

Position du CCBE sur la proposition de directive relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE

24/09/2018

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 45 pays, soit plus d'un million d'avocats européens. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres aux consultations sur les politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

Le 11 avril 2018, la Commission européenne a lancé le paquet « nouvelle donne pour les consommateurs » composé de deux propositions de directives et d'une communication visant à renforcer la protection des consommateurs.

Comme le reconnaît la proposition, la mondialisation et la numérisation ont apporté de grands avantages économiques transfrontaliers aux consommateurs et aux professionnels de toute l'UE. Une étude réalisée par la Commission européenne¹ en 2012 indiquait que 53 % des consommateurs européens avaient effectué un achat en ligne au cours des douze mois précédents et que 15 % d'entre eux avaient acheté en ligne auprès d'un professionnel d'un autre État membre pendant la même période. La confiance était élevée parmi les personnes qui avaient effectué des achats en ligne : 90 % d'entre elles avaient confiance en les achats nationaux et 80 % en les achats transfrontaliers.

Comme l'indique la proposition, le risque d'infractions au droit de l'Union augmente avec la prévalence des achats transfrontaliers des consommateurs. La publicité mensongère, les clauses contractuelles abusives ou d'autres problèmes peuvent affecter de grands groupes de consommateurs dans un certain nombre d'États membres. La proposition de directive doit garantir la confiance des consommateurs, la protection des professionnels contre les litiges non fondés et la résolution efficace des litiges entre consommateurs et professionnels.

Le CCBE² rappelle ses [commentaires préliminaires](#) du 18 mai 2018 concernant la [Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE](#). Le présent document réitère et élabore la position du CCBE concernant la proposition et dans les principaux domaines suivants :

- La limitation des recours collectifs aux entités qualifiées en vertu de la proposition de directive : le CCBE estime que de graves conflits d'intérêts risquent de surgir. En fonction de la définition, du financement, de l'impartialité ou de l'inaction de ces entités, la restriction en faveur des entités qualifiées risque d'entraver l'accès à la justice. Un plus grand nombre de représentants possibles doit être envisagé afin d'éviter des restrictions disproportionnées, et

¹ Commission européenne, *Consumer Attitudes towards Cross-Border Trade and Consumer Protection*, juin 2013 (http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_358_en.pdf)

² La délégation néerlandaise du CCBE n'a pas pu soutenir la présente position et s'est donc abstenue lors du vote.

toute restriction doit être justifiée de manière objective. Le CCBE est d'avis qu'un plus grand nombre de représentants possibles est susceptible de faire progresser l'accès à la justice.

- Les procédures « *opt-in* » et « *opt-out* » : le CCBE estime qu'une approche fondée sur le consentement exprès de l'individu est appropriée. L'*opt-in* respecte le droit à l'autodétermination juridique et évite la pression d'un groupe.
- Petits litiges : le CCBE estime nécessaire de clarifier davantage les situations dans lesquelles, comme l'indique la proposition de directive, des personnes « ont subi une perte mineure et il serait disproportionné de leur accorder réparation ». Étant donné que, dans de telles situations, la réparation profiterait davantage à la réalisation d'un objectif d'intérêt public plutôt qu'à l'individu lui-même, il conviendrait d'estimer l'évaluation des dommages dans leur ensemble puisqu'aucune entité lésée ne serait impliquée dans l'affaire. Il conviendrait de clarifier dans le règlement proposé que toute estimation ou autre forme de détermination du montant des dommages et intérêts ne contienne pas d'élément à caractère punitif.
- Le modèle choisi de limitation des recours collectifs aux entités qualifiées, tel que proposé par la directive, n'est pas un instrument approprié pour obtenir l'indemnisation financière de dommages subis par des particuliers. Il convient dès lors de préciser que les recours collectifs introduits par des entités qualifiées n'excluent pas les actions entreprises par des personnes demandant réparation du préjudice qu'elles ont subi. Il est également primordial de préciser que les décisions finales dans les procédures engagées par des entités qualifiées n'ont pas d'effet contraignant sur les procédures engagées par des personnes et ne devraient avoir d'effet contraignant que pour les réclamations des particuliers qui ont expressément choisi d'accepter d'avance qu'une telle décision soit contraignante.

Notre réponse met en lumière plusieurs autres questions, notamment autour de la charge de la preuve, qui, aux yeux du CCBE, doivent être supprimées ou soumises à des garanties procédurales adéquates ; l'effet des décisions finales, qui, selon le CCBE, doit être appliqué bilatéralement plutôt qu'unilatéralement comme proposé actuellement ; l'introduction d'un mécanisme de subsidiarité.

En règle générale, il est possible de supposer que tous les États membres s'efforcent de garder leurs mécanismes de recours nationaux aussi rapides et rentables que possible. En même temps, une tension demeure toujours entre la quête de justice et la résolution aussi facile que possible des affaires. Différentes cultures juridiques ont élaboré différentes approches pour assurer cet objectif.

