

Les actions collectives en droit européen : cent fois remettre sur le métier...

ANNE-LISE SIBONY¹

ACTIONS COLLECTIVES — DROIT EUROPÉEN — DROIT DE LA CONCURRENCE — DROIT DE LA CONSOMMATION — CADRE COMMUN DE RÉFÉRENCE

En droit européen, le projet législatif le plus avancé à ce jour en matière d'action collective concerne la réparation des dommages causés par des infractions au droit de la concurrence. Alors que ce projet va une nouvelle fois être remis sur le métier, son champ d'application pourrait être élargi et déboucher sur un instrument européen concernant plus largement les droits des consommateurs. La présente contribution vise à présenter l'état des questions dont le législateur européen sera prochainement saisi et formule quelques suggestions tenant compte du nouveau contexte créé par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et la perspective d'un cadre commun de référence.

*
* *

Le projet d'un instrument européen sur les recours collectifs est l'une des arlésiennes du droit de l'Union. Comme le rappelle le Comité économique et social dans un avis publié récemment, «la question du recours collectif judiciaire est débattue depuis 1985 et [...] il est temps que des décisions soient prises et des dispositifs mis en œuvre, sans délai, à la satisfaction des consommateurs»². Selon toute probabilité, cette admonestation sera entendue, même si l'on ne sait encore de quelle manière. En effet, plusieurs projets en cours au sein de la Commission visent à faciliter l'accès à la

¹ Chargée de cours en droit européen. Université de Liège. Chargée de cours invitée à l'Université catholique de Louvain. L'auteur peut être contacté à l'adresse : alsibony@ulg.ac.be.

² Avis du Comité économique et social européen sur le «Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs», *J.O.U.E.*, 2010 C 128, pp. 97-102, paragraphe 1.7.

justice pour la réparation collective de dommages susceptibles de concerner simultanément un grand nombre de consommateurs. En réalité, c'est précisément la pluralité des perspectives qui constitue le principal défi.

La première perspective (eu égard à l'état d'avancement des travaux législatifs) est celle du droit de la concurrence. Dans ce domaine, les actions en réparation engagées par des victimes de pratiques anticoncurrentielles – par exemple des consommateurs qui auraient payé leurs communications téléphoniques mobiles à un prix excessif, car fixé dans un accord de cartel entre opérateurs – sont vues comme un mécanisme de mise en œuvre des règles de concurrence. Il est ainsi significatif que l'on parle de *private enforcement*, expression difficile à traduire, qui met l'accent sur le fait que c'est à l'initiative de parties privées que l'application du droit de la concurrence est déclenchée. Cette terminologie véhicule l'idée que les victimes jouent un rôle d'auxiliaires des autorités publiques en charge du respect des règles de concurrence. Tout en demandant pour leur propre compte réparation d'un dommage, elles contribuent, d'un point de vue systémique, à la dissuasion³. C'est dans cette perspective qu'un projet de directive avait été élaboré au sein de la direction générale (ci-après «DG») de la concurrence⁴. Faisant suite à un Livre vert de 2005⁵ puis à un Livre blanc de 2008⁶, ce projet était de nature sectorielle. Il portait uniquement sur les actions en réparation des dommages causés par des infractions aux règles de droit européen de la concurrence. Logiquement, toutes les

³ Cette dualité de fonction (indemnisation et dissuasion) est soulignée dans le Livre vert du 19 décembre 2005. Actions en dommages et intérêts pour les infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 672 final, § 1.1., p. 4. Dans le Livre blanc du 2 avril 2008 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante COM (2008) 165, l'accent est plus nettement mis sur la priorité de la fonction d'indemnisation. La fonction de dissuasion est présentée comme un corollaire automatique «une amélioration des conditions de réparation des victimes produirait donc aussi, **intrinsèquement**, des effets bénéfiques du point de vue de la **dissuasion**» (p. 3, en gras dans l'original). Pour une réflexion invitant à distinguer nettement les fonctions d'indemnisation et de dissuasion, voy. W. WILS, «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages», *World Competition*, vol. 32, n° 1, mars 2009, article disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1296458> (18 mai 2010). Pour une discussion soulignant les avantages de la mise en œuvre privée du droit de la concurrence et sa complémentarité avec la mise en œuvre publique, voy. A. KOMNINOS, *EC private antitrust enforcement. Decentralised application of EC competition law by national courts*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 8 et s.

⁴ Ce projet – techniquement un projet de proposition de directive – était prêt à l'automne 2009. Une rumeur bruxelloise attribue l'absence de soutien du collège de la Commission au projet préparé par la commissaire Kroes et, partant, le fait que la proposition n'ait pas été transmise au Conseil, au *lobbying* d'entreprises et fédérations d'entreprises, qui aurait été efficace auprès de certains eurodéputés. Même s'il s'agissait d'un projet de directive du seul Conseil (dont la base juridique aurait été l'article 83 CE), le président de la Commission sortante, qui s'apprêtait à solliciter un nouveau mandat, ne pouvait qu'en tenir compte.

⁵ Cité *supra*, note 3.

⁶ Livre blanc de la Commission du 2 avril 2008 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante COM (2008) 165.

actions en réparation de ce type étaient concernées⁷. Comme les entreprises peuvent aussi être victimes des pratiques anticoncurrentielles (elles achètent par exemple aussi des communications mobiles), le projet envisageait que les titulaires des actions en réparation ne soient pas uniquement des consommateurs. C'est notamment ce qui distingue le projet de directive élaboré par la DG concurrence d'autres projets préparés au sein d'autres directions générales de la Commission.

Une seconde perspective est précisément celle de la protection des consommateurs. Dans l'optique consumériste, la cohérence vient des titulaires de l'action (les consommateurs), d'une caractéristique du dommage (dommage dit «de masse», c'est-à-dire touchant de nombreuses victimes) mais non de sa source (certaines infractions particulières). Il n'y a donc aucune raison de privilégier sur le plan procédural la réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles par rapport à la réparation d'autres dommages. C'est au contraire toutes les pratiques préjudiciables aux consommateurs qui peuvent être visées⁸. Sont à englober dans cette catégorie non seulement les pratiques interdites par le droit européen de la consommation, par exemple les pratiques déloyales ou les clauses abusives, mais aussi les comportements d'entreprises qui causent des dommages sur le plan de la santé (responsabilité du fait des produits notamment). C'est ce qui explique que le Livre vert sur les recours collectifs préparé par la DG de la santé et des consommateurs porte globalement sur «les recours collectifs en tant qu'outils susceptibles d'aider à résoudre les problèmes auxquels les consommateurs sont confrontés pour obtenir réparation de préjudices de masse, que ce soit dans un contexte national ou au niveau transfrontalier»⁹. Ce Livre vert exclut explicitement les recours en indemnisations des préjudices causés par des infractions au droit de la concurrence du champ de la réflexion qu'il ouvre, afin sans doute de ne pas interférer avec le projet de la DG concurrence¹⁰. Des réflexions parallèles plus que

⁷ Livre blanc, cité *supra* note 6, 2.1 *in fine*, p. 4.

⁸ Les droits des États membres qui connaissent une action collective en témoignent, même s'ils témoignent aussi d'un champ d'application plus ou moins large. En Angleterre et au Pays de Galles, ainsi qu'aux Pays-Bas, au Portugal et en Suède, la procédure d'action collective est disponible dans tout le champ des actions civiles. En revanche, en Allemagne, la procédure est limitée aux dommages subis par les actionnaires du fait de certaines infractions au droit boursier. En Italie, l'action couvre les dommages causés par une infraction au droit de la concurrence ainsi que les pratiques commerciales déloyales. Source : *Les actions de groupe*, Documents de travail du Sénat – Série Législation comparée, Sénat, Paris, 2010, disponible à partir de la page suivante : <http://www.senat.fr/noticerap/2009/lc206-notice.html> (18 mai 2010). Un tableau comparatif issu de cette étude est repris en annexe du rapport d'information n° 499 sur l'action de groupe fait au nom de la commission des lois du Sénat français par MM. Laurent Bêteille et Richard Yung, remis le 26 mai 2010, disponible à partir de la page suivante : <http://www.senat.fr/noticerap/2009/r09-499-notice.html> (1^{er} juin 2010).

⁹ Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM(2008)794 final, § 18.

¹⁰ Livre vert cité *supra* note 9, § 5.

coordonnées ont donc été menées jusqu'à présent par deux directions générales de la Commission, qui envisagent des instruments distincts aux champs d'application mutuellement exclusifs.

Pourtant, et c'est la troisième perspective qu'il faut prendre en considération, les actions envisagées, tant dans la perspective concurrentielle que dans la perspective consumériste, ont en commun qu'elles devraient se traduire par des mesures qui emporteraient un rapprochement des législations nationales dans le domaine de la procédure civile. En effet, il est notamment question de créer de nouvelles actions devant les tribunaux, de préciser les pouvoirs du juge d'enjoindre aux parties de divulguer certains documents, de règles de preuve et de prescription. Il ne paraît donc pas sérieusement envisageable d'adopter de telles règles en dehors du cadre de la coopération judiciaire en matière civile, laquelle relève au sein de la Commission de la responsabilité de la DG liberté, sécurité, justice. Il faut donc également inscrire l'action du législateur européen en matière d'indemnisation des préjudices subis par les consommateurs dans la continuité de l'action impulsée par la déclaration de Tampere visant à construire un espace judiciaire européen¹¹.

