



LES ACTIONS COLLECTIVES ET
L'INDUSTRIE DU TABAC : UNE
EVALUATION ECONOMIQUE DE
L'EXPERIENCE NORD-AMERICAINE
ET DES PERSPECTIVES
FRANÇAISES

Bruno Deffains et Pierre Kopp

Août 2006

Centre d'Economie de la Sorbonne (C.E.S)
Université du Panthéon-Sorbonne
(Paris 1)

LES ACTIONS COLLECTIVES ET L'INDUSTRIE DU TABAC : UNE EVALUATION ECONOMIQUE DE L'EXPERIENCE NORD-AMERICAINE ET DES PERSPECTIVES FRANÇAISES

Bruno Deffains et Pierre Kopp¹

Résumé

L'action collective constitue un instrument de régulation des risques « individuels » en les traitant comme des risques collectifs. L'action collective présente de nombreux avantages. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, elle favorise des économies de ressources judiciaires. Deuxièmement, en répartissant les frais fixes de justice elle assure un meilleur accès à la justice. Troisièmement, elle sert 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 et modifient leur comportement en conséquence.

Selon la conception que l'on se fait du tabagisme, la caractéristique « individuelle » ou « collective » du problème l'emporte. Les tenants d'une vision de la tabagie comme « épidémie » seront incités à considérer les actions collectives comme une procédure logique du règlement des litiges. En revanche, les tenants d'une vision fondée sur le risque individuel seront plutôt hostiles à ce type de procédure.

Le rapport Cerruti et Guillaume (2005) se prononce en faveur d'une « class action » à la française mais souligne les difficultés à contrôler la recevabilité de l'action, notamment le caractère réellement « collectif » du risque. Les tribunaux fédéraux américains ont quasi-systématiquement considéré les plaintes constituées en class actions comme irrecevables car de

¹ Bruno Deffains est Economiste, agrégé des universités, Professeur à l'université de Nancy II. Pierre Kopp est Economiste, agrégé des universités, Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1). Cet article a bénéficié d'un financement de l'Inca. Email : pkopp@univ-paris1.fr.

telles actions présentent une caractéristique individuelle évidente. C'est ce qui a conduit les demandeurs à se tourner vers les tribunaux des Etats, dont certains se sont révélés particulièrement sévères à l'égard de l'industrie. Les cautions exigées en cas de verdict défavorable en première instance peuvent atteindre un montant allant jusqu'à la totalité des dommages demandés. En pratique, il semble que les décisions de justice ont permis de limiter le risque de faillite des entreprises.

L'effet des class actions est sensible sur les marchés financiers. Sur la période 1999-2005, on observe que les cours des firmes de tabac ont atteint leurs plus bas niveaux concomitamment à l'annonce des condamnations prononcées dans le cadre des class actions Engle en 2000 et Price en 2003. Depuis 2003, la tendance est cependant à la remontée des cours, parce que les verdicts initiaux n'ont pas été suivis en appel et que les verdicts actuels sont en grande partie favorables à l'industrie (Engle depuis mai 2003, succès partiel en février 2005 pour le procès DOJ).

Le rythme de baisse de la consommation de tabac le plus intense s'est situé, aux Etats-Unis, entre 1996 et 1999 (-14 % au total). Il coïncide avec la montée des procès et avec l'augmentation du prix moyen du paquet de cigarettes : doublement entre 1996 et 2002 pour atteindre 3,47 dollars. En effet, en s'engageant à verser 246 milliards sur 25 ans à 50 États, les industriels, soucieux de préserver leurs marges, ont répercuté ce surcoût sur leurs clients et ouvert de ce fait un espace pour une offre à bas prix que des petits fabricants, non impactés par le MSA et les class actions, se sont empressés de fournir.

