



**RÉPONSE DU CCBE A LA CONSULTATION
DE LA COMMISSION EUROPÉENNE:
« *VERS UNE APPROCHE EUROPÉENNE COHÉRENTE EN MATIÈRE
DE RECOURS COLLECTIF* »**

Réponse du CCBE à la consultation de la Commission européenne: « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif »

1. Introduction

Le 4 février 2011, la Commission européenne a lancé une consultation publique visant à élaborer une approche cohérente en matière de recours collectif dans l'Union européenne.

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) soumet ses réponses aux questions soulevées par la Commission européenne.

2. VALEUR AJOUTÉE POTENTIELLE DU RECOURS COLLECTIF POUR AMÉLIORER LE CONTRÔLE DE L'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION

Q 1 Quelle valeur ajoutée apporterait l'instauration de nouveaux mécanismes de recours collectif (action en cessation et/ou action en réparation) aux fins du contrôle de l'application du droit de l'Union ?

Le CCBE salue l'initiative de la Commission en matière de recours collectifs. Le CCBE estime que de tels mécanismes permettraient d'améliorer considérablement l'effectivité des droits des citoyens en Europe. La création d'un véritable recours indemnitaire permettrait de mieux garantir l'accès des consommateurs à la justice et l'égalité de leurs droits.¹

En outre, l'instauration de mécanismes de recours collectif constituerait un moyen d'assurer plus rapidement et efficacement la sécurité juridique des justiciables européens ; ce que l'émiettement des procédures actuelles permet difficilement, pour autant qu'elles existent. Enfin, le CCBE souligne que, dans un contexte de développement permanent des échanges intra-communautaires, il serait utile de se doter d'un instrument au niveau européen.

Quelle que soit la forme du mécanisme spécifique, le respect de la légalité est primordial pour le CCBE.

Q 2 Le recours collectif par la sphère privée (ci-après « recours collectif privé ») devrait-il être indépendant du contrôle public de l'application du droit, ou bien constituer un mécanisme complémentaire ou subsidiaire ? Une coordination entre recours collectif privé et contrôle public de l'application du droit est-elle nécessaire ? Dans l'affirmative, comment cette coordination peut-elle être assurée ? À votre avis, existe-t-il des exemples dans les États membres ou dans des pays tiers que vous jugez particulièrement instructifs dans la perspective d'une éventuelle initiative européenne ?

Les recours collectifs privés seront généralement de nature compensatoire. Il est concevable que les recours collectifs privés soient injonctifs, même en ce qui concerne la relation entre la partie adverse et les tiers (plutôt qu'uniquement entre la victime présumée et la partie adverse). C'est le cas des

¹ Les délégations autrichienne, néerlandaise et britannique font part de leurs préoccupations quant à la base juridique des propositions, soulignent l'importance du principe de subsidiarité et demandent en conséquence que les nouveaux mécanismes à l'échelle de l'UE soient restreints aux cas ayant des implications transfrontalières. En outre, la délégation britannique, partant des principes de subsidiarité et de sécurité juridique, demande que la Commission ne cherche pas à adopter un mécanisme de recours collectif commun et envisage en premier lieu une approche de facilitation (par exemple des lignes directrices combinées à la reconnaissance mutuelle).

Liens vers la position de la délégation britannique :

Law Society of England and Wales:

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/law_society_of_england_and_wales_en.pdf

Bar Council of England and Wales

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/2011/07/20110714ATT24020/20110714ATT24020EN.pdf>

Liens vers la position de la délégation autrichienne :

http://www.rechtsanwaelte.at/downloads/21_11_19_collective-redress.pdf

class actions aux États-Unis d'Amérique, dont les dommages-intérêts punitifs constituent une menace qui a un effet d'injonction. Le CCBE est cependant d'accord avec le principe que le système américain ne doit pas être reproduit en Europe.

Les recours collectifs privés étant généralement compensatoires, ils doivent être indépendants et distincts du recours public. Le droit d'un requérant à demander réparation compensatoire ne doit pas dépendre de la conduite des organismes publics. Sinon, les pouvoirs publics pourraient fondamentalement refuser l'accès des citoyens à la justice. Un tel refus, même accidentel, serait intolérable. À l'inverse, l'objet du recours collectif n'est pas de punir certains comportements, ni d'imposer des sanctions. Cela relève de la compétence du contrôle public.

La coordination entre recours public et privé n'est pas nécessaire. La coordination entre les recours privés et publics peut s'avérer nécessaire lorsqu'ils se chevauchent. Par exemple, une autorité publique nationale peut avoir le pouvoir de prélever les profits réalisés du fait d'un comportement illicite. Ce pouvoir pourrait empiéter sur le droit d'un consommateur à demander réparation si un tel droit existait. Toutefois, ces chevauchements peuvent être évités en limitant strictement le recours collectif au dédommagement et en faisant en sorte que le pouvoir de sanction demeure entre les mains de l'autorité publique : il suffit alors que celle-ci endosse la dette envers les consommateurs en lieu et place de la partie adverse.

Q 3 L'Union européenne devrait-elle renforcer le rôle des organismes publics nationaux et/ou des organisations représentatives privées dans le contrôle de l'application du droit de l'Union ? Dans l'affirmative, de quelle manière et dans quels domaines ?

L'application des lois (par opposition à l'application des *droits*) ne devrait être entreprise que par les pouvoirs publics². Si, par exemple, le droit de l'Union européenne interdit un certain produit de conception défectueuse, il doit rester du devoir des autorités publiques d'assurer qu'il ne soit pas présent sur le marché. En même temps, il appartient aux consommateurs de demander une indemnisation s'ils ont subi un préjudice en raison d'un produit défectueux.

L'incertitude quant à la situation juridique est un obstacle majeur au recours effectif des consommateurs. Les avocats jouent donc un rôle crucial dans le soutien des consommateurs qui réclament leurs droits, notamment en les représentant devant les tribunaux.

