

CONSEIL D'ETAT**Assemblée générale****Séance du jeudi 9 février 2023****N° 406517****EXTRAIT DU REGISTRE DES
DELIBERATIONS****AVIS SUR UNE PROPOSITION DE LOI
relative au régime juridique des actions de groupe**

Saisi par la présidente de l'Assemblée nationale le 16 décembre 2022, sur le fondement du dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution, de la proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe, présentée par Mme Laurence Vichnievsky et M. Philippe Gosselin, députés, le Conseil d'Etat, après en avoir examiné le contenu, formule les observations et suggestions qui suivent.

I. Cadre juridique en vigueur et contexte de la proposition de loi

1. L'action de groupe peut se définir comme une action en justice, exercée par une association ou une entité assimilée, pour le compte d'un ensemble de personnes victimes de dommages de même nature causés par un même auteur en raison d'un manquement de ce dernier à ses obligations légales ou contractuelles.

2. L'action de groupe a été introduite en droit français par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Cette procédure s'inscrivait dans le cadre tracé par 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.

Réservé aux associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées, le dispositif créé en 2014 s'articule en trois phases :

- le juge civil, saisi par une association, se prononce d'abord sur la responsabilité du professionnel, le groupe de consommateurs à l'égard desquels celle-ci est engagée, les préjudices susceptibles d'être réparés et leur mode d'évaluation, ainsi que la publicité qui doit être donnée à l'action de groupe ;
- les consommateurs choisissent ou non d'adhérer au groupe, cette adhésion valant mandat donné à l'association aux fins de trouver avec le professionnel responsable du dommage une indemnisation amiable de chacun d'eux, dans les limites fixées par le jugement ;
- le juge statue enfin sur les éventuelles difficultés de mise en œuvre du jugement et clôt l'instance.

3. L'action de groupe a été étendue aux litiges relatifs aux produits de santé par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, puis aux litiges en matière environnementale, en matière de protection des données personnelles et en matière de discriminations subies au travail ou dans l'obtention d'un stage ou d'un emploi par la loi

n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, pour lesquels, outre la réparation des dommages, la cessation du manquement à l'origine de ceux-ci peut également être sollicitée. Enfin, la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique a ouvert l'action de groupe à la réparation des préjudices collectifs subis par les consommateurs à l'occasion de la location d'un bien immobilier.

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a par ailleurs créé un socle procédural commun à toutes les actions de groupe ouvertes devant le juge judiciaire. Des différences demeurent toutefois entre les diverses actions de groupe sectorielles tenant à la définition de la qualité pour agir, à la nature des préjudices réparables, à l'existence ou non d'une procédure préalable de mise en demeure et aux modalités procédurales de réparation des préjudices.

Cette même loi a introduit l'action de groupe dans le code de justice administrative (art. L. 77-10-1 à L. 77-10-25), en permettant à plusieurs personnes, victimes d'un dommage causé par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, ayant manqué à ses obligations légales ou contractuelles, d'obtenir la cessation du manquement ou la réparation du dommage causé.

4. Au cours de l'année 2020, Mme Laurence Vichnievsky et M. Philippe Gosselin ont conduit une mission d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, nourrie par de nombreuses auditions et des données de droit comparé. Ils ont constaté que la procédure avait été peu utilisée, le nombre d'actions de groupe intentées depuis 2014 s'élevant seulement à 32, dont 20 dans le domaine de la consommation, seules 6 procédures ayant eu un résultat positif. Ils ont observé que « *l'action de groupe n'a pas été à l'origine d'avancées significatives dans la défense des consommateurs* », alors que les actions conjointes ou collectives s'étaient davantage développées. Ils ont en conséquence formulé treize propositions visant notamment à mettre en place un cadre commun et unifié pour toutes les actions de groupe devant le juge civil, élargir la qualité pour agir, prévoir une réparation intégrale des préjudices quelle que soit leur nature, supprimer l'obligation préalable de mise en demeure en matière d'environnement, de protection des données personnelles et de discrimination, assurer le financement des actions de groupe et réduire les délais de jugement.

Le Conseil d'État souligne la grande utilité d'un tel travail d'évaluation qui permet de faire précéder l'élaboration d'un texte d'initiative parlementaire d'un bilan de l'application du droit en vigueur et d'éclairer les choix du législateur sur les réformes souhaitables.