Les industriels ont réagi aux class action en modifiant leur stratégie. Ainsi, Philip Morris a introduit en Bourse, en 2001, sa filiale Kraft Foods, active dans la distribution des produits alimentaires de grande consommation, afin de créer une entité juridique distincte et cotée, loin des batailles juridiques menées par le groupe dans le cadre des procès intentés à l'industrie du tabac.

On peut considérer que les décisions des juges sont une forme de prélèvement (entre 1990 et 1996, le prix du paquet de cigarettes a augmenté de 1.85\$ à 3,37\$ en grande partie suite aux condamnations infligées dans le cadre des class action). La condamnation viendrait compenser un niveau de taxes trop bas pour ramener à l'optimum les conséquences négatives du tabac (internalités et externalités). Le recours au système du droit de la responsabilité dans le cadre des actions collectives ne représente toutefois pas un outil optimal puisque la taxe devrait être prélevée par l'Etat qui utiliserait les fonds collectés dans la lutte contre les effets externes indésirables. Or, avec le système des class actions, ce sont les tribunaux qui fixent le montant de la « taxe » implicite et les victimes qui encaissent les dommages-intérêts (y compris punitifs) ainsi déterminés.

SOMMAIRE

I – INTRODUCTION	5
II – LES ACTIONS COLLECTIVES EN FRANCE	5
III – LE CAS DU TABAC	7
1 – Pourquoi les actions collectives sont-elles appelées à jouer un rôle important ?	11
2 – Accès à la justice	13
3 – Économies au plan judiciaire	13
4 – Dissuasion du comportement générateur de risque	16
IV – CONCLUSION	20
V – REFERENCES	23

I — INTRODUCTION

L'action collective (*class action*) est un outil qui modifie profondément la dynamique des poursuites judiciaires intentées par plusieurs personnes. Il s'agit en effet d'un puissant outil juridique par lequel un ou quelques individus agissent au nom d'un groupe plus large afin d'entreprendre des démarches judiciaires contre une ou plusieurs entités.

Les questions de faits et de droit en litige sont semblables et communes entre tous les membres du recours et, vu le nombre de personnes impliquées, le recours collectif constitue le moyen le plus pratique et le plus efficace d'agir devant les tribunaux. De ce fait, on attend également des actions collectives qu'elles contribuent à améliorer la prévention des risques en faisant peser une contrainte financière plus forte sur les entreprises poursuivies. Elle permet à ses membres d'obtenir réparation, alors qu'il aurait été difficile d'en faire autant séparément.

II — LES ACTIONS COLLECTIVES EN FRANCE

En pratique, un recours collectif est une procédure juridique qui autorise (lorsque le tribunal autorise la « *certification* ») 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 actions collectives 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.

Bien que les actions collectives existent dans de nombreux pays comme les Etats-Unis ou le Canada, leur utilisation demeure sujette à controverse dans le cadre français.

On en voudra pour preuve le 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 (Cerruti et Guillaume, 2005) . En allant au-delà des considérations relevant des enjeux économiques et sociaux, ce rapport traduit surtout la difficulté de définir le périmètre des actions collectives dans le cadre français. D'un côté, certains spécialistes 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 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.

III — LE CAS DU TABAC

Quelle que soit la perspective retenue, il apparaît certain qu'en l'absence de pouvoir 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. Mêmes des réclamations potentiellement élevées sont abandonnées lorsque les fonds nécessaires pour intenter l'action dépassent le montant éventuellement recouvrable. L'action collective 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.

En se limitant aux *class actions* relatives à l'industrie du tabac aux Etats-Unis, on peut mentionner les 246 milliards de dollars sur vingt-cinq ans que l'industrie du tabac s'est engagée l'an dernier à verser aux fumeurs, à la suite d'un compromis passé avec les Etats. Et les 150 milliards de dollars de dommages-intérêts qu'un juge de Miami a infligé aux fabricants de tabac (qui ont fait appel) en 2003.

