

Recours collectifs en Europe : la transposition de la directive (UE) 2020/1828 en question

le 16 juin 2023

EUROPÉEN

Le mardi 18 avril dernier, la chaire droit de la consommation (CY Cergy Paris université), dirigée par les professeurs Carole Aubert de Vincelles et Natacha Sauphanor-Brouillaud, organisait au ministère de l'Économie et des Finances (avec le concours de la DGCCRF) une rencontre intitulée *Recours collectifs en Europe : la transposition de la directive (UE) 2020/1828 en question* sous la direction scientifique des professeurs Laurence Usunier (CY Cergy Paris université) et Rafael Amaro (université de Caen Normandie).

Cet événement fit écho à l'actualité parlementaire après l'adoption en première lecture le 8 mars 2023 de la proposition de loi Vichnievsky/Gosselin, avant sa présentation au Sénat avant l'été.

La transposition de la directive du 25 novembre 2020 sur les actions représentatives en défense des intérêts collectifs des consommateurs

Comment transposer en droit français la directive (UE) 2020/1828 du 25 novembre 2020 sur les actions représentatives en défense des intérêts collectifs des consommateurs ? Cette directive ambitionne de pallier le risque d'ineffectivité qui plane sur le droit de la consommation du fait de la rareté des actions en justice intentées par les consommateurs eux-mêmes lorsque leurs droits sont violés par les professionnels, compte tenu du montant souvent modeste des sommes qui sont en jeu. Pour remédier à ce risque, la directive de 2020 oblige les États membres de l'Union européenne à introduire dans leurs droits des actions dites « représentatives » ; en d'autres termes, des mécanismes de recours collectifs permettant d'obtenir soit la cessation d'une atteinte portée par un professionnel aux règles du droit européen de la consommation, soit la réparation des préjudices que cette atteinte a pu causer aux consommateurs victimes.

Or, la France a pris du retard pour transposer cette directive, puisque la date limite pour ce faire était fixée au 25 décembre 2022. Le processus est aujourd'hui amorcé et se déploie sur la base d'une proposition de loi parlementaire portée depuis le 15 décembre 2022 par les députés Laurence Vichnievsky et Philippe Gosselin. C'est cette mouture du texte adoptée en première lecture et actuellement portée par la navette parlementaire qui constitua le support des échanges de la table ronde du 18 avril à Bercy, dans le but d'apprécier non seulement ses qualités et défauts intrinsèques, mais aussi sa compatibilité avec la directive (UE) 2020/1828.

Les recours collectifs en droit français

Le professeur Laurence Usunier rappela à titre liminaire le contexte dans lequel s'inscrit la proposition de loi. En France, les actions collectives en défense des intérêts des consommateurs consacrées par la directive du 25 novembre 2020 ne sont pas une nouveauté. Des dispositifs qui permettent aux associations de consommateurs agréées d'agir en cessation des agissements des professionnels qui violent les droits des consommateurs ont été progressivement admis à partir des années 1970. Puis, s'agissant de la réparation des préjudices causés à ces derniers, après l'échec de l'action en représentation conjointe introduite en droit français en 1992, une véritable action de groupe fut consacrée par la loi Hamon du 17 mars 2014. Initialement limitée aux seuls litiges de consommation, l'action de groupe a très vite été étendue à d'autres secteurs, comme celui des produits de santé, de l'environnement ou encore des données personnelles.

Cette acculturation de l'action de groupe en droit français est intervenue à l'initiative du législateur français lui-même, et non sous la contrainte d'un texte européen, comme pour nombre d'autres transpositions. En droit de l'Union, des dispositifs permettant à des entités protectrices des consommateurs d'agir en cessation des atteintes portées par des professionnels au droit européen de la consommation ont été consacrés progressivement à partir des années 1990. Mais s'agissant de la réparation des préjudices causés par ces atteintes aux consommateurs eux-mêmes, le législateur européen n'avait jusqu'alors jamais obligé les États membres à admettre un mécanisme d'action collective. Certes, une recommandation sur les recours collectifs avait été publiée par la Commission européenne en juin 2013, mais elle n'avait aucune portée contraignante. C'est donc le grand apport de la directive (UE) 2020/1828 que d'avoir consacré pour la première fois l'obligation pour tous les États membres d'introduire dans leur droit un mécanisme d'action représentative, non plus seulement en cessation, mais aussi en réparation des préjudices subis par les consommateurs en cas de violation de leurs droits par un professionnel. Si, dans une perspective française, la directive n'apparaît dès lors pas révolutionnaire, elle constitue tout de même une avancée pour les droits des consommateurs, car une dizaine d'États membres ne disposait d'aucun mécanisme d'action de groupe au jour de l'adoption de la directive.

En outre, si le processus a pris du retard, c'est qu'en parallèle, un premier bilan des actions de groupe a été dressé par rapport parlementaire établi en juin 2020 par les mêmes députés Laurence Vichnievsky et Philippe Gosselin. Or ce rapport constate l'échec de l'action de groupe à la française. Au jour du rapport, peu d'actions avaient été introduites et seules trois avaient pu aboutir à une transaction entre l'association requérante et le professionnel en cause. Aucune action n'avait en revanche abouti à un jugement sur la responsabilité du professionnel, encore moins à une indemnisation des victimes, soit que les actions de groupe intentées ont été rejetées, soit qu'elles restaient pendantes de très longues années après leur introduction. Pour remédier à ces difficultés, une proposition de loi fut déposée par les auteurs du rapport en septembre 2020, mais elle ne fut jamais inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale.

Dans ce contexte, la transposition de la directive du 25 novembre 2020 offrait une occasion de remettre l'ouvrage sur le métier, afin de tenter de remédier aux insuffisances du dispositif français actuel. La question qui se posait à notre législateur était dès lors de savoir si la directive devait donner lieu à une transposition *a minima*, se contentant de retoucher les quelques points sur lesquels la directive imposait des changements, ou opter pour une transposition maximale réformant en profondeur le régime de notre action de groupe pour en renforcer l'efficacité. Le gouvernement français a si longuement hésité sur la question que, fin 2022, aucun projet de loi de transposition de la directive n'avait encore été présenté. C'est alors que le 15 décembre 2022, les députés Laurence Vichnievsky et Philippe Gosselin ont consécutivement déposé une proposition de loi n° 639 sur les actions de groupe, reprenant très largement les termes de leur proposition de 2020. La proposition a cette fois trouvé sa place à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale à la faveur d'une niche parlementaire.

Subséquent, il était évident qu'elle devait servir de véhicule à la transposition de la directive, d'autant que, précisément, le délai de transposition de la directive de 2020 est déjà dépassé.

