



FEDERATION
BANCAIRE
FRANCAISE

Paris, le 29/04/2011

**Consultation de la Commission Européenne
« Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de
recours collectifs »**

REPONSE DE LA FBF

La Fédération Bancaire Française (ci-après FBF) est l'organisation professionnelle représentant, en France, les intérêts du secteur bancaire. Elle regroupe l'ensemble des établissements de crédit agréés comme banques, exerçant leurs activités en France, soit plus de 450 banques commerciales et coopératives. Les banques adhérentes à la FBF comptent 40 000 guichets permanents en France, 400 000 salariés et 60 millions de clients.

2. Valeur ajoutée potentielle du recours collectif pour améliorer le contrôle de l'application du droit de l'Union européenne

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 ?

La profession bancaire française rappelle que les modes de règlement alternatifs des litiges sont préférables à des règlements judiciaires et qu'il convient donc d'encourager leur développement tant au niveau national qu'euro péen, par le biais d'une recommandation de la Commission européenne (cf. réponse de la FBF à la consultation de la DG Sanco de mars 2011 « *on the use of Alternative Dispute Resolution as a means to resolve disputes related to commercial transactions and practices in the European Union* »). Le recours à la médiation est la garantie d'un règlement objectif, professionnel, gratuit pour le consommateur, équilibré et rapide des différends, quelle que soit la complexité du litige considéré.

Il conviendrait d'attendre les conclusions de la Commission Européenne à la consultation précitée avant d'engager une réflexion sur l'introduction de recours collectifs.

La profession bancaire n'est pas favorable à une initiative européenne sur les recours collectifs, notamment pour les raisons suivantes :

- Tout d'abord, la nécessité d'une action au niveau européen visant au développement des recours collectifs ne semble pas prouvée dès lors que les consommateurs bénéficient déjà d'un arsenal juridique très développé, et dès lors surtout que l'efficacité pour la protection des droits des consommateurs des solutions de recours collectifs, en particulier les actions de groupe, dans les pays qui en sont déjà pourvus n'a pas été établie.

- Par ailleurs, une étude d'impact notamment sur la croissance économique, la concurrence et la capacité des tribunaux à gérer ces actions devrait être menée préalablement à toute action dans ce domaine, ainsi que l'avait déjà souligné la FBF dans sa réponse au livre vert de 2009. En outre, il conviendrait de laisser aux mesures adoptées récemment au niveau européen en matière de résolution des litiges de consommation le temps nécessaire pour produire tous leurs effets. Ainsi, le règlement européen (CE) 861/2007 du 11 juillet 2007 sur le règlement des petits litiges est entré en application en 2009 seulement et la directive 2008/52/CE relative à la médiation civile et commerciale est encore en cours de transposition.

- Enfin, nous ne voyons pas comment il serait possible de mettre en place un système harmonisé de recours collectifs au niveau européen, compte tenu des différences entre les systèmes judiciaires des Etats Membres et même plus largement entre leurs législations respectives. La notion de subsidiarité est essentielle dans ce domaine, ce qui exclut en pratique le recours sur ce sujet à un instrument normatif tel qu'un règlement ou une directive.

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 ? A votre avis, existe-t-il des exemples dans les Etats membres ou dans des pays tiers que vous jugez particulièrement instructifs dans la perspective d'une éventuelle initiative européenne ?

On peut s'interroger sur le sens à donner aux termes « contrôle public de l'application du droit » et notamment sur ce que recouvre exactement en l'espèce la notion de « contrôle ». La profession bancaire estime en effet essentiel de distinguer la réparation des préjudices subis par les consommateurs, qui ne doit relever que des tribunaux, et le contrôle par des autorités publiques de l'application du droit, en vue de sanctionner, voire de faire cesser des pratiques contestables, mais en aucun cas de les réparer. Il faut éviter de mélanger les pouvoirs de sanction et l'objectif d'indemnisation des victimes, qui relèvent de deux logiques fondamentalement différentes.

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 ?