L'article 6 (4) de la proposition de directive dispose que les mesures de réparation disponibles sont sans préjudice des droits supplémentaires de réparation dont les consommateurs peuvent disposer en vertu du droit de l'Union ou du droit national. La proposition souligne que l'adoption de la directive 2009/22/CE n'a pas été aussi réussie que prévu et que les États membres prévoient des recours collectifs en droit national à des degrés variables.

Entités qualifiées

1. Dispositions de l'article 4

Le statut des entités qualifiées en vertu de la proposition de directive pourrait remettre en question cette approche harmonisée en matière d'accès à la justice. L'article 4 de la proposition de directive définit les critères applicables à ces entités qualifiées :

- elle est régulièrement constituée conformément à la législation d'un État membre ;
- elle a un intérêt légitime à veiller au respect des dispositions du droit de l'Union couvertes par la présente directive ;
- elle poursuit un but non lucratif.

L'article 4 prévoit en outre :

- une évaluation régulière par l'État membre du respect de ces critères par l'entité qualifiée ;
- d'autoriser les États membres à désigner des entités qualifiées sur une base ad hoc ;
- de veiller à ce que les États membres autorisent les organisations de consommateurs et les organismes publics indépendants à obtenir le statut d'entités qualifiées ;
- de permettre aux États membres de déterminer les mesures prévues par la directive que certaines entités qualifiées peuvent chercher à obtenir.

L'article 5 contient également des dispositions concernant l'existence d'un « lien direct entre les principaux objectifs de l'entité et les droits reconnus par le droit de l'Union qui sont censés avoir été violés et pour lesquels l'action est intentée » et l'article 7 concernant le caractère adéquat et la transparence des fonds pour intenter un recours collectif.

La définition de la proposition de directive est axée sur et anticipe le fait « que les organisations de consommateurs et les organismes publics indépendants pourront prétendre au statut d'entité qualifiée » et prévoit, à l'article 15, le financement, le soutien et la facilitation du partage d'informations entre ces groupes à travers les États membres.

Le CCBE est convaincu que le fait de limiter le processus de recours collectifs à des organismes désignés limite l'accès à la justice. Au lieu de réserver la possibilité d'engager des recours collectifs à un ensemble spécifique d'acteurs, le CCBE considère qu'en appliquant une analyse de proportionnalité à la proposition, il existe d'autres mécanismes moins contraignants pour empêcher les actions déraisonnables, artificielles et vexatoires, telles que l'introduction du principe du perdant-payeur ou l'interdiction du droit des entités représentatives ou des avocats de recevoir une part de ce qui a été obtenu dans la procédure. Tel qu'expliqué plus loin, il peut être plus approprié d'examiner le bien-fondé de l'intervention de l'entité qui engage le recours collectif dans le contexte des circonstances de l'affaire en l'espèce. Dans sa rédaction actuelle, la proposition de directive exclurait largement la profession d'avocat en Europe de la participation à cette procédure de recours collectif sans même tenter de justifier le fait de proposer une telle restriction : le CCBE est fermement convaincu que cette position est inacceptable.

En règle générale, les procédures sont d'autant plus susceptibles d'être traitées avec diligence et efficacité que ceux qui les dirigent sont des professionnels juridiques diplômés. Par conséquent, dans le cadre d'une procédure de recours collectif, les consommateurs bénéficieront du fait d'être regroupés ou représentés par des avocats qualifiés pouvant constituer et joindre utilement leurs dossiers. Les avocats européens sont soumis à des codes de déontologie stricts et ont l'expérience nécessaire, par exemple dans le regroupement de plaintes, la mise en place de structures d'entreprises ou autres à gouvernance saine pour représenter les plaignants, la recherche de faits et le rassemblement de preuves en vue d'un procès.

En outre, la nature même des recours collectifs en matière de litiges transfrontaliers (qui doivent au moins être au centre de la proposition) est que les entités nationales qualifiées existantes peuvent ne pas être aptes à représenter les consommateurs de deux ou davantage d'États membres qui pourraient avoir intérêt à créer une entité ad hoc afin de présenter une réclamation.

En même temps, conformément au principe de l'égalité des armes et de la transparence des procédures, les droits de la défense doivent également être préservés au sein d'une procédure établie. Il est indispensable pour le CCBE que les garanties de procédure soient respectées à chaque étape, notamment quant à la recevabilité, la responsabilité, ainsi que l'indemnisation (y compris sa répartition).

En outre, les missions qui sont généralement conférées à l'État, telles que les poursuites pénales, ne doivent pas être déléguées aux « entités qualifiées ».