Le mouvement n'est pas seulement un phénomène de société, au coeur du débat politique. Certes sur les plus de 40 recours collectifs qui ont déjà été envisagés contre des entreprises de tabac devant les tribunaux fédéraux américains, la majorité des demandes de certification leur ayant été présentées a été rejetée. En effet, ils ont souvent conclu que les litiges en matière de tabac ne pouvaient faire l'objet d'un recours collectif, parce que de tels recours prendraient éventuellement la forme de procès individuels, ce qui réduirait à néant toutes questions communes pouvant émaner de la procédure. La cause serait alors inefficace et impossible à gérer.

Outre-Atlantique, le nombre de recours collectifs (*class actions*) s'est fortement accru ces dernières années. Les demandeurs ont commencé à transformer leurs multiples réclamations en actions collectives pour rendre leurs plaintes plus significatives. 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). 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. Toutefois, parmi les industries les plus souvent visées figure clairement celle du tabac. Les procès intentés aux industriels du tabac et instruits devant la justice américaine existent depuis le début des années 80, mais le premier procès individuel définitivement gagné par un fumeur date de 1996 (indemnité de 0,75 million de dollars). Les procès ont augmenté rapidement à partir du milieu des années 1990.

Tableau 1 – Historique des plaintes en cours

Demandeurs	Stade de la procédure	de la	Montant des dommages-intérêts	des Industriels concernés
Etat Fédéral (DOJ)	Procès en 2004	ouvert	289 mds \$	PM, B&W, RJR, Lorillard, Liggett
46 Etats américains (MSA)	Accord en 1998	signé	206 mds \$	PM, B&W, RJR, Lorillard, Liggett
Personnes morales dont Cross/Blue Shield	Jugement 1 ^{ère} instance	en	56 millions \$	
Personnes Physiques dont : 12 procès perdus l'industrie entre 1996 et 2003 sur 40 procès jugés	Jugement 1 ^{ère} instance	en	377 millions \$	PM, B&W, RJR, Liggett
Class action ENGLE	Jugement 1 ^{ère} instance + rejet en appel	en	145 mds \$	PM, B&W, RJR
Class action PRICE	Jugement 1 ^{ère} instance + rejet en appel	en	12 mds \$	PM

Source : DOJ= *Department Of Justice* ; MSA = *Master Settlement Agreement*, accord à l'issue duquel les paiements sont échelonnés sur 25 ans et répartis entre les industriels au prorata de leurs parts de marché respectives. PM = Philip Morris (groupe Altria), B&W = Brown & Williamson (groupe BAT) ; RJR =R.J. Reynolds. Source : ECO/EIS.

Plusieurs arguments peuvent être invoqués pour expliquer le développement des procès mettant en cause l'industrie du tabac :

i) Les succès remportés au début de la décennie 1990 par les demandeurs ayant intenté de nombreux procès aux industriels de l'amiante. Le procès contre Mansville a notamment fait figure d'exemple en mettant en évidence les avantages des victimes à se regrouper face à des industriels. L'espérance des gains devant les tribunaux s'est accrue avec les décisions prises à l'encontre des entreprises poursuivies. .

ii) La montée en puissance du sentiment anti-tabac dans l'opinion publique, prise en compte par les politiques qui ont progressivement renforcé la réglementation des Etats.

iii) L'effondrement de la ligne de défense juridique commune des industriels, qui refusaient en particulier d'admettre qu'ils connaissaient la nocivité du tabac sur la santé humaine et ses effets d'addiction. Cet effondrement est provoqué en mars 1997 par Liggett, numéro 5 du secteur, en situation financière plus vulnérable que ses concurrents. Il a accepté de reconnaître cette nocivité et d'indemniser 22 Etats pendant 25 ans, en échange d'une indemnité judiciaire et de l'arrêt des poursuites dont il faisait l'objet et de la communication de documents prouvant que les autres industriels étaient au courant de la nocivité du tabac et avaient organisé leur défense sciemment.

iv) La conclusion en 1998 d'un accord (le MSA pour *Master Settlement Agreement*) entre les industriels du tabac et 46 Etats américains, se traduisant notamment par le versement au cours des 25 années suivantes de 30 milliards de dollars aux 86 cabinets d'avocats impliqués dans différentes procédures.