L'ensemble des États membres de l'UE ont des critères stricts et élevés en matière de qualification des avocats. De même, tous les États membres de l'UE disposent de codes de déontologie stricts que leurs avocats doivent respecter. Il existe très peu de professions qui présentent des exigences similaires quant à la qualité et à l'intégrité. Le CCBE recommande à la Commission d'apprécier et de se fier à la qualité et l'intégrité de la profession d'avocat en Europe.

En outre, les entités représentatives (par exemple les associations de consommateurs) pourraient aider les consommateurs dans leurs procédures de recours. Par nature, les associations de consommateurs ne disposent toutefois pas de l'expertise juridique et judiciaire des avocats dont la mission est de représenter leurs clients devant les tribunaux. Par conséquent, tandis que les entités représentatives pourraient « représenter » les intérêts des consommateurs en offrant une organisation et un soutien, ce sont les avocats qui doivent assurer la représentation devant les tribunaux afin d'y offrir aux demandeurs et aux défendeurs le meilleur soutien possible.

Q 4 À votre avis, que faudrait-il pour que l'action au niveau européen en matière de recours collectifs (actions en cessation et/ou actions en réparation) soit conforme aux principes du droit de l'Union, tels que la subsidiarité, la proportionnalité et l'efficacité ? Votre réponse serait-elle différente selon le domaine considéré ?

Le CCBE considère que, dans le respect des principes de subsidiarité, de proportionnalité et d'efficacité, le futur instrument devrait définir les règles et principes de base des actions collectives.

² Voir les Commentaires sur le document de consultation de la Commission sur les recours collectifs, p. 3.

Q 5 Suffirait-il d'étendre à d'autres domaines le champ d'application des règles de l'Union existant en matière d'actions collectives en cessation ? Convierait-il d'instaurer des mécanismes d'action collective en réparation au niveau de l'Union ?

Les questions 5 et 6 sont les premières à cibler les choix de procédure que l'UE a à sa disposition. Un exemple d'injonction sont les droits accordés par la directive 98/27/CE. Ceux-ci autorisent les injonctions de cessation et d'abstention contre les violations des directives consommateurs.

Une injonction n'est pas le substitut correct d'une réparation compensatoire. D'un point de vue purement économique, elle peut avoir des résultats similaires à long terme (c'est-à-dire de dissuader les acteurs du marché d'adopter des conduites contraires à la loi, permettant ainsi de réduire les coûts et d'améliorer les performances du marché).

Par ailleurs, le CCBE souligne que si des mécanismes d'action collective en réparation sont instaurés au niveau de l'Union, ceux-ci doivent respecter les principes fondamentaux existant en la matière dans des États membres, ainsi que les règles européennes relatives à la détermination de la juridiction compétente et la loi applicable, prévues par les règlements 44/2001/CE (« Bruxelles I ») et 593/2008/CE (« Rome I »).

Q 6 Toute éventuelle action européenne devrait-elle être fondée sur une approche contraignante ou, au contraire, non contraignante (telle qu'un guide de bonnes pratiques) ? Quels sont, selon vous, les avantages et les risques respectifs de chaque approche ? Votre réponse différerait-elle en fonction du domaine considéré ?

Tout mécanisme, qu'il soit contraignant ou non, doit garantir le respect de la légalité.

3. PRINCIPES GÉNÉRAUX POUVANT GUIDER D'ÉVENTUELLES INITIATIVES DE L'UNION EN MATIÈRE DE RECOURS COLLECTIFS

Q 7 Partagez-vous l'opinion que toute initiative européenne en matière de recours collectifs (actions collectives en cessation et/ou actions collectives en réparation) devrait satisfaire à une série de principes communs définis au niveau de l'Union ? Quels devraient être ces principes ? À quel principe attacheriez-vous une importance particulière ?

Cette question est fondamentale pour ce qui est des garanties relatives aux futures initiatives de l'UE.

Le CCBE convient que toute initiative potentielle de l'UE sur les recours collectifs devrait respecter un ensemble de principes communs définis au niveau européen. Tout d'abord, c'est le principe du « procès équitable » selon l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui doit également s'appliquer dans les procédures civiles³.

La Commission a déjà jeté certaines bases avec l'introduction des points de référence des recours collectifs des consommateurs⁴. Le CCBE approuve en grande partie la plupart d'entre eux⁵.

En outre, la Commission a élaboré plusieurs principes dans ses travaux concernant les MARC⁶. Il s'agit des principes d'indépendance et de transparence, le principe du contradictoire, ainsi que les principes d'efficacité, de légalité, de liberté et de représentation. La moindre des choses est que ces principes s'appliquent également à tout mécanisme de recours collectif.

En outre, il existe quatre principes à prendre en compte en particulier (avec le principe du « perdant payeur » abordé à la question 21) :

3 Voir par exemple l'arrêt de la Cour européenne de justice du 21/05/1980, 125/79, Denilauler c. SNC Couchet Frères.

4 Disponible en anglais sur le site http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm.

5 Pour en savoir plus, voir la réponse à la consultation de la Commission sur les points de référence des recours collectifs des consommateurs.

6 Recommandation 98/257/CE, disponible à <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:115:0031:0034:FR:PDF>. Voir aussi la recommandation 2001/310/CE, disponible à http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_fr.pdf.

Égalité des armes

L'égalité des armes doit être la pierre angulaire du droit procédural au sein de l'UE, aussi bien à l'échelle nationale qu'europpéenne. L'avantage économique d'une des parties ne doit pas être compensé par une inégalité procédurale. L'égalité des armes est avant tout une question de forme : toutes les parties à une procédure doivent avoir les mêmes droits procéduraux. L'égalité des armes implique également que l'équilibre entre les parties ne soit pas déplacé de manière informelle, par exemple en autorisant une seule partie à recouvrer ses frais administratifs.

Procédures ouvertes

Un autre principe voisin consiste à ce que toutes les procédures aient une issue ouverte. La terminologie employée par la Commission fait parfois craindre que les chances se portent en faveur des consommateurs, quels que soient les faits de l'affaire en question.