2. L'intérêt légitime et la position en droit national

Un certain nombre d'États membres autorisent, dans leur législation nationale, une plus grande marge de manœuvre aux procédures de recours collectif que celle prévue dans la présente proposition, notamment l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède. Ils ont, en conséquence, développé des garanties procédurales pour garantir l'accès à la justice, la protection des intérêts des consommateurs et un équilibre entre consommateurs et professionnels. Ces instruments de droit national existants doivent être soigneusement analysés afin de trouver la meilleure solution d'instrument à l'échelle de l'UE prévoyant des procédures de recours collectif transfrontalières.

3. Le financement des entités qualifiées

La poursuite de recours collectifs peut être un procédé long, complexe et onéreux.

Le CCBE est très inquiet au sujet de l'assistance que les entités qualifiées peuvent recevoir des autorités des États membres (en vertu de l'article 15 de la proposition de directive). Cela peut entraîner des inégalités de procédure et des actions aux mobiles politiques ou qui, pour des raisons qui ne sont pas clairement définies, ciblent les professionnels dans certains États membres. Par ailleurs, un conflit peut survenir avec l'interdiction des aides d'État tel que le prévoit le droit primaire européen si des « entités qualifiées » sont subventionnées ou reçoivent une partie de l'indemnisation dès le départ.

4. En cas de conflit d'intérêt

Le projet ne contient pas de dispositions relatives à un éventuel conflit d'intérêts lié aux entités qualifiées et qui serait manifestement de nature à porter préjudice aux droits des personnes remplissant les critères de rattachement au groupe et y ayant adhéré. Les entités qualifiées en effet, ne sont pas astreintes aux règles déontologiques auxquelles sont soumis les avocats, notamment en ce qui concerne les conflits d'intérêts. Il est donc possible que, pour des raisons non inhérentes à la nature même du litige mais relevant de considérations propres à l'entité qualifiée, aucun recours collectif ne soit intenté. Le financement peut présenter un tel conflit d'intérêt, par exemple si un organisme financé par des fonds publics intente un recours collectif à l'encontre d'un professionnel financé également par des fonds publics, tel que des services ferroviaires publics.

5. En cas d'inaction des entités qualifiées

La proposition n'envisage pas la possibilité qu'il n'existe aucune entité qualifiée souhaitant engager les recours collectifs des consommateurs. En privant ainsi les personnes remplissant les critères de rattachement au groupe et y ayant adhérees de l'action collective en cas d'absence d'entités qualifiées, le projet semble méconnaître le principe de libre accès à la justice. Le CCBE estime que cela donnerait lieu à des situations dans lesquelles certains consommateurs pourraient chercher à régler leurs différends par l'intermédiaire de recours collectifs en vertu du droit national, alors que les consommateurs d'autres pays ne disposant pas d'un tel système en seraient privés.

Un autre problème découle de l'inaction des entités qualifiées. D'après la proposition, les entités qualifiées sont les seules titulaires de l'action, à l'exclusion de toute autre personne, exception faite des organisations syndicales sous certaines conditions. Cela revient donc à dire que dès lors si qu'aucune entité qualifiée ne se saisit du litige, les personnes remplissant les critères de rattachement au groupe et y ayant adhéré ne disposent d'aucun recours pour faire valoir leurs droits alors même que ce sont elles qui en premier lieu subissent un préjudice.

6. En cas de refus ou d'obstruction des entités qualifiées

S'il est possible pour l'entité qualifiée de refuser de porter le recours collectif, l'éventualité d'une obstruction n'est pas à exclure. L'obstruction se distingue du refus pur et simple en ce qu'elle ne présente pas un caractère aussi tranché mais consiste plutôt en l'absence manifeste de toute action

tendant à porter le litige devant les juridictions compétentes (pour des raisons d'opposition, de coût, de faisabilité, etc.).

Les justiciables se retrouveraient dès lors privés de leur droit à réparation sans pour autant pouvoir reprocher aux entités qualifiées de leur avoir opposé un refus qui ne serait jamais exprimé.

7. Résumé

En résumé, le CCBE estime que la directive doit, dans tous les cas, prévoir la possibilité pour les consommateurs d'avoir recours à des professionnels du droit compétents.

Procédure opt-in ou opt-out

8. La procédure *opt-in* plutôt que la procédure *opt-out*

Contrairement à la *Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union*, la proposition semble instituer une procédure *opt-out* plutôt qu'*opt-in*. Par conséquent, les parties appartenant à un certain groupe participent automatiquement au litige, sauf si elles se retirent expressément. Selon le CCBE, étant donné que les recours collectifs reposent toujours sur des réclamations individuelles, le principe *opt-in*, selon lequel les personnes physiques ou morales se joignant au recours ne peuvent le faire qu'avec leur consentement, est le seul moyen de respecter et de garantir la liberté de chaque consommateur de décider individuellement de poursuivre ou non ses réclamations de manière active et autonome. Il est nécessaire que le consommateur dise « oui » pour rejoindre à un recours collectif, sans être obligé de faire quoi que ce soit pour sortir d'un mécanisme de recours collectif qui ne bénéficie pas de son accord.