Jusqu'ici, l'intégration de ces trois perspectives a fait défaut. C'est pourquoi il faut se réjouir de l'annonce du nouveau commissaire en charge de la concurrence, selon laquelle une nouvelle consultation sera ouverte à l'automne 2010, en concertation entre les trois directions générales concernées¹². Certes, les parties prenantes peuvent

¹¹ Conclusions de la présidence, 15 et 16 octobre 1999, disponibles à l'adresse : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00200-r1.f9.htm, spéc. points 29 et s. sur l'accès à la justice et point 39 sur le rapprochement des législations en matière de procédure civile. L'accès à la justice et la promotion des droits des citoyens sont deux thèmes clés mis en avant par les institutions européennes dans la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (auquel l'action dans le domaine de la justice civile est rattachée). Jusqu'ici, l'action collective n'est cependant pas explicitement mentionnée dans les programmes d'action (programme de La Haye, «Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne», *J.O.U.E.*, 2005, C 53, p. 1 ; programme de Stockholm, «Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens», *J.O.U.E.*, 2010, C 115, p. 1). L'accent a été davantage mis sur l'accès à la justice dans les procédures transfrontalière et, en matière de litiges concernant le droit de la consommation, sur les modes alternatifs de règlement des litiges.

¹² J. ALMUNIA, «Competencia y consumidores : el futuro de la política de competencia de la UE», Journée européenne de la concurrence, Madrid, 12 mai 2010, SPEECH/10/233 (disponible en version espagnole uniquement), <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/233> (18 mai 2010) : «Desde que la nueva Comisión empezó sus tareas, hace algo más de tres meses, estoy analizando junto con la Vicepresidenta Reding, responsable de la legislación sobre derechos fundamentales, y el Comisario Dalli, responsable de la protección de los consumidores, los diferentes aspectos para la puesta en marcha de un marco coherente para el recurso colectivo». En ce sens aussi, audition du Commissaire John Dalli devant le Parlement européen, le 28 avril 2010, compte-rendu *in extenso* disponible sur le site du parlement européen : <http://www.europarl.europa.eu/hearings/documents/default.htm?language=FR#> (18 mai 2010), spéc. p. 16. *Adde* : discours d'A. ITALIANER, «Priorities for Competition Policy», St Gallen International

avoir le sentiment qu'il s'agit surtout d'un nouveau retard, dans la mesure où l'on s'apprête à rouvrir un débat alors qu'un projet de texte, faisant lui-même suite à plusieurs années de consultations, est prêt depuis un an. Si l'on peut bien sûr déplorer tout retard, il ne faut cependant pas regretter le débat. Il pourrait en effet être l'occasion, d'une part, d'intégrer de manière plus cohérente les différentes perspectives esquissées ci-dessus et, d'autre part, de légiférer en tenant compte d'éléments nouveaux, qui résultent à la fois de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et des avancées récentes dans l'élaboration d'un cadre commun de référence¹³.

La prise en considération du nouveau contexte législatif est nécessaire et c'est aussi la condition d'une législation européenne à la hauteur des enjeux. Ceux-ci sont économiques – la Commission évalue à 20 milliards d'euros par an les dommages non compensés causés par les infractions au droit de la concurrence¹⁴ – mais aussi fondamentalement politiques. Une procédure de recours collectif permettant aux consommateurs d'obtenir réparation des dommages qu'ils subissent du fait des comportements répréhensibles des entreprises serait une réalisation concrète de l'Union au profit des citoyens. D'un point de vue de communication politique, une telle action collective pourrait renouveler avantageusement la liste des exemples de succès de l'Union au profit des citoyens, tant il est vrai que les classiques des discours officiels et des campagnes électorales que sont, d'une part, la baisse des prix des appels téléphoniques internationaux et, d'autre part, celle du prix des billets d'avion, finissent par s'user dans l'opinion publique. Au-delà du discours sur ce que fait l'Europe pour les citoyens, l'action collective représenterait, au sein de ce qu'on peut appeler la « constitution économique européenne », un élément qui manque à son équilibre¹⁵. Au sein de cette

Competition Law Forum, 20 mai 2010, disponible à partir de la page suivante : http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_35.html (1^{er} juin 2010).

¹³ Un groupe de travail a été nommé en vue d'élaborer un cadre commun de référence par la décision de la Commission du 26 avril 2010 portant création du groupe d'experts pour un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats, *J.O.U.E.*, 2010, L 105, pp. 109-111. Ce groupe ne pourra que s'appuyer sur le projet de cadre commun de référence, qui constitue un travail académique incontournable : Ch. VON BAR et E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Groupe), based in part on a revised version of the *Principles of European Contract Law*, Full Edition, Munich, Sellier, 2009, 6, vol. V., *infra* II.B. *Adde* : Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM (2010)348 final.

¹⁴ N. KROES, « Developments in competition Policy », discours prononcé à l'occasion d'une rencontre avec le comité Marché intérieur du comité économique et social européen, le 9 septembre 2009, SPEECH/09/375, p. 3.

¹⁵ La notion de constitution économique a été forgée par les penseurs ordo-libéraux, une école de pensée allemande dont l'influence a été majeure sur le droit européen de la concurrence au début de la construction européenne. Voy. sur ce point D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century*

«constitution», le droit de la concurrence vise à garantir un certain équilibre entre pouvoirs privés en posant des limites aux pouvoirs des entreprises, notamment grâce à la prohibition de l'abus de position dominante. L'équilibre qui est visé par les règles de concurrence est d'abord conçu comme un équilibre entre entreprises. Ce qui est surtout recherché est une limitation de la puissance des très grandes entreprises, de sorte que toutes les entreprises, même les plus petites, puissent, si elles proposent des produits ou des services plus avantageux pour les consommateurs, effectivement accéder au marché. En lui-même, le droit de la concurrence n'a pas directement pris sur l'équilibre qui s'établit entre les pouvoirs privés des entreprises et des consommateurs. L'intérêt des consommateurs est supposé servi indirectement par l'équilibre assuré entre les pouvoirs privés des entreprises. Or ce mécanisme indirect peut paraître insuffisant. Aussi, l'enjeu du débat qui va être rouvert sur les actions collectives dans le domaine du droit de la concurrence n'est autre que l'instauration d'une voie de droit qui permettrait aux victimes d'infractions au droit de la concurrence – que ces victimes soient ou non des consommateurs – de faire valoir directement leurs droits à l'encontre des entreprises qui ne respectent pas les règles du jeu concurrentiel. En dehors du droit de la concurrence, les enjeux sont similaires : il s'agit de créer l'infrastructure procédurale permettant l'exercice effectif de droits garantis mais dont les entreprises peu scrupuleuses peuvent aisément confisquer les bénéfices.

La présente contribution a pour objet de retracer les principaux termes du débat qui s'ouvre à nouveau à propos d'un cadre européen pour des actions collectives. Pour cela, il est utile d'identifier les leçons qui peuvent être tirées des travaux menés dans le domaine du droit de la concurrence (I), car ceux-ci constituent la toile de fond du débat élargi qui se déroulera dans un contexte législatif renouvelé par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et la perspective d'une nouvelle «boîte à outils» législative sous la forme d'un cadre commun de référence (II).

Europe : Protecting Prometheus, Oxford, Clarendon Press, 1998, spéc pp. 245 et s. L'idée ordo-libérale est d'instaurer des règles structurantes et durables – et en cela analogues à des règles constitutionnelles – régissant le fonctionnement de l'économie, de sorte qu'il ne soit plus nécessaire d'adopter par la suite des politiques conjoncturelles changeantes. Les règles de concurrence sont vues par cette école de pensée comme un élément essentiel de la constitution économique. La protection des intérêts des consommateurs n'est pas mise sur le même plan par les auteurs ordo-libéraux, qui y voient un objectif législatif. Sur tous ces points, voy. Fr. BILGES, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, Paris, 1964, spéc. pp. 150 et s.

I. — Leçons des actions collectives envisagées en droit de la concurrence

Le projet préparé au sein de la DG concurrence à la suite du Livre blanc de 2008 n'a pas été rendu public. Néanmoins, ce projet a été mené à terme en interne ¹⁶ et constituera nécessairement, au moins au sein de la Commission, une référence dans la préparation du débat qui va s'ouvrir. Au risque de commettre quelques erreurs de divination, il convient donc tout d'abord d'envisager ce qu'auraient probablement été les actions collectives conçues dans une perspective de droit de la concurrence (A). Même si ce projet est remis sur le métier, les débats qui ont jalonné sa préparation révèlent les éléments d'un consensus européen sur ce que devraient être – ou, plus précisément, ne pas être – des actions collectives en Europe (B).

A. — LES ACTIONS COLLECTIVES ENVISAGÉES EN DROIT DE LA CONCURRENCE

En droit de la concurrence, les actions collectives s'inscrivent dans le cadre tracé par les arrêts *Courage* et *Manfredi* ¹⁷. Dans ces arrêts, la Cour a clairement posé deux principes, qui ont respectivement une incidence sur les titulaires d'une action collective et sur l'étendue de la réparation à laquelle ils ont droit.