Sur le plan des sources du droit, le professeur Usunier fit remarquer que le scénario en présence est original, car il est rare que la transposition d'une directive européenne passe par une proposition de loi parlementaire. Et de fait, si la proposition de loi avait le mérite de ne pas se contenter d'une transposition *a minima* de la directive, elle avait également l'inconvénient de n'avoir pas été du tout pensée à la lumière de la directive. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État a été saisi du texte, chose, là encore, assez rare. Dans un avis du 9 février 2023, le Conseil a donc formulé un certain nombre de propositions de retouches tendant notamment à mieux assurer la compatibilité de la proposition de loi avec la directive que, *de facto*, elle doit transposer. Ces propositions ont été intégrées en commission des lois et le texte a ensuite été voté en première lecture à l'Assemblée nationale le 8 mars 2023.

La proposition de loi Vichnievsky/Gosselin du 15 décembre 2022

Le professeur Rafaël Amaro présenta ensuite le contenu de la proposition de loi. Ce premier formula à titre liminaire plusieurs observations concernant le véhicule législatif emprunté, la structure de la loi-cadre et les dispositions transitoires envisagées.

Initialement, la proposition préconisait une codification dans le code civil d'un socle procédural commun pour tous types d'actions de groupe, quelle que soit la matière en cause. L'idée du socle commun est reprise dans le texte adopté en première lecture, mais le choix a été fait, sur les recommandations du Conseil d'État, de l'inclure dans une loi-cadre. Pour le Conseil, une codification dans le code civil était inopportune en raison de la nature procédurale des règles de l'action de groupe. Une codification dans le code de procédure civile l'était également selon la juridiction administrative, en raison cette fois du « caractère législatif » des règles introduites, alors que le recueil susnommé relève entièrement du domaine de l'article 37 de la Constitution.

Cette loi-cadre entend avant tout satisfaire l'objectif de lisibilité et d'accessibilité de la loi en unifiant le régime de l'action de groupe. Ce choix conduit notamment, à l'article 3, I, de la loi proposition, à abroger toutes les règles en vigueur : le droit commun du code de procédure civile et du code de justice administrative, mais aussi toutes les dispositions spéciales qui avaient essaimé dans pas moins de cinq autres codes depuis la loi Hamon, et trois lois non codifiées. Figure parmi les dispositions abrogées l'intégralité du chapitre du code de la consommation sur l'action de groupe (C. consom., art. L. 623-1 à L. 623-32).

S'agissant de la structure du texte, la proposition contient quarante et un articles ordonnés en deux titres. La numérotation de ces articles rappelle le code général des impôts puisqu'elle use des adverbes multiplicatifs (jusqu'à l'article 2, *sexdecies* !). Le premier titre est le plus important en ce qu'il contient toutes les dispositions sur l'action de groupe. Il est structuré, comme souvent pour les textes procéduraux, en suivant le cours naturel de l'instance, de son introduction à son extinction. Le titre 2 prévoit quant à lui les dispositions diverses et transitoires, et contient notamment une nouvelle sanction civile (*infra*).

S'agissant des dispositions transitoires, contrairement à la proposition initiale, l'actuel article 3 a fait le choix de revenir au régime habituel d'application temporelle des règles de procédure : les nouvelles règles sur l'action de groupe seront applicables aux instances introduites après la promulgation du texte, y compris si le fait générateur de responsabilité est antérieur. On notera que dans la proposition initiale, il fallait que le fait générateur soit postérieur à la promulgation. Ce choix consistait donc à appliquer à l'action de groupe le régime des règles substantielles, ce qu'avait également retenu la loi Hamon pour l'action de groupe du code de la consommation. C'est d'ailleurs la principale explication à l'absence d'action de groupe « concurrence » puisqu'en général, les pratiques anticoncurrentielles – et c'est vrai tout particulièrement pour les cartels – ne sont jugées qu'une décennie, voire deux, après leur commission. Cette modification est donc importante pour ces contentieux dans lesquels les faits sont souvent anciens : outre la concurrence, on pense donc aux contentieux de l'environnement ou de la santé.

Au fond ensuite, le professeur Amaro formula cinq grandes remarques en relevant tout d'abord que la qualité pour agir est étendue à un plus grand nombre de titulaires que dans l'état actuel du droit.

- l'universitaire souligna ensuite que la loi distingue, comme la directive, deux grands types d'actions de groupe : l'action en cessation et l'action en réparation. L'action en cessation, relativement simple, fait l'objet d'un seul article, quand l'action en réparation fait l'objet de neuf articles.
- en outre, l'architecture processuelle en vigueur a été maintenue dans ses grandes lignes. L'instance engagée par cette action est structurée en deux phases principales avec une première phase de jugement sur la responsabilité à partir de cas modèles et une seconde phase de réparation du préjudice, laquelle peut être individuelle ou collective. C'est au cours de cette phase que les victimes pourront se déclarer et obtenir réparation. Le système de l'*opt-in* différé est donc maintenu, y compris pour les litiges de consommation pour lesquels le système de l'*opt-out* tend à se développer à d'autres endroits.
- la proposition contient en revanche une suppression notable pour l'action consommation : celle de l'action simplifiée de l'actuel article L. 623-14 du code de la consommation.
- le législateur crée enfin une « sanction civile » en insérant un nouvel article 1253 au code civil qui figure donc dans le sous-titre sur le droit commun de la responsabilité extracontractuelle. Cette sanction civile est manifestement inspirée de l'amende civile du droit des pratiques restrictives de concurrence.

Les débats sur le texte adopté en première lecture

La directive n'impose que des changements relativement marginaux en droit français, bien qu'elle n'interdise pas aux États membres d'introduire dans leurs droits internes des règles plus protectrices des consommateurs. La proposition de loi du 15 décembre 2022 s'engage à certains égards dans cette voie, notamment par l'ouverture de la qualité pour agir à des associations non agréées, par l'extension des types de préjudices réparables dans le cadre de l'action de groupe, ou encore par la création d'une « sanction » civile destinée à lutter contre les fautes lucratives délibérées des professionnels.

Pour discuter du texte adopté en première lecture, étaient réunis : Marianne Bardant, directrice juridique de la Fédération du médicament – LEEM ; Céline Boniface, cheffe du bureau Droit processuel à la DACS ; Charles Constantin-Vallet, avocat (cabinet Constantin-Vallet) ; Philippe Guillermin, chef du bureau Droit de la consommation de la DGCCRF ; et Marie-Amandine Stévenin, vice-présidente de l'*UFC-Que Choisir*.

Furent successivement envisagés les associations admises à agir et le financement des actions représentatives, les remèdes aux préjudices sériels ainsi réparés, ainsi que le cadre procédural de ces recours collectifs.

Qualité pour agir et financement du recours collectif

Les premières questions abordées lors de la rencontre concernèrent la qualité à agir des associations, notamment en tant qu'« entités qualifiées », les bénéficiaires des réparations allouées au terme des procédures ainsi que le financement de ces actions représentatives.