Voici des exemples :

- utiliser l'expression « personne lésée » pour une personne qui ne fait que porter une réclamation alléguant avoir été lésée⁷ ;
- utiliser le terme « victimes » plutôt que de « demandeurs » pour désigner les participants à un recours collectif (comme à la question 13).

Le recours des consommateurs est compensatoire

La réparation doit être de nature compensatoire et non punitive. Elle doit viser uniquement à la réparation, par exemple des dommages subis en raison d'une conduite spécifique. Il ne revient pas aux consommateurs de punir le défendeur pour ses infractions à la législation. Ce rôle est celui de l'État, qui peut infliger des amendes administratives ou engager des poursuites pénales.

La liberté de contrat implique la liberté d'exécution

Il doit rester de la discrétion d'un requérant (par exemple, dans une action en dommages et intérêts) de décider de faire valoir ou non ses droits, tout comme la manière d'y procéder, comme c'est le cas dans la conclusion d'un contrat. Comme les recours des consommateurs n'ont pas de caractère punitif, il n'y a aucune raison de pousser les consommateurs d'un côté ou l'autre.

L'exercice individuel des droits

Tout justiciable doit rester libre de faire valoir ses droits de manière individuelle ou par l'intermédiaire d'une association.

Le CCBE considère que les consommateurs doivent avoir la possibilité de se regrouper en association ; à défaut, il serait porté atteinte à la liberté d'accès des citoyens à la justice. L'obligation de rejoindre une action initiée par une association de consommateurs constituerait une atteinte au principe de la liberté d'association, lequel comporte la liberté de refuser d'adhérer à une association.

Q 8 Comme indiqué ci-dessus, plusieurs États membres ont pris des initiatives en matière de recours collectifs. L'expérience acquise jusqu'ici par ces États membres pourrait-elle être mise à profit pour définir une série de principes au niveau de l'Union ?

L'expérience acquise jusqu'ici par les États membres peut en effet contribuer à la formulation d'un ensemble de principes européens.

L'Union européenne a rassemblé pas moins de 13 rapports de pays sur la situation actuelle des recours collectifs dans les États membres⁸. Ce recueil d'informations révèle plusieurs similitudes qui renforcent le choix par le CCBE des principes énoncés à la question 7.

⁷ Comme à l'article 2 n° 3 de la proposition de directive du Conseil relatives aux règles régissant les recours en indemnité pour violation des articles 81 et 82 du traité.

Par exemple, dans les mécanismes italien et portugais, des entités représentatives doivent dûment représenter les intérêts du consommateur⁹. Ceci est étroitement lié à la conviction du CCBE selon laquelle les consommateurs doivent être en mesure de faire valoir leurs propres droits et être libres de le faire ou non.

Dans la même veine, le dispositif français permet aux associations de consommateurs d'intenter des poursuites, mais pas pour les préjudices réels qu'ont subis les victimes, que les victimes doivent faire valoir elles-mêmes¹⁰.

Comme autre exemple, le mécanisme suédois (une action de groupe) exige que le groupe de requérants soit clairement défini en termes de valeur des réclamations¹¹. Cette disposition est étroitement liée au principe de l'égalité des armes : à moins que la valeur totale des réclamations ne soit connue du défendeur, celui-ci ne peut pas calculer les risques découlant pour lui de la procédure et se trouve dans une position désavantagée lors de la négociation avec les demandeurs.

Q 9 Estimez-vous que toute initiative européenne devrait présenter certaines caractéristiques pour pouvoir garantir un accès effectif à la justice tout en tenant dûment compte des traditions juridiques de l'Union et des ordres juridiques des vingt-sept États membres ?

Un excellent exemple d'initiative européenne

- nécessaire pour garantir l'accès effectif à la justice,
- tenant dûment compte de la tradition juridique de l'Union européenne et
- tenant dûment compte des ordres juridiques des 27 États membres

serait une initiative visant à améliorer l'information des consommateurs sur les recours collectifs, y compris les informations indiquant qu'un procès est en instance et les droits des consommateurs de se joindre ou non à l'action¹². La Commission constate que le manque d'information équivaut à l'absence de protection des consommateurs¹³. En fin de compte, l'accès à la justice n'est efficace qu'à l'échelle des connaissances dont disposent les consommateurs en la matière. Comme le CCBE l'indique, les pouvoirs publics peuvent jouer un rôle important dans ce contexte.

Le CCBE approuverait une initiative européenne obligeant les États membres à publier des informations sur les mécanismes de recours disponibles et les entités représentatives disponibles. Cette question est abordée plus loin (voir les questions 13 et 22).

Q 10 Avez-vous connaissance de l'existence de bonnes pratiques en matière de recours collectifs dans un ou plusieurs États membres dont l'Union européenne ou d'autres États membres pourraient tirer des enseignements ? Veuillez expliquer pourquoi vous jugez ces pratiques particulièrement utiles. Existe-t-il, en revanche, des pratiques nationales qui ont posé ou posent problème et comment ces problèmes ont-ils pu ou pourraient-ils être surmontés ?

Ce type de pratiques existe en effet. Bien que toute liste soit nécessairement non exhaustive, le CCBE souhaite mentionner les pratiques suivantes, qui lui paraissent utiles :

Dans certains domaines, une règle de regroupement des demandes peut s'avérer bénéfique. Par exemple, en vertu du droit allemand, les demandes de dommages et intérêts contre lesquels la victime supposée était assurée sont transmises automatiquement à l'assurance, une fois que celle-ci accorde la couverture à la victime (*cessio legis*). Par conséquent, si un comportement unique donne

8 Disponible en anglais à l'adresse http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm. Malheureusement, la Commission n'a pas examiné tous les systèmes de recours collectifs existants, tel que l'autrichien, par exemple.

9 http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/it-country-report-final.pdf à la p. 2 pour l'Italie ; http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/pt-country-report-final.pdf à la p. 4 pour le Portugal.