En premier lieu, il faut rappeler que *toutes* les victimes d'une infraction aux règles de concurrence ont droit à réparation ¹⁸. Aussi, dans une perspective concurrentielle, il n'y a pas lieu de distinguer entre les victimes d'infractions au droit de la concurrence selon qu'elles sont des entreprises ou des consommateurs. Il y a donc tout lieu de croire que l'action collective en réparation des dommages concurrentiels aurait été prévue non seulement pour les consommateurs personnes physiques, mais aussi pour les entreprises victimes d'une infraction au droit de la concurrence.

En second lieu, la jurisprudence de la Cour pose le principe de la réparation intégrale du dommage. Plus précisément, dans l'arrêt *Manfredi*, la Cour a jugé que la réparation doit non seulement comprendre le dommage réel (*damnum emergens*), mais également le manque à gagner (*lucrum cessans*) et le paiement d'intérêts ¹⁹. Les dommages

¹⁶ Cela résultait clairement des propos tenus par la commissaire Neelie Kroes lors de la conférence *Competition and Consumers in the 21st Century*, Bruxelles, 21 octobre 2009, dont les documents et enregistrements sont disponibles à partir de la page : <http://ec.europa.eu/competition/consumers/events/2009/index.html> (18 mai 2010).

¹⁷ C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Courage c. Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, C.J.C.E., 13 juillet 2006, *Manfredi e.a.*, C-295/04, C-296/04, C-297/04 et C-298/04, *Rec.*, p. I-6619.

¹⁸ *Courage*, points 26 et s.; *Manfredi*, points 91 et s.

¹⁹ *Manfredi*, point 95.

et intérêts punitifs ne sont pas interdits en tant que tels²⁰, mais la Cour rappelle que le principe général d'interdiction de l'enrichissement sans cause est reconnu en droit européen²¹. Il serait donc cohérent qu'un instrument européen sur les actions collectives retienne le principe de réparation intégrale sans dommages punitifs, ce d'autant qu'un consensus paraît s'être établi en ce sens suite à la consultation sur le Livre blanc de la DG concurrence.

Là s'arrête le cadre tracé par la Cour, qui a précisément souligné dans les arrêts *Courage* et *Manfredi* l'absence de dispositions d'harmonisation²². C'était mettre le législateur européen devant ses responsabilités : si des actions collectives sont nécessaires pour que le droit des victimes à être indemnisées de leur préjudice soit effectif, il convient de faire en sorte que de telles actions soient disponibles dans tous les États membres. Tel aurait été le premier but de la directive qui n'a pas été proposée.

En ce qui concerne les principales caractéristiques des actions à définir, c'est semble-t-il une harmonisation minimale qui est envisagée – d'où la perspective d'une directive²³. Il ne s'agirait donc pas de créer une procédure européenne complète, à l'instar de la procédure européenne d'injonction de payer²⁴ ou la procédure européenne de règlement des petits litiges²⁵. En ce sens, les formes d'actions collectives envisagées auraient dû être mises en place par les États membres, mais sans préjudice d'autres formes d'actions collectives éventuellement prévues en droit national. Une telle harmonisation minimale ne manquerait pas de donner lieu à des situations complexes, puisque voisinaient dans le droit des États membres plusieurs types d'actions collectives : celles initialement prévues par le droit national, dont le champ d'application n'est généralement pas restreint au droit de la concurrence, et celles prévues pour transposer l'éventuelle directive, qui pourraient ne concerner que les dommages concurrentiels, mais pourraient également, selon les choix des législateurs nationaux, être imitées dans d'autres domaines. Les deux formes d'actions collectives qui auraient

²⁰ *Mandredi*, point 92. L'autonomie procédurale des États membres prévaut sur ce point, sous réserve du principe d'équivalence (si des dommages et intérêts punitifs sont prévus lorsqu'une entreprise engage sa responsabilité pour violation du droit interne de la concurrence, ils doivent l'être aussi lorsque c'est le droit européen de la concurrence qui est violé).

²¹ *Manfredi*, point 94.

²² *Courage*, point 29, repris au point 62 de l'arrêt *Manfredi* (absence de toute législation européenne sur la réparation des dommages causés par des infractions au droit de la concurrence), plus spécialement sur l'absence d'harmonisation en ce qui concerne l'étendue de la réparation, *Manfredi*, point 92.

²³ Cette orientation ne paraît pas surdéterminée par des considérations institutionnelles, dans la mesure où, sur la base de l'article 103 TFUE (ex. 83 CE), le Conseil peut adopter des règlements comme des directives.

²⁴ Règlement CE n° 1896/2006 du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, *J.O.U.E.*, 2006, L 399, p. 1.

²⁵ Règlement CE n° 861/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure de règlement des petits litiges, *J.O.U.E.*, 2007, L 199, p. 1.

été communes aux différents droits nationaux si le projet de la DG concurrence était devenu une directive auraient été, d'une part, une action de groupe et, d'autre part, une action représentative.

L'action de groupe aurait été caractérisée, de manière minimale, comme une action introduite par un ou plusieurs demandeurs ayant subi un dommage causé par une même infraction à l'article 101 ou 102 TFUE. Le tribunal saisi d'une telle action (désigné selon le droit interne) aurait eu la possibilité de joindre à cette action les demandes d'autres victimes de la même infraction. Cette modalité procédurale aurait donc mis en œuvre le principe de *l'opt-in*. Une telle disposition aurait nécessité des modifications dans le droit judiciaire privé de nombreux États membres, tout en leur laissant une large marge de manœuvre sur de nombreux points. Ainsi, les modalités de constitution du groupe de plaignants par le tribunal (délais, modes de publicité de l'action) devaient être laissées à l'appréciation des législateurs nationaux.

L'action représentative, fondée sur le modèle de *l'opt-out*, devait donner lieu à un encadrement un peu plus précis, mais laissant aussi une large autonomie procédurale aux États membres. Il était prévu que ces actions puissent être introduites uniquement par des organismes agréés (*qualified entities*)²⁶. Pour être agréé, un organisme aurait dû remplir les conditions de fond suivantes : avoir un but non lucratif et avoir comme principale activité la représentation et la défense des intérêts d'un groupe de personnes physiques ou morales. Une telle définition visait manifestement à titre principal les associations de consommateurs et les associations d'entreprises. Pour indiquer avec plus de clarté que les avocats ne pourraient pas être agréés aux fins d'introduire une action représentative, il était prévu que la défense des intérêts d'un groupe, au sens de

²⁶ L'expression «organisme agréé» paraît préférable à «entité qualifiée», qui est très peu parlante en français. On trouve néanmoins cette dernière expression dans la version française de la directive 2009/22 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *J.O.U.E.*, 2009, L 110, p. 30, art. 3. Dans ce texte, l'expression désigne «tout organisme ou organisation dûment constitué conformément au droit d'un État membre, qui a un intérêt légitime à faire respecter les dispositions visées à l'article 1^{er} (intérêts collectifs des consommateurs inclus dans une série de directives)». Le sens est donc différent de celui qui est envisagé en matière d'actions représentatives dans le domaine de la concurrence, où il s'agirait bien d'un agrément. Compte tenu de cette différence de sens entre les deux textes, une distinction dans la terminologie ne serait pas gênante. Il est vrai que l'on trouve également le terme «entité qualifiée» dans le sens de «organisme agréé» dans la proposition de directive sur l'accès à la justice en matière d'environnement (COM(2003) 624 final). Mais, s'agissant d'un texte qui n'a pas été adopté, une rectification de la terminologie paraît encore possible. Elle nous semble souhaitable pour une raison de principe. L'autonomie terminologique du droit européen (créer dans une langue donnée une terminologie nouvelle alors que cette langue comporte déjà des termes adéquats et plus parlants) ne devrait pas être principielle mais fonctionnelle, c'est-à-dire prévaloir uniquement lorsqu'il s'agit d'éviter une confusion.

la directive, n'inclurait pas les conseils juridiques ou la représentation devant les tribunaux à titre commercial²⁷.

On peut observer que ces conditions de fond apparaissent relativement plus faciles à satisfaire que celles qui avaient été envisagées dans un contexte similaire (et dans un autre projet qui n'a pas abouti), à savoir dans une proposition de directive sur l'accès à la justice en matière d'environnement²⁸. Ce texte prévoyait, que pour être reconnue comme «entité qualifiée»²⁹, une personne morale devait non seulement avoir comme but principal la défense de l'environnement, mais aussi avoir la capacité organisationnelle et financière de poursuivre de manière adéquate ses objectifs et exister depuis une certaine durée, durée que les États membres pourraient définir et qui aurait pu aller jusqu'à trois ans. En outre, il était prévu que les comptes de l'entité devaient être certifiés chaque année³⁰. Même si, en comparaison de ce texte, le projet de la DG concurrence est moins restrictif, il ne garantit pas pour autant un meilleur accès des associations au prétoire. En effet, une large marge de manœuvre laissée aux États membres en ce qui concerne la définition des conditions et des procédures d'agrément pourrait déboucher sur des solutions nationales tout aussi restrictives, voire davantage. Sous couvert de s'assurer qu'un organisme a la capacité d'introduire effectivement une action représentative et qu'il agirait, selon toute probabilité, dans l'intérêt bien compris de ceux qu'il représente, les critères nationaux d'agrément pourraient exclure des associations récemment créées ou de petite taille, ce qui ne paraît pas souhaitable.