Ainsi que cela a été indiqué en réponse à la question 2, la profession bancaire souligne la nécessité de bien séparer ce qui relève d'une logique de réparation de ce qui relève d'une logique de sanction. Les associations de consommateurs ont un rôle à jouer dans la recherche de la réparation des préjudices subis par les consommateurs mais non dans le contrôle de l'application du droit indépendamment de tout préjudice et a fortiori dans les procédures susceptibles de déboucher sur des sanctions.

Q 4 A 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 ?

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 ?

Ainsi que le sous-tend la question 4, des difficultés se posent au regard notamment du principe de subsidiarité. L'instauration d'une procédure judiciaire implique en effet que soit bien établie la compétence de l'Union européenne dans ce domaine, ce qui ne paraît pas être le cas. Dans la mesure où l'Union Européenne ne dispose pas d'une compétence exclusive en matière de procédure judiciaire, elle ne saurait avoir compétence en la matière, conformément au principe de subsidiarité, que si les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres, et donc que si, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, ils peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire¹.

Or, dans tous les pays de l'Union européenne, les consommateurs peuvent déjà accéder facilement à la justice. C'est ainsi qu'en France, il existe à côté des dispositifs de médiation, tels que la médiation bancaire, des juridictions dites de proximité. Les consommateurs dont les demandes sont d'un faible montant (inférieur à 4.000 €) peuvent ainsi accéder facilement à la justice, sans ministère d'avocat obligatoire. S'agissant de contentieux intentés par les clients de la banque de détail, des banques ont ainsi été assignées devant le juge de proximité pour défaut d'information et de conseil lors de placements dans des parts d'OPCVM, pour exécution fautive d'un ordre de bourse, pour prélèvement contesté de frais bancaires, etc..... En France, les consommateurs peuvent donc déjà accéder facilement et à faible coût à la justice et ils n'hésitent pas à le faire même pour des montants peu élevés.

Il faut ajouter que les différentes études menées à la demande de la Commission européenne n'ont pas rapporté l'existence de litiges transfrontaliers d'une importance telle qu'ils justifieraient, au regard du principe de subsidiarité, une action communautaire en matière de recours collectifs transfrontières. D'autant plus que le réseau FIN-NET permet déjà le règlement de tels litiges dans le domaine financier.

Ces mêmes études n'ont pas non plus démontré l'inefficacité des procédures, judiciaires ou extrajudiciaires, mises en place au niveau national pour la résolution des litiges de consommation. Il existe en effet des modes de règlement alternatifs des litiges dans les différents droits nationaux (médiation bancaire en France) qui ont montré leur efficacité.

Par ailleurs, la profession bancaire tient à souligner que la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs ne peut constituer une base juridique car elle concerne les actions en cessation et non les actions collectives, qui ont un tout autre objet (à savoir la réparation des préjudices)

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) ? Quelles sont, selon vous, les avantages et les risques respectifs de chaque approche ? Votre réponse différerait-elle en fonction du domaine considéré ?

Il est difficile de se prononcer sur l'outil et sa portée (contraignant / non contraignant) sans en connaître le contenu.

Etant donné la disparité de situations selon les Etats membres et les spécificités locales, il semble toutefois qu'une approche non-contraignante devrait être préconisée.

¹ Article 5 du Traité instituant la Communauté européenne.

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 ? A quel principe attacheriez-vous une importance particulière ?

Si, en dépit des profondes réserves exprimées ci-dessus, une action était entreprise au niveau de l'Union Européenne dans le but d'encourager la mise en place de recours collectifs au niveau national, elle ne pourrait selon la FBF prendre la forme que d'une recommandation et devrait se limiter à édicter les principes suivants, qui devraient être impérativement posés :