10 http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/fr-country-report-final.pdf à la p. 4.

11 http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/sv-country-report-final.pdf à la p. 5.

12 Voir la réponse à la consultation de la Commission sur les points de référence des recours collectifs des consommateurs, p. 5, sur les raisons pour lesquelles la dernière partie est d'égale importance.

13 Document de consultation, p. 3.

lieu à une multitude de demandes, celles-ci peuvent être essentiellement regroupées, à savoir auprès des compagnies d'assurance.

Inversement, le simple fait de créer un mécanisme de recours collectif ne suffirait pas, comme le montre l'exemple du Portugal. Bien que le Portugal dispose d'un mécanisme de recours collectif (une action de groupe), celui-ci est rarement utilisé. Parmi d'autres facteurs, le rapport national portugais attribue ce phénomène à l'absence de prévisibilité ainsi qu'au manque d'information parmi les avocats et les juges¹⁴.

La critique du manque de prévisibilité souligne la nécessité de protéger l'État de droit.

3.1 La nécessité de garantir un recours effectif et efficace

Q 11 Quelles devraient être, selon vous, les caractéristiques d'un système de recours collectif effectif et efficace ? Un mécanisme de recours collectif ouvert aux PME devrait-il présenter des caractéristiques particulières ?

Avec les questions 11 à 14, la Commission approfondit les solutions procédurales d'amélioration des recours des consommateurs. Cette question est nécessairement liée au rôle des avocats et des entités représentatives (les questions 13 et 14).

Si l'UE mettait en œuvre un mécanisme de recours collectif, celui-ci serait efficace et efficient s'il offrait :

- un accès à la justice à tous les citoyens de l'UE qui le souhaitent ;
- dans un délai convenable et à un coût acceptable, en fonction de la somme réclamée ;
- dans le respect des principes fondamentaux mis en avant à la question 7.
- impliquant les professionnels du droit que sont les avocats.

Si le mécanisme de recours collectif est ouvert à tous, aucune adaptation particulière ne sera nécessaire pour les PME.

Q 12 Comment peut-on garantir un recours effectif, tout en évitant des procédures longues et coûteuses ?

En règle générale, nous pouvons supposer que tous les États membres s'efforcent de maintenir leurs mécanismes de recours nationaux aussi raisonnables que possible en termes de coût et de délais. En même temps, un conflit a toujours tendance à exister entre la recherche de la justice et celle de résoudre rapidement les affaires. Les différentes cultures juridiques ont élaboré des approches différentes en vue d'atteindre cet objectif

De manière générale, si les personnes en charge du procès sont des professionnels du droit qualifiés, les procédures sont davantage susceptibles d'être traitées correctement et efficacement. C'est pourquoi, les consommateurs d'une procédure de recours collectif ont intérêt à être représentés par des avocats qualifiés pouvant construire leurs dossiers et se regrouper de manière efficace. Les avocats européens sont en effet suffisamment expérimentés dans l'établissement de faits et la collecte de preuves lors de l'instruction du dossier. En même temps, selon le principe de l'égalité des armes et des procédures ouvertes, les droits des défenseurs doivent également être préservés en vertu des droits de la défense.

Le respect de la légalité à toutes les étapes de la procédure est primordial pour le CCBE et implique les points suivants :

- recevabilité
- responsabilité

¹⁴ http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/pt-country-report-final.pdf à la p. 3.

- indemnisation
- contrôle de la distribution

3.2 L'importance de l'information et du rôle des entités représentatives

Q 13 Comment, quand et par qui les victimes d'infractions au droit de l'Union devraient-elles être informées des possibilités d'intenter une action collective (en cessation et/ou en réparation) ou de devenir partie à une procédure en cours ? Quels seraient les moyens les plus efficaces de s'assurer qu'un maximum de victimes sont informées, notamment lorsque celles-ci sont domiciliées dans plusieurs États membres ?

La première question est de savoir comment les citoyens doivent être informés en général sur leurs voies de recours, à savoir l'existence d'un mécanisme de recours collectif. Comme le constate la Commission¹⁵, l'incertitude et la difficulté perçue dans l'accès au recours constituent des obstacles majeurs. Ce phénomène ne concerne pas uniquement les recours collectifs.

Ce problème est généralement résolu par les citoyens en obtenant des conseils juridiques ou bien en obtenant des informations d'autres sources. Internet peut être le moyen de choix pour obtenir ces informations. En fait, plusieurs cabinets d'avocats offrent déjà des informations gratuites sur les recours juridiques disponibles et offrent un cadre pour la mise en commun des requêtes et des informations.

Ils pourraient être complétés par des bases de données officielles de l'UE telles que la CLAB (la base de données relative aux clauses contractuelles abusives, qui n'existe plus). La Commission pourrait fournir des incitations pour la publication sur son site Internet.

La deuxième question concerne le mode d'information du demandeur potentiel. Dans ce cas précis, les sources d'information comme les médias en ligne ou sur papier conviennent généralement. À l'inverse, la communication directe avec les demandeurs potentiels implique des coûts qui seront souvent excessifs par rapport au gain possible.

Quant à savoir qui devrait être responsable de l'information, la réponse dépend du fait que la violation du droit ait été constatée ou non par un tribunal. Si elle a été constatée, la responsabilité pourrait incomber à la personne ou à l'entité responsable. Il peut s'agir du défendeur dans une action.

La réponse est moins claire dans le cas où la violation du droit alléguée n'a pas été constatée. Le défendeur ne doit pas être tenu responsable car il n'a pas encore été établi qu'il ait agi de manière illégale. Lui imposer un devoir d'information (et les coûts qui y sont liés) :

- donnerait aux requérants des pouvoirs de négociation excessifs, car le défendeur tâcherait d'obtenir un compromis afin d'éviter des frais ;
- porterait préjudice au marché intérieur, car chaque cabinet répartirait les coûts potentiels parmi ses clients.