Pour éviter qu'un gouvernement peu favorable aux actions représentatives ne rende difficile l'agrément des organismes susceptibles d'introduire de telles actions, il importe que le texte européen qui sera adopté prévoit un encadrement des procédures nationales d'agrément. Le texte pourrait par exemple définir une durée maximale de la procédure d'agrément, au-delà de laquelle la demande serait réputée acceptée³¹. Au

²⁷ Le terme commercial gagnerait à être remplacé par les termes «contre rémunération» pour éviter toute difficulté de transposition dans les droits nationaux qui considèrent la profession d'avocat comme une profession civile et non commerciale.

²⁸ Proposition de directive sur l'accès à la justice en matière d'environnement, COM (2003) 624 final. Ce projet visait à mettre le droit européen en conformité avec les engagements internationaux de l'Union au titre de la convention d'Århus. À l'heure où ces lignes sont écrites, le débat sur ce projet n'a toujours pas eu lieu. Les deux projets ont des origines différentes, mais relèvent d'un esprit commun. Dans les deux cas, il s'agit de donner aux particuliers des droits d'action en vue de favoriser un meilleur respect par les entreprises de certaines règles (respectivement de droit de l'environnement et de droit de la concurrence).

²⁹ Sur ce terme, voy. *supra*, note 26.

³⁰ Proposition de directive sur l'accès à la justice en matière d'environnement, précité, article 9.

³¹ Cette technique a déjà été mise en œuvre dans une directive. Voy. directive 2009/138/CE du Parlement et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), *J.O.U.E.*, 2009 L 335, p. 1, article 38, paragraphe 5 (accord tacite de l'autorité compétente présumé après un délai de 3 mois). Dans le domaine de la

minimum, les dispositions relatives aux actions représentatives devraient exiger que le délai maximal d'examen des demandes d'agrément soit défini en droit interne et rendu public³². L'encadrement de la durée des procédures d'agrément serait utile dans tous les cas, c'est-à-dire à la fois pour les agréments à titre permanent et pour les agréments *ad hoc*, limités à une action particulière, mais il paraît particulièrement nécessaire dans le second cas. En effet, en l'absence de tout encadrement, le risque serait qu'un État puisse laisser traîner une demande d'agrément si longtemps que l'organisme, même s'il était finalement agréé, risquerait d'être forclos. Il est probable que l'État qui opposerait de la sorte sa passivité à une association violerait son devoir de coopération loyale³³, mais cela n'aurait pas pour effet immédiat de rendre recevable en droit interne une action présentée par une association non agréée ou après l'expiration du délai de forclusion, et ce même si ce délai était de deux ans³⁴.

Sans s'attarder sur les autres aspects du projet élaboré par la DG concurrence, qui sont plus spécifiques aux actions collectives en matière de droit de la concurrence, on peut en inférer les éléments d'un consensus européen sur les actions collectives.

B. — LES ÉLÉMENTS D'UN CONSENSUS EUROPÉEN SUR LES ACTIONS COLLECTIVES

Plusieurs éléments sont apparus, au fil des débats sur le Livre vert puis sur le Livre blanc comme formant le socle d'actions collectives «à l'européenne», en ce sens qu'elles se distingueraient des *class actions* qui existent aux États-Unis. La volonté du législateur européen et des États membres de se démarquer du modèle nord-américain peut être inférée non seulement des documents de la Commission³⁵, mais aussi des avis du Comité économique et social européen³⁶, du rapport

coopération judiciaire en matière civile, les textes définissent de nombreux délais dans les procédures établies par un règlement (citées *supra*, notes 24 et 25), mais il arrive aussi que les directives de simple rapprochement des législations en contiennent, par exemple directive 2003/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires, *J.O.U.E.*, 2003, L 26, p. 41, article 4, paragraphe 2.

³² Comme dans la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, 2006, L 376, p. 36, article 13, paragraphe 6.

³³ Article 4, paragraphe 3, TUE.

³⁴ Délai envisagé dans le Livre blanc, cité *supra* note 6, 2.7. *in fine*, p. 10.

³⁵ Dans le Livre blanc, précité, la Commission insiste (p. 3) sur le fait que les mesures proposées sont «**équilibrées** et enracinées dans la **culture** et dans les **traditions juridiques européennes**» (en gras dans l'original). Dans la section consacrée à l'accès aux preuves, il est indiqué qu'il importe «**d'éviter les effets négatifs** qu'entraîneraient des obligations de divulgation **trop larges**» (en gras dans l'original), c'est-à-dire les excès de la procédure de *discovery* observés aux États-Unis.

³⁶ Avis du Comité économique et social européen, cité *supra* note 2, paragraphes 1.3; 5.2.3. 2^e tiret; 1.4.

Monti³⁷ ou encore de prises de positions publiques récentes³⁸. Comme le relève un auteur, plusieurs traits des *class actions* sont largement rejetés ou ignorés en Europe : les honoraires de résultat, la *discovery*, l'*opt-out*³⁹. On peut néanmoins observer que, dans le projet de la DG concurrence, ces différents éléments n'étaient pas tous rejetés avec la même netteté.

Les abus des avocats qui, aux États-Unis, font des *class actions* un fond de commerce, au point de priver les personnes représentées de l'essentiel des dommages et intérêts obtenus en leur nom sont clairement considérés comme un péril à éviter. C'est ce qui explique le soin pris à définir les entités représentatives en des termes qui excluent les avocats⁴⁰.

Les excès de la procédure de *discovery*, à savoir des demandes de divulgation d'une masse considérable de documents adressés à une entreprise, au prix d'un processus très long et coûteux, sont également l'objet de fortes préventions. C'est ce qui explique que le projet de directive, s'il prévoit que le juge a le pouvoir d'ordonner à une partie ou à un tiers de divulguer des preuves en sa possession, prévoit aussi plusieurs conditions permettant au juge de refuser des demandes excessives. Ainsi, était-il envisagé que la partie qui demande au juge d'enjoindre à d'autres parties ou à des tiers de produire des preuves en leur possession doit démontrer que ces preuves sont pertinentes pour appuyer sa demande au fond. Le demandeur aurait aussi dû donner une description précise des éléments de preuve demandés. En outre, le juge aurait eu le devoir d'examiner la proportionnalité de la demande, en ayant égard aux aspects suivants : la valeur de la demande, la probabilité que la partie contre laquelle l'injonction est demandée ait effectivement enfreint les règles de concurrence, l'étendue des preuves demandées et le coût que représenterait leur production, ainsi que la présence éventuelle d'informations confidentielles ou protégées parmi les preuves dont la divulgation est demandée. Ces dispositions, même si elles devaient être revues à l'issue d'un nouveau débat, expriment un trait plus général du consensus qui paraît se dégager : la confiance faite au juge pour maintenir les actions collectives dans des limites raisonnables⁴¹. C'est sans doute à la lumière de ce trait qu'il faut considérer les choix envisa-

³⁷ Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européenne, Rapport au président de la Commission européenne José Manuel Barroso présenté par Mario Monti, 9 mai 2010, disponible à partir de la page http://ec.europa.eu/bepa/expertises/visitor-programs/mario_monti/index_fr.htm (10 juillet 2010).

³⁸ Conférence du directeur général de la DG concurrence, Alexander Italianer, Competition Conference 2010 : *Industry v Competition?*, Vienne, 9 juin 2010.

³⁹ J. STUYK, «Class Actions in Europe : To Opt-in or to Opt-Out, that is the Question», *EBLRI*, 2009, pp. 483-505, p. 483.

⁴⁰ Voy. *supra*, p. 585.

⁴¹ Ce point est clairement exprimé par le comité économique et social européen dans son rapport, cité *supra*, note 2, paragraphe 5.2.3, 5^e tiret.

gés à propos de l'*opt-out*, une autre caractéristique parfois décriée des *class actions* américaines.

L'*opt-out* est un élément d'efficacité des actions collectives. En effet, ce mécanisme revient à définir une option par défaut, selon laquelle celui qui ne fait rien est automatiquement inclus dans la « classe » des plaignants, à condition bien sûr de remplir les conditions de fond pertinentes, en l'espèce avoir été victime de l'infraction aux règles de concurrence qui fait l'objet de l'action en justice. La puissance des choix par défaut est connue. Comme l'exposent de manière très parlante les auteurs de *Nudge*, cette puissance repose sur un mécanisme élémentaire de notre manière d'agir : la préférence pour le *statu quo*⁴². En choisissant judicieusement une option par défaut, on peut orienter dans une mesure considérable les comportements. Ce qui est vrai des cases pré-cochées sur un site internet ou d'un choix par défaut pour les contributions à un fond de retraite l'est également pour une action collective en justice. Les plaignants seront beaucoup plus nombreux s'ils n'ont pas à manifester positivement le choix de se joindre à une action qui les concerne. L'inclusion dans le groupe des personnes concernées mais silencieuses est donc une bonne option par défaut si l'on cherche à encourager les actions privées contre les entreprises qui violent les articles 101 ou 102 TFUE, ce qui est précisément la position de la DG concurrence depuis plusieurs années. Certes, il a été souligné que cette option présente des inconvénients : risques d'excès attribués au système des États-Unis, contrariété avec une interprétation stricte de l'adage « nul ne plaide par procureur »⁴³. Le projet de directive n'ignore pas ces

⁴² C. SUNSTEIN et M. THALER, *Nudge : Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Penguin Books, New-York, 2008, introduction, spéc. pp. 8 et 12-13 (dans l'édition de poche).