- exclure les dommages et intérêts punitifs ;
- préférer l' « opt-in », le système d' « opt-out » ayant montré ses dangers notamment aux Etats-Unis ; dans certains pays, comme la France, l'opt-out serait même inconstitutionnel ainsi que l'Etat français lui-même l'a relevé²
- refuser les honoraires de résultat pour les avocats ;
- appliquer le principe du « perdant-payeur » : la partie perdante doit prendre à sa charge les frais de procédure et les frais de la partie qui a gagné le procès ;
- instaurer des amendes civiles en cas d'usage abusif de l'action collective et éviter d'en faire exclusivement un instrument de pression sur les entreprises ;
- sélectionner les associations de consommateurs habilitées à introduire une action collective selon des critères strictement déterminés ;
- ne pas modifier le droit de la procédure et respecter les modes de recherche de preuve prévus au sein de l'Etat du défendeur, et notamment ne pas introduire la « pre-trial discovery »
- créer des juridictions spécialisées, équipées pour faire face à ce type de contentieux de masse.
- afin de favoriser la recherche d'une solution amiable, imposer la constitution du groupe des victimes ayant subi des préjudices similaires dès le début de la procédure et donc avant toute décision sur la responsabilité du professionnel, en laissant aux victimes un temps suffisant pour se joindre à l'action.

Le recours devrait ainsi comporter quatre phases distinctes:

- une première phase dédiée aux exceptions de procédure et aux fins de non recevoir;
- une deuxième destinée à la constitution de la classe de plaignants subissant un préjudice similaire;
- une troisième de constatation de la faute et de déclaration de responsabilité professionnelle
- enfin, une quatrième phase d'évaluation des préjudices et de fixation de l'indemnisation individuelle en fonction du préjudice subi par chaque victime.

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

²Voir l'amicus curiae de l'Etat français dans l'affaire Morrison

Voir également rapport Cerutti-Guillaume :

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/948B5405-616D-4E5A-908A-781D4BB439F2/FinalDownload/DownloadId-129F351C6E63C9BE3575F73D9B76A556/948B5405-616D-4E5A-908A-781D4BB439F2/BRP/054004458/0000.pdf>

Dans les pays qui se sont dotés d'une législation en la matière, l'efficacité des recours collectifs n'a pas encore été établie. Toute initiative en la matière devrait en conséquence être impérativement précédée d'une étude d'impact sur l'efficacité des recours collectifs, lorsqu'ils existent.

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 Etats membres ?

Il existe déjà un accès effectif à la justice à titre individuel dans tous les pays de l'Union Européenne, y compris ceux ne connaissant pas le recours collectif.

De plus, en France, les associations de consommateurs ont le droit d'exercer quatre types d'action en justice :

- L'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs en réparation de dommage, en cessation d'agissements illicites, en suppression de clauses illicites devant le juge civil ou pénal (art. L. 421-1 à 5 du Code de la consommation);
- L'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives devant le juge civil, qui est une action préventive (il n'est pas nécessaire pour l'exercer de caractériser le préjudice) et qui peut prendre également la forme d'une action en cessation transfrontalière (art. L. 421-6 du Code de la consommation);
- L'action en intervention volontaire à titre accessoire devant le juge civil à l'occasion d'une instance introduite par un consommateur victime des faits qui peuvent être constitutifs d'une infraction pénale (art. L. 421-7 du Code de la consommation.) ;
- L'action en représentation conjointe (L. 422-1 à 3 du code de la consommation) : lorsque plusieurs consommateurs ont subi des préjudices individuels causés par le fait d'un même professionnel et ayant une origine commune, deux au moins de ces consommateurs peuvent donner mandat d'agir en leur nom, en réparation du préjudice, devant une juridiction, à une association agréée et reconnue représentative au plan national.

(sur toutes ces actions, voir le rapport Cerutti-Guillaume précité).

Par ailleurs, dans tous les pays de l'Union européenne sauf le Danemark, la procédure européenne de règlement des petits litiges, c'est-à-dire ceux dont le montant ne dépasse pas 2000 euros, s'applique en matière civile et commerciale aux litiges transfrontaliers et est à la disposition des citoyens parallèlement aux procédures prévues par les législations nationales des États membres (règlement européen (CE) 861/2007 du 11 juillet 2007). Ceci contribue également à garantir l'accès effectif à la justice.

Q 10 Avez-vous connaissance de l'existence de bonnes pratiques en matière de recours collectifs dans un ou plusieurs Etats membres dont l'Union européenne ou d'autres Etats 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 ?