Comme le montre le tableau 1, la plupart des dispositifs existants Outre-Atlantique s'inspirent de l'expérience antérieure dans Les actions collectives 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. Concernant les procès intentés à l'industrie du tabac américaine, les *class actions* ne sont qu'une forme de recours. Elles consistent pour des groupes de personnes physiques à agir pour obtenir des compensations à des dommages de santé liés à la consommation de cigarettes. Elles viennent en seconde position en termes de conséquences financières pour l'industrie (*compensatory damages* et/ou *punitive damages*). En tête figurent en effet les procès intentés par l'Etat Fédéral ou par certains Etats américains. Ces procès visent à recouvrer le total ou partiel des sommes engagées par ces Etats au titre des dommages directs ou indirects causés par les méfaits du tabagisme. Les procès intentés par des personnes morales privées (caisses de santé, compagnies d'assurance,...) pour les mêmes raisons que les Etats arrivent en troisième place. Enfin, les actions intentées par des personnes physiques pour obtenir des compensations à des dommages de santé liés à la consommation de cigarettes.

Dans ce contexte, nous commencerons par expliquer pourquoi les actions collectives jouent un rôle important dans les

procès, en particulier ceux mettant en cause l'industrie du tabac.

1 - Pourquoi les actions collectives sont-elles appelées à jouer un rôle important ?

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 consommation de masse, il est vraisemblable que certaines fautes aient une incidence sur un très grand nombre de personnes. Le phénomène qui veut que bon nombre de personnes peuvent 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 alors de savoir comment s'organise l'action collective.

Dans le cas de l'industrie du tabac, la situation est particulière dans la mesure où il ne s'agit pas à proprement parlé d'un risque « collectif ». D'ailleurs, les tribunaux fédéraux américains ont quasi-systématiquement considéré les plaintes constituées en *class actions* comme irrecevables (à l'exception de la class action Simon II). La raison principalement invoquée pour justifier ce refus se situe dans le fait que les cas portés à la connaissance de ces juridictions présentent des spécificités selon les victimes de sorte que les actions présenteraient une caractéristique individuelle évidente. C'est ce qui a conduit les demandeurs à se tourner vers les tribunaux des Etats, dont certains se sont révélés particulièrement sévères à l'égard de l'industrie à l'image du *district court* de Madison dans l'Illinois qui s'est rendu célèbre grâce au *class action Price*. Il convient de noter que selon la conception que l'on se fait du tabagisme, la caractéristique individuelle ou collective l'emporte. En particulier, on comprend que les tenants d'une vision du tabac comme une « épidémie » privilégieront la dimension collective et seront incités à voir dans les actions collectives une procédure assez logique de règlement des litiges. En revanche, les tenants d'une vision fondée sur le risque individuel seront plutôt hostiles à l'égard de ce type de

procédure. Il est intéressant de remarquer que les tribunaux fédéraux ont plutôt adopté la seconde vision, alors que les tribunaux étatiques américains n'ont pas hésité à rentrer dans la première logique.

Par ailleurs, on doit souligner qu'en cas de verdict défavorable à l'industrie en première instance, une caution (*bond*) est exigée de l'industrie. Il s'agit d'une caution dont les fonds correspondants sont bloqués dans l'attente des décisions de la procédure d'appel.

