

Juillet 2018

PROPOSITION DE DIRECTIVE SUR LES ACTIONS REPRESENTATIVES DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DES INTERETS COLLECTIFS DES CONSOMMATEURS

POSITION DE L'ASSOCIATION FRANCAISE DES ENTREPRISES PRIVEES (AFEP)

Parmi les deux propositions relatives au droit de la consommation (« New Deal for Consumers ») publiées le 11 avril 2018 par la Commission européenne, figure une proposition de directive « relative aux actions représentatives dans le domaine protection des intérêts collectifs des consommateurs ».¹

Telle que rédigée, cette proposition parvient à l'exact opposé de ce qu'elle affiche. Loin de protéger le consommateur et d'éviter des recours abusifs, elle crée un système qui encourage toutes les dérives jusqu'alors dénoncées (opt-out, financement par des tiers non encadrés, forum shopping...) et qui contribuera à multiplier les contentieux sans bénéfice garanti pour les consommateurs, en se focalisant sur l'organisation des recours déposés par des entités dites qualifiées plutôt que sur la création de conditions permettant une véritable réparation du dommage subi par les consommateurs.

Juridiquement, la proposition de directive ne peut en effet remplir les buts affichés. Elle prétend assortir ce dispositif de garanties solides et se distinguer des actions de groupe aux Etats-Unis alors qu'elle pose un cadre général sans les garde-fous mis en place au sein de nombreux Etats Membres, sans l'encadrement minimal existant même en droit américain. Alors même que dans sa Recommandation de 2013 « relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation »², la Commission proposait aux Etats membres un cadre normatif qui a servi de socle juridique à nombre d'entre eux pour introduire des actions collectives dans leurs systèmes judiciaires, il est paradoxal qu'elle en remette en cause les principales dispositions.

Economiquement, ce texte est déstabilisateur en n'offrant aucune visibilité aux entreprises sur les modalités d'actions susceptibles d'être mises en œuvre par des entités non précises, dans tous les domaines économiques (la Commission souligne que 59 textes sectoriels sont concernés par cette réforme). Elles seront ainsi conduites à provisionner des sommes conséquentes, non injectées dans l'économie productive (recherche, innovation, développements de nouveaux marchés...), en anticipation de contentieux longs et coûteux aux mains d'acteurs privés (« private enforcement »), dont la principale motivation, au vu des expériences étrangères, est d'en tirer profit.³

Il convient donc de modifier le texte en profondeur, afin de parvenir à un système qui offre une réelle protection des consommateurs, dans le cadre d'une procédure harmonisée où les droits des parties sont rééquilibrés et protégés par des garanties communes efficaces et exhaustives, s'inspirant des meilleures pratiques des systèmes judiciaires existants.

¹ COM(2018) 184 final ; procédure 2018/0089(COD)

² 2013/396/UE

³ According to a study conducted by the U.S. Consumer Financial Protection Bureau :

- **87% of class actions result in no consumer benefit at all** (these cases were either dismissed by the court or settled with the named plaintiff only)
- A consumer who gets relief in a class action receives **on average only \$32**
- The average "recovery" **for a class action lawyer is \$1 million** (source : ILR -2018)

Pour cela, les modifications les plus significatives devant être apportées au texte sont les suivantes :

