

Faut-il avoir peur des *class actions* ?

Par Pascal Durand-Barthez

Septembre 2021

L'Union européenne a adopté le 20 novembre 2020 une nouvelle directive concernant les « actions représentatives », mieux connues en langage juridique français en tant qu'actions de groupe, ou en version américaine en tant que class actions. La directive doit être transposée dans les droits nationaux au plus tard le 25 décembre 2022, avec effet au 25 juin 2023. Que faut-il attendre de cette réforme ?

Les actions de groupe ne sont pas une nouveauté. On connaît le principe : regrouper les poursuites intentées par les victimes d'un même préjudice en une seule procédure. Cela permet à la fois de rationaliser le recours au service public de la justice, de désencombrer les tribunaux et de faire valoir les droits de victimes que le coût et la difficulté de conduire une action contentieuse isolément décourageraient.

Le procédé s'est développé aux Etats-Unis depuis les années 1960, et il est connu qu'il a donné lieu à des abus. Il s'est ensuite généralisé en Europe sous des formes diverses, notamment en France où il a été introduit d'abord en 1992 sous la forme de l'action en « représentation conjointe », puis par la loi du 17 mars 2014 sous la forme de « l'action de groupe ». L'Union européenne s'était déjà efforcée d'encourager la mise en place d'un système harmonisé, par une directive du 23 avril 2009 visant à faciliter la répression par les Etats membres des infractions à diverses autres directives protégeant les consommateurs dans le marché unique.

La nouvelle directive comporte des règles plus contraignantes que la précédente, de façon à assurer que tous les Etats membres disposent bien d'une procédure d'action de groupe, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. En particulier, elle prévoit l'établissement par chaque pays d'une liste d'organisations à but non lucratif habilitées à représenter les consommateurs, qui sera diffusée à toute l'Europe. Pour le reste, les règles minima de la directive ne vont pas au-delà de ce que comporte la législation française actuelle, et laissent une grande marge de manœuvre aux Etats membres.

Eviter les dérives américaines

La directive, comme la législation française, est construite de façon à éviter les dérives du système américain. Celui-ci a en effet permis de développer une véritable « industrie des *class actions* » en favorisant l'activité d'un certain nombre de cabinets d'avocats spécialisés qui recherchent systématiquement les occasions de regrouper des victimes sans leur consentement préalable explicite, et d'obtenir des entreprises poursuivies de larges sommes en les obligeant à transiger dans l'immense majorité des cas.

Ce système repose à vrai dire sur cinq ingrédients qui sont pour l'essentiel étrangers aux régimes juridiques européens :

- le *contingency fee*, c'est-à-dire la possibilité pour les avocats de se faire rémunérer par un pourcentage des sommes obtenues, étant entendu que leurs clients ne leur paient rien en cas d'échec ; en France, les « honoraires de résultat » ne peuvent être versés qu'en complément d'un honoraire de base rémunérant le travail de l'avocat ;

- le fait que les procès se déroulent devant un jury composé de citoyens ordinaires tirés au sort, même en matière civile : cela augmente le caractère aléatoire de la décision, surtout dans les matières commerciales complexes et hautement techniques ;
- la procédure de *discovery*, qui oblige la partie défenderesse à produire toutes les pièces pouvant avoir un rapport avec le procès, ce qui se traduit par la saisie de millions de messages électroniques et des interrogatoires très intrusifs des dirigeants et cadres de l'entreprise poursuivie ; en France existe une procédure dite de référé probatoire ou d'instruction in futurum, qui permet de demander au juge d'enjoindre à une partie de produire ou de conserver des moyens de preuve utiles au procès, mais elle est d'une utilisation beaucoup plus restreinte ;
- le fait que les tribunaux ne condamnent pas la partie qui a perdu le procès à supporter tout ou partie des frais de défense de celle qui a gagné, ce qui incite à transiger même si on a raison ; en France, une telle compensation est appliquée par les tribunaux (« article 700 »), de façon maintenant moins inadaptée aux coûts réels qu'elle ne l'a été ;
- enfin, la pratique des *treble* (ou *punitive*) *damages*, qui permet à la victime d'obtenir plus que la stricte réparation du préjudice subi.

Conserver des gardes-fous

La nouvelle directive vise explicitement à éviter ces écueils. Tout d'abord, le champ d'intervention ouvert à la procédure concerne essentiellement le droit de la consommation – et écarte donc le domaine boursier. Les actions sont réservées à des associations de consommateurs agréés. Celles-ci doivent d'abord rechercher un accord amiable, le tribunal n'intervenant que pour homologuer cet accord ou pour prendre des mesures en cas d'échec des pourparlers. La directive laisse aux Etats membres une grande latitude, ce qui est certes facteur d'incertitude mais permet d'espérer que les garde-fous offerts par la législation française, évoqués plus haut, seront conservés.

A vrai dire, la procédure des actions de groupe instituée par la loi du 17 mars 2014 a connu étonnamment peu de succès, malgré l'extension progressive du champ d'application aux domaines de la santé, des discriminations, de l'environnement, des données personnelles et de l'habitat. Un rapport émis par les députés Philippe Gosselin et Laurence Vichnievsky en juin 2020 fait état de seulement 21 actions intentées jusque là. Le même constat peut être fait dans la plupart de pays d'Europe disposant d'une procédure d'action de groupe, à l'exception apparemment des Pays-Bas et du Portugal.

La mise en œuvre de la nouvelle directive sera certainement l'occasion de réviser le régime existant. D'ores et déjà, le rapport parlementaire de 2020 évoquait diverses pistes pour élargir le champ des associations autorisées à agir, améliorer l'indemnisation des victimes, garantir le remboursement des frais des associations ayant intenté une action sur une base sérieuse et réduire la durée des jugements. Il faut seulement espérer que le législateur français résistera à sa tendance trop fréquente à « surtransposer » les directives européennes et n'adoptera pas de mesures trop radicales qui ajouteraient à l'incertitude juridique.

En tout état de cause, les actions de groupe sont une préoccupation que les Conseils d'administration ne peuvent ignorer, au titre de leur mission de contrôle des risques. Après tout, si elles sont intentées, c'est généralement parce que la société a ignoré les intérêts de certaines de ses parties prenantes au respect desquels les Conseils doivent veiller.

pascal.durand-barthez@associes-gouvernance.com

Tél. : +33 6 25 65 60 98