⁴³ Ce point a été l'objet d'une attention particulière dans le débat français sur une action collective. Voy. parmi de nombreuses références : F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *R.T.D. civ.*, 1985 ; S. GUINCHARD, « L'action de groupe à la française », *R.I.D.C.*, 1990, n° 2, p. 599 ; L. BORÉ, « Pour mieux réparer les préjudices collectifs : une 'class action' à la française ? », *Gaz. Pal.*, 29 septembre 2001, p. 5 ; J.-M. GOLDNADEL, « L'introduction des *class actions* en France », *Gaz. Pal.*, 25-27 septembre 2005, pp. 3-6 ; G. CANIVET, « Des obstacles juridiques à l'action de groupe », Conférence UFC – Que choisir 10 novembre 2005, *Pour de véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice*, <http://www.courdecassation.fr/> ; S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française », *D.*, 2005, p. 2180 ; « Les 'class actions' devant le juge français : rêve ou cauchemar », *Petites Affiches*, n° spécial 10 juin 2005, n° 115 ; L. MARTINET et A. DU CHASTEL, « Du retour de l'action de groupe et du mythe de Sisyphe », *Petites Affiches*, 10 mars 2009, n° 49, pp. 6-10. Tout récemment encore, un rapport du Sénat français indique que « l'*opt-out* ne garantit pas les droits de la défense ». Rapport d'information n° 499, cité *supra*, note 8, p. 77). L'argument principal est tiré du fait que le défendeur à une action collective ne peut, si les demandeurs ne sont pas tous identifiés, soulever de moyens de défense propre à un ou plusieurs demandeurs sans être commun à tous. En droit français, un grand poids est accordé à cet argument, en raison d'une décision dans laquelle le conseil constitutionnel français avait censuré, dans une loi relative au licenciement économique, une disposition qui prévoyait la possibilité pour les syndicats d'ester en justice pour la défense des intérêts des salariés en cas de licenciement économique sans justifier d'un mandat de chaque salarié. Décision du Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 sur la loi modifiant le Code du travail et

risques. Comme on l'a vu, il prévoit différents garde-fous pour éviter les actions collectives intempestives. Pour autant, si l'action de groupe est bâtie sur le modèle de l'*opt-in*, le mécanisme de l'*opt-out* est conservé en ce qui concerne les actions représentatives. En effet, il est prévu que les entités agréées devraient décrire de manière précise le groupe qu'elles souhaitent représenter, mais sans devoir donner la liste des personnes qui le composent. Il appartiendrait au juge de vérifier que la caractérisation du groupe est de nature à permettre à toutes les parties d'exercer leurs droits, spécialement les droits de la défense. Il appartiendrait aussi au juge de valider les méthodes de publicité envisagées par l'entité agréée pour informer les membres du groupe qu'une action est intentée à leur bénéfice. Les personnes qui ne souhaitent pas être représentées pourraient alors demander à être retirées du groupe.

À l'heure actuelle, il paraît clair que la publication de messages sur des sites Internet, l'achat de mots clés sur des moteurs de recherche, la constitution de groupes sur des réseaux sociaux figureraient parmi les moyens les plus efficaces et les moins coûteux de diffuser une information relative à l'existence d'une action collective. En l'état actuel des discussions, le législateur européen n'envisage pas d'encadrer les moyens de publicité d'une action collective. Il appartiendrait donc, le cas échéant aux législateurs nationaux d'adopter ou non des règles en la matière. S'il ne serait sans doute pas opportun de légiférer de manière restrictive à ce sujet, il conviendra en revanche de s'assurer que la diffusion efficace d'information sur Internet ne puisse pas être entravée par des actions susceptibles d'être introduites par les entreprises visées par les actions collectives, que ce soit sur un fondement tiré de la protection de droits de propriété intellectuelle ou bien d'un autre fondement permettant en droit national une protection contre les atteintes à la réputation d'une personne. Des actions de ce type, même mal fondées ou dilatoires, pourraient infliger aux associations de consommateurs des coûts importants et, partant, créer des obstacles à la fois au développement des actions collectives en général et, en ce qui concerne les actions représentatives en particulier, des obstacles à l'exercice de la liberté procédurale de ne pas être représenté. À côté des garde-fous destinés à éviter que les actions collectives n'imposent indûment des coûts aux entreprises, il convient sans doute d'en prévoir aussi, dans la mesure où un examen des droits nationaux en révélerait la nécessité, des mécanismes destinés à sauvegarder la liberté de diffuser par tous moyens une infor-

relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion. C'est à la lumière de cette décision que prévaut en France une interprétation stricte du principe selon lequel «nul ne plaide par procureur». Naturellement, le principe de primauté du droit de l'Union a pour effet que cette manière de voir ne pourrait prévaloir contre une directive qui contiendrait un élément d'*opt-out*.

mation exacte sur les actions collectives⁴⁴. C'est là peut-être un thème à intégrer au débat élargi qui va s'ouvrir.

II. – Les termes d'un débat élargi

Puisqu'il est envisagé de ne pas nécessairement s'en tenir à un instrument limité aux actions en réparation des dommages causés par des infractions au droit de la concurrence, c'est un débat élargi qui s'ouvre. Pour préciser les questions qui gagneraient à être traitées à cette occasion, il importe de savoir jusqu'où les possibles sont ouverts. À cet égard, on fait ici l'hypothèse que, même s'il était désormais juridiquement envisageable de créer une action collective européenne sur un modèle unique⁴⁵, le temps d'un tel projet n'est pas venu. En effet, plusieurs États membres ont créé, au cours des dernières années, des procédures d'action collective, dont certaines seront soumises à évaluation⁴⁶. Il y a donc de bonnes raisons de laisser du temps à l'expérimentation avant d'envisager, le cas échéant, une harmonisation complète ou une procédure entièrement unifiée⁴⁷. Partant de la prémisse selon laquelle, même s'il ne devait pas être limité au domaine de la concurrence, un instrument européen conserverait probablement du projet élaboré en matière de concurrence une optique d'harmonisation minimale⁴⁸, les principales questions qui se posent ne concernent pas les détails procéduraux – si importants soient-ils – car ils seraient laissés aux bons soins des législateurs nationaux. Ce sont plutôt des questions relatives aux grandes orientations qui devront être tranchées (A). Par ailleurs, il convient de s'interroger sur l'incidence du nouveau contexte législatif (B).

⁴⁴ Une telle orientation serait conforme à l'article 169 TFUE, qui prévoit que «l'Union contribue à la protection [...] des intérêts économiques des consommateurs et ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information».

⁴⁵ Ce serait envisageable moyennant un règlement adopté sur la base de l'article 81, paragraphe 2, sous e) TFUE, qui prévoit l'adoption par le Parlement et le Conseil, selon la procédure législative ordinaire (ancienne co-décision) des mesures visant à assurer l'accès à la justice dans les matières ayant une incidence transfrontalière. Il n'est pas douteux que les causes de dommages de masse ont, au moins pour une partie d'entre elles, une incidence transfrontalière (infractions au droit européen de la concurrence, pollutions, pratiques commerciales déloyales mise en œuvre dans le cadre d'une stratégie de commercialisation commune à plusieurs États membres, pour n'en citer que quelques unes). À la différence de l'ancien article 65 CE, l'article 81 TFUE ne limite pas la compétence du législateur de l'Union par la clause «dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur».

⁴⁶ Tel est le cas en Allemagne, où une loi adoptée en 2005 pour une durée de cinq ans a créé une procédure collective en matière d'indemnisation des dommages causés aux actionnaires par des informations financières erronées et de violation de la loi sur les O.P.A. Rapport du Sénat français, *Les actions de groupe*, cité *supra*, note 8, pp. 16 et s.

⁴⁷ Sur la diversité des expériences nationales, voy. outre les sources déjà citées, J. LAFFINEUR, «Les impacts socio-économiques de l'action collective : éléments de réflexion appliqués au contexte de l'Union européenne», *R.E.D.C.*, 2007-2008, n° 1, pp. 44-65, spéc. p. 47.

⁴⁸ En ce sens, avis du comité économique et social européen, cité *supra* note 2, para. 5.2.3.

A. — LES ORIENTATIONS À DÉFINIR

Parmi les éléments essentiels qui devront faire l'objet d'une décision du législateur européen, figure en premier lieu le champ d'application du nouvel instrument européen (1). D'autres questions clés devront aussi être tranchées (2). Elles concernent le caractère obligatoire ou facultatif de la procédure, le sort réservé respectivement à la logique de l'*opt-in* et à celle de l'*opt-out* et les modalités de financement.