- **les « entités qualifiées » (article 4 et 5-1) doivent être mieux encadrées** : les critères énoncés par la directive pour définir les entités qualifiées sont flous, en particulier la notion de « constitution régulière » prévue au 4-1-a), et celle de « but non lucratif » prévue au 4-1-c), qui n'exclut pas que les avocats et les investisseurs soient ceux qui bénéficient le plus des actions représentatives (aucune limitation sur les honoraires conditionnels). Au contraire :
 - un véritable système d'agrément doit être requis pour permettre que seules les entités les plus compétentes et pertinentes se voient accorder la capacité à agir (financière, humaine, durée d'existence, expertise...). Les conditions de financement des recours doivent également faire partie de l'agrément. Il convient aussi d'empêcher la création des entités sur une base ad hoc, afin d'écartier tout risque d'instrumentalisation par des puissances financières et des cabinets d'avocats peu soucieux de l'intérêt des consommateurs, et donc de supprimer l'article 4-2 ;
 - en complément du système d'agrément, il est nécessaire de maintenir un examen systématique par les juridictions ou autorités compétentes de l'adéquation entre l'entité qualifiée agissante et le but recherché ; l'article 4-5 doit être amendé en conséquence en supprimant la première partie de la phrase. De la même manière, la disposition prévue à l'article 5-1, selon laquelle il suffit qu'il y ait « un rapport direct » entre les objectifs de l'entité qualifiée et les droits conférés par le droit de l'Union pour lancer une action représentative, très insuffisante, ne doit pas se substituer aux modalités d'agrément prévues par les Etats membres et à l'examen du juge ou de l'autorité compétente ;
- **les principes fondamentaux des procédures civiles doivent être respectés** : les dispositions prévues à l'article 5 sont à revoir pour éviter que ne soient atteintes les règles de responsabilité civile en vigueur dans les Etats membres. Ainsi :
 - une action en cessation ne doit pas pouvoir être déclenchée contre un manquement imminent, notion juridiquement peu claire, (art. 5-2-a)) ou sans preuve d'un dommage avéré apportée par l'entité qualifiée (art. 5-2. §2). Ces deux dispositions sont inacceptables ;
 - l'introduction du concept de « décision déclaratoire » (art. 6-2), qui, dans les cas où « la quantification de la réparation individuelle est complexe », établirait « irréfutablement la responsabilité du professionnel envers les consommateurs lésés par une infraction aux fins de toute action en réparation » devant leur juridiction (art. 10-3), est en contradiction manifeste avec les règles nationales de procédure civile et donc inappropriée. Inspirée de la pratique développée en droit de la concurrence, elle en oublie cependant la décision préalable prise par les autorités de contrôle démontrant le dommage fait à l'économie, décision qui n'existe pas en l'espèce ;
- **les actions doivent être intentées au profit des consommateurs** : l'absence de disposition claire sur les mécanismes d'opt-in et opt-out ne permettra pas aux consommateurs d'adhérer aux actions représentatives, alors même que la Recommandation de 2013 retenait le principe de l'opt-in comme étant seul à même d'éviter les abus. Or :
 - en l'état, des entités qualifiées pourront agir, sans leur consentement, au nom de consommateurs non avertis de la démarche, et il sera impossible pour un consommateur de renoncer à sa participation à un recours. Il convient donc d'exiger un mandat pour toute action en réparation (principe de l'opt-in) et d'amender en conséquence l'article 6-1 ;
 - il serait, d'après la proposition, disproportionné d'accorder une réparation aux consommateurs ayant subi une perte mineure (article 6.3.b), la réparation devant alors viser « un but public servant [leurs] intérêts collectifs ». Ainsi, les consommateurs ne seraient plus indemnisés, les

actions intentées en leur nom servant un intérêt plus général décidé par des acteurs privés (« private attorney general »). Cette idée doit être exclue, car il faut **s'assurer que toute action en réparation fondée se solde bien par une réparation aux consommateurs**. En outre, cette disposition ajouterait un caractère punitif qui serait contraire à la Recommandation de 2013 et qui irait à l'encontre de l'objet même de la proposition (art. 1-1).

- ***L'encadrement du financement des entités qualifiées doit être renforcé*** : la synchronicité des actions engagées par les entités qualifiées et des déclarations relatives à leurs sources de financement est à revoir :
 - afin d'éviter des actions frivoles ou abusives, **la surface financière doit être appréciée avant tout contentieux**, non à « un stade précoce de l'action » (article 7.1) ;
 - les capacités financières doivent être un **critère essentiel de recevabilité**, et donc avoir été l'objet d'une attention particulière **via la procédure d'agrément** sauf à engorger inutilement les tribunaux et à encourager le financement par des tiers, dont on connaît les dérives aux Etats-Unis, notamment.

