

F Action collective A2
MH/SL/JP
771-2017

Bruxelles, le 11 octobre 2017

AVIS

sur

**UNE MODIFICATION DU CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE :
RÈGLES DE PROTECTION B2B - ACTION EN RÉPARATION COLLECTIVE**

(approuvé par le Bureau le 19 septembre 2017,
entériné par l'Assemblée plénière du Conseil Supérieur le 11 octobre 2017)

Le 2 août 2017, en période de transition pour le Ministre des Classes moyennes entre MM. Willy Borsus et Daniel Ducarme, la direction générale Politique des PME du SPF Economie a demandé l'avis du Conseil Supérieur des Indépendants et des PME sur une modification envisagée du Code de droit économique, à savoir règles de protection B2B : Action en réparation collective par le biais d'un questionnaire.

Après avoir réuni le 30 août 2017 la Commission Politique générale PME, le Bureau du Conseil Supérieur a émis le 19 septembre 2017 l'avis suivant entériné par l'Assemblée plénière du Conseil Supérieur le 11 octobre 2017.

CONTEXTE

En 2014, l'action en réparation collective a été introduite en faveur des consommateurs (Livre XVII, Titre II, du Code de droit économique). Ce type d'action déroge au droit commun en matière de réparation, et l'un des critères de recevabilité d'une telle action est celui de son efficacité par rapport à une action sur la base du droit commun. A l'époque, le champ d'application a été volontairement limité aux litiges de consommation, tout en prévoyant une évaluation sur la base de l'expérience acquise en 2017 afin d'examiner l'opportunité d'un élargissement de la formule. Une telle évaluation n'a pas encore eu lieu.

Aujourd'hui, certains membres du gouvernement fédéral s'interrogent sur l'opportunité d'étendre le champ d'application de l'action en réparation collective, avec une attention particulière pour les PME.

Le Conseil Supérieur s'intéresse depuis de nombreuses années à la problématique et avait, dans de précédents avis, demandé à être associé aux travaux futurs.

POINTS DE VUE

Tout d'abord, le Conseil Supérieur ne peut que se réjouir de la volonté des autorités belges d'introduire le bénéfice de l'action en réparation collective dans le chef des indépendants et des PME, ce dont il est partisan depuis de nombreuses années.

A. Questions d'ordre général

A1 Avez-vous connaissance de cas concrets pour lesquels l'action collective aurait pu être utile dans le chef des PME ?

Le Conseil Supérieur rapporte les cas suivants:

- Fipronil;
- Dioxine;
- Proximedia (spots pour promotion de l'entreprise);
- Keyware (terminaux de paiement);
- Wordline (terminaux de paiement);
- Brigitte Ravel (chaussures et maroquinerie);
- Démarcheurs publicitaires;
- Restructuration du groupe ING – situation des agences Record Bank.

A2. Avez-vous des exemples de situations qui pourraient donner lieu à ce type d'action dans le chef des PME ?

Le Conseil Supérieur réfère aux exemples suivants :

- Non-intervention d'un fournisseur ou d'un fabricant en cas de problèmes de garantie, tandis que la PME doit bien intervenir vis-à-vis du client ;
- Des pratiques déloyales de la part d'entreprises véreuses ;
- Des calamités (naturelles) ;
- Des pannes dans certains services indispensables au bon fonctionnement d'une PME.

A3. Dans l'hypothèse d'une extension de l'action en réparation collective aux PME, pensez-vous qu'il faudrait limiter l'utilisation au seul système de l'opt-in (qui implique que les personnes qui veulent bénéficier de l'action doivent se faire connaître) ? Ou faudrait-il également prévoir l'utilisation du système de l'opt-out ?