Voir réponse à la question 9. Même s'il n'existe pas d'action de groupe en France, il existe d'autres formes d'actions collectives (notamment l'action en représentation conjointe) et de règlement des litiges individuels (règlement européen (CE) 861/2007).

Par ailleurs, les médiations existantes, notamment en France dans le secteur bancaire, sont des exemples de bonnes pratiques. Les banques françaises ont en effet l'obligation de nommer un médiateur depuis une loi du 11 décembre 2001. Un délai maximum de deux mois est donné au médiateur pour statuer sur un dossier. Le médiateur est tenu au secret des informations qui lui sont transmises. Le recours au médiateur est gratuit pour le client et suspend la prescription. Le recours au médiateur a montré son efficacité en France puisque

le Comité de la médiation bancaire a recensé près de 39 000 saisines adressées aux médiateurs des établissements bancaires au titre de l'année 2009. Dans le contexte difficile de la crise financière, les clients des établissements ont obtenu satisfaction, au moins partiellement, dans 1 cas sur 2. En outre, le montant moyen d'une indemnisation, lorsque celle-ci est proposée par un médiateur, est d'environ 650 euros. Comme l'a souligné le comité de la médiation bancaire, le recours au médiateur est la garantie d'un règlement objectif, professionnel, équilibré et rapide des différends, quelle que soit la complexité du litige considéré.

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 ?

Il n'y a pas de différences à faire, en ce qui concerne l'accès à la justice, entre les PME et les autres entreprises.

Si, malgré les réserves exprimées ci-dessus, les recours collectifs venaient à être introduits, ils ne devraient selon la FBF concerner que les seuls consommateurs définis comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* » (directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales).

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

Le seul moyen de garantir un recours effectif en évitant des procédures longues et coûteuses est de recourir aux modes de règlement alternatifs des litiges qui sont gratuits pour le consommateur, et présentent également des avantages en termes de gain de temps, l'avis du médiateur étant rendu dans des délais beaucoup plus brefs qu'une décision de justice.

Ils permettent ainsi de régler de manière amiable les différends entre consommateurs et professionnels, ce qui est dans l'intérêt des deux parties. Ils évitent en outre une judiciarisation trop importante de l'économie et des relations entreprises – clients, pour un coût nettement moins important. De plus, l'accord de médiation présente l'avantage pour le consommateur d'être rendu en équité, sans se fonder donc uniquement sur le respect de la loi.

Enfin, la médiation présente l'extrême avantage d'être confidentielle. La directive 2008/52/CE (article 7) rappelle d'ailleurs à cet égard que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne sont tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci, excepté dans certains cas limitativement définis (raisons impérieuses d'ordre public national ou divulgation nécessaire pour exécuter l'accord de médiation), ce qui nous paraît très important.

Les résultats de la médiation sont considérés comme tellement probants en France que le Premier ministre vient d'adresser une circulaire aux membres du gouvernement afin de les inciter à recourir à la médiation dans les litiges impliquant des personnes publiques³.

³ Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, que le Premier Ministre vient d'adresser aux membres du gouvernement.

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 Etats membres ?

Si une action de groupe était introduite en dépit des réserves importantes exprimées, la profession bancaire indique que le groupe devrait être constitué dès le début de la procédure. Elle considère en effet que seule cette solution est respectueuse des grands principes de la procédure civile et notamment du droit à un procès équitable, lequel repose d'abord sur la connaissance des personnes qui ont engagé l'action en justice.

Elle considère également que le mode de publicité doit faire l'objet d'un débat contradictoire devant le juge et que les modes d'avertissement directs du consommateur doivent être privilégiés quand cela est possible.

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 ?

La profession bancaire française rappelle que la directive 2008/52/CE relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, dont la date limite de transposition est le 21 mai 2011, prévoit déjà un certain nombre de mesures destinées à favoriser la médiation dans les Etats membres concernant les litiges transfrontières. Elle souligne qu'avant toute initiative de la Commission européenne en la matière, il conviendrait d'attendre qu'un bilan de sa transposition soit fait.