La qualité pour agir

La proposition de loi étend la qualité pour agir au-delà des seules associations de consommateurs agréées au niveau national, permettant ainsi à l'ensemble des associations agréées d'agir, même lorsqu'elles sont d'envergure locale, puisque le niveau d'agrément n'est plus précisé.

En l'état actuel du texte, même les associations non agréées mais régulièrement déclarées de plus de deux ans dont l'objet statutaire mentionne l'intérêt auquel il a été porté atteinte pourraient agir. Enfin, le législateur ouvre également aux requêtes des associations *ad hoc* créées spécialement pour intenter des actions de groupes, qui devraient alors réunir au moins cinquante personnes physiques ou cinq personnes morales au moins et qui appartiennent au groupe des victimes du dommage en cause.

En outre, et c'est un apport fondamental de la directive du 25 novembre 2020, la qualité pour agir serait le cas échéant reconnue dans toute l'Union européenne, que cela concerne une association française désirant ester à l'étranger ou une association étrangère introduisant une action en France. Pour cela, les associations devront solliciter un agrément spécifique pour exercer comme « entité qualifiée » l'action de groupe alors qualifiée de « transfrontière ».

Le professeur Usunier insista sur l'importance de ne pas confondre deux qualités pour agir différentes : la première à l'échelle hexagonale, et la seconde pour l'action transfrontière. En France, les associations *ad hoc* de cinquante personnes physiques ne pourront notamment pas agir à l'étranger dans le cadre d'une action transfrontière en tant qu'entités qualifiées, car les critères retenus pour ce type d'action sont très proches de ceux des associations agréées actuelles. Par ailleurs, sur cette question, il convient de garder à l'esprit que le système de reconnaissance mutuelle existe déjà dans les actions en cessation, mais en pratique aucune action transfrontière en cessation n'a encore été introduite.

La DGCCRF évoqua les difficultés liées au double agrément (interne/externe) des associations de consommateurs et rappela en réaction que le gouvernement est favorable à une harmonisation des conditions de l'action transfrontière. La liste des entités qualifiées à cette fin par chaque État membre doit d'ailleurs être publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE).

Concernant la qualité à agir, aux yeux de la DACS, deux questions se posent : à qui confie-t-on la défense collective des justiciables ? Et en multipliant les critères, ne risque-t-on pas d'ouvrir à un contentieux de la qualité pour agir et de ce fait rendre moins efficiente l'action de groupe ?

Pour la chancellerie, la volonté de favoriser les actions de groupe est louable, et naturellement, la question de la qualité à agir est un levier de premier ordre susceptible de produire un effet mécanique de développement de ce type de recours. Pour autant, il est essentiel d'apporter des garanties suffisantes quant aux associations permises à recueillir les doléances de justiciables et missionnées pour les accompagner dans leur démarche de réparation/sanction. L'association doit en particulier être suffisamment fiable, faire preuve de professionnalisme, et avoir une existence juridique pérenne, particulièrement au regard de la longueur des procédures engagées. Pour autant, plus les critères de la qualité à agir se multiplient, plus le risque d'émergence d'un contentieux dès la mise en état s'accroît, alors que jusqu'ici, cet aléa était purgé par l'agrément préalable.

S'agissant des personnes protégées, le texte en discussion au Parlement parle de « personnes se déclarant victimes ». Dès lors, le contentieux glisse vers une appréciation de fond contestable par le défendeur, et fait naître un nouveau contentieux ; plus encore avec le risque de défenses « jusqu'au boutistes » de ceux qui se trouvent assignés et qui iraient systématiquement s'opposer.

Pour ces raisons, la DACS se montre réservée avec la logique de confiance et d'autorégulation qui a prédominé en première lecture, notamment avec le rejet de l'amendement gouvernemental qui voulait imposer une transparence financière des associations pour sécuriser les justiciables représentés, et informer l'assigné à ce sujet.

Les industriels regrettent quant à eux que la proposition de loi ne prenne pas en considération les particularismes de domaines spécifiques, dont la santé, alors que le législateur y était plus sensible en 2016. Ceux-ci plaident donc pour une introduction des critères de l'article 10 de la directive à ces égards, qui n'ont pour l'heure pas été retenus dans la proposition de loi.

En outre, les opérateurs de marché s'inquiètent du risque de *forum shopping*. Les entités qualifiées au niveau national ou à l'étranger ne vont en effet pas devoir répondre aux mêmes critères de qualification, alors même que les effets de l'ouverture des actions de groupes vont produire leurs effets sur tout le territoire communautaire. Subséquemment, le risque est réel de faire d'un État membre l'épicentre du contentieux dans l'Union, et notamment de la France un for privilégié qui attirerait toutes les actions de groupe de l'union régionale.

Les associations de consommateurs insistent sur le fait que le peu d'actions de groupe engagées depuis 2016 ne s'explique pas par la qualité à agir limitée aux actions agréées, ce que par ailleurs elles n'avaient pas réclamé. Leur rareté tient avant tout au champ d'application très restreint des textes, et aux préjudices réparables limitativement considérés par la jurisprudence. Les associations craignent cependant également le rallongement de la « phase 1 » de mise en état, déjà très longue à l'heure actuelle, avec un risque accru que les défendeurs ralentissent encore celles-ci si les critères étaient systématiquement contestés quant à l'intérêt à agir dès le début de l'action. *UFC-Que Choisir* avait plaidé pour un rehaussement du seuil d'agrément à 100 membres, mais le sujet lui paraît secondaire.

Les avocats sont quant à eux souvent très favorables à une extension généreuse de la qualité à agir, jusqu'à même l'étendre aux individus du groupe. Maître Charles Constantin-Vallet défendit cependant une position plus mesurée, estimant que la qualification de l'entité est nécessaire pour procédure collective par nature complexe, longue et coûteuse, au nom d'un impératif de bon accompagnement du justiciable, et d'une capacité à tenir tout le temps de l'action. Il rappela que les procès *Helvet Immo* courent depuis dix ou douze ans. Par ailleurs, pour lui aussi, les professionnels ont tout intérêt à faire durer la procédure. Or, toujours à la lumière de sa pratique dans les affaires *Diesel gate*, il n'y a aucun intérêt à chercher la réparation dans un contentieux automobile sériel quinze ans après l'achat d'une voiture qui n'est souvent même plus utilisée par le consommateur lésé.

L'auxiliaire de justice insista enfin sur le fait que l'enjeu de la concurrence normative justement relevé a déjà cours, où le contentieux des actions de groupe visant des grandes multinationales est notamment massivement introduit aux Pays-Bas. Il faut donc au contraire faire bénéficier largement de la voie procédurale aux nationaux, tout en garantissant le sérieux des acteurs habilités. À cet égard, le système des barreaux qui régule déjà en interne serait selon lui susceptible de garantir cette expertise d'assistance des justiciables pour mener une action de groupe.