5. Par ailleurs, la directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs a apporté un certain nombre d'innovations par rapport à la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 qu'elle a abrogée. Son champ est déterminé par 66 actes européens inscrits à son annexe qui couvrent, outre le droit de la consommation, des domaines variés tels que les services financiers, le tourisme, l'énergie, les télécommunications, les transports aérien ou ferroviaire, la protection des données, l'environnement ou la santé. Cette directive impose notamment de modifier le droit français pour prévoir une procédure d'action de groupe transfrontière et renforcer le contrôle des conflits d'intérêts.

II. Contenu de la proposition de loi

6. La proposition de loi formalise les différentes préconisations de la mission d'information.

Elle institue un socle procédural unique et universel de l'action de groupe. Les dispositifs sectoriels existants sont abrogés de sorte que ne subsistent que deux régimes socles : l'un devant le juge judiciaire, l'autre devant le juge administratif.

L'article 1^{er} définit le régime devant le juge judiciaire. La qualité pour agir est élargie à un certain nombre d'associations ou d'entités. L'action en cessation de manquement est généralisée. La réparation de l'intégralité du préjudice causé à des personnes physiques ou morales peut être demandée. La mise en demeure préalable est supprimée. Un rôle accru est donné au ministère public. Une plus grande publicité des actions engagées est encouragée. Une sanction civile indépendante des préjudices subis est instituée. Les charges du procès incombant normalement au demandeur sont allégées.

L'article 2 prévoit la spécialisation de certains tribunaux judiciaires pour connaître des actions de groupe.

L'article 3 supprime tous les régimes spécifiques d'action de groupe prévus par la législation en vigueur.

L'article 4 intègre les nouvelles dispositions sur l'action de groupe dans le code de justice administrative, comme l'avait fait la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, afin d'unifier les procédures quelle que soit l'identité du défendeur.

L'article 5 de la proposition de la loi précise ses modalités d'application dans le temps en prévoyant qu'elle est applicable aux seules actions dont le fait générateur de la responsabilité est postérieur à son entrée en vigueur.

III. Examen des dispositions de la proposition de loi

Considérations liminaires

7. Le régime général de l'action de groupe reprend, en les réformant, l'essentiel des règles procédurales fixées dans le socle commun créé par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. A l'occasion de l'examen de cette loi, le Conseil d'Etat a estimé, d'une part, que ces règles qui touchent à des garanties fondamentales du procès en tant qu'elles instituent un certain nombre de dérogations au droit commun de la procédure, relèvent du domaine de la loi et, d'autre part, que l'ouverture des procédures d'action de groupe, matière par matière, « *rendait opportune, au regard de l'intelligibilité du droit et de la sécurité juridique, l'adoption d'un cadre de référence commun* » (Avis n° 390291 du 30 juillet 2015, points 25 et suivants). Le Conseil d'Etat renouvelle à l'occasion de l'examen de la proposition de loi les appréciations qu'il avait alors portées.

Il rappelle que le Conseil constitutionnel a jugé, dans ses décisions n° 2014-690 DC du 13 mars 2014 et n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, que les procédures d'action de groupe ne méconnaissent ni les droits de la défense, ni la liberté personnelle, ni aucune autre exigence

constitutionnelle. Dans son principe, le régime de l'action de groupe ne se heurte en conséquence à aucun obstacle d'ordre constitutionnel ou conventionnel.

Observations légistiques

8. La proposition de loi fait le choix d'insérer le régime juridique universel de l'action de groupe devant le juge civil dans un titre XV *bis* nouveau du Livre III du code civil (« *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ») intitulé « *Des actions de groupe* ». Le Conseil d'Etat, s'il souscrit, ainsi qu'il a été dit, à l'objectif de lisibilité et d'accessibilité poursuivi par les auteurs du texte, estime que ce choix légistique n'est pas approprié.

Selon la doctrine, le droit civil, qui n'est défini par aucun texte de portée normative, s'entend de l'ensemble des règles de fond s'appliquant aux rapports des particuliers entre eux, qu'ils soient d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial. Certes, le mécanisme de l'action de groupe peut être regardé comme un mandat d'une nature particulière et touche, dans cette mesure limitée, au droit de fond. Il n'en demeure pas moins que les dispositions sur l'action de groupe constituent des règles de procédure spéciales qui s'appliquent à la responsabilité sans modifier en rien les règles de fond qui régissent cette matière, sous réserve de ce qui sera dit au point 17 sur la création d'une sanction civile.