Dans le domaine des services financiers, le réseau FIN-NET, qui regroupe actuellement 50 systèmes nationaux de règlements extra judiciaires des litiges, permet de faciliter la recherche d'une solution pour les litiges transfrontaliers entre un consommateur et un prestataire de services financiers. Dans ce système, qui constitue une alternative intéressante à des procédures judiciaires souvent longues et coûteuses, le consommateur s'adresse au point d'entrée du réseau de son pays.

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

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 ?

La médiation permet déjà en pratique de régler des litiges collectifs, en rendant possible un traitement de masse de litiges individuels.

La profession bancaire française souligne la nécessité de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits et notamment le réseau FIN-NET (pour le domaine des services financiers) par des actions de communication tant au niveau de l'Union européenne qu'au niveau national, et tant à destination des médiateurs eux-mêmes (meilleure coordination entre eux) que des banques et des particuliers.

Au niveau de l'Union européenne, l'amélioration des actions de communication pourrait passer par une meilleure information et une meilleure accessibilité du site internet de FIN-NET, voire la création d'un site internet dédié avec un accès proposé dans toutes les langues de l'UE. La directive 2002/58/CE prévoit déjà (article 9) d'une part, que des informations sur la manière de contacter les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation doivent être mises à disposition du public, notamment sur internet, et d'autre part, que la Commission européenne met également à disposition du public, par tout moyen approprié, les informations sur les autorités et les juridictions compétentes (article 10).

Les professionnels doivent informer les consommateurs de l'existence d'un système de médiation ainsi que des modalités d'accès à ce service. Le choix des supports de cette information et des autres modalités de sa diffusion devrait être laissé à l'appréciation des Etats membres en raison des pratiques très différentes d'un Etat membre à l'autre. Ainsi, en France, dans le cadre de la médiation bancaire, l'article L. 315-1 du code monétaire et financier prévoit que les clients consommateurs sont informés de l'existence et des modalités d'accès au médiateur par une mention insérée dans la convention de compte de dépôt, le contrat-cadre de services de paiement et, le cas échéant, les relevés de compte. Par ailleurs, il faut noter qu'un certain nombre de textes européens sectoriels, en particulier dans le domaine des services financiers, obligent déjà le professionnel à informer le consommateur, que ce soit dans la documentation précontractuelle ou contractuelle, de l'existence d'un mécanisme extrajudiciaire de règlement des litiges au niveau national. C'est notamment le cas de la directive 2008/48/CE sur le crédit à la consommation, de la directive 2007/64/CE sur les services de paiement, de la directive 2002/65/CE sur la vente à distance de services financiers, de la future directive sur le crédit responsable et de la future directive sur les droits des consommateurs.

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

La médiation doit être toujours ouverte aux consommateurs mais ne doit pas constituer un préalable obligatoire à l'introduction d'une action judiciaire. Il convient en effet de préserver le droit des particuliers de saisir directement la justice. De plus, les systèmes de règlements alternatifs des litiges sont avant tout conçus comme des modalités permettant la résolution « amiable » d'un litige qui n'entraîne, par la suite, aucun contentieux puisque les parties ont trouvé un accord. Mêler les deux types de procédures risquerait d'avoir un impact négatif sur l'efficacité des modes de règlements alternatifs des litiges et serait contraire à l'esprit dans lequel se développent ces systèmes.

Par ailleurs, il doit demeurer toujours possible de sortir, à tout moment, de la procédure de médiation pour saisir le juge.

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 ?

L'impartialité du médiateur garantit l'équité de la solution (le considérant 17 et l'article 3 (b) de la directive 2008/52/CE parlent d' « efficacité, impartialité et compétence »).

Il ne doit pas y avoir de contrôle par le juge de l'avis du médiateur. Le rôle du médiateur est en effet uniquement de rapprocher les parties et de proposer une solution que les parties demeurent libres d'accepter, les parties demeurant toujours libres d'aller en justice.

Q 18 Conviendrait-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 ?