Le CCBE souligne le fait que toute information concernant l'existence de la procédure de recours collectifs doit être fournie de manière neutre et correcte. L'information ne peut être trompeuse et doit si nécessaire être soumise à un contrôle judiciaire.

Q 14 Quelle est la meilleure façon de garantir une représentation efficace des victimes, notamment dans les situations transfrontières ? Comment pourrait-on faciliter la coopération entre les différentes entités représentatives, notamment dans les affaires transfrontières ?

Les facteurs de base permettant une représentation efficace sont la compétence et l'intégrité des représentants.

¹⁵ Document de consultation, p. 3.

I. Le libre choix des parties

Le CCBE insiste sur le droit des parties de choisir librement la façon dont elles veulent être représentées en vertu de la législation nationale. La qualité d'ester en justice devrait être accordée aux individus et ne pas être réservée aux seules entités représentantes. Le CCBE souligne également le principe de liberté d'association des parties, qui implique la liberté de ne pas adhérer à une organisation.

II. Garanties attachées à la représentation par un avocat

La représentation et la défense des intérêts des justiciables constituent l'essence même de la mission des avocats. Les caractéristiques majeures de la profession d'avocat constituent des garanties incontestables dans le cadre de la mise en œuvre d'un recours collectif à l'échelle l'UE.

- L'avocat est soumis à une **déontologie stricte** dans l'ensemble des États de l'Union. Ces règles déontologiques sont, en outre, assorties de sanctions qui peuvent aller de la sanction disciplinaire à la sanction pénale en cas de manquement grave aux règles qui gouvernent la profession.
 - L'objectif de l'instauration d'un instrument collectif au niveau européen est l'accès effectif des justiciables à la justice ; la représentation et l'assistance par un professionnel du droit indépendant est un moyen d'atteindre cet objectif. Or, l'un des principes essentiels auquel est soumis l'avocat est l'**indépendance**. Dans le cadre des recours collectifs, l'indépendance qui gouverne le travail de l'avocat et qui doit exister tant au niveau politique, qu'économique et intellectuel dans ce type de recours, permettra d'assurer la qualité de la prestation de l'avocat. Le principe d'indépendance implique qu'en toute circonstance, l'avocat exerce sa mission en demeurant libre de toute influence ; et notamment de celle des autorités étatiques et des opérateurs économiques. Seule la défense des intérêts des clients (les consommateurs en l'espèce), dans le respect du droit, dicte le travail de l'avocat.
 - En outre, le principe du **secret professionnel**, instauré dans l'intérêt exclusif du client de l'avocat, permet aux justiciables d'agir auprès de leurs conseils en toute confiance. Le respect du secret professionnel par l'avocat s'appliquera tout au long de la procédure du recours collectif et contribuera à une bonne administration de la justice, en évitant que certaines informations soient diffusées en cours de procédure.
- Le fait que l'avocat soit tenu de prendre une **assurance responsabilité professionnelle** est une garantie supplémentaire.
- Les praticiens du droit, les avocats sont les professionnels privilégiés pour conseiller juridiquement les consommateurs dans le cadre de cette nouvelle procédure. Leur **compétence** est garantie par une formation portant aussi bien sur le droit matériel que sur le droit procédural. Ils sont soumis à une formation continue obligatoire qui garantit leur adaptation au changement du droit et de sa pratique. L'expérience démontre, en effet, que les avocats répondent rapidement aux nouveaux mécanismes de procédure et en renforceront l'application si ceux-ci sont bien pensés. Par exemple, en Allemagne, plusieurs cabinets d'avocats se sont très rapidement spécialisés dans la nouvelle procédure d'affaire-type (*Kapitalanlegerverfahren*) après la mise en œuvre de la loi en la matière, et ils coordonnent désormais les initiatives des consommateurs, à savoir par l'intermédiaire de sites Internet.
- **Le savoir-faire** : la mission de l'avocat, qui est fondée sur la défense des intérêts des parties qu'il représente, implique la pratique quotidienne du dialogue avec les juges et les justiciables. En tant que point de contact direct des justiciables, l'avocat dispose d'un savoir-faire et est à même de « traduire » juridiquement les demandes exprimées par son client.

Quant à la seconde question, le CCBE considère que le défi transfrontalier ne créera pas de problèmes aux avocats. Il existe d'innombrables cabinets d'avocats aux activités transfrontalières (par exemple dans plusieurs États membres), qui coopèrent de manière réussie lorsque nécessaire. En particulier, un barreau de requérants se crée en Europe pour mettre en place des alliances transfrontalières et créer des réseaux afin d'aider les demandeurs potentiels à l'échelle européenne. En outre, pour la bonne administration de ces procédures et plus généralement de la justice, le CCBE considère qu'il conviendrait de réfléchir à la désignation d'un avocat « chef de file » dans la procédure. L'avocat « chef de file » coordonnerait le travail de la gestion des différents demandeurs avec les autres avocats participants au dossier.

3.3 La nécessité de tenir compte de la résolution consensuelle collective comme mode alternatif de règlement des litiges

Les questions 15 à 19 concernent la manière dont les MARC peuvent compléter le recours judiciaire afin de faciliter la protection des consommateurs. Le CCBE reconnaît les mérites des MARC. Comme le CCBE l'a indiqué précédemment, les MARC ne sont absolument pas impropres aux créances de grande valeur, par exemple, les litiges de masse. Par conséquent, les MARC peuvent également constituer un moyen complémentaire de résolution des conflits collectifs. Par exemple, la médiation pourrait notamment donner de bons résultats en matière de conflit du travail.

Q 15 En dehors de l'existence de voies de recours judiciaires, quels autres facteurs seraient nécessaires pour encourager le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges en cas de plaintes multiples ?

Le CCBE estime que les parties auront recours à des MARC de leur propre initiative chaque fois que cela servira leurs intérêts. En règle générale, les parties connaissent le mieux leurs intérêts. Les avantages inhérents aux MARC semblent constituer une incitation suffisante.