Le Conseil d'Etat estime en conséquence que le régime de l'action de groupe présente le caractère d'une loi de procédure qui n'a pas vocation à prendre place dans le code civil.

Le caractère législatif de ce régime (cf point 7) interdit par ailleurs de le placer dans le code de procédure civile puisque celui-ci est de nature réglementaire. Dès lors, le Conseil d'Etat recommande, pour satisfaire l'objectif poursuivi par les auteurs de la proposition de loi, d'inscrire ce régime dans une loi non codifiée dédiée à l'action de groupe. Les auteurs de la proposition de loi ont indiqué se rallier à cette option légistique.

Création d'un régime universel de l'action de groupe, extension de la qualité pour exercer une action de groupe et réparation intégrale du préjudice

9. Le Conseil d'Etat prend acte de la volonté des auteurs de la proposition de loi d'instituer un régime universel de l'action de groupe applicable en toute matière et ayant vocation à réparer tout type de préjudice. Cette démarche va dans le sens d'une plus grande satisfaction des intérêts des justiciables et d'une meilleure défense des consommateurs. Au surplus, en mettant fin à la multiplicité et la disparité des régimes existants, la proposition de loi contribue à la simplification du droit.

10. Dans le même temps qu'elle en élargit le champ, la proposition de loi assouplit considérablement les conditions de recevabilité de l'action.

Afin de prévenir les recours abusifs, par crainte d'un engorgement des tribunaux et d'une fragilisation des entreprises, le législateur n'a, jusqu'à présent, reconnu la qualité pour exercer des actions de groupe qu'à des associations répondant à des exigences, variables selon les secteurs dans lesquels l'action peut être engagée, tenant notamment à une certaine ancienneté, à leur représentativité ou à l'obtention préalable d'un agrément.

La proposition de loi abaisse de cinq à deux ans au moins l'ancienneté de déclaration exigée des associations dont l'objet statutaire comporte la défense des intérêts auxquels il a

été porté atteinte. En outre, elle reconnaît la qualité pour agir aux associations regroupant au moins cinquante personnes physiques, dix entreprises ou cinq collectivités territoriales, constituées spécialement, donc sans condition d'ancienneté (sauf pour les entreprises), pour la réparation du dommage dont les personnes qu'elles regroupent estiment être victimes.

11. Le Conseil d'Etat relève que, faute d'étude d'impact, les conséquences exactes de la très large ouverture de la procédure de l'action de groupe opérée par le texte ne peuvent être pleinement appréhendées. Il n'est pas impossible que l'élargissement du champ des actions, combiné avec l'extension de la qualité pour agir, ne provoque un afflux de celles-ci sur des terrains nombreux et nouveaux (fonctionnement des services publics, des établissements médico-sociaux, climat, transports, fourniture d'énergie, défense des collectivités territoriales, etc...). Des risques d'instrumentalisation de la procédure ne peuvent non plus être exclus. A l'inverse, l'exemple du Portugal où est en place un régime très favorable aux actions de groupe qui n'a provoqué ni multiplication des instances, ni fragilisation des entreprises ou des entités publiques, ni conséquences en termes d'assurance, peut tempérer ces craintes.

12. Le Conseil d'Etat, s'il partage l'analyse des auteurs de la proposition de loi selon laquelle le prétoire est aujourd'hui trop peu ouvert à l'action de groupe, appelle toutefois leur attention sur le fait que les associations habilitées à engager ce type d'action doivent répondre à un certain nombre d'exigences, notamment d'indépendance et de moyens, de nature à garantir la bonne fin de la procédure dans laquelle elles s'engagent. Il importe en effet qu'elles soient en capacité de rassembler les éléments de nature à prouver la responsabilité du défendeur dans la survenance du dommage invoqué, à documenter les dommages individuels, à négocier avec le professionnel déclaré responsable, à organiser l'indemnisation des victimes. Prenant acte de la volonté des auteurs du texte de faciliter très largement l'introduction d'actions de groupe, y compris par un nombre limité de victimes et, le cas échéant, dans des délais très rapides après la survenance du dommage, le Conseil d'Etat ne propose pas une révision de la liste des associations ayant qualité pour agir. Il prend note de l'intention des auteurs du texte d'introduire dans la proposition de loi des dispositions destinées à s'assurer, dans toute la mesure du possible, du sérieux, de la bonne foi et de l'indépendance des associations. Le Conseil d'Etat suggère par ailleurs qu'une évaluation de l'application de la loi soit conduite quatre ans après son entrée en vigueur.