De fait, la rédaction du 7.2 laisse à penser que ce système est susceptible de prospérer en Europe malgré la Recommandation de 2013 : si la proposition de directive reprend bien deux dispositions de celle-ci (7.2 a et b), elle en oublie un aspect majeur qui est l'interdiction faite au bailleur de fond de percevoir des intérêts excessifs sur les fonds mis à disposition. En outre, l'article 15 prévoit l'utilisation de fonds publics pour ne dissuader aucune entité qualifiée d'agir, **encourageant ainsi les nombreuses dérives** par ailleurs dénoncées (création de « faux-nez » pour multiplier des contentieux spécifiques). Ces deux points devront être corrigés.

- ***Le règlement amiable doit être encouragé*** : en cohérence avec la Recommandation de 2013, les modes alternatifs de règlement des litiges doivent faire partie intégrante du processus en **garantissant la sécurité juridique. L'accord entre les consommateurs lésés et l'entreprise doit être définitif et applicable à toutes les affaires impliquant la même pratique et la même entreprise (res iudicata)**. Or, non seulement l'art. 8 ne donne pas de valeur définitive au règlement, mais donne la possibilité aux consommateurs de l'accepter/le refuser individuellement.
- ***Le « forum shopping » doit être évité*** : la disposition proposée selon laquelle les tribunaux doivent considérer une décision finale d'un autre Etat membre comme une **présomption réfragable** qu'une infraction a été commise (art. 10-2) **encourage le « forum shopping »**. Ce risque est par ailleurs renforcé par deux autres éléments : toute entité qualifiée peut saisir les juridictions ou les autorités administratives d'un autre Etat membre et ces dernières acceptent toutes les listes nationales d'entités qualifiées comme preuve de leur qualité à agir (art. 16-1). Comme décrit plus haut, **il convient, en complément du système d'agrément national, de maintenir dans tous les cas un examen par les juridictions ou autorités compétentes de l'adéquation entre l'entité qualifiée agissante et le but recherché**.
- ***La communication unilatérale des documents doit être limitée*** : afin de respecter le principe de proportionnalité et le droit à la présomption d'innocence et d'éviter les recours abusifs, il est nécessaire d'amender l'article 13. La Commission ne propose aucune restriction de la quantité ou type de preuve que l'entreprise défenderesse devrait apporter.

Sans ce minimum de garanties procédurales, cette proposition de directive sera prioritairement utile pour les intérêts de parties autres que les consommateurs et ne parviendra donc pas à servir l'intérêt collectifs des consommateurs, dans le cadre d'un marché économiquement efficient et unifié.

A propos de l'Afep

L'Afep est depuis 1982 l'association réunissant les grandes entreprises présentes en France. Elle est basée à Paris et à Bruxelles. L'Afep a pour objectif de contribuer à l'élaboration d'un environnement favorable au développement de l'activité économique et de porter la vision des entreprises qui la composent auprès des pouvoirs publics français, des institutions européennes et des organisations internationales. Le rétablissement de la compétitivité des entreprises pour assurer une croissance et des emplois durables en Europe et répondre aux défis de la mondialisation est au cœur des préoccupations de l'Afep. L'Afep compte 120 membres. Les entreprises de l'Afep emploient plus de 8,5 millions de personnes ; leur chiffre d'affaires annuel cumulé est de l'ordre de 3000 milliards d'euros.

L'Afep contribue à l'élaboration des réglementations françaises et européennes à caractère horizontal dans les domaines suivants : économie, fiscalité, droit des sociétés et gouvernement d'entreprise, financement des entreprises et marchés financiers, concurrence, propriété intellectuelle, consommation, droit du travail et la protection sociale, environnement et énergie, responsabilité sociétale des entreprises, commerce international.

www.afep.com

Contacts :

Emmanuelle Flament-Mascaret, Directrice Affaires commerciales et Propriété intellectuelle | concurrence@afep.com | +33 1 43 59 85 36

Jérémie PELERIN, Directeur des Affaires européennes, Responsable du bureau de Bruxelles | j.pelerin@afep.com | +32 2 227 57 23

Carolina VIGO, Chargée de mission Affaires européennes | c.vigo@afep.com | +32 2 227 57 21