Les bénéficiaires et la voie médiane de l'« *opt-in retardé* »

Concernant les bénéficiaires des actions représentatives, dans le choix traditionnel entre l'*opt-in* et l'*opt-out*, la proposition de loi n'apporte pas de changement, puisque le texte adopté en première lecture maintient ce que le professeur Usunier nomma un « *opt-in retardé* » où les justiciables doivent adhérer à l'action de groupe, mais où cette adhésion n'intervient qu'après le jugement sur la responsabilité du professionnel défendeur qui est donc un préalable.

Ce *statu quo* en a déçu certains. Évidemment, l'*opt-out* ne convient pas à tous les domaines, notamment celui du dommage corporel. Mais il paraît de prime abord particulièrement adapté aux dommages de consommation avec des préjudices généralement de montant modique pour les consommateurs lésés, et qui vont peut-être inciter à faire la démarche de jonction à l'action de groupe, ce, même si la démarche est assez simple, de sorte à finalement potentiellement laisser impuni le professionnel indélicat.

La DGCCRF rappela qu'au moment de la loi Hamon, il y avait déjà consensus pour écarter l'*opt out*, en particulier pour des raisons liées à un risque d'inconstitutionnalité (Cons. const. 25 juill. 1989). Mais en 2005, quand Jacques Chirac avait voulu inscrire à l'agenda public l'action de groupe, le choix *opt-in/opt-out* était alors un point saillant des oppositions.

Selon la DGCCRF, les actions de groupe doivent être favorisées pour les dommages sériels de préjudices de petits montants pour lesquels les consommateurs n'agissent pas, d'où la tentation de l'*opt-out* ; mais avec l'entre-deux opportun de l'*opt-in* tardif qui évite les difficultés liées à la constitution du groupe lui-même, et qui ne se fait qu'à partir de la condamnation définitive du professionnel.

Cependant, au-delà de la théorie, faute de « phase 2 » actuellement enclenchée pour des actions collectives sur le fondement de la loi Hamon, on ne sait pas si « l'*opt-in* retardé » s'avérerait peu efficace, notamment en matière d'actions de consommation où on entend souvent cette crainte s'exprimer.

En tout état de cause, lors de la discussion de la proposition de loi de décembre 2022, il n'y eut aucun amendement ayant proposé l'*opt-out*.

L'*UFC* estime que si l'on veut mettre fin à une sorte de prime financière aux manquements à leurs obligations de la part des entreprises avec une lucrativité des comportements illégaux, c'est l'*opt-out* qui devrait s'imposer. Pour illustrer cette nécessité, l'association évoqua une affaire de 2003 où elle avait agi au sujet de disques vierges gravables avec des dispositifs prévus par leurs fabricants empêchant les regravures. Le préjudice était estimé à neuf euros par disque. Or pour une somme si modeste, personne n'agit en justice. Alors que si l'entreprise édite un million d'exemplaires, grâce au système d'*opt-out*, c'est neuf millions d'euros d'indemnisation qui seraient reversés aux consommateurs. L'effet dissuasif n'est par ailleurs fort que dans l'*opt-out*, d'où sans doute la « sanction civile » dans la proposition de loi qui vient compenser ce réel manque aux yeux de l'association.

Pour autant, l'*opt-in* à retardement reste satisfaisante pour le consommateur qui n'a pas à se manifester dès le début du processus. Toutefois, la phase 1 peut durer des années. Des dossiers sont notamment ouverts depuis 2008, avec seulement les premières conclusions au fond aujourd'hui. Cela fragilise au passage les preuves, en particulier s'agissant de la conservation des factures. Le seul remède processuel en l'état du droit est le référé 145 du code de procédure civile qui permet de récupérer un fichier clientèle listant les cocontractants.

L'avocat s'interrogeait sur la conformité de la loi à venir avec la directive et son objectif de bon fonctionnement du marché où les professionnels doivent se livrer à une concurrence saine et loyale, le tout en assurant un « haut niveau de protection du consommateur ». Dans l'*opt-in* tardif, il y a une difficulté temporelle, car on informe les consommateurs, – d'ailleurs, comment ? –, et uniquement à la fin de la phase 1, avec de véritables difficultés de conservation de preuves. Cela entraîne une absence d'effectivité du dispositif et abaisse mécaniquement l'effet dissuasif qui est recherché.

En outre, pour M^e Charles Constantin-Vallet, la question de l'autorité de la chose jugée se pose, moins au sens juridique strict, mais dans son esprit vis-à-vis du risque d'une multitude d'actions judiciaires individuelles qui vont venir créer des précédents judiciaires ne liant pas pour l'avenir, mais qui vont poser beaucoup de difficultés, dans un sens ou dans un autre, en ricochant sur l'action de groupe encore ouverte, ou à l'inverse avec les conséquences collatérales du jugement de l'action de groupe sur les actions individuelles introduites.

Les industriels sont quant à eux satisfaits de cet équilibre de l'« *opt-in* retardé » qui, à leurs yeux, permet d'éviter les « effets d'aubaine ». Ils estiment l'*opt-out* tout bonnement impossible à mettre en œuvre dans la mesure où les consommateurs peuvent ne pas être informés de leur droit à réparation, avec une indemnisation qui n'arrive donc pas, *in fine*, jusqu'au consommateur final.

Le financement des actions représentatives

Fut ensuite abordée la question du financement des actions représentatives. Jusqu'alors, le choix du législateur a été de se concentrer, outre sur les associations de consommateurs, sur les associations agréées dans le domaine de la santé, de sorte à garantir la compétence de ces entités qui doivent remplir certains critères, notamment de solidité financière, en comparaison avec

le Royaume-Uni où des associations de taille réduite peuvent agir, mais sans garanties concernant leur pérennité.

La directive ici considérée constitue un des premiers textes s'intéressant au financement par les tiers. Son article 10, § 1, prévoit que les États membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts avec un détournement des intérêts collectifs des consommateurs. Pour autant, le législateur européen n'a pas posé de prohibition de principe du financement par les tiers à des fins lucratives. La proposition de loi-cadre va donc plus loin en la prohibant (art. 1^{er}), comme le lui permet la directive. Le texte actuellement en discussion prévoit que les financeurs ne peuvent « pas avoir d'intérêt économique dans l'introduction ou l'issue de l'action » (art. 1^{er} *ter*), disposition qui devrait soulever de nombreuses demandes d'irrecevabilité, notamment avec son mécanisme de fourniture d'attestation établissant cette absence de but ou d'intérêt. En tout état de cause, le financement à des fins non lucratives est donc le seul possible dans la réforme, comme le font d'ores et déjà les associations de consommateurs.

