24
c) Coût pour la société	26
<i>3.1.3.3. Dissuasion du comportement générateur de risque</i>	26
3.2. DEBAT SUR L'INTRODUCTION DES ACTIONS COLLECTIVES EN DROIT FRANÇAIS	29
DANS LE CAS DES ACCIDENTS COLLECTIFS	
3.2.1. Présentation générale du débat	29
3.2.2. Atouts et inconvénients du système français	30
3.2.3. Discussion sur la formation des class actions en France	31
3.2.4. Problèmes éventuels liés au traitement des recours collectifs en France	33
3.2.5. Interrogations quant au régime de rémunération et le rôle des avocats français dans les actions collectives	35

3.3. L'ANALYSE ECONOMIQUE DES ACTIONS COLLECTIVES :	36
SYNTHESE DE LA LITTERATURE	
3.3.1. La formation des <i>class actions</i>	36
3.3.1.1. <i>L'alternative procès individuels consécutifs versus procès collectif</i>	37
3.3.1.2. <i>Les problèmes de formation des recours collectifs : information incomplète et damage averaging</i>	40
3.3.1.3. <i>La sélection entre les victimes</i>	42
3.3.1.4. <i>Détermination de l'individu initiant le recours collectif</i>	44
3.3.2. Les négociations dans le cadre des actions collectives	46
3.3.2.1. <i>L'impact des négociations collectives sur le comportement des parties</i>	46
3.3.2.2. <i>Les arrangements au détriment de la collectivité</i>	47
3.3.3. Convention d'honoraires et procès collectif	51
3.3.3.1. <i>L'honoraire au temps passé</i>	51
3.3.3.2. <i>La rémunération optimale proportionnelle au résultat</i>	52
3.4. L'ALTERNATIVE ACTION COLLECTIVE VERSUS ACTION INDIVIDUELLE	52
3.4.1. Les avantages théoriques d'une action collective sur un ensemble d'actions individuelles	53
3.4.2. Comment expliquer les dérives de la pratique des actions collectives aux USA ?	55
3.4.3. L'importance des externalités d'information positives	60
3.4.4. Les actions collectives permettent-elles aux victimes de bénéficier de ces effets informationnels positifs en présence de rémunérations contingentes et/ou de dommages moyens ?	63
4. LES RISQUES COLLECTIFS : TYPOLOGIE, PERCEPTION INDIVIDUELLE, ACCEPTABILITE SOCIALE ET PRISE EN CHARGE	70
4.1. DE LA NOTION DE RISQUE INDIVIDUEL A LA NOTION RISQUE COLLECTIF	72
4.1.1. Le modèle standard d'analyse du risque	73
4.1.2. Une définition de la notion de risque collectif	75
4.2. LES RISQUES COLLECTIFS ET LES MECANISMES DE L'ASSURANCE	77
4.2.1. Préliminaires : l'argument de « la société du risque »	77
4.2.2. Les techniques de couverture individuelle d'assurance sont-elles adaptées ?	80
4.2.3. Biais de perception individuels et assurance	82

4.2.4. La capacité d'absorption des risques collectifs par le marché de l'assurance	84
4.3. LA REGLE DE RESPONSABILITE, LA PREVENTION DES ACCIDENTS COLLECTIFS	85
ET LE RISQUE JURIDIQUE	
CONCLUSION	88
ANNEXE	90
<i>Analyse économique des procédures d'indemnisation des victimes d'accidents collectifs : une réflexion sur les « class actions »</i>	
Communication au Conseil de l'Europe	
Jeudi 21 janvier 2005	
BIBLIOGRAPHIE	100