L'UE a franchi une étape importante avec la directive 2008/52/CE. Le CCBE approuve plus particulièrement l'article 6 I de la directive, qui exige que les règlements par voie de médiation soient exécutoires. Étant donné que la qualité de la médiation est assurée par un contrôle de la qualité à l'échelle européenne, la médiation est susceptible de devenir un outil puissant pour la poursuite des intérêts des consommateurs.

Q 16 Devrait-on subordonner toute action judiciaire collective en réparation à une tentative préalable de résolution consensuelle collective du litige ?

Une tentative de règlement d'un conflit par la résolution de conflit collective et consensuelle ne devrait pas être une étape obligatoire dans le cadre d'un recours collectif d'indemnisation.

En ce qui concerne le recours individuel, certains États membres ont acquis une expérience avec une étape obligatoire de résolution consensuelle pour les petits litiges, par exemple en Allemagne.

La situation est toutefois différente dans le cadre des recours collectifs, où le montant total réclamé est en général important. Une étape obligatoire de résolution consensuelle constituerait tout simplement une autre occasion de tirer profit du pouvoir de négociation et pourrait donc mener à des abus de procédure. Le CCBE renvoie par ailleurs à la question 19.

En revanche, le tribunal doit être ouvert au règlement de litiges pendant toute la durée de la procédure. L'expérience démontre que les parties sont souvent disposées à renégocier après l'obtention de preuves. Les avocats seront encore utiles ici également, car ils seront plus aptes que les non-spécialistes à évaluer l'effet de la preuve sur la situation juridique.

Q 17 Quelle est la meilleure manière de garantir l'équité de la solution obtenue par résolution consensuelle collective ? Ce contrôle de l'équité devrait-il incomber aux tribunaux ?

Afin de répondre à cette question, la Commission devrait indiquer ce qu'elle considère être une issue équitable. Il n'existe pas de réponse générale à la question de savoir ce qui est « équitable ».

Le CCBE recommande d'éviter un contrôle judiciaire obligatoire sur les résultats de la résolution consensuelle des litiges. Afin d'effectuer ce contrôle, le tribunal compétent aurait à examiner toute l'affaire, car ce qui est « équitable » ne peut être déterminé sans tenir compte des particularités. Cela annulerait l'un des avantages de la résolution consensuelle des litiges, à savoir celui de désengorger les tribunaux.

Encore une fois, l'avocat constitue la meilleure garantie d'une partie de ne pas être désavantagée en raison d'un manque d'expérience.

Q 18 Convierait-il de conférer à la solution obtenue par résolution consensuelle collective un caractère contraignant pour les parties, dans les cas qui ne sont pas actuellement couverts par la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ?

Conformément à l'article 6 paragraphe 1 de la directive, le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation peut être rendu exécutoire si les parties y consentent. Le CCBE ne voit en principe aucune raison de s'écarter de ce principe dans la résolution collective des conflits. Toutefois, il peut être envisagé que les parties conviennent que le règlement est applicable avant le lancement de la médiation.

Le CCBE déconseille fortement de donner à une partie le droit de rendre le règlement exécutoire de façon unilatérale. Un tel droit porterait gravement atteinte au principe d'égalité des armes, tel qu'indiqué à la question 7.

Q 19 D'autres garanties sont-elles nécessaires dans le cadre de la résolution consensuelle collective des litiges pour assurer un accès effectif à la justice ?

Le CCBE souhaite mettre en garde la Commission contre l'établissement d'obstacles de type MARC obligatoires. Ces obstacles pourraient compromettre l'efficacité des voies de recours des consommateurs.

De même, les clauses relatives aux MARC sont à surveiller, surtout lorsqu'elles figurent dans les conditions générales de vente et empêchent les parties d'avoir recours en justice (comme dans le cas de l'arbitrage). Ces clauses de MARC pourraient être utilisées de manière abusive par des entreprises pour éviter les recours judiciaires collectifs (ce qui peut alors créer une confusion quant à la possibilité de lancer une procédure collective de MARC à la place¹⁶).

3.4 De solides garanties contre les recours abusifs

Q 20 Comment pourrait-on protéger d'une manière adéquate l'intérêt légitime de toutes les parties dans les actions collectives (en cessation et/ou en réparation) ? Parmi les garanties existant dans les États membres ou les pays tiers, quelles sont celles que vous jugez particulièrement efficaces pour limiter les recours abusifs ?

Dans les questions 20 à 24, la Commission aborde à nouveau la question cruciale des garanties et des principes qui doivent régir les recours collectifs.

Le CCBE considère que les garanties suivantes sont indispensables :

- Le principe de l'égalité des armes doit s'appliquer (voir la question 5). Le fait de privilégier une partie par rapport à l'autre par la loi de procédure est pratiquement un appel ouvert aux litiges abusifs.

¹⁶ Tel qu'illustré par l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis du 27 avril 2010, *Stolt-Nielsen SA et al. v. Animalfeeds International Corp* disponible à <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1198.pdf>.

- Il doit être économiquement déraisonnable d'engager des poursuites infondées. Un aspect important est celui du principe du « perdant payeur » (voir la question 21).
- Toute procédure doit être contraignante uniquement pour les parties qui ont activement accepté d'y être liées (« opt in » et non « opt out »). Cela limite la somme que peut obtenir une seule partie dans une procédure et supprime toute incitation à réclamer des milliards lorsque le préjudice individuel est bien moindre.
- Les frais de justice doivent augmenter en fonction de la somme réclamée, afin d'établir un seuil très élevé contre les réclamations infondées.
- Si les associations de consommateurs étaient autorisées à intenter des actions en recours collectif, leur indépendance devrait être garantie. Dans la mesure où des organes représentatifs seraient autorisés à agir, ils se devraient également d'être totalement transparents, aussi bien concernant leur financement que le financement des actions ainsi que concernant leur processus décisionnel.

Le juge doit être en mesure de contrôler la recevabilité de l'action à l'introduction de l'instance.