La DGCCRF ne partage pas cette lecture littérale et estime que le législateur a avant tout entendu prévenir les conflits d'intérêts, notamment dans l'hypothèse où un concurrent aurait un intérêt direct à l'action.

La DACS souligne que la proposition de loi prend un biais procédural particulier en ne prenant pas en compte le financement comme une condition pour agir, mais en instaurant une barrière probatoire puisqu'est rendue irrecevable l'action à défaut de production d'une attestation. Selon la chancellerie, la jurisprudence fera certainement le lien entre l'absence de conflit et la possibilité d'agir, mais aujourd'hui, le texte interpose seulement la production de ce document. De ce fait, le juge civil n'est pas en mesure de porter une appréciation sur le contenu de l'attestation, il a seulement la faculté de constater son existence ou non. Le contenu éventuellement mensonger devra donc être attaqué devant le juge pénal, de telle sorte que la charge de la preuve repose sur le demandeur. Toute contestation se déroulera donc en deux temps : d'abord avec la mise en cause du contenu de l'attestation devant le juge pénal, et ensuite avec un syllogisme du juge civil qui fera découler le conflit d'intérêts du contenu mensonger dudit document.

L'avocat présent rappela que la profession est très attachée à son indépendance, et ce même vis-à-vis des clients qui les rémunèrent. En l'état actuel du texte, cette indépendance est menacée puisque le tiers financeur va réclamer, *de facto*, un pacte de *quota litis* qui est pourtant strictement interdit par la déontologie du barreau. Le Sénat devrait donc selon lui modifier cet article.

En outre, le défenseur souligna que la proposition de loi adoptée en première lecture ne prévoit pas que les associations puissent solliciter à la fois une réparation de l'atteinte à l'intérêt collectif du consommateur, mais aussi une indemnisation du préjudice associatif. Ces deux indemnisations sont pourtant essentielles, car elles concourent conjointement à reconnaître et à garantir un rôle déterminant des associations – et par leur truchement, des consommateurs – dans la police de marché. Les associations ainsi intéressées économiquement par leurs actions assurent la faisabilité d'actions futures, et ce processus vertueux ne coûte rien aux finances publiques, se finançant par les condamnations des professionnels indécents.

Les agents économiques tendent eux aussi à défendre une lecture libérale de l'article 1^{er} de la proposition de loi, estimant que n'est pas rendu impossible le financement par des tiers intéressés que la directive permet. Ils soulignent que le rapport des députés était d'ailleurs plutôt favorable à cette prise en charge par des tiers capitalisés, comme l'exposé des motifs de l'amendement en témoigne également selon eux lorsqu'il affirme mettre en œuvre l'esprit de la directive à cet égard. Marianne Bardant fit d'ailleurs remarquer que ce sont les termes mêmes de la directive qui sont utilisés à cet endroit, notamment en mobilisant l'expression d'« intérêt économique », inconnue du droit français.

D'autre part, pour LEEM, le truchement de l'attestation a un effet contre-productif défavorable aux justiciables, car il impose de mener un contentieux supplémentaire au pénal pour mettre en cause l'intérêt du tiers.

Les industriels insistent par ailleurs sur l'importance d'assurer un équilibre des sources de financement entre une prise en charge par l'État des ressources *ad litem* (art. 7), des astreintes désormais versées au demandeur et plus au trésor public, et enfin le financement par des tiers. Selon ces premiers, le « tout financement public » peut mener à la désresponsabilisation, et amener à laisser conduire des actions qui ne prospéreront pas.

Par ailleurs, la juriste LEEM rappela que le ministère public peut être à l'initiative d'actions en cessation, et déplore que l'avis du Conseil d'État soit quasi muet sur la question.

En outre, si les professionnels partagent le souci d'indépendance évoqué ci-avant, ils estiment que l'attestation ne prévient pas les conflits d'intérêts sur lesquels insiste pourtant la directive. Il aurait été intéressant selon eux de prévoir des garanties que les tiers financeurs devraient remplir, avec un processus de certification. Ils estiment également nécessaire d'imposer une obligation de transparence aux entités qualifiées qui aille beaucoup plus loin, en rendant notamment publiques les sources de financement et les conventions passées sur la question. Marianne Bardant cita l'exemple de conventions révélées judiciairement en Angleterre et qui s'avèrent montrer que 80 % des fonds étaient finalement réservés à l'entité qualifiée. Il faut selon eux se prémunir de ce type de comportement.

L'*UFC-Que Choisir* fit état de son expérience en matière de financement non lucratif des actions collectives. Pour l'association, dans la réalité, on est par cette réforme très loin d'ouvrir aux dérives connues outre-Manche, avec une impossibilité matérielle pour un acteur caché de détourner massivement des fonds consacrés aux consommateurs préjudiciés qui s'en trouveraient privés. Il faut pour autant naturellement éviter que des actions de groupe puissent être financées par des concurrents des professionnels poursuivis. S'agissant du risque de défaillance des associations, il fut par ailleurs rappelé que la proposition de loi permet de se prémunir de cet écueil en prévoyant un mécanisme de reprise de l'action en cours.

L'association insista sur le fait qu'en matière financière, ce n'est pas le lancement de l'action de groupe qui est le plus coûteux, car tous les consommateurs ne sont alors pas parties en phase 1 ; seule l'entité qualifiée est en demande. Ainsi, que l'action de groupe vise à indemniser mille consommateurs ou un million de consommateurs, cela ne va pas avoir d'influence financière sur l'introduction de la procédure. Par ailleurs, l'action de groupe n'est pas nécessairement plus chère que d'autres actions judiciaires. Les frais de signification ou de traduction des documents en langue étrangère sont notamment les mêmes. Les craintes des associations de défense des consommateurs portent davantage sur la phase 2, faute de recul possible sur cet *opt-in* tardif, avec notamment des requêtes en article 700 du code de procédure civile qui peuvent être coûteuses.

Aujourd'hui, quinze associations sont agréées, mais seules trois agissent. Pour autant, selon l'*UFC*, il ne faut pas s'y tromper, cette timidité des actions tient davantage au champ d'application limité de la loi Hamon et des préjudices réparables contraints par la jurisprudence (ex. : refus du préjudice d'anxiété dans l'affaire *Lactalis*) qu'au financement de l'entité agissant.

Les remèdes aux préjudices sériels

Dans un deuxième temps de la table ronde, fut discutée la question des remèdes, véritable terrain d'innovation de la proposition de loi avec l'extension des préjudices réparables et l'introduction d'une « sanction civile ».

L'extension des préjudices réparables

Les professeurs Amaro et Usinier rappelèrent qu'en droit positif, les préjudices réparables diffèrent actuellement selon les types d'actions de groupe engagées. En matière de consommation, sont

uniquement envisagés les préjudices patrimoniaux découlant de dommages matériels, ce qui exclut tous les préjudices moraux, notamment le préjudice d'anxiété, ainsi que tous les préjudices découlant de dommages corporels.