Suppression de la mise en demeure et de l'action de groupe simplifiée en matière de consommation

13. La création d'un régime universel conduit à supprimer les spécificités procédurales de certains régimes sectoriels d'action de groupe. C'est ainsi que disparaît la procédure de mise en demeure préalable applicable en matière d'environnement, de discrimination et de protection des données, qui faisait obstacle à l'introduction de l'action de groupe avant un délai de quatre ou six mois après la mise en demeure. Cette suppression peut interroger alors que le législateur favorise depuis plusieurs années le développement des procédures amiables permettant de prévenir les contentieux. Elle permet néanmoins, comme le soulignent les auteurs de la proposition de loi, de réduire le délai global de l'action de groupe.

Est également supprimée la procédure d'action de groupe simplifiée, prévue par l'actuel article L. 423-10 du code de la consommation « *lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par*

référence à une période ou à une durée ». Cette procédure ne paraît pas avoir fait la démonstration de son utilité.

Informations fournies par les associations et syndicats ayant qualité pour agir

14. La proposition de loi comporte une disposition énonçant que les associations et syndicats ayant qualité pour agir peuvent faire connaître par voie de publicité l'action de groupe qu'ils ont intentée afin d'informer les personnes susceptibles d'être concernées.

Le Conseil d'Etat considère que cette disposition, dénuée de portée normative, n'a pas sa place dans la loi. Il souligne, au demeurant, que cette information par l'entité ayant qualité pour agir n'est envisagée qu'une fois que l'action de groupe est engagée alors qu'une telle information présente aussi un intérêt avant d'engager l'action.

Action du ministère public

15. La proposition de loi prévoit que le ministère public peut exercer une action en cessation du manquement en qualité de partie principale, c'est-à-dire comme demandeur agissant de sa propre initiative. Le Conseil d'Etat estime que cette disposition répond à un motif d'intérêt général.

Compétence du juge de la mise en état en matière de cessation du manquement

16. Les auteurs de la proposition de loi ont souhaité donner au juge de la mise en état la possibilité d'ordonner l'arrêt immédiat d'un manquement constaté dans la pratique d'un professionnel. Toutefois, la modification de la disposition du socle commun en résultant apparaît problématique à un double titre. En premier lieu, elle autorise le juge de la mise en état à prononcer non seulement des mesures provisoires, conformément à son office, mais également des mesures définitives fondées sur une appréciation du fond de l'affaire. En second lieu, la rédaction retenue pourrait être interprétée comme réservant au seul juge de la mise en état la compétence pour faire cesser le manquement. Le Conseil d'Etat recommande, en conséquence, de ne pas modifier le droit en vigueur sur ce point. L'article 789 du code de procédure civile, applicable à l'action de groupe en vertu de l'article 849-2 du même code, prévoit déjà que le juge de la mise en état peut ordonner toutes mesures provisoires, même conservatoires.

Création d'une « sanction civile pour faute lucrative »

17. En application de l'article 76 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, une amende civile d'un montant maximal de 50 000 euros peut être prononcée contre le demandeur ou le défendeur à l'instance lorsque celui-ci a, de manière dilatoire ou abusive, fait obstacle à la conclusion d'un accord sur le fondement du jugement retenant la responsabilité du défendeur. La proposition de loi supprime cette disposition car cette faculté est déjà ouverte au juge en vertu des pouvoirs qu'il tient du code de procédure civile.

18. Elle prévoit en revanche une disposition permettant au juge, à la demande de la victime ou du ministère public, de condamner par une décision spécialement motivée l'auteur du dommage au paiement d'une sanction civile *« lorsqu'il a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, ayant contribué en tout ou en partie au*

manquement constaté ». Le montant de la sanction doit être « *proportionné à la gravité de la faute, aux facultés contributives de l'auteur et au profit qu'il en a retiré. Si l'auteur de la faute est une personne physique, ce montant ne peut être supérieur au quintuple du profit réalisé. Si l'auteur de la faute est une personne morale, le montant ne peut excéder 5 % du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France lors d'un des trois exercices clos antérieurs à celui au cours duquel la faute a été commise* ». Le montant de cette sanction « *pour faute lucrative* » est affecté au Trésor public.