1. — *Le champ d'application de la législation européenne
sur les actions collectives*

a) *Le champ d'application ratione materiae*

L'une des questions ouvertes est celle du champ d'application de la législation qui sera adoptée. En effet, on ne voit pas bien pourquoi la Commission souhaiterait procéder à une nouvelle consultation si c'était en vue de soumettre une proposition de directive dans le seul domaine de la concurrence. Dans cette hypothèse, même à supposer que la nouvelle Commission souhaite modifier le projet qui avait été préparé au sein de la précédente, elle aurait pu se baser sur les éléments déjà réunis. On peut donc penser que c'est une directive plus large qui est envisagée. Il faut s'en réjouir, car l'introduction d'une action collective représentera un élément perturbateur pour de nombreux systèmes nationaux. Or il est préférable de poser une fois pour toutes, ou au moins pour une certaine durée, un cadre commun aux actions collectives dans différents domaines plutôt que de légiférer en plusieurs fois et de causer autant de perturbations distinctes des branches concernées dans les droits nationaux. Pour cette raison, il serait souhaitable que l'instrument qui sera adopté ne laisse pas de côté des domaines dans lesquels le besoin d'une procédure d'action collective se fait sentir avec autant de force qu'en droit de la concurrence, à commencer par le droit de la consommation.

Si le législateur européen devait s'inspirer des droits nationaux, cet instrument pourrait concerner, outre la réparation des dommages causés par des infractions au droit de la concurrence, les litiges de masse dans le domaine de l'environnement (par exemple en cas de pollution), dans le domaine boursier (actionnaires lésés)⁴⁹, en matière de pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs, de responsabilité du fait de produits défectueux⁵⁰. Les droits des passagers pourraient aussi être concernés⁵¹. Le

⁴⁹ Comme la loi allemande, voy. *supra* note 44.

⁵⁰ À l'instar de la loi italienne, analysée par A. MARTINAZZI, «Developments in Private Enforcement of Italian Antitrust Law : The Introduction of 'Class Action' Legislation», *CPI Antitrust Journal*, 2010, n° 2.

⁵¹ Certains de ces droits font l'objet du règlement (CE) n° 261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, *J.O.U.E.*, 2004, L 46, p. 1.

champ pourrait être plus large encore s'il était envisagé d'intégrer aux actions collectives un volet issu de la pratique européenne de réclamation collective en matière de droits sociaux énoncés par la charte sociale européenne⁵², mais cela se heurterait certainement à la fois à des obstacles politiques dirimants, ainsi qu'à l'hétérogénéité des mécanismes d'un point de vue institutionnel. D'un point de vue de technique législative, même si on laisse de côté la question des droits sociaux, il pourrait être difficile de légiférer par un même instrument dans des domaines aussi différents, car les compétences conférées à l'Union dans ces différentes matières ne sont pas identiques. Plusieurs pistes paraissent dès lors envisageables.

Un «paquet» législatif pourrait être adopté et se composer d'une directive cadre complétée par des instruments sectoriels. Une conception d'ensemble rigoureuse permettrait d'assurer la cohérence des différentes mesures. Il est clair que, si cette option était envisagée, un important travail resterait à faire pour recenser précisément les domaines dans lesquels le législateur européen est compétent pour prescrire la création d'actions collectives et pour veiller à la bonne articulation des textes nouveaux avec le droit existant dans chacun des domaines concernés. Si l'on en juge à l'aune du temps qui a été nécessaire à un travail comparable dans le domaine du droit de la concurrence, il est à craindre qu'un pareil projet retarde encore pour longtemps l'avènement d'actions collectives en Europe. Aussi, une option plus modeste gagnerait sans doute à être privilégiée dans un premier temps.

Elle consisterait à adopter un instrument – ou éventuellement deux – relatif(s) à l'exercice collectif des droits garantis dans le domaine de la concurrence et de la consommation. Telle est l'hypothèse privilégiée par le comité économique et social européen⁵³. En ce qui concerne le domaine du droit de la consommation, qui est en cours de refonte⁵⁴, il serait sans doute nécessaire de prévoir une définition du champ

⁵² Voy. sur ce point O. DE SCHUTTER, «The Two Lives of the European Social Charter», in O. DE SCHUTTER (dir.), *La charte sociale européenne : Une constitution pour l'Europe*, Bruylant, 2010, spéc. pp. 22-26.

⁵³ Avis cité *supra* note 2, para. 4.7. Dans ce paragraphe et en plusieurs autres de cet avis (par ex. para. 4.1), le CESE parle de «droits collectifs». Il nous semble pourtant que le droit à réparation d'un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence est un droit individuel, dont il s'agit d'organiser l'exercice collectif. Il en va de même pour de nombreux droits garantis par la législation protectrice des consommateurs. Même si l'interprétation de la teneur d'un droit fait parfois appel à la notion de «consommateur moyen» et renvoie donc indirectement à un collectif ou en tous cas à une pluralité de consommateurs, c'est chaque consommateur qui a le droit, par exemple, de ne pas se voir opposer une clause abusive.

⁵⁴ Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs COM (2006) 744 final; Communication de la Commission, au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen du 13 mars 2007 «Stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013», COM(2007)99 final; Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM(2008)614 final.

d'application qui ménage des évolutions, par exemple en renvoyant à une liste de directives⁵⁵, qui pourrait être révisée par un acte délégué⁵⁶.

Une autre dimension du champ d'application matériel d'un nouvel instrument en matière d'actions collectives doit être évoquée : cet instrument aurait-il vocation à s'appliquer à toute demande de masse concernant des droits substantiels qui seraient visés (droits garantis par certaines directives en matière de protection des consommateurs, droit à réparation des victimes d'infractions au droit de la concurrence) ou uniquement aux demandes à propos de ces droits qui comportent un caractère transfrontière, par exemple celles dans lesquelles le défendeur et les demandeurs n'ont pas tous leur domicile dans le même État membre ou bien celles dans lesquelles les parties n'ont pas toutes leur domicile dans l'État membre du tribunal saisi ? Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, le caractère transfrontière des litiges est un élément essentiel dans la définition du champ d'application des différents instruments⁵⁷. Aussi, une articulation plus étroite du nouveau texte avec les travaux menés dans ce domaine ne manquera-t-elle pas de faire surgir cette question. Pour autant, le sens dans lequel elle doit être tranchée n'est pas douteux. En droit de la concurrence comme en droit de la consommation, aucune distinction ne doit être faite selon que le litige comporte ou non un élément d'extranéité. Il serait contraire à la logique dans laquelle ces branches du droit européen se sont développées d'introduire une distinction qui n'y a pas cours. En effet, en droit de la concurrence, il est acquis de longue date que, pour que le droit européen soit applicable, il suffit que les éléments factuels du litige permettent d'envisager « avec un degré de probabilité suffisant une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres »⁵⁸. Ce critère généreux est souvent satisfait alors même que tous les éléments du litige sont cantonnés à l'intérieur d'un seul État membre. Aucun élément formel d'extranéité n'est donc requis pour qu'une situation constitue une infraction au droit européen de la concurrence donnant droit à indemnisation au sens de la jurisprudence *Manfredi*. En droit de la consommation, les solutions sont moins explicites mais néanmoins claires. Ainsi, on peut observer que les directives dans ce domaine définis-

⁵⁵ À l'instar de la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *J.O.U.E.*, 2009, L 110, p. 30. L'article 1^{er}, qui définit le champ d'application, renvoie à une liste de directives figurant en annexe.

⁵⁶ Article 290 TFUE.

⁵⁷ Eva Storskrubb, dans son étude de la législation adoptée dans ce domaine souligne à de multiples reprises que le Conseil tient généralement à limiter le champ d'application des instruments aux procédures transfrontières, tandis que la Commission proposait un champ d'application plus large. E. STORSKRUBB, *Civil Procedure and EU Law : A Policy Area Uncovered*, OUP, Oxford, 2008. Cette remarque se retrouve dans la section « *legislative history* » consacrée à chacun des instruments.

⁵⁸ C.J.C.E., 30 juin 1966, *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm*, 56/65, *Rec.*, p. 337.

sent leur champ d'application matériel uniquement au regard d'un type de contrat (par ex. *timeshare*), de clauses (abusives) de pratiques commerciales (déloyales) et ne subordonnent pas les droits qu'elles confèrent au consommateur à la présence d'un élément d'extranéité⁵⁹. Là encore, la logique diffère profondément de celle des instruments de coopération judiciaire en matière civile. Pour ces raisons, un instrument européen relatif à des actions collectives qui couvrirait entre autres le domaine du droit de la concurrence et celui du droit de la consommation ne pourrait pas être limité aux situations transfrontières, sauf à introduire au plan procédural des différences de traitement entre des situations qui sont considérées comme similaires au regard du droit matériel, ce qui paraît intenable.