En théorie, les cautions peuvent atteindre un montant allant jusqu'à la totalité des dommages demandés. En pratique, il semble que les décisions de justice ont permis de limiter le risque de faillite des entreprises. Ainsi, dans le cas Engle (*class action* initiée en 1994 rassemblant un collectif de 700 000 fumeurs de Floride et dirigée contre les cinq majors américaine du tabac), le montant de la caution aurait théoriquement pu atteindre la totalité des dommages demandés (145 milliards de dollars) si la loi de Floride n'avait pas introduit en avril 2000 le principe d'un plafonnement des cautions (en pratique limitées à 100 millions de dollars pour éviter que les entreprises ne se mettent sous la protection du *chapter eleven*). Dans le cas Price (*class action* initiée en 2001 rassemblant un collectif de 1,1 million de fumeurs et dirigée contre Philip Morris), le montant de la caution exigée à l'issue du jugement en première instance s'est finalement établi à 6 milliards de dollars, c'est-à-dire la moitié du montant des dommages demandés.

En définitive, l'action collective est appréhendée comme un instrument de régulation des risques « individuels » comme des 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, l'action collective 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, l'action collective 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, l'action collective 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.

2 - Accès à la justice

Parmi les objectifs, l'argument selon lequel l'action collective 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 actions collectives semblent particulièrement appropriées 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-américain, 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.

3 - Économies au plan judiciaire

Le deuxième objectif est l'économie au plan judiciaire. La question cruciale ici est d'ordre pratique, c'est-à-dire si le fait d'autoriser l'action collective permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de

l'analyse juridique. En outre, si l'efficacité du dispositif est vue dans un premier temps du point de vue du fonctionnement du système judiciaire, il est évident que – dans un second temps – elle affectera également l'efficacité en termes de prévention des risques (en l'occurrence l'efficacité de la lutte anti-tabac) dès lors que l'on considère que les coûts encourus par les industriels influenceront leurs comportements (et par conséquent celui des consommateurs dès lors que les prix ou les caractéristiques des produits seront modifiés). 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 actions collectives sont pratiquement inexistantes.

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 actions collectives intentées par des personnes différentes soient certifiées et gérées 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.

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 actions collectives facilitent-elles ou entravent-elles le fonctionnement de la justice et donc le bien-être des citoyens, victimes potentielles des produits incriminés ? 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, l'action collective 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, l'action collective 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 actions collectives 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 actions collectives 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 ».

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 actions collectives devient un problème dans le monde des affaires, et cela a des répercussions sur les coûts pour le public.

4 – Dissuasion du comportement générateur de risque

Le troisième objectif d'un recours collectif est de dissuader le comportement risqué en imposant des sanctions. Il s'agit très certainement là de la question au cœur de l'efficacité des actions collectives comme instrument de la lutte anti-tabac. Le fait de rendre la réparation ac-

cessible 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.

Du point de vue de l'analyse économique du droit, les actions collectives concernent en général des problèmes de responsabilité comme c'est typiquement le cas pour les actions à l'encontre des fabricants de cigarettes. On admet en général que les actions collectives ont un effet positif sur le bien-être des victimes potentielles dans la mesure où en faisant peser une contrainte plus forte sur les agents générateurs des risques, elles les inciteraient à renforcer la prévention des risques en faisant des produits plus fiables ou de meilleure qualité. À noter que la qualité des produits passe aussi par une meilleure information du consommateur (du point de vue de la responsabilité des producteurs, le droit américain comme le droit européen distingue d'ailleurs trois types de problèmes : défaut de fabrication, de conception et d'information). Ce raisonnement a souvent été confirmé par les faits dès lors que l'on admet que les fabricants sont les mieux placés pour assurer la prévention des risques liés à l'utilisation de leurs produits. Il n'en demeure pas moins vrai que le tabac pose un problème spécifique dans la mesure où il est difficile d'envisager de « bonnes cigarettes » produites avec précaution. La seule réelle possibilité de justifier l'action collective dans un souci de prévention des risques passerait donc par la prise en compte de l'effort consenti dans l'information du consommateur. Malheureusement, les données manquent pour mesurer l'évolution de l'effort préventif consentis en la matière par les fabricants de cigarettes aux Etats-Unis depuis l'introduction des *class actions*.