Q 21 Le principe selon lequel la partie qui succombe doit supporter les frais de procédure et les honoraires d'avocats des deux parties devrait-il s'appliquer aux actions collectives (en cessation et/ou en réparation) dans l'Union européenne ? Existe-t-il, selon vous, des circonstances justifiant une dérogation à ce principe ? Dans l'affirmative, ces dérogations devraient-elles être rigoureusement circonscrites par la législation ou devraient-elles être laissées à l'appréciation au cas par cas des tribunaux, éventuellement dans le cadre d'une disposition juridique générale ?

Le CCBE estime que le principe du « perdant payeur » devrait s'appliquer à toutes les procédures de recours collectif pour deux raisons¹⁷ :

- Si le principe du perdant payeur ne s'applique pas, il peut être économiquement intéressant d'intenter des poursuites infondées car le requérant n'a rien à y perdre. Cela est particulièrement vrai si les honoraires de l'avocat sont couverts par l'assurance ou s'il est possible de les définir en fonction de l'issue de l'affaire.
- Si le principe du perdant payeur ne s'applique pas, le défendeur de toute action de recours collectif devra toujours payer ses propres honoraires d'avocat, même lorsque la requête est manifestement infondée. Cela crée une incitation à parvenir à un règlement avant le procès du moment que les frais associés ne dépassent pas les frais d'avocat, même si la demande est manifestement infondée.

Le CCBE ne voit aucune raison de déroger à cette règle.

En outre, il est important de noter qu'en vertu d'une notion largement (mais pas totalement) répandue, les honoraires d'avocat d'avant la procédure peuvent être récupérés en vertu de l'article 74 de la CVIM. La Convention de Vienne a été signée par la majorité des États membres de l'UE¹⁸. Il n'y a aucune raison que le recouvrement des honoraires d'avocat dans les procédures diffère.

Q 22 Qui devrait être autorisé à former un recours collectif ? Le droit de former un recours collectif devrait-il être réservé à certaines entités ? Dans l'affirmative, quels sont les critères que ces entités devraient remplir ? Veuillez préciser si votre réponse varie en fonction du type de mécanisme de recours collectif et du type de victimes (par exemple, consommateurs ou PME).

Cette question ne concerne pas seulement le droit d'ester en justice mais également la représentation dans les procédures judiciaires.

¹⁷ Voir également les commentaires sur le document de consultation de la Commission sur les recours collectifs, p. 4 ; la réponse à la consultation de la Commission sur les points de référence des recours collectifs des consommateurs, p. 5.

¹⁸ Présentation à l'adresse <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html>.

L'introduction d'un nouveau mécanisme de recours ne suffira pas à lui seul à améliorer les connaissances juridiques des consommateurs. Un pont entre les consommateurs et le monde du droit est nécessaire. La Cour européenne de justice a jugé que le droit d'être représenté par un avocat est indispensable à une procédure civile équitable conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹. Par conséquent, le droit d'être représenté par un avocat ne doit pas être restreint.

En outre, la représentation par un avocat est nécessaire afin d'assurer l'égalité des armes et d'empêcher les poursuites inutiles. Sans les conseils juridiques des avocats, il existe un risque accru que les consommateurs s'abstiennent d'agir en justice en raison d'un manque d'informations ou de connaissances juridiques. De même, la profession d'avocat en Europe fait partie intégrante de l'État de droit. Les avocats peuvent fournir des conseils indépendants. Sans de tels conseils, il existe un risque important que les consommateurs intentent des poursuites inutiles sans savoir que leur demande est infondée. Des groupes d'intérêt peuvent alors exploiter les consommateurs en les poussant à introduire des actions qui répondent en réalité à des motivations politiques.

Par conséquent, le droit de représenter un ou plusieurs clients/victimes ou une entité représentative dans des procédures judiciaires devrait être restreint aux avocats conformément à la législation nationale.

Q 23 Quel devrait être le rôle du juge dans les procédures de recours collectif ? Lorsque des entités représentatives ont qualité pour agir, devraient-elles être reconnues comme «entités représentatives» par un organisme public compétent, ou cette question devrait-elle être laissée à l'appréciation au cas par cas des tribunaux ?

Les juges doivent jouer leur rôle habituel dans la prévention des demandes abusives. Lorsque les entités représentatives sont en droit d'intenter une réclamation, ce droit devrait leur être reconnu selon une évaluation au cas par cas par la Cour. Le respect de la légalité à toutes les étapes de la procédure est primordial pour le CCBE et implique les points suivants :

- examen de la recevabilité de l'action
- responsabilité
- indemnisation
- contrôle de la distribution

Q 24 Quelles autres garanties devraient être prévues par une éventuelle initiative européenne en matière de recours collectifs ?

Si le rôle de l'avocat est respecté et que les garanties procédurales de l'État de droit sont mises en œuvre, cela devrait être suffisant.

3.5 Des mécanismes appropriés de financement des recours collectifs, notamment pour les citoyens et les PME

Q 25 Comment pourrait-on organiser un financement approprié des actions collectives (en cessation et/ou en réparation), compte tenu notamment de la nécessité d'éviter les recours abusifs ?

La question du financement est importante puisqu'on ne peut attendre des consommateurs qu'ils engagent des poursuites, aussi fondées soient-elles, si elles sont déraisonnables d'un point de vue économique.

Le financement est possible grâce au principe du « perdant payeur ». En plus de l'utilisation des fonds publics, le financement des litiges peut constituer un moyen d'obtenir des fonds afin de poursuivre une affaire professionnelle et de s'assurer que les normes de qualité continueront à être respectées.

¹⁹ CJE, C-305/05, arrêt du 26/06/2007, au point 31.

Le CCBE recommande d'éviter l'autorisation du *pactum de quota litis* dans les procédures de recours collectif, à savoir que les entités représentatives ou les avocats aient le droit de recevoir une part des gains obtenus au cours de la procédure²⁰. Ce type de système de rémunération peut constituer une incitation aux abus de procédure dont il est possible de constater l'évolution aux États-Unis.