Le médiateur ne peut rendre que des recommandations, et non des décisions, la médiation n'étant pas une procédure d'arbitrage. Les recommandations ne doivent pas lier les parties. En revanche, rien n'empêche les professionnels, et certains le font déjà, de s'engager à suivre systématiquement l'avis du médiateur, même si cet avis leur est défavorable.

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 ?

L'accès effectif à la justice existe avant la médiation et demeure tout au long du processus de médiation ainsi qu'après la médiation.

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 Etats membres ou les pays tiers, quelle sont celles que vous jugez particulièrement efficaces pour limiter les recours abusifs ?

Des amendes civiles devraient être prévues en cas de recours abusif à une action en justice collective.

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 ?

Il semble nécessaire d'appliquer le principe du « perdant-payeur » : la partie perdante doit prendre à sa charge les frais de procédure et les frais de la partie qui a gagné le procès.

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).

L'action collective ne devrait être ouverte qu'aux seules associations de consommateurs agréées à cet effet selon des conditions strictement déterminées (nombre d'adhérents, durée d'existence, activité effective et publique).

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 associations de consommateurs habilitées à former un recours collectif devraient être agréées à cet effet par les autorités publiques des Etats membres, et non au cas par cas par le juge.

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

Si, en dépit des profondes réserves exprimées ici, une action était entreprise sur le sujet au niveau de l'Union Européenne, elle devrait, comme cela a été indiqué plus haut, reposer sur les principes suivants qui devraient être impérativement et clairement énoncés :

- exclure les dommages et intérêts punitifs ;
- préférer l' « opt-in », le système d' « opt-out » ayant montré ses dangers notamment aux Etats-Unis ;
- refuser les honoraires de résultat pour les avocats ;
- appliquer le principe du « perdant-payeur » : la partie perdante doit prendre à sa charge les frais de procédure et les frais de la partie qui a gagné le procès ;
- instaurer des amendes civiles en cas d'usage abusif de l'action collective et éviter d'en faire un instrument de pression sur les entreprises ;
- sélectionner les associations de consommateurs habilitées à introduire une action collective
- ne pas modifier le droit de la procédure et respecter les modes de recherche de preuve prévus au sein de l'Etat du défendeur, et notamment ne pas introduire la « pre-trial discovery »
- imposer la constitution du groupe des victimes ayant subi des préjudices similaires dès le début de la procédure et donc avant toute décision sur la responsabilité du professionnel, en laissant aux victimes un temps suffisant pour se joindre à l'action.

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 ?

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 ?

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

Le financement des actions collectives devrait être assuré par les demandeurs eux mêmes, tous les autres systèmes de financement existant à l'étranger (fonds de financement, *contingency fees* des avocats) ayant montré leurs effets pernicieux.

Contrairement à l'action collective qui implique ainsi une avance de fonds par le consommateur, la médiation est gratuite pour le consommateur.

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 ?

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 ?

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 ?

Ces questions ont vocation à être traitées dans le cadre de la révision du Règlement (CE) 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale (« Bruxelles 1 »).

Les recours transfrontières soulèvent de nombreuses difficultés, parmi lesquelles :

- la détermination du tribunal compétent qui ne pourrait en toute logique qu'être celui du professionnel dont la responsabilité est recherchée, car l'on ne voit pas ce qui justifierait le rattachement au tribunal du domicile d'un demandeur consommateur plutôt que d'un autre.
- la détermination de la loi applicable alors que les consommateurs peuvent relever de pays différents (en application de l'art 6 du Règlement Rome 1, les règles impératives de protection du consommateur s'appliquent; or ces règles diffèrent substantiellement d'un Etat membre à l'autre).
- la problématique de la langue, les coûts de la procédure et le fait que le consommateur lorsqu'il engage une action en justice recherche avant tout la proximité.
- la détermination de l'association compétente pour représenter les consommateurs concernés au niveau européen.

3.7 Autres principes possibles

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

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 ?

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 ?

Si une action collective devait être introduite, elle devrait concerner aussi bien les entreprises publiques que les entreprises privées.