Depuis 2014, la réparation du préjudice moral était ainsi exclue, de même que celle de tous les préjudices découlant de dommages corporels. Désormais, avec la proposition de loi, et cela va de pair avec la généralisation du champ d'application de l'action de groupe, les préjudices indemnisables ne sont plus limités, ni en fonction de leur caractère moral ou patrimonial ni à l'aune de la nature corporelle ou matérielle du dommage dont ils découlent.

Pour la DGCCRF, le législateur avait été pragmatique au moment de la loi Hamon, constatant que les préjudices en la matière étaient avant tout économiques. Il était en outre « facile » pour le juge de caractériser les préjudices subis par les consommateurs qui sont dans des situations de fait et de droit, si ce n'est identiques, au moins très similaires. Le chef de bureau de la DGCCRF rappela sur cette question que les évolutions envisagées prennent leur origine dans la directive permettant une action en cessation et une action en réparation pour toute une série de textes – une soixantaine – annexés à la directive, et que, s'ils visent majoritairement la protection des intérêts économiques des consommateurs, ils ne s'y limitent pas. Vont notamment au-delà le règlement général sur la protection des données (RGPD) ou la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, qui englobe les préjudices corporels. Ainsi, pour la DGCCRF, en dehors même de la lettre de la directive (UE) 2020/1828, il était nécessaire d'aller au-delà du seul préjudice économique qui a actuellement cours.

La DACS se montre prudente à ce sujet. Elle constate de manière critique que la Cour de cassation a progressivement limité les préjudices actuellement réparables sur le fondement de la réforme Hamon de 2014. La chancellerie voulait voir si au-delà de la consommation, des produits de santé, des données personnelles ou des préjudices environnementaux, il fallait ouvrir le champ des recours collectifs. Le gouvernement n'était donc par contre l'ouverture lors de la discussion de la proposition à l'Assemblée nationale, mais estime qu'il faut toujours en apprécier l'opportunité. La chancellerie affirme en effet que l'action de groupe ne doit pas être une fin en soi. Le but final et central est la protection des justiciables qui doit se trouver renforcée par ce type d'action représentative. Le maintien par le Parlement du champ universel n'est donc pour le ministère pas sans poser question, notamment en droit social ou en matière de risques anticoncurrentiels.

La DGCCRF surabonda avec sa réserve sur les dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence. Il s'agit alors de contentieux entre professionnels, hypothèses non envisagées dans la directive-source qui se limite aux litiges opposant les professionnels aux consommateurs.

L'*UFC-Que Choisir* exprima pour sa part son grand satisfecit relativement à l'ouverture maximale du champ d'application des actions de groupe, rappelant par ailleurs sur cette question de l'« équilibre » que les actions de groupe ne sont pas utilisées pour déséquilibrer le marché, mais bien pour le ré-équilibrer. D'un point de vue juridique, cette réforme ne crée d'ailleurs aucun nouveau régime de responsabilité à charge des entreprises, ce sur quoi insiste d'ailleurs l'avis du Conseil d'État ; raison pour laquelle le texte ne doit selon les magistrats du Palais-Royal pas figurer dans le code civil. Les entreprises n'ont donc pas plus de responsabilités qu'elles n'en avaient avant la réforme, et seule mute la manière dont les justiciables peuvent agir.

La représentante du marché insista sur le fait que la nouvelle voie d'action ouverte à régime de responsabilité constant visait les hypothèses où, dans les canons procéduraux actuels, les justiciables n'agissaient pas à défaut d'action de groupe. Les professionnels s'inquiètent d'une véritable concurrence des voies d'action, ce que la directive n'a pas du tout pris en compte. Par exemple, en matière de produits de santé, cinq types d'actions parallèles sont possibles : la voie amiable (ONIAM), des actions individuelles devant les juridictions judiciaires ou administratives, des actions conjointes devant les juridictions judiciaires, des actions pénales, et des actions de

groupe en matière de santé. Les problèmes d'articulation entre le pénal et le civil existent déjà, mais vont considérablement s'accroître avec la réforme en l'état actuel du texte. Par ailleurs, ce dernier ne traite pas de l'expertise, notamment dans la deuxième phase – véritable enjeu des recours collectifs pour LEEM.

L'avocat estime qu'élargir la réparation va conduire à tarir le contentieux individuel, notamment pour le préjudice moral où le consommateur a intérêt à mener une action individuelle pour se voir reconnaître et indemnisé, mais aussi garantir sa maîtrise de la procédure. Il illustra son propos en relatant les actions qu'il mène en défense de ses clients dans les affaires *Helvet immo* où plus de 2 000 actions individuelles ont été introduites. Le défenseur estime également que les professionnels ont également intérêt à ne connaître qu'un seul véhicule procédural pour évaluer leurs risques judiciaires. Par ailleurs, selon Charles Constantin-Vallet, cet élargissement des préjudices réparables s'impose au-delà de la seule directive (UE) 2020/1828, puisque le droit civil interne avec son triptyque dommage/préjudice/liens de causalité ne permet pas toujours de garantir le « principe d'effectivité » du droit de l'Union pour permettre une réparation intégrale du préjudice, notamment dans le contentieux boursier ou en matière d'assurance-vie.

Les incertitudes liées à la « sanction civile »

La proposition de loi introduit une « sanction civile » dans un nouvel article 1253 du code civil qui serait codifié après le préjudice écologique dans un nouveau chapitre qui ne serait constitué que de cette disposition. Le titre de ce chapitre préciserait le périmètre par sa lettre : « Sanction civile en cas de faute dolosive ayant causé des dommages sériels ».

Pour le professeur Rafael Amaro, la « sanction civile » de la proposition tend à être un faux-nez de l'« amende civile » de l'article L. 442-4 du code civil, et est donc transparente à son lien avec la matière pénale. Il rappela que cette discussion a été ouverte à la chancellerie dès 2017, et que l'avis du Conseil d'État sur la proposition de loi en cause traite largement de cette question.