Dans l'immédiat, les données disponibles permettent essentiellement de mesurer l'impact des *class actions* sous les angles de la valorisation boursière des firmes et du modèle économique de l'industrie du tabac. Il ne s'agit que de moyens indirects de percevoir l'influence des recours collectifs sur la situation des firmes poursuivis (et donc de l'incitation qu'elles peuvent avoir à modifier leur comportement).

Au niveau financier, L'effet des *class actions* est sensible au niveau du risque perçu par les marchés financiers

comme en témoigne l'évolution des cours des grandes valeurs du secteur, évolution qui tient également compte du développement des autres procès. Sur la période 1999-2005, on observe que les cours ont atteint leurs plus bas niveaux à l'annonce des condamnations prononcées dans le cadre des *class actions* Engle en 2000 et Price en 2003. Depuis 2003, la tendance est cependant à la remontée des cours, parce que les verdicts initiaux n'ont pas été suivis en appel et que les verdicts actuels sont en grande partie favorables à l'industrie (Engle depuis mai 2003, succès partiel en février 2005 pour le procès DOJ).

Au niveau des stratégies économiques, l'impact des *class actions* est également sensible à travers les comportements des grandes firmes. Un premier effet se situe sur un plan commercial avec la baisse du niveau de consommation des cigarettes de grandes marques. Cette évolution permet sans doute d'apprécier l'effet des recours collectifs sur le comportement de consommateur mieux informés. Le rythme de baisse le plus intense s'est situé entre 1996 et 1999 (-14 % au total). Il coïncide avec la montée des procès et avec l'augmentation du prix moyen du paquet de cigarettes : doublement entre 1996 et 2002 pour atteindre 3,47 dollars. En effet, en s'engageant à verser 246 milliards sur 25 ans à 50 États, les industriels, soucieux de préserver leurs marges, ont répercuté ce surcoût sur leurs clients et ouvert de ce fait un espace pour une offre à bas prix que des petits fabricants, non impactés par le MSA et les *class actions*, se sont empressés de fournir. Afin de maintenir sa part de marché, Philip Morris est entré complètement dans le jeu de la guerre des prix en lançant sa propre marque discount, Basic, alors que RJR a perdu des volumes sans parvenir à réduire ses coûts à du proportion. Un deuxième impact se situe sur un plan stratégique. Ainsi, Philip Morris a introduit en Bourse en 2001 sa filiale Kraft Foods opérant sur les produits alimentaires de grande consommation, afin de créer une entité juridique distincte et cotée, éloignée des batailles juridiques menées par le groupe dans le cadre des procès intentés à l'industrie du tabac, le nouveau groupe s'appelant désormais Altria. Un troisième impact se situe sur un plan comptable, mais reste somme toute limité. Ainsi, Altria a constitué des cautions suite aux jugements prononcés (dommages réclamés de 1,2 milliard pour Engle et 1,4 milliard pour Price) mais n'a pas constitué de provision sur les pertes éventuelles entraînées par les procès. Cette décision n'est envisagée que si « l'éventualité d'une issue défavorable est probable et si le montant de la perte peut être raisonnablement estimé ».

Le soutien à l'adoption de lois modernes sur les recours collectifs n'est cependant pas universel. En fait, Les actions collectives 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 elles que les avantages sociaux des recours collectifs en dommages-intérêts en dépassent le coût. Elles soutiennent que le coût des procès (i.e. de la procédure) 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.

Tableau 2 – Avantages et inconvénients des procédures collectives

<i>Objection</i>	<i>Réponse</i>
Les lois sur l'action collective 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 actions collectives 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 actions collectives.
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, L'action collective 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.