19. Inspirée du projet de réforme de la responsabilité civile publié par le garde des sceaux, ministre de la justice en mars 2017, elle est, selon les auteurs de la proposition de loi, destinée à assurer une sanction dissuasive de certains comportements professionnels fautifs. Dans leur rapport d'information, Mme Vichnievsky et M. Gosselin relèvent, à cet égard, qu'en cas de succès de l'action de groupe, le montant de la condamnation de l'entreprise pourra souvent être inférieur au profit retiré par l'entreprise du fait de la faible proportion des victimes lésées participant à l'action. Il s'agit ainsi « *de condamner le professionnel à verser au Trésor Public une somme ne se confondant ni avec les différents chefs de préjudice subis par les victimes, ni avec le profit retiré par lui du fait de sa pratique illicite, mais dont l'objet serait de le sanctionner pour son comportement et d'en empêcher la réitération* ».

20. Le Conseil d'Etat estime que l'introduction de cette sanction civile, qui ne s'assimile pas à des dommages et intérêts punitifs dès lors qu'elle n'est pas versée à la victime, constitue une innovation très substantielle en matière de procédure civile et de droit de la responsabilité civile et soulève plusieurs difficultés.

21. Il convient, d'abord, de noter que son champ n'est pas défini et qu'en l'état du texte, la sanction peut être demandée que l'action soit engagée en recherchant la responsabilité de l'auteur du dommage sur le terrain contractuel ou extracontractuel. Les auteurs de la proposition de loi envisagent toutefois de limiter le champ de la sanction au domaine extracontractuel, ce qui appellera une modification du texte.

22. Le Conseil d'Etat observe, ensuite, qu'insérée parmi les dispositions procédurales régissant l'action de groupe, la sanction civile créée par le texte apparaît comme un élément spécifique du régime juridique de l'action de groupe. Or, eu égard à son objet, un tel mécanisme n'est pas inhérent à l'action de groupe et pourrait tout aussi bien s'appliquer dans le cadre d'une procédure d'action collective, d'action conjointe, voire d'action individuelle. Dès lors, en faisant dépendre la faculté pour le juge de prononcer cette sanction du choix des victimes de former une action de groupe plutôt que d'emprunter une autre voie de réparation, la proposition de loi pourrait être regardée comme créant une différence de traitement injustifiée portant atteinte au principe d'égalité devant la justice. Le Conseil d'Etat prend acte de la volonté des auteurs de la proposition de loi de ne pas limiter la sanction civile à l'action de groupe et de réserver au ministère public la faculté d'en demander le prononcé.

23. Il constate, par ailleurs, que cette sanction s'analyse, au regard de la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle, comme une « *sanction ayant le caractère d'une punition* ». Elle doit, en conséquence, satisfaire à la triple exigence de nécessité, de proportionnalité et de légalité.

Les principes de nécessité et de proportionnalité soumettent à plusieurs conditions le cumul de sanctions ayant le caractère d'une punition en exigeant qu'en tout état de cause, le montant global de sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé des sanctions

encourues et que les poursuites soient différentes, soit parce que les sanctions ne tendent pas à réprimer les mêmes faits qualifiés de manière identique, soit parce qu'elles ne protègent pas les mêmes intérêts sociaux, soit parce qu'elles sont d'une nature différente au regard de leur sévérité comparée. Ces principes s'apprécient ainsi au regard des faits réprimés et du montant de l'amende. Or, le cumul de sanctions juridictionnelles pénales et civiles et de sanctions administratives que rend possible la proposition de loi conduit à envisager une variété de cas telle qu'il est délicat, en l'état des éléments dont dispose le Conseil d'Etat, de mesurer avec précision la proportionnalité de la sanction, rapportée à d'autres qui obéissent à des régimes différents et hétérogènes. Le cumul de sanction n'a jusqu'ici été envisagé que dans des domaines précis bien délimités (fiscalité, concurrence, traitement de données, par exemple) et non de manière générale et indéterminée. Il est pour ce motif permis de se demander s'il est réellement loisible au législateur d'envisager un tel cumul de principe sans méconnaître les principes régissant les peines.