S'il ne faut donc pas limiter le champ d'application d'un instrument européen sur les actions collective aux actions transfrontières, il serait en revanche bienvenu que les particularités liées à ces actions y soient traitées. On en aperçoit au moins quatre. Premièrement, la reconnaissance mutuelle par un État membre de l'agrément donné dans un autre État membre à une association en vue de représenter une pluralité de plaignants devrait être prévue. Cette reconnaissance mutuelle ne pourrait qu'être facilitée par la définition dans la directive de standards minimum applicables aux procédures d'agrément, selon une technique couramment utilisée dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale. Deuxièmement, dans l'hypothèse où les modalités de publicité d'une action collective ne seraient pas réglementées au niveau européen, il conviendrait de s'assurer que les divergences entre les droits nationaux sur ce point ne puissent pas rendre excessivement difficile l'information de consommateurs ou d'autres personnes concernées lorsqu'elles se situent dans plusieurs États membres. L'obstacle pratique du multilinguisme ne devrait en effet pas être consolidé par des barrières juridiques. Troisièmement, afin de faciliter les démarches des plaignants qui voudraient se joindre à un groupe en cours de constitution (hypothèse de l'*opt-in*) ou qui souhaiteraient au contraire exprimer leur volonté de ne pas faire partie d'une procédure (hypothèse de l'*opt-out*), une technique éprouvée dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et récemment importée dans le domaine du droit de la consommation⁶⁰ pourrait être mise en œuvre. Elle consiste à prévoir des formulaires standardisés en vue de minimiser à la fois les coûts de recours à la justice pour les titulaires de l'action et les coûts de traduction dans le cas des procédures transfrontalières. Quatrièmement, et ce point est propre au domaine particulier du droit de la concurrence, devrait être envisagée la question de la valeur

⁵⁹ À titre d'exemple, la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, qui codifie quatre directives existantes, prévoit une définition de son champ d'application qui ne fait aucune référence à un élément d'extranéité. COM (2008) 614 final, article 3.

⁶⁰ La proposition de directive relative aux droits des consommateurs (citée *supra* note 58) prévoit un formulaire pour l'exercice par les consommateurs de leur droit de rétractation.

juridique à accorder à une décision constatant une infraction aux règles européennes de concurrence rendue par une autorité de concurrence d'un État membre autre que celui où siège la juridiction saisie.

Sur tous ces points, qui ne semblent pas avoir fait l'objet d'une réflexion approfondie à l'occasion des travaux menés dans le domaine du droit de la concurrence, on peut espérer que la nouvelle consultation permettra de rassembler les éléments utiles.

b) *Le champ d'application ratione personae*

Si un instrument unique était envisagé pour couvrir à la fois le domaine du droit de la concurrence et celui du droit de la consommation, une difficulté relative à la définition des titulaires d'une action collective se poserait. Comme on l'a dit, dans le domaine du droit de la concurrence, il ne faut pas limiter aux consommateurs la possibilité d'agir collectivement en réparation de leurs préjudices⁶¹. Le Parlement en est pleinement conscient⁶² et il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point. Il faut cependant relever que plusieurs documents⁶³, rapports⁶⁴ ou déclarations⁶⁵ envisagent les actions collectives en mentionnant uniquement les consommateurs comme demandeurs. Ce point doit d'autant plus retenir l'attention des rédacteurs de la nouvelle proposition d'acte qu'un usage imprécis du terme «consommateur», s'il a pu avoir cours par le passé, et désormais exclu. En effet, à l'heure où il est prévu d'adopter un cadre commun de référence⁶⁶, dont l'une des fonctions serait de servir de référence au législateur européen et de fixer la terminologie du droit européen, il est extrêmement probable que le terme «consommateur» fera partie des termes qui y seront définis. Or dans le projet académique de cadre commun de référence, qui servira de base à l'élaboration de ce cadre commun officiel, un consommateur est défini comme une personne physique agissant à titre principal dans un but non professionnel⁶⁷. Cette définition exclut clairement les entreprises. Il semble donc qu'il faudra distinguer différents cas de figure et prévoir que, dans le domaine du droit de la concurrence, les entre-

⁶¹ *Supra*, p. 583.

⁶² Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, *J.O.U.E.*, C 117 E/162, pp. 161-165, point D.

⁶³ Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM (2008) 794 final, avis du CESE cité *supra* note 2.

⁶⁴ Rapport Monti, cité *supra*, note 37, p. 51.

⁶⁵ Audition du commissaire Dalli devant le Parlement européen, citée *supra* note 12.

⁶⁶ Décision 2010/233 de la Commission du 26 avril 2010 portant création du groupe d'experts pour un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats, *J.O.U.E.*, 2010, L 105, p. 109, Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats, cité *supra*, note 13, *in fine*.

⁶⁷ Nous traduisons. Dans la version anglaise, la définition est la suivante : «A 'consumer' means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession», *DCFR*, cité *supra* note 13, p. 67.

prises victimes d'infractions puissent agir collectivement en réparation, y compris au sein d'un collectif comprenant aussi des consommateurs. Ce point paraît important à la fois en pratique, mais aussi du point de vue du contenu de la constitution économique européenne⁶⁸. Jusqu'ici, la possibilité que des entreprises soient demanderesse à une action collective ne semble pas être véritablement prise en considération par les associations d'entreprises, qui s'opposent volontiers à l'action collective par principe en adoptant le point de vue des défendeurs⁶⁹. Il n'est du reste pas plus certain que les associations de consommateurs envisagent davantage de se trouver du même côté de la barre que des entreprises.

Pourtant, prévoir la possibilité d'actions émanant d'un collectif composé à la fois d'entreprises et de consommateurs serait l'expression d'un choix qui n'est pas encore explicite dans le droit européen, mais qui paraît conforme à son esprit. Ce serait une manière de dire que ce qui est en cause du point de vue de la constitution économique européenne n'est pas en tant que tel un rapport de force entre entreprises et consommateurs (dont il ne s'agit par ailleurs pas de nier l'existence), mais la sanction de certains abus de liberté économique, quelle que soit l'identité de ceux qui en sont victimes. On espère donc que la possibilité pour les entreprises d'être demanderesse à des actions collectives ne sera pas exclue du nouvel instrument, à la fois parce que ce serait une aberration dans le domaine de la concurrence et en raison de la portée politique d'une nouvelle forme de coopération entre entreprises et consommateurs. Outre la définition du champ d'application du nouvel instrument, le législateur devra trancher plusieurs autres questions clés, envisagées ici sans souci d'exhaustivité.

2. — *Autres questions clés*

Premièrement, il convient de se demander si la procédure qui sera créée sera obligatoire, au sens où elle deviendrait pour les titulaires de l'action la seule manière d'agir collectivement, ou bien facultative, ce qui leur donnerait le choix entre une procédure d'origine européenne et d'autres procédures, éventuellement différentes, lorsqu'elles existent en droit interne. Dans le domaine de la coopération judiciaire, il n'existe à ce jour aucune procédure obligatoire. Même les procédures entièrement créées par le droit européen ne le sont pas. Il est toujours loisible aux parties d'opter pour une autre voie procédurale, par exemple en matière de petits litiges. Il serait donc dans la logique du droit existant que l'action collective d'origine européenne soit elle aussi facultative.

⁶⁸ Sur ce terme, voy. *supra* note 15.

⁶⁹ Tel est par exemple le cas du MEDEF en France. Cette position a été exprimée à de nombreuses reprises par Madame Simon, directrice juridique du MEDEF. Voy. par ex. son intervention lors d'une table ronde organisée par le Sénat français : <http://www.senat.fr/rap/r05-249/r05-2494.html> (18 mai 2010).

La procédure européenne serait alors un complément et non un substitut aux procédures nationales d'action collective, dont l'expérimentation pourrait se poursuivre⁷⁰. En outre, la faveur accordée par le législateur européen aux modes alternatifs de règlement des litiges plaide aussi en faveur d'une procédure facultative⁷¹.

Deuxièmement, il faut revenir au choix déterminant entre le principe d'*opt-in* et d'*opt-out*. À cet égard, et au risque d'insister sur ce point⁷², il apparaît certain que retenir un élément d'*opt-out* est la seule voie qui permettra effectivement l'essor des actions collectives. Les excès des *class actions* américaines, que chacun souhaite éviter en Europe, ne sont pas imputables à ce seul trait de la procédure, mais à une conjonction de plusieurs facteurs dans laquelle les *contingency fees* et la procédure de *discovery* jouent un rôle important. Aussi, serait-il à notre avis nettement préférable de prévoir une action fondée sur l'*opt-out* et assortie de garde-fous nécessaires, qui ont déjà été étudiés dans le cadre du débat mené dans le domaine de la concurrence, que de renoncer à ce principe d'efficacité. À ce stade et compte tenu du projet élaboré en droit de la concurrence, il semble qu'on s'oriente vers une procédure duale, qui associerait une voie procédurale fonctionnant sur le modèle de l'*opt-in* (action de groupe) et une autre fondée sur le mécanisme de l'*opt-out* (actions représentatives), dans laquelle seule des organismes agréés pourraient introduire une action⁷³. Cette formule de compromis paraît équilibrée dès lors que les mécanismes d'agrément ne prêtent pas le flanc à des restrictions indues.

Troisièmement, la question du financement des actions collectives sera elle aussi déterminante de leur développement. Comme l'a souligné le comité économique et social européen, un tel mécanisme judiciaire de recours doit pouvoir compter sur un financement adéquat de nature durable⁷⁴. Certains mécanismes de financement auxquels on peut songer pourraient être mis en place sur une base nationale, mais peuvent difficilement faire l'objet d'une harmonisation. Tel est le cas des mécanismes qui pas-

⁷⁰ En ce sens, résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, *J.O.U.E.*, C 117 E/162, pp. 161-165, point E; voy. également, avis du CESE, cité *supra*, note 2, para. 5.2.3, premier tiret.