Comme déjà indiqué dans ses précédents avis¹, le Conseil Supérieur préconise le système de l'"opt-in"(option d'inclusion), qui implique que les victimes souhaitant bénéficier de la procédure collective devront se faire connaître et effectuer une démarche active en ce sens. Il estime que ce choix sera le mieux garant de l'équilibre entre les droits et obligations des parties. En effet, en cas d'"opt-out"(option d'exclusion), la décision rendue liera toutes les victimes d'un préjudice similaire sauf si elles ont exprimé la volonté de ne pas s'associer à la procédure. Cette technique implique un risque que des personnes soient liées par une décision alors qu'elles l'ignorent. D'autre part, outre l'implication des demandeurs, un autre avantage du choix du système de l'"opt-in" est l'identification des victimes en amont ce qui permet de quantifier le préjudice et de s'assurer, avant l'aboutissement de tout le processus, que l'entreprise incriminée possède les liquidités suffisantes pour indemniser les victimes si elle venait à être déclarée en défaut.

De plus, la Commission européenne dans sa recommandation du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union préconise d'utiliser le système de l'"opt-in". La Commission mentionne au point 21 qu'" il convient que la partie demanderesse se constitue en tant que telle sur la base du consentement exprès des personnes physiques ou morales qui prétendent avoir subi un préjudice ("opt-in"). Toute exception à ce principe, édictée par la loi ou ordonnée par une juridiction, devrait être dûment justifiée par des motifs tenant à la bonne administration de la justice".

Le Conseil Supérieur précise que ce choix vaut pour tous les bénéficiaires d'une action en réparation collective, c'est-à-dire que l'opt-in doit être appliqué tant pour les consommateurs que pour les indépendants et les PME.

¹ Avis du 17 décembre 2009 sur un projet de loi relative aux procédures en réparation collective.
Avis du 26 mai 2011 sur une consultation de la Commission européenne relative à une approche européenne cohérente en matière de recours collectif.
Avis du 27 mars 2014 sur un projet de loi portant insertion d'un Titre 2 " De l'action en réparation collective " au Livre XVII " procédures juridictionnelles particulières " du Code de droit économique.
Avis du 4 octobre 2016 sur l'évaluation de la législation relative à l'action collective.

B. Questions relatives au champ d'application rationae personae

B1. Dans sa recommandation du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres, la Commission précise que tant les personnes physiques que morales doivent pouvoir bénéficier d'une action en réparation collective (point 3). Dans l'hypothèse d'une extension aux PME, quels seraient selon vous les critères objectifs qui pourraient justifier qu'une telle action ne soit pas également accordée aux grandes entreprises ?

Selon le Conseil Supérieur, la situation des indépendants et des PME à l'égard des grandes entreprises est similaire à celle des consommateurs.

Ainsi, les raisons avancées dans l'exposé des motifs du 17 janvier 2014 sur un projet de loi portant insertion d'un titre 2 " De l'action en réparation collective " au Livre XVII " Procédures juridictionnelles particulières " du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XVII dans le Livre I du Code de droit économique pour justifier l'action collective en faveur du consommateur sont également applicables pour les indépendants et les PME.

Le législateur estimait qu'il existe en pratique de sérieux obstacles à l'action en justice individuelle du consommateur. Les principaux étant le manque de connaissance des droits et des moyens de recours et les coûts inhérents à une procédure judiciaire². Or, le Conseil Supérieur tient à souligner que les arguments avancés pour justifier le développement d'une telle procédure en faveur des consommateurs valent également dans le chef des indépendants et des PME.

En effet, les indépendants et les PME se trouvent également en position de faiblesse par rapport aux grandes entreprises avec lesquelles ils doivent traiter.

La Commission européenne l'a également bien compris. Ainsi dans sa consultation relative à une approche cohérente en matière de recours collectif menée en 2011, elle envisage que les PME (surtout les micro entreprises) sont fréquemment dans une situation équivalente à celles des consommateurs. Les PME sont en effet en position de faiblesse par rapport aux grandes entreprises avec lesquelles elles doivent traiter. Leur survie peut être dépendante du bon vouloir de ces entreprises qui représentent un important pourcentage de leur chiffre d'affaire. Ainsi, les contrats constituent plus souvent des contrats d'adhésion que des contrats ayant fait l'objet d'une réelle négociation bilatérale.