En outre, si le cumul des sanctions est, comme déjà indiqué, possible sous certaines conditions, c'est uniquement jusqu'ici dans le cas d'un cumul circonscrit à une matière et combinant sanctions juridictionnelles et sanctions administratives. Le cumul de sanctions juridictionnelles à l'intérieur du même ordre pose en revanche de délicates questions procédurales d'articulation entre le juge pénal et le juge civil dans sa fonction répressive, qui paraissent mettre en cause les exigences conventionnelles tenant à l'accessibilité et à la prévisibilité du droit des sanctions comme des règles gouvernant le procès.

S'agissant du principe de légalité, qui impose de définir avec suffisamment de précision et de clarté les éléments constitutifs de la sanction, le Conseil d'Etat relève que le texte est rédigé en termes généraux et ne définit pas le manquement du professionnel à une obligation caractérisée, alors que de telles obligations peuvent être très variables en fonction de l'activité exercée et des textes qui la régissent.

24. Ainsi eu égard à la généralité des termes du manquement réprimé et à l'étendue du champ de la sanction civile, le Conseil d'Etat estime que la conformité du dispositif aux normes supérieures n'est pas assurée. C'est pourquoi il exprime de fortes réserves sur la création de cette sanction civile, d'autant qu'elle n'a pas été précédée d'une évaluation approfondie de ses effets et de ses conséquences dans chacun des domaines concernés et qu'elle ne prend pas place dans une réforme plus globale de la responsabilité civile ou dans une réflexion sur les modalités de répression des comportements fautifs des acteurs économiques, mais s'insère dans un texte de procédure et de manière incidente.

Homologation judiciaire d'un accord négocié dans le cadre d'une médiation

25. La proposition de loi prévoit que l'accord négocié dans le cadre d'une médiation par l'association ou le syndicat auteur de l'action de groupe est soumis pour homologation au juge. A la différence de l'article 76 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, elle ne précise pas que le juge doit s'assurer qu'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer.

La proposition de loi pourrait ainsi être interprétée, par comparaison avec le droit en vigueur, comme restreignant de manière injustifiée la mission du juge chargé de l'homologation alors que le contrôle du respect des intérêts des membres du groupe est prévu par la proposition de loi dans le cadre de la procédure collective de réparation des préjudices. En outre, l'article 11 de la directive du 25 novembre 2020 impose à la juridiction d'apprécier

s'il y a lieu de refuser l'homologation d'un accord compte tenu des droits et intérêts de toutes les parties, en particulier ceux des consommateurs concernés. Le Conseil d'Etat recommande, en conséquence, de reprendre la rédaction de la disposition en vigueur.

Mise à la charge de l'Etat des frais de procédure

26. La proposition de loi prévoit que le juge peut décider, si l'action intentée présente un caractère sérieux, que l'avance des frais afférents aux mesures d'instruction qu'il ordonne est prise en charge, en tout ou partie, par l'État. La proposition de loi ajoute qu'en cas de rejet de la demande dont il est saisi, le juge peut, par décision spécialement motivée, mettre les dépens, en tout ou partie, à la charge de l'État alors même que celui-ci n'est pas partie à l'instance.

Les dispositions relatives à la charge des dépens sont des règles, selon le cas, de procédure civile ou de procédure administrative contentieuse qui relèvent, en principe, de la compétence du pouvoir réglementaire. Toutefois, le Conseil d'Etat estime que relève de la compétence du législateur la mise à la charge de l'Etat des frais de procédure d'une action de groupe infructueuse dès lors que celle-ci conduit à faire peser sur lui une obligation qui incombe normalement aux parties à l'instance.

Le Conseil d'Etat relève que ces dispositions de la proposition de loi sont susceptibles d'assurer la mise en œuvre de l'obligation faite aux États membres par l'article 20 de la directive du 25 novembre 2020 de prendre des mesures visant à garantir que les frais de procédure liés aux actions représentatives n'empêchent pas les entités qualifiées d'exercer effectivement leur droit de demander cessation ou réparation des dommages, notamment par la limitation des frais de justice ou l'accès à l'aide juridictionnelle.

Création d'un registre national des actions de groupe

27. La proposition de loi entend confier au Conseil national des barreaux la tenue d'un registre public des actions de groupe en cours devant l'ensemble des juridictions. Le Conseil d'Etat estime qu'une telle attribution ne présente pas de lien direct avec les missions du Conseil national des barreaux et suggère que la tenue d'un tel registre soit confiée au ministère de la justice.