IV – CONCLUSION

En définitive, les actions collectives telles qu'elles sont envisagées dans certains pays offrent une expérience intéressante pour relever les défis liés à la complexité

des affaires caractérisant les risques collectifs. Toutefois, les législations sur les actions collectives sont relativement nouvelles voire inexistantes comme en France. Au regard de l'expérience nord américaine dans le domaine de la lutte contre le tabac, il ressort que les actions collectives facilitent les démarches des victimes du tabac.

Il est vrai que les tribunaux fédéraux sont restés réticents face à ces procédures en raison des caractéristiques individuelles des dommages subis, mais les tribunaux étatiques ont ouvert la voie en rendant des décisions financièrement très lourdes. Au total, si l'efficacité du dispositif du point de vue du fonctionnement de la justice ne semble pas susciter trop de débats, il est plus difficile de conclure du point de vue de la lutte anti-tabac. La raison principale en est que les arguments habituellement invoqués du point de vue de la régulation des risques (meilleure prévention, amélioration de la qualité des produits,...) ne semblent pas pertinents dans le cas de la cigarette. Au mieux, on peut remarquer que l'évolution des comportements tant du côté de l'offre que de la demande traduit un meilleur traitement économique de l'information sur le risque lié à la consommation de tabac.

Toutefois, cette conclusion mérite d'être discutée au regard du modèle économique de référence. En effet, le modèle économique traditionnel considère le fumeur comme un individu rationnel qui arbitre entre les avantages et les inconvénients de la cigarette. Les avantages sont perçus au moment de la consommation (à court terme) alors que les inconvénients sont liés aux risques futurs (à long terme) compte tenu des pathologies encourues. Dès lors que l'individu est correctement informé des dangers liés à la cigarette, il n'y a donc pas de justification à une intervention publique forte en dehors des externalités que les fumeurs peuvent imposer aux autres. De tels coûts externes peuvent prendre des formes diverses comme le désagrément éprouvé par les non fumeurs en présence de la fumée de cigarette, les conséquences du tabagisme passif ou encore (et très certainement en premier lieu) le surcoût imposé au système d'assurance maladie en raison de la prise en charge des traitements médicaux des fumeurs.

Tous ces motifs justifient une intervention publique dont la forme traditionnelle est celle d'une taxe sur les cigarettes prélevées par l'Etat pour internaliser les effets externes mentionnés plus haut.

Cette interprétation implique deux commentaires principaux : en premier lieu, les dommages que le fumeur s'impose à

lui-même ne sont pas pris en compte dans le calcul de la taxe optimale. En effet, l'individu rationnel exprime des choix qui sont cohérents dans le temps (préférence pour la cigarette dans le présent, arrêt dans le futur). La seule question pertinente est alors celle de son information sur les risques liés à la consommation de tabac.

En second lieu, aussi importantes que soient les externalités imposées à la société, elles ne justifient qu'une taxe « modérée » dont l'estimation pour les Etats-Unis varie entre 40 et 70 cents. Autrement dit, un prélèvement nettement inférieur à celui observé en général.

Il est alors tentant de faire le lien avec l'intervention des tribunaux. On peut en effet considérer que les décisions des juges est susceptible d'être également interprétée comme une forme de prélèvement (entre 1990 et 1996, le prix du paquet de cigarette a augmenté de 1.85\$ à 3,37\$ en grande partie suite aux condamnations infligées dans le cadre des *class actions*). Dès lors, l'application du modèle économique classique tendrait plutôt à conclure à l'inefficacité du dispositif légal expérimenté aux Etats-Unis dans les années 1990 (pas d'amélioration du point de vue de la prévention des risques et surcoût injustifié imposé à l'industrie).

Cette conclusion mérite cependant d'être débattue dans la mesure où les fondements du modèle semblent erronés. En particulier, l'hypothèse de préférences cohérentes dans le temps ne résiste pas à l'expérience des faits. Comme le note fort justement Gruber et Koszegi (2004), ce qui caractérise l'acte de fumer est que l'arbitrage présent – futur ne se fait pas dans des conditions normales en raison du phénomène d'addiction. Le fumeur raisonne toujours dans le présent dans la mesure où « demain n'arrive jamais ». L'arbitrage entre le plaisir de fumer maintenant et les risques futurs ne changent pas fondamentalement « aujourd'hui » dans un mois et « aujourd'hui » dans 5 ou 10 ans...