Cependant, le Conseil Supérieur tient à signaler que même si la possibilité d'agir leur est octroyée, les PME risquent de ne pouvoir réellement en faire usage car une clause contractuelle leur faisant promettre de ne pas utiliser ce système pourrait leur être imposée par leur interlocuteur. Il ne faut en effet pas perdre de vue que les PME ne bénéficient pas des mêmes protections de leurs droits que les consommateurs.

Le Conseil Supérieur demande donc que le législateur soit attentif à cet écueil et y pallie lors de l'introduction du bénéfice de l'action en réparation collective dans le chef des indépendants et des PME.

De plus, les indépendants et les PME ne disposent pas des moyens financiers et humains nécessaires à mobiliser lorsqu'ils sont victimes d'un préjudice mais également lorsqu'ils sont cités en justice.

² Exposé des motifs du 17 janvier 2014 sur un projet de loi portant insertion d'un titre 2 " De l'action en réparation collective " au Livre XVII " Procédures juridictionnelles particulières " du Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XVII dans le Livre I du Code de droit économique, p.5 (Chambre DOC 53 3300/001).

B2. Quelle serait, dans ce cas, la définition qui devrait être donnée à la grande entreprise afin de l'exclure du champ d'application de la loi ?

Les entités pouvant être en position de faiblesse telle que décrite au point B1, sont des entités de taille réduite. Selon le Conseil Supérieur, les entreprises pouvant bénéficier de l'action en réparation collective sont des PME selon l'acceptation belge et non européenne.

On peut prendre comme définition l'article 15 du Code des sociétés. S'il s'avère préférable de se projeter au niveau européen, il devra s'agir des petites et micro entreprises telles que décrites dans la Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises.

B3. Faudrait-il, selon vous, étendre l'action en réparation collective uniquement à la PME " consommatrice " (par exemple, l'entrepreneur plombier qui est propriétaire d'un véhicule et qui serait en litige avec son vendeur de voiture VW) ou également à la PME " commerçante " (par exemple, en cas de carence de certains matériels livrés pour l'exercice professionnel par un partenaire commercial) ?

Le Conseil Supérieur est d'avis que les PME ont besoin de protection à l'égard des acteurs en position de force leur ayant causé un préjudice. Selon le Conseil, les pratiques de cette ampleur dont seraient victimes les PME mettent à mal leur pérennité et c'est cette continuité qui doit être protégée. Ainsi, le Conseil ne procéderait à aucune distinction de ce type. Il estime également que l'introduction du bénéfice de l'action en réparation collective pour les PME serait partiellement vidé de sa substance si la distinction proposée devait être opérée par le législateur et ce pour deux raisons. Tout d'abord, le critère d'efficience (condition de l'action en réparation collective) risquerait de ne plus être facilement rencontré si l'on doit au préalable examiner en quelle qualité la PME victime du dommage exerçait dans la situation donnant potentiellement droit à l'ouverture d'une action en réparation collective. Ensuite, les exemples cités aux questions A1 et A2 qui traitent de l'utilité de l'action en réparation collective dans le chef des PME appartiennent à la sphère professionnelle des PME.

C. Question relative au champ d'application razione materiae

C1. Dans l'hypothèse d'une extension aux PME, quelles seraient les législations garantissant les " droits des entreprises " qui ne figurent pas actuellement dans l'article XVII.37 du Code de droit économique et qui devraient y être ajoutées ?

Le Conseil Supérieur demande que la liste figurant à l'article XVII.37 du Code de droit économique devrait être étendue afin d'inclure le Livre X du Code de droit économique traitant de relations où l'une des parties est souvent en position de faiblesse. Il s'agit en effet du contrat d'agence commerciale, des accords de partenariat commercial (franchise) et des concessions de vente exclusive.

La loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises pourrait également être ajoutée à la liste.

Quoiqu'il en soit, le Conseil Supérieur estime que les litiges traitant de la responsabilité extracontractuelle ne doivent pas être susceptibles d'action en réparation collective.