Spécialisation de tribunaux judiciaires pour connaître des actions de groupe

28. En vertu de l'article L. 211-9-2 du code de l'organisation judiciaire, tous les tribunaux judiciaires peuvent aujourd'hui connaître d'actions de groupe régies par le code de la consommation ou par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. La proposition de loi modifie cette disposition pour permettre de confier à des tribunaux judiciaires spécialement désignés la connaissance de l'ensemble des actions de groupe.

Le Conseil d'Etat estime qu'une telle spécialisation, qui s'inscrit dans l'objectif de bonne administration de la justice, vise à renforcer l'efficacité du traitement des actions de groupe qui se caractérisent par leurs spécificités procédurales.

Toutefois, il considère que, dès lors qu'il ne s'agit plus de préciser une compétence commune à tous les tribunaux judiciaires mais de déterminer la compétence particulière de

certaines tribunaux judiciaires, cette disposition devrait davantage trouver sa place à l'article L. 211-15 ou à l'article L. 211-17 du code de l'organisation judiciaire. L'article L. 211-9-2 du même code devrait, par voie de conséquence, être abrogé.

Par ailleurs, à la différence de toutes celles prévues par le code de l'organisation judiciaire, la spécialisation envisagée n'est pas fondée sur la matière concernée mais sur la procédure mise en œuvre. Dès lors, il est concevable qu'une même action de groupe relève d'une juridiction spécialisée en raison de son domaine (par exemple, pour connaître d'une action en responsabilité civile prévue par le code de l'environnement en vertu de l'article L. 211-20 du code de l'organisation judiciaire) et d'une autre juridiction spécialisée en raison de la procédure mise en œuvre. La rédaction du texte, qui en l'état laisse ouverte cette option, doit être revue pour éviter de telles compétences spécialisées concurrentes et pourrait être ainsi formulée : « *Des tribunaux judiciaires spécialement désignés connaissent des actions de groupe engagées en toutes matières sur le fondement de la loi n° XXX du XXX relative au régime juridique des actions de groupe* ». Cette disposition pourrait être complétée si le législateur souhaite également, ce qui ne semble pas exclu, qu'un tribunal spécialement désigné connaisse de toutes les actions de groupe dans une matière déterminée, eu égard à la technicité de cette matière. Quel que soit le choix qui sera en définitive opéré, le Conseil d'Etat rappelle que, s'agissant de fixer les compétences d'une juridiction, la rédaction du texte doit être claire et précise.

Enfin, le Conseil d'Etat relève que la création d'un régime universel d'action de groupe dont le contentieux est entièrement confié au tribunal judiciaire sous réserve de l'action de groupe régie par le code de justice administrative, si elle est de nature à accroître le champ des dérogations à la compétence confiée par le législateur aux conseils de prud'hommes et aux tribunaux de commerce, ne méconnaît aucun principe constitutionnel.

L'action de groupe devant les juridictions administratives

29. L'article L. 77-10-6 du code de justice administrative, dans sa rédaction en vigueur, dispose que lorsque l'action de groupe tend à la cessation d'un manquement, le juge administratif enjoint au défendeur de cesser ou de faire cesser ce manquement et de prendre, dans le délai qu'il fixe, toutes les mesures utiles à cette fin et peut assortir sa décision d'une astreinte. La proposition de loi crée un second alinéa qui prévoit que l'injonction et les mesures qui l'assortissent peuvent être prises par le juge des référés.

Le Conseil d'Etat émet des réserves sur cette disposition nouvelle. En effet, elle vise de manière indifférenciée « *le juge des référés* » alors que le code de justice administrative prévoit différentes procédures de référé dont les finalités et les conditions de mise en œuvre sont distinctes et, pour certaines, plus exigeantes que celles prévues par la proposition de loi. Ainsi, la portée de cette disposition nouvelle se révèle particulièrement incertaine et est susceptible de soulever d'importantes difficultés d'application. En outre, elle ne paraît pas nécessaire dès lors que les mesures dont il s'agit peuvent déjà être prises par le juge du fond dans des délais adaptés à l'objet d'une action en cessation d'un manquement.

Le Conseil d'Etat propose en conséquence de ne pas retenir cette disposition. Par ailleurs, la création d'une procédure de référé spécifique à l'action de groupe en cessation de manquement serait non seulement inutile, pour les raisons déjà évoquées, mais elle serait aussi de nature à complexifier le paysage procédural existant.