Dès lors, en présence de cette forme d'incohérence temporelle, les conséquences du comportement du fumeur vis-à-vis de lui-même devraient être réintégrées dans les externalités (à vrai dire, il s'agirait plutôt d'une forme « d'internalité ») puisque le marché n'est pas en mesure de prendre en compte les conséquences dommageables de la décision individuelle. Autrement dit, la « taxe optimale » serait beaucoup plus élevée que le montant déterminé dans le cadre du modèle classique. Gruber et Koszegi (2004), estiment cette taxe autour de 2 dollars. Dans ces conditions, on comprend aisément que le regard porté sur

l'intervention du système judiciaire dans la lutte anti-tabac doit alors être révisé. En effet, si l'on accepte de l'analyser comme un moyen de corriger les défaillances du marché (i.e. d'internaliser les externalités), il apparaît qu'avec ce nouveau modèle économique, le recours au *class actions* aurait plutôt contribué à opérer un prélèvement économiquement justifié sur l'industrie du tabac du point dans l'intérêt de la collectivité (notamment en termes de santé publique).

Un bémol toutefois. Cette lecture repose sur l'idée d'une taxation « à la Pigou » correspondant à l'importance de l'externalité constatée. Si la question du montant du prélèvement semble donc pouvoir être justifiée, il n'en demeure pas moins que la question subsiste de savoir qui encaisse les montants perçus. Très classiquement, la taxe devrait être prélevée par l'Etat qui assurerait l'utilisation des fonds collectés dans la lutte contre les effets externes indésirables. Or, avec le système des *class actions*, ce sont les tribunaux qui fixent le montant de la « taxe » implicite et les victimes qui encaissent les dommages-intérêts (y compris punitifs) ainsi déterminés. Rien ne garantit alors une utilisation efficace des fonds. Une raison supplémentaire de douter est que le pourcentage prélevé par les avocats est loin d'être négligeable.

Le recours au système du droit de la responsabilité dans le cadre des actions collectives ne représente de ce point de vue pas l'outil optimal dans la lutte anti-tabac. Tout au plus peut-on y voir un second best, dès lors que l'on admet que les préférences des fumeurs sont incohérentes dans le temps.

V — REFERENCES

CIRESI M. (1999), An Account of the Legal Strategies that Ended an Era of Tobacco Industry Immunity, *William Mitchell Law Review*, 25 : 439-446.

CERRUTI G. GUILLAUME M. (2005), 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, ww.minefi.gouv.fr/directions_services/sicom/protection_conso/protection_eco/rapport.pdf

GRUBER J., KOSZEGI B. (2004), Tax Incidence When Individuals Are Time-inconsistent: the Case of Cigarette Excise Taxes , *Journal of Public Economics*, 88, 1959-1987.

HANSON J.; LOGUE K. (1998), *The Costs of Cigarettes : The Economic Case for ex-Post Incentives-Based Regulation*, *Yale Law Journal*, 108 : 1162.

HENSLER D. ; PACE B. ; DOMBLEY-MOORE B. ; GIDDENS B. ; GROSS J. ; MOLLER E. (2000), *Class Action Dilemmas : Pursuing Public Goals for Private Gains*" Santa Monica, California Rand.

KELDER W. ; DAYNARD R. (1997), *The Role of Litigation in the Effective Control of the Sale and Use of Tobacco*, *Stanford Law and Policy Review* 8 : 63-87.

VISCUSI K. (1999), *A Post Mortem on the Cigarettes Settlement*, *Cumberland Law Review* 29 : 525-554.