D. Questions relatives au " représentant du groupe "

D1. Quelles sont selon vous les conditions auxquelles devrait répondre l'organisation qui représente les PME ?

Le Conseil Supérieur propose que les organisations professionnelles et interprofessionnelles agréées selon la loi du 24 avril 2014 relative à l'organisation de la représentation de indépendants et des PME, puissent agir en qualité de représentant du groupe. En effet, l'agrément n'est accordée par le Ministre des Classes moyennes que si elles remplissent les garanties de représentativité et de durabilité requises pour l'introduction d'une action en réparation collective. Ceci correspond à l'esprit de la loi régissant l'action en réparation collective.

L'avantage est également qu'il s'agit d'un système existant qui fonctionne et cela évite de devoir encore créer un régime spécifique avec les aléas et les coûts y afférents.

La solution proposée par le Conseil Supérieur rencontre aussi les principes énoncés par la Commission européenne dans sa recommandation du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union. Elle énonce aux points 4 et 6 que les entités représentatives doivent répondre à certaines exigences minimales, notamment une capacité suffisante sur le plan des ressources financières, des ressources humaines et de l'expertise juridique.

D2. Faut-il selon vous limiter le rôle de représentant du groupe aux organisations interprofessionnelles ou est-ce que les organisations professionnelles devraient également pouvoir jouer ce rôle ?

Le Conseil Supérieur est d'avis que tant les organisations professionnelles qu'interprofessionnelles doivent pouvoir introduire ce type d'action. Des problématiques spécifiques à une profession peuvent naître et il est important que les organisations agréées représentant leurs intérêts et les mieux à même de comprendre le problème d'espèce puissent pleinement jouer leur rôle.

A titre d'illustration, le Conseil Supérieur réfère aux exemples mentionnés au point A1 dont le souci rencontré par les agents Record Bank avec ING constitue un bon exemple de problème sectoriel qu'il est préférable de traiter avec les personnes disposant de l'expertise dans le domaine concerné.

D3. Avez-vous une idée (par exemple, en vous basant sur votre expérience en matière d'action en cessation) de la charge de travail que représente l'intervention dans le cadre d'une action pour l'organisation qui représente les PME ?

Les organisations professionnelles exécutent déjà ce type de défense pour leurs affiliés. En l'absence de la possibilité pour les indépendants et les PME d'exercer un recours collectif, ces organisations montent des dossiers au cas par cas. Elles sont donc bien conscientes de la charge de travail constituée par ce type de dossier. L'exercice dans ces cas d'une seule action en réparation collective lors de laquelle tous les préjudiciés sont représentés pourra contribuer à alléger la charge de travail supportée par l'organisation pour la défense de ses affiliés.

D4. Selon l'esprit de l'action en réparation collective, l'organisation qui représente le groupe doit agir de manière altruiste dans le cadre d'une action en réparation collective. Par conséquent, le Code de droit économique ne prévoit pas les modalités d'indemnisation ou de rémunération dudit représentant. Par ailleurs, le représentant du groupe peut être amené à représenter des personnes lésées qui ne sont pas membres de l'organisation qui représente le groupe. Est-ce que ces deux aspects de l'action en réparation collective ne risquent pas de poser un problème dans le chef des organisations qui représenteront les personnes lésées ?

Le principe selon lequel le représentant ne peut s'enrichir en agissant en tant que représentant dans le cadre d'une action en réparation collective est bien connu et permet d'éviter les dérives de la " Class Action " à l'américaine.

Le critère d'efficience et l'essence d'une action en réparation collective impliquent que toutes les victimes du même préjudice peuvent être (ou sont) parties à la cause.

A l'occasion de la présente question, le Conseil Supérieur rappelle qu'il est partisan du système de l'opt-in. En effet, outre les arguments énoncés au point A3, ce mécanisme permet à l'organisation d'agir en connaissance de cause et de savoir qui elle représente. On peut également raisonnablement s'attendre à une démarche active de la part de professionnels.