La Direction des affaires civiles et du sceau estime que, d'une manière générale, l'amende civile doit trouver toute sa place dans une réforme plus large de la responsabilité civile, en ce que la responsabilité extracontractuelle doit pouvoir aller au-delà de la réparation, en assumant un nouveau rôle social de régulation. Mais substituer ce dessein de la responsabilité civile, c'est aussi modifier le rôle des juridictions civiles qui ont un rôle autonome par rapport à la matière pénale, notamment au regard des garanties procédurales de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme où les guides de jurisprudences de la Cour distinguent très clairement les deux pans. Dans la proposition de loi initiale soumise au Conseil d'État, cette sanction civile était liée au véhicule-action de groupe. Les magistrats administratifs ont souligné le risque de rupture d'égalité devant la loi qu'entraînait ce dispositif selon la voie procédurale choisie par le justiciable, qui tantôt ouvrait à ce type de sanction, tantôt l'en privait. La proposition a donc retenu une application universelle de la « sanction civile ». Le Conseil d'État rappela également que le principe de légalité des délits et des peines impose un niveau de précision important du comportement fautif visé, ce qui est sans doute à améliorer selon la DACS pour cette « sanction civile » du texte en discussion. En outre, la cheffe du bureau procédure rappela que les titres des chapitres n'ont aucune portée normative et n'ont qu'un intérêt éventuel pour une lecture téléologique. Par ailleurs, la proposition évoque le « dommage sériel », or l'article lui-même n'en parle pas, et la notion n'existe pas en droit positif. En tout état de cause, au terme de la première lecture, la sanction civile va bien au-delà du dommage sériel.

Toutes ces raisons expliquent l'avis très réservé du Conseil d'État, qui rappelle que le principe de *non bis in idem* s'applique. Pour la DACS, il faut dès lors être particulièrement attentif, car si des sanctions proches, d'objets ou de nature différents peuvent se cumuler, doit être assurée la proportionnalité de la sanction finale. En pratique, la sanction est capée à la peine la plus lourde.

Le ministère de la Justice attire également à cet égard l'attention des parlementaires avant la seconde lecture en chambre haute quant à la constitutionnalité du texte ainsi qu'il est aujourd'hui

rédigé. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le gouvernement avait présenté des amendements de suppression, que la commission des lois n'a pas retenus à l'Assemblée.

Outre le champ de cette « sanction civile », la DACS fit aussi part d'autres réserves, en particulier quant à son application devant les juridictions administratives. Les justiciables qui relèvent de l'ordre administratif pourraient en effet, d'après le texte commettre une faute lucrative, ce qui ne va déjà pas de soi, mais surtout, le texte prévoit une construction procédurale inédite avec, dans cette hypothèse, la sollicitation du gouvernement.

Sur le champ matériel enfin, la DACS alerta sur l'interférence possible avec la responsabilité contractuelle qui est à articuler avec la sanction civile, puisque cette première peut être envisagée dès le stade contractuel dans la convention.

Le professeur Amaro abonda dans les réserves en rappelant que la directive dommage de 2014 donne au principe de réparation une valeur supralégislative et interdit consécutivement toute sanction extracompensatoire pour les préjudices de concurrence.

Les producteurs de biens et services s'inquiètent pour leur part du caractère non assurable de la « sanction civile » et s'interrogent sur l'application du principe de *non-bis in idem* aux procédures pénales en cours, en estimant que des dommages-intérêts restitutifs auraient sans doute été plus pertinents.

L'association de consommateurs s'oppose à cette vision. Elle rappelle que dans la procédure en deux temps envisagée, la confiscation du profit illicite n'est pas assurée. Ce mécanisme punitif permet ainsi de sanctionner la faute lucrative et vient pallier les désavantages intrinsèques de la procédure d'*opt-in*. Par ailleurs, la sanction civile ne trouve à s'appliquer qu'aux situations où les entreprises ont délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie indue. Il est donc parfaitement logique pour assurer la punitivité de la disposition d'exclure du champ d'assurabilité ces comportements qui confinent au dol. L'association rappela également que le nouvel article 1253 est très clair quant au fait que c'est à la demande du ministère public, et non à l'initiative du demandeur à l'action de groupe que la sanction civile sera prononcée. La sanction est en outre limitée et prévisible, puisque l'Assemblée nationale l'a limitée à 3 % du chiffre d'affaires, contre 5 % dans le texte initial proposé au Parlement.

Le cadre procédural

Concernant la procédure, le professeur Laurence Usunier souligna que la proposition de loi fait perdurer un modèle d'action en temps deux, avec un jugement sur la responsabilité du professionnel préalable à l'indemnisation des victimes. Toutefois, le texte s'inscrit en rupture avec l'état actuel du droit par la consécration du principe de spécialisation des juridictions à l'article 2.

Des « tribunaux judiciaires spécialement désignés »

Si ce principe de spécialisation en toutes matières est acté avec l'adoption définitive du texte, il restera à la DACS à désigner par voie réglementaire les juridictions compétentes. L'idée initiale était de confier compétence au seul tribunal judiciaire de Paris dans un dessein de lisibilité et de concentration du contentieux. Mais la juridiction, déjà débordée, paraît assez rétive à cette mission supplémentaire.

Pour les représentants de la doctrine présents, la spécialisation est opportune. En effet, depuis quarante ans que les recours collectifs en matière de consommation existent, et ce, sous de multiples formes (action de groupe, action civile en défense de l'intérêt collectif des consommateurs, action en représentation conjointe, etc.), la jurisprudence a montré la méconnaissance, l'incompréhension, voire la franche défiance des magistrats du fond à leur égard.

La DGCCRF rappela qu'en 2014, la question s'était déjà posée pour l'action de groupe consommation avec un refus du législateur de désigner des juridictions spécialisées, ce, alors que le gouvernement défendait cette idée pour un traitement cohérent et efficace des actions de groupe. L'exécutif maintient aujourd'hui cette ligne, cette fois soutenu par le choix des rapporteurs, de sorte à garantir l'efficacité des recours en désignant des juridictions spécialisées plus à même de maîtriser les particularismes de ces contentieux collectifs.

L'*UFC-Que Choisir* rappela qu'elle portait déjà cette revendication en 2014, estimant qu'il faut une véritable culture des recours collectifs et une formation idoine des magistrats. L'association s'oppose néanmoins aujourd'hui à une centralisation massive dudit contentieux, estimant que doit primer une justice de proximité qui nécessiterait des magistrats spécialement désignés dans chacune des cours d'appel, et qui permettrait en conséquence de rapprocher le consommateur de la défense de ses droits. Plus généralement, l'association rappela que la consécration de juridictions spécialisées exige toujours l'allocation des moyens supplémentaires, sauf à courir le risque de l'allongement de délais de jugements déjà déraisonnablement longs.

Les entreprises se montrent elles aussi plutôt favorables à la spécialisation, mais plaident pour des compétences spécifiques aux différents domaines des actions de groupe, notamment en capitalisant sur les compétences déjà développées par certaines juridictions en matière commerciale, de droit des sociétés, de santé, etc.

M^e Charles Constatin-Vallet s'est pour sa part montré réservé sur cette dynamique de spécialisation. S'il est évident que les justiciables ont à gagner à des magistrats spécialement formés à ces contentieux spécifiques, qui requièrent en outre une connaissance accrue de droit matériel de l'Union qui, d'après son expérience, fait défaut à de nombreux juges, il existe un risque pratique d'enlèvement des solutions jurisprudentielles. En effet, à défaut de roulement des magistrats dans la chambre désignée, il est à craindre des refus systématiques sans appuis juridiques suffisants, comme cela se voit déjà de son expérience dans les tribunaux compétents pour les actions de groupe depuis 2014. On peut selon ce premier alors craindre des jugements contraires au droit de l'Union, et l'absence de tout recours préjudiciel, ce qui oblige alors à artificiellement trouver des voies de sortie pour saisir une autre juridiction, comme cela se voit déjà aujourd'hui.