IV. Transposition de la directive (UE) 2020/1828 du 25 novembre 2020

30. Les États membres avaient jusqu'au 25 décembre 2022 pour adopter les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs. Ces dispositions entreront en application à compter du 25 juin 2023. Si la proposition de loi n'a pas pour objet de transposer la directive du 25 novembre 2020, le Conseil d'Etat recommande de réaliser cette transposition dans le cadre de la proposition de loi.

31. La directive impose notamment de prévoir, en droit interne, une procédure d'agrément d'« entités qualifiées » pour exercer des actions de groupe transfrontières au regard de six critères énoncés à son article 4.3, la reconnaissance de la qualité pour agir des entités qualifiées reconnues par les autres États membres de l'Union européenne ainsi que la possibilité de contestation de cette qualité pour agir devant le juge afin de prévenir les conflits d'intérêts. Le Conseil d'État prend acte de la volonté des auteurs de la proposition de loi d'y intégrer les dispositions de transposition correspondantes dans le respect du champ d'application de la directive afin de permettre à des associations agréées en France d'engager des actions de groupe dans un autre pays de l'Union et à des associations agréées dans un autre pays de l'Union d'intenter des actions de groupe en France, dans le champ de la directive, c'est-à-dire en raison d'infractions commises par des professionnels aux dispositions du droit de l'Union visées à l'annexe 1 de la directive.

La directive énonce, par ailleurs, diverses exigences procédurales ayant vocation à s'appliquer aux actions de groupe engagées dans son champ d'application matériel. Dès lors que ce champ d'application est plus limité que celui de la proposition de loi, deux options paraissent envisageables : soit le maintien d'un régime unique, soit deux régimes distincts selon que l'action de groupe entre ou non dans le champ de la directive. Dans le premier cas, il conviendrait d'appliquer au régime universel les exigences procédurales prévues par la directive, au demeurant peu nombreuses et qui semblent conformes aux objectifs poursuivis par les auteurs de la proposition de loi. Bien que la surtransposition des directives doive, en règle générale, être évitée, le Conseil d'État recommande de retenir cette option.

32. Aussi le Conseil d'Etat suggère de préciser, compléter ou modifier le texte sur les points suivants :

- l'instauration d'un contrôle des situations de conflits d'intérêts dans lesquelles l'association ou l'entité peut se trouver, en donnant compétence au juge pour déclarer l'action irrecevable si se trouvent constituées de telles situations (si la proposition de loi n'interdit pas le financement de l'action de groupe par un tiers, ce qu'elle pourrait choisir de faire) ;
- l'absence d'obligation de présenter des cas individuels lorsque l'action de groupe engagée tend à la cessation du manquement et la suspension des prescriptions des actions individuelles en réparation, non seulement en cas d'action de groupe en réparation, mais également en cas d'action en cessation du manquement ;
- des règles garantissant que les personnes ayant qualité pour agir fournissent des informations, notamment sur leur site internet, concernant les actions de groupe qu'elles ont décidé d'intenter, l'état d'avancement ainsi que les résultats de ces actions.

V. Application outre-mer

33. Il conviendrait que la proposition de loi fixe ses modalités d'application outre-mer. En effet, si la procédure civile n'est plus de la compétence de l'Etat en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, tel est, en revanche, le cas s'agissant de Wallis-et-Futuna. Dès lors, une mention expresse d'applicabilité à Wallis-et-Futuna des dispositions relatives à l'action de groupe paraît nécessaire, comme cela a été prévu pour la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice. Les dispositions relatives à l'organisation judiciaire doivent également être étendues à Wallis-et-Futuna.

S'agissant de la procédure administrative contentieuse, les dispositions qui la modifient sont applicables en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie et à Wallis-et-Futuna sans mention expresse d'applicabilité.

Le Conseil d'Etat souligne que les dispositions relatives à la sanction civile pour faute lucrative, si elles devaient être retenues, ne pourraient s'appliquer ni en Polynésie française, ni en Nouvelle-Calédonie. En effet, ces deux collectivités sont compétentes en droit civil, matière à laquelle il y a lieu de rattacher la sanction civile pour faute lucrative. En revanche, il y aurait lieu de prévoir une mention d'applicabilité à Wallis-et-Futuna.

Cet avis a été délibéré et adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du jeudi 9 février 2023.