Le système *opt-out* conduirait à des décisions de consommation non autonomes mais résultant de la pression d'un collectif : en d'autres termes, rester dans le processus d'une réclamation pouvant être injustifiée ou excessive simplement parce qu'un consommateur fait l'objet de la pression collective d'un groupe, sans décision libre et autonome, finirait par priver chaque consommateur de sa capacité juridique, c'est-à-dire de son droit à l'autodétermination. Le droit fondamental des justiciables à prendre leur décision d'introduire une réclamation de manière libre et autonome est plus important que l'objectif visant à augmenter le nombre de personnes se joignant à l'action.

Petits litiges

9. Recours direct ou fonds à des fins d'intérêt public

L'article 6 exempte de recours particuliers les consommateurs qui « ont subi une perte mineure et il serait disproportionné de leur accorder réparation ». La proposition met en évidence une modalité différente pour de telles situations : « les États membres ne devraient pas exiger le mandat des consommateurs concernés dans le cadre d'une action représentative et les fonds accordés à titre de réparation devraient être affectés à un objectif public servant les intérêts collectifs des consommateurs, tel qu'une campagne de sensibilisation ».

Des situations de préjudices de masse peuvent surgir, lorsqu'une très grande catégorie de personnes subissent individuellement une perte mineure. Bien que dans certaines circonstances, il soit logique de faire respecter les violations qui ne causent que des dommages mineurs, le mécanisme proposé pour faire respecter collectivement les petits montants de pertes ne devrait pas donner lieu à une estimation des dommages incluant un élément punitif.

En outre, il serait utile de comprendre quel seuil correspondrait à « une perte mineure », étant donné que les conséquences d'un tel seuil pour les consommateurs sont considérables, qu'ils perçoivent directement des dommages et intérêts ou que ces derniers soient attribués à une cause d'intérêt public. Le coût de distribution des fonds à ces consommateurs peut également être atténué. Par

exemple, les consommateurs peuvent s'abonner de manière permanente à des biens ou à des services, ou les compensations peuvent être versées sans grand effort grâce à leurs informations de paiement enregistrées pour de futurs achats.

Commentaires généraux

10. La charge de la preuve

L'article 13 introduit une obligation pour le défendeur de présenter des éléments de preuve, sans fournir de garanties procédurales. Une telle obligation provient d'un système juridique différent avec des règles différentes en matière de charge de la preuve. Dans la plupart des États membres de l'UE, une telle exigence de divulgation est contraire à la règle générale de procédure selon laquelle le demandeur doit fournir des éléments de preuve. Si la Commission européenne, comme cela a souvent été déclaré, ne souhaite pas introduire un système de recours collectif à l'américaine, il ne devrait y avoir aucune obligation pour le défendeur de fournir des éléments de preuve.

11. Les effets des décisions finales

Les effets proposés des décisions finales, tel que le prévoit l'article 10, s'appliquent unilatéralement en faveur des consommateurs ou des entités qualifiées établissant l'existence d'une infraction. Pour garantir l'égalité procédurale, la force exécutoire doit également s'appliquer au défendeur afin qu'aucune autre entité qualifiée ne puisse tenter une action reposant sur la même infraction présumée.

12. Proposition d'intégration d'un mécanisme subsidiaire

Certains systèmes judiciaires prévoient, dans le cas où un mandataire judiciaire désigné n'agit pas correctement ou ne représente pas les intérêts de ses mandants, la possibilité de désigner un tiers de confiance au cas où une mise en demeure reste infructueuse après un certain temps³.

Le CCBE propose d'introduire un mécanisme subsidiaire similaire dans la directive. Le tiers à désigner pourrait alors être un avocat.

Conclusions

Le monopole conféré aux entités qualifiées de porter l'action collective se heurte ainsi à de nombreuses difficultés concernant l'accès à la justice pour les consommateurs et la garantie d'état de droit pour les plaintes des consommateurs. La suppression de ce monopole au profit de l'avocat, soumis à des règles déontologiques strictes, représente à la fois la garantie de responsabilité civile, d'une bonne administration de la justice mais aussi d'une protection accrue des droits des justiciables.

³ C'est le cas par exemple des procédures en insolvabilité en France, voir l'article L. 622-20 du Code de commerce français, qui investit le mandataire judiciaire (ex-représentant des créanciers) du monopole légal de l'action au nom des créanciers déclarés, en cas de mise en demeure restée infructueuse dans un délai de deux mois, l'action d'un créancier nommé contrôleur est recevable (R. 622-18).