Les difficultés probatoires

Furent enfin débattues les questions de preuve. Les concernant, aucune transposition n'est prévue par la proposition de loi. La directive aborde pourtant la question de la preuve à deux reprises. A l'article 15 concernant les effets des décisions définitives sur les autorités administratives où le rédacteur européen emprunte à la directive-dommage droit de la concurrence 2014/104/UE du 26 novembre 2014, qui prévoit déjà une disposition rédigée un peu différemment, mais qui donne substantiellement la valeur de présomption irréfragable de faute aux décisions de condamnation des autorités de concurrence. La *ratio legis* des deux textes est à cet égard comparable, sans toutefois d'affirmation de présomption irréfragable dans le texte de 2018 où il est précisé que cet élément de preuve « peut » être pris en compte. L'article 18 de la directive (UE) 2020/1828 traite pour sa part de la production des éléments de preuve en disposant que les États membres doivent veiller à ce qu'à la demande du défendeur, l'autorité administrative qui a connu d'un contentieux préalable puisse ordonner une production de pièces.

Pour la DGCCRF, le droit national est déjà en situation de répondre aux exigences probatoires de la directive et ne nécessite donc pas de transposition supplémentaire.

M^e Charles Constantin-Vallet estime au contraire qu'il est fort dommageable que la proposition de loi n'envisage pas cette question centrale de la preuve, déjà charnière dans la pratique de l'action de groupe aujourd'hui. Actuellement, les litigants passent en effet souvent par une procédure pénale pour qu'une enquête soit diligentée et qu'on rassemble des preuves, sans bourse délier (le recueil

des preuves est toujours coûteux pour les demandeurs) et avec dans ce temps un sursis à statuer au civil, ce qui retarde malheureusement l'issue de l'action judiciaire civile. L'avocat rappela également que le conseiller de la mise en état a d'ores et déjà la possibilité d'ordonner des mesures d'instruction, mais ce n'est pas dans sa culture. Par ailleurs, la sollicitation de l'article 145 du code de procédure civile commande de conduire une autre procédure. Y est en outre régulièrement opposé le secret des affaires, avec notamment le refus de communication du fichier client au stade de la mise en état qui, pour le juge, porte atteinte au secret bancaire alors que les débats parlementaires prévoient expressément cette possibilité... Il serait selon l'avocat nécessaire de prévoir une procédure de rassemblement de preuves proche de ce que fait un juge d'instruction au pénal. L'intérêt du professionnel est toujours de retenir les preuves, et les entités qualifiées par le texte de transposition n'auront pas davantage de moyens de réunir les preuves nécessaires à leurs actions. Si une procédure était prévue dès le début de l'instance, sous la conduite d'un magistrat, notamment pour obliger à une communication ou procéder à une perquisition sous la conduite de la DGCCRF ou de la DPP, l'efficacité du contentieux serait assurée pour les consommateurs. Par ailleurs, le professionnel apprécierait à ce moment son risque judiciaire, et verrait s'il ne serait pas plus opportun pour lui d'entrer en négociation pour éteindre le litige. Pour le défenseur, cette phase préalable conduirait en outre à des modes de résolution amiable des conflits, de sorte à répondre à l'esprit de la directive et à son exigence d'effectivité.

Le bureau de la consommation du ministère de l'Économie se montre réservé face à cette proposition. Pour lui, lorsque son administration intervient au pénal, notamment pour pratiques commerciales trompeuses, ces requêtes et perquisitions réalisées sous l'autorité du parquet sont couvertes par le secret de l'enquête du code de procédure pénale. Or, si dans le même temps une action collective est engagée, la situation est complexe quant à savoir dans quelle mesure le juge civil pourra exiger la production d'éléments d'enquêtes réunis dans le cadre de ces pouvoirs ordinaires ou même par le biais d'une OVS (« opération de visite et de saisie ») alors que le secret du code de procédure pénale s'impose.

Pour M^e Charles Constantin-Vallet, si la faute n'est que civile et pas pénale, la procédure de réunion préalable des preuves est inévitable, mais il faudrait une disposition envisageant spécifiquement l'hypothèse, l'article 771 du code de procédure civile étant par ailleurs peu ancré dans la culture des juges. S'agissant d'un cumul avec des poursuites pénales, il fit part de son expérience dans le contentieux *Helvet Immo* où le parquet intervient dans les procédures civiles pour fournir des éléments recueillis au cours de la procédure pour éclairer les juges et éviter une contrariété de décision.

L'*UFC-Que Choisir* rappela que les difficultés probatoires existent déjà dans les actions de groupe consommation en vigueur. L'association évoqua le contentieux « *Jet 3* » de commercialisation de produits financiers obscurs auquel elle fut partie. Dans cette affaire, le juge pénal reconnut le manquement du professionnel et condamna pour pratique commerciale trompeuse. Pourtant, au civil, le juge estima qu'il n'y avait pas de faute et affirma la disjonction entre la faute pénale et la faute civile, privant subséquemment les plaignants d'une réparation de leur préjudice. De même, dans l'affaire *Natixis*, l'Autorité des marchés financiers (AMF) condamna en septembre 2019 le groupe, mais pour constituer le dossier de l'action de groupe-consommation introduite, il fallut plus de trois ans à l'association pour avoir communication des dossiers détenus par l'autorité, et dans des conditions par ailleurs très restrictives, où seul l'avocat pouvait consulter les pièces, dans un délai de deux fois sept heures sur un ordinateur, ce, sans pouvoir procéder à des copies ou photographies. Or, pour l'*UFC*, l'AMF est réputée pour sa compétence technique des sujets traités, et sa décision devrait lier le juge civil quant à l'appréciation préliminaire de la faute.

La représentante des industries du médicament tempéra finalement cette vision en estimant que les pièces obtenues au cours d'une procédure pénale ne sont pas nécessairement les plus pertinentes pour éclairer une expertise civile en responsabilité, notamment en matière de santé pour évaluer à titre individuel le dommage.

Les professionnels, acteurs associatifs, et universitaires réunis, quelles que soient leurs positions respectives sur les différents points envisagés, formèrent finalement le vœu que ces échanges participent à éclairer et à enrichir les débats qui auront lieu sur la proposition de loi au Sénat avant l'été.

par Ronan Bretel, chercheur post-doctoral, Chaire Droit de la consommation, CY Cergy Paris Université, LEJEP, CRDE

Dalloz actualité @ Éditions Dalloz