En outre, le CCBE recommande d'éviter d'exonérer les actions collectives des consommateurs des frais de justice. Avec ce type d'exception, il deviendrait logique financièrement d'engager les actions les plus fantaisistes et présentant une chance minuscule d'aboutir.

Q 26 Pourrait-on concevoir des modes de financement privés (tels qu'un financement par des tiers ou une assurance « protection juridique ») pour assurer un juste équilibre entre la nécessité de garantir l'accès à la justice et la nécessité d'éviter tout détournement de procédure ?

Le financement peut être réalisé par des entreprises spécialisées dans le financement de procédures. Les compagnies d'assurance protection juridique ont adopté ce modèle d'affaires. Il en va de même pour d'autres sociétés de financement²¹. L'assurance protection juridique est un bon moyen d'améliorer l'accès à la justice de l'assuré. Elle peut par la même occasion dissuader les abus de procédure. Les compagnies d'assurance peuvent restreindre la couverture d'assurance aux demandes potentiellement gagnantes comme une sorte de filtre contre les demandes abusives. De même, toute personne qui engage des actions de manière à gagner sa vie devra payer pour cela avec des primes d'assurance d'un montant considérablement plus élevé.

Quant au financement par des tierces parties, il ne devrait être ni découragé ni interdit par l'UE. Ce que les consommateurs font du paiement obtenu à la suite d'une procédure ne regarde qu'eux. Par exemple, l'UE n'a aucune raison d'intervenir si les consommateurs décident de mettre en gage une partie du gain potentiel à un tiers en échange du financement de la procédure.

Q 27 Les entités représentatives qui forment des recours collectifs devraient-elles pouvoir recouvrer les frais de procédure, y compris les frais administratifs, auprès de la partie succombante ? Existe-t-il par ailleurs d'autres moyens de couvrir les coûts des entités représentatives ?

Q 28 Convient-il d'examiner d'autres aspects du financement des recours collectifs pour garantir un accès effectif à la justice ?

Le CCBE ne voit pas d'autre point que ceux abordés aux questions précédentes.

3.6 Application effective du droit de l'Union dans toute l'UE

Q 29 Avez-vous connaissance de problèmes transfrontières spécifiques qui se seraient posés dans l'application pratique des règles en matière de compétence, de reconnaissance ou d'exécution des décisions ? Quelles ont été les conséquences de ces problèmes et quelles solutions ont été finalement trouvées ?

L'exécution, examinée par l'UE dans les questions 29 à 32, est aussi indispensable que les autres : quel que soit le choix de procédure, il n'y aura pas de procédure efficace s'il n'existe pas une réelle possibilité d'exécution de la décision.

La compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements figurent toutes dans le règlement de Bruxelles I qui a été analysé en détail par ailleurs²².

²⁰ Réponse au livre vert de la Commission sur les recours collectifs pour les consommateurs, p. 6.

²¹ Pour un exemple en Allemagne, voir : <http://www.das-prozessfinanzierung.de>.

²² Voir le rapport Hess/Pfeiffer/Schlösser sur l'application du règlement de Bruxelles I dans les États membres.

Q 30 Des règles particulières en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions et/ou de détermination du droit applicable sont-elles requises pour les recours collectifs, afin de garantir une application effective du droit de l'Union dans toute l'Union européenne ?

En ce qui concerne la compétence, la reconnaissance, l'exécution des décisions et des lois applicables, les recours collectifs font, en principe, face aux mêmes enjeux que les recours individuels. On a assisté ces dernières années à une amélioration constante de la clarification de ces questions au sein de l'UE. Par exemple, le règlement de Bruxelles I susmentionné prévoit la protection des consommateurs en matière de compétence, alors que le règlement de Rome I (593/2008) prévoit la même chose en matière de loi applicable.

Il a été constaté que la procédure d'exequatur en vertu de ce règlement fonctionne efficacement²³. Toutefois, un demandeur qui cherche à exécuter un jugement étranger peut avoir à payer des frais pour la traduction du jugement ou les conseils d'un avocat si le défendeur conteste l'exequatur conformément à l'article 43 du règlement de Bruxelles I. Par conséquent, l'abolition complète de la procédure d'exequatur tout en conservant un filtre important d'ordre public matériel et procédural pourrait épargner aux consommateurs des frais lorsqu'un jugement est rendu en leur faveur.

Q 31 D'autres règles particulières vous paraissent-elles nécessaires en matière de recours collectifs dans les situations transfrontières, par exemple pour la résolution consensuelle collective des litiges ou pour les infractions au droit de l'Union commises par des fournisseurs de biens et services en ligne ?

3.7 Autres principes possibles

Q 32 D'autres principes communs devraient-ils être ajoutés par l'Union européenne ?

Voir la réponse aux questions 7 et 20.

4. PORTÉE D'UNE APPROCHE EUROPÉENNE COHÉRENTE EN MATIÈRE DE RECOURS COLLECTIFS

Q 33 Les travaux de la Commission en matière d'actions collectives en réparation devraient-ils être étendus à d'autres domaines du droit de l'Union en plus de ceux de la concurrence et de la protection des consommateurs ? Dans l'affirmative, quels seraient ces domaines ? Ces domaines présentent-ils des particularités à prendre en compte ?

Le CCBE suppose qu'un mécanisme de recours collectif pourrait concerner d'autres domaines du droit communautaire.

Q 34 Une éventuelle initiative européenne en matière de recours collectifs devrait-elle être de portée générale, ou serait-il préférable d'envisager des initiatives limitées à certains domaines ?

Le CCBE ne voit aucune raison de restreindre toute mesure que l'UE adopterait en matière de recours collectifs aux recours des consommateurs.

²³ Voir le rapport Hess/Pfeiffer/Schlosser sur l'application du règlement de Bruxelles I dans les États membres, p. 226.