⁷¹ La promotion des modes alternatifs de règlements des litiges est une constante dans l'action de l'Union, désormais exprimée de manière générale, pour tout le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, à l'article 81 TFUE, sous g). Dans le domaine des actions collectives, la volonté de promouvoir les modes alternatifs de règlement des litiges parallèlement à la création d'un instrument facilitant les actions collectives devant les tribunaux a également été exprimée à maintes reprises par les institutions. Voy. notamment, avis du Comité économique et sociale, cité *supra* note 2, para. 5.3; résolution du Parlement européen du 26 mars 2009, *J.O.U.E.*, 2010, C 117 E, p. 161, point C.

⁷² *Supra*, p. 588.

⁷³ Tel est le schéma vu *supra*. Il a été approuvé par le CESE dans son avis cité *supra*, note 2, para. 5.2.3, troisième tiret.

⁷⁴ Avis CESE, cité *supra*, note 2, para. 5.2.3, 7^e tiret.

seraient par une taxation ou par une exonération fiscale des dons faits aux organismes agréés. En effet, le traité de Lisbonne n'a pas modifié la règle de l'unanimité en matière d'harmonisation fiscale⁷⁵, ce qui rend illusoire une telle harmonisation. En revanche, une harmonisation minimale serait envisageable en ce qui concerne d'autres modalités de financement. On pourrait par exemple envisager un prélèvement facultatif sur les sommes allouées aux consommateurs qui obtiennent gain de cause au terme d'une action collective. Si ceux-ci étaient sensibilisés à l'intérêt des actions collectives en général comme mécanisme de justice économique et si le choix était présenté de manière suffisamment habile, par exemple en recourant à une option par défaut, beaucoup contribueraient certainement. Les sommes non réclamées par des membres du groupe indemnisé qui ne se seraient pas fait connaître pourraient aussi abonder un fonds. Pour plus d'efficacité, celui-ci pourrait être européen. De la sorte, toutes les associations agréées pour représenter collectivement un groupe en justice pourraient demander le soutien de ce fonds en cas de nécessité. Ce serait en quelque sorte un mécanisme d'aide judiciaire européenne pour les organismes représentatifs. Si cette piste était suivie, il conviendrait de définir un mécanisme d'attribution des aides du fonds, par exemple par décision d'une commission composée de quelques magistrats issus des États membres.

On le voit, le débat à venir ne manquera pas d'être riche. S'il sera nourri des travaux déjà menés à bien, il devra aussi se porter sur des questions qui, jusqu'ici, n'ont pas fait l'objet de propositions précises dans les documents officiels. Ces réflexions prendront place dans un contexte législatif lui aussi partiellement renouvelé.

B. — LE NOUVEAU CONTEXTE LÉGISLATIF

Deux éléments modifient le cadre de travail du législateur européen. Il s'agit en premier lieu de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et, en second lieu, de la perspective d'un cadre commun de référence.

Le traité de Lisbonne modifie assez peu la donne. En effet, aucune modification n'affecte la plupart des bases juridiques envisageables de la législation à intervenir : les articles 103 TFUE (ex. 83 CE) en ce qui concerne le droit de la concurrence, l'article 169, paragraphe 1, TFUE (ex. 153, paragraphe 1, CE) en ce qui concerne les droits des consommateurs et l'article 114 TFUE (ex. 96 CE) en ce qui concerne, de manière générale, le rapprochement des législations demeurent inchangés. En revanche, il faut mentionner les changements apportés par l'article 81 TFUE (issu de l'article 67 CE) relatif à la coopération judiciaire en matière civile. Cette disposition élargit de plusieurs manières les possibilités d'harmonisation dans le domaine de la

⁷⁵ Article 113 TFUE (ex-article 93 CE).

procédure civile. En premier lieu, comme on l'a rappelé, l'article 81 TFUE vise, comme auparavant «les matières civiles ayant une incidence transfrontière», mais sans plus restreindre ce champ par la clause «dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur». Ce changement n'est pas décisif en ce qui concerne les actions collectives, car un lien avec le marché intérieur aurait probablement pu être établi. En second lieu, et ce point est en revanche plus important pour notre discussion, l'article 81 TFUE précise que la coopération judiciaire peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Si de telles mesures avaient de fait déjà été adoptées, désormais leur base juridique est affermie. Dans la mesure où l'article 81 TFUE inclut l'accès à la justice parmi les buts des mesures adoptées sur ce fondement⁷⁶, cette disposition pourrait servir de base juridique à une directive cadre sur les actions collectives si cette option était envisagée.

L'autre nouveauté introduite par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne tient à la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui a acquis la même valeur que les traités⁷⁷. Certes, la Charte ne contient pas en elle-même de nouvelles bases juridiques. À cet égard, l'article 6 TUE précise au contraire clairement que les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies par les traités. En revanche, la Charte énonce des droits subjectifs qu'il appartient au législateur européen de respecter et de promouvoir dans l'exercice de ses compétences. En particulier, l'article 47 de la Charte, prévoit que «toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal». Ce texte colore le contenu de l'accès à la justice mentionné à l'article 81 TFUE et renforce le devoir du législateur d'instaurer des actions collectives, lesquelles constituent le seul moyen de rendre effectifs certains droits, en particulier lorsque les sommes en cause sont minimales ou qu'il existe d'autres obstacles au recours individuel à la justice. Sans constituer un bouleversement radical, le traité de Lisbonne fournit donc au législateur les arguments juridiques d'une plus grande audace pour légiférer en matière de recours collectifs.

Un dernier élément dont les rédacteurs du ou des instrument(s) à intervenir devront tenir compte est le projet de cadre commun de référence déjà évoqué. Après un énorme travail académique de comparaison des droits nationaux et de réflexion sur l'acquis de l'Union et les améliorations qu'il serait possible de lui apporter, un ensemble de principes, définitions et règles modèles a été publié en 2009⁷⁸. Cet ensemble constitue un «projet de cadre commun de référence» (ci-après «PCCR»),

⁷⁶ Article 81, paragraphe 2, sous e), TFUE.

⁷⁷ Article 6, paragraphe 1, TUE.

⁷⁸ Draft Common Frame of Reference, cité *infra*, note 13.

destiné à servir de base à un «cadre commun de référence» officiel (ci-après «CCR») ⁷⁹. Il est trop tôt pour dire quelles parties du travail académique seront retenues. En revanche, on peut indiquer quelques points de contact possibles entre le projet d'instrument relatif aux actions collectives et le PCCR. Le plus évident a déjà été mentionné : il s'agit des définitions qui seront données dans le CCR. Il serait évidemment préférable que les définitions retenues dans l'instrument sur les actions collectives pour les notions d'entreprises et de consommateurs soient conformes à celles qui figureront dans le CCR. Outre des définitions, le CCR pourrait contenir des règles de fond relatives à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle ⁸⁰. Si le statut de ces règles n'est pas encore clarifié, il est probable qu'il ne s'agira pas d'un code civil européen obligatoire ⁸¹. Pour autant, la législation européenne en matière d'action collective gagnerait à en tenir compte, du moins en ce qui concerne les actions collectives en indemnisation de préjudices causés par la violation d'une règle de droit matériel européen. Le CCR viendrait renforcer certains principes sur lesquels un accord simple déjà acquis, comme le principe de réparation intégrale et de prohibition de l'enrichissement sans cause ⁸². Il pourrait aussi contenir des dispositions sur les «remèdes» en cas d'inexécution, avec lesquelles il conviendrait d'articuler un instrument sur les recours collectifs ⁸³.

Alors que le projet ancien d'actions collectives en droit européen sera une fois encore remis sur le métier prochainement, il faut espérer que cette fois sera la bonne. Tel serait le cas non seulement si un texte était finalement adopté, mais aussi si ce texte n'était pas trop provisoire. Ceci suppose que son champ d'application soit assez large ou du moins qu'il puisse être élargi ultérieurement, ce qui pourrait être le cas si une directive cadre, complétée par des textes plus spécifiques à certaines matières, était adoptée. Pour atteindre le but d'un meilleur accès à la justice, le dispositif européen devrait comporter des dispositions encadrant les procédures d'agrément concernant les entités qui seraient autorisées à introduire des actions représentatives. Faute d'un tel encadrement procédural, ce point pourrait constituer le talon d'Achille de l'*opt-out* à l'euro-péenne, ce qui conduirait vraisemblablement les actions collectives à rester à l'état végétatif même si elles étaient formellement prévues. Un autre point crucial en pratique concerne le financement des organismes agréés. Même s'il ne peut jouer sur le levier fiscal, le législateur européen n'est pas entièrement démuni pour organiser ce

⁷⁹ Voy. *infra*, note 13.

⁸⁰ VI. – 1 :101 du PCCR.

⁸¹ Cette option est formellement envisagée dans le Livre vert sur un droit européen des contrats (cité *supra*, note 13, *in fine*), mais il ressort de sa présentation que la Commission elle-même considère qu'elle serait incompatible avec le principe de subsidiarité (option 7, p. 11).

⁸² Avis du PE, 26 mars 2009, précité, point F et PCCR, livres IV et V.

⁸³ Chap. III-3 du PCCR.

financement. Si le développement des actions collectives est sérieusement souhaité, ces points ne devraient pas être négligés. Ils devraient d'autant moins l'être que l'enjeu politique pour la construction européenne est réellement important. Il s'agit au fond de rendre plus juste la constitution économique européenne.