

**Etude du Groupe de Travail « Actions de groupe »
de la Commission RC au sein du Comité Non Vie de l'APREF, sur le sujet :**

**LES ACTIONS DE GROUPE ISSUES DE LA LOI N°2016-1547
DU 18 NOVEMBRE 2016 DE MODERNISATION DE LA JUSTICE
DU XXIEME SIECLE ;**

**CADRE GENERAL, BILAN & PERSPECTIVES
EN REASSURANCE**

Résumé (Executive Summary)

L'action de groupe (ou « *class action* » aux Etats-Unis où ce dispositif est né dans les années 50) consiste schématiquement en une procédure collective qui permet de fusionner dans un procès unique un grand nombre d'actions individuelles.

Inspirés plus ou moins fortement du modèle américain, certains Etats membres de l'Union Européenne ont également souhaité mettre en place des mécanismes de recours collectif pour garantir à leurs justiciables un accès effectif à la justice. Le 11 juin 2013, la Commission européenne a émis quant à elle une recommandation invitant les Etats membres à se doter d'un système national de recours collectif laquelle exposait une série de principes communs non contraignants de sorte à assurer une approche homogène des recours collectifs dans l'Union sans toutefois harmoniser les mécanismes nationaux, et venait compléter une proposition de directive régissant les actions en dommages et intérêts pour infractions au droit de la concurrence.

L'action de groupe a été introduite en France par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi Hamon), pour permettre à des associations de défense de consommateurs d'agir en justice afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par un groupe de consommateurs en raison du même manquement d'un professionnel, à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ou résultant de ses pratiques anticoncurrentielles.

Le mécanisme a par la suite été étendu aux litiges relatifs aux produits de santé par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, permettant ainsi à des associations d'usagers du système de santé d'agir en justice afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels patrimoniaux et extra-patrimoniaux résultant de dommages corporels subis par un groupe d'usagers en raison d'un même manquement à une obligation légale ou contractuelle d'un producteur, d'un fournisseur de produits de santé, ou encore d'un prestataire de soins utilisant de tels produits.

C'est dans ce contexte que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle (dite loi Justice 21) est venue, d'une part étendre le dispositif à de nouveaux domaines : environnement, discrimination dans et hors relations du travail et protection des données personnelles ; et d'autre part créer un cadre procédural commun aux actions de groupe en matière judiciaire et administrative (cadre toutefois non applicable aux actions de groupe consommation qui restent régies par la seule loi Hamon).

Ce cadre légal commun repose sur le principe de l'opt-in en vertu duquel les victimes souhaitant s'associer à l'action de groupe doivent manifester leur volonté d'intégrer le groupe. Il se caractérise également par une procédure en 3 temps: une phase préalable de mise en demeure de cesser ou faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis, un jugement déclaratoire de responsabilité et une procédure collective ou individuelle pour la mise en œuvre du jugement.

S'il s'inspire largement des actions de groupe déjà mises en œuvre en matière de litiges de consommation et de produits de santé, il présente aussi deux originalités : d'une part la nécessité d'une mise en demeure préalable du responsable sous peine d'irrecevabilité de l'action, et d'autre part le recours possible à une procédure collective également pour la liquidation des préjudices (sauf en cas de discrimination dans les relations du travail) par laquelle le juge habilite l'association à solliciter la réparation des dommages individuels auprès du responsable et à négocier avec lui le montant de l'indemnisation, ce dans les limites fixées par le jugement sur les responsabilités.

Les 4 actions de groupe introduites par la loi Justice 21 peuvent tendre soit à la cessation du manquement, soit à la réparation des préjudices individuels subis, soit à ces 2 fins. Dès lors, il y a lieu de s'interroger afin de savoir dans quelle mesure ces nouveaux moyens d'accès à la justice sont susceptibles de modifier l'équilibre des traités de réassurance de responsabilité civile existants.

En premier lieu, la loi du 18 novembre 2016 ne crée pas de nouveaux risques de responsabilité civile mais vise simplement à créer un nouveau moyen de recours collectif en permettant de grouper dans un seul procès plusieurs actions individuelles. La loi n'impose pas l'adhésion au groupe défini par le juge et dès lors laisse subsister la possibilité d'actions individuelles de la part de victimes répondant pourtant aux critères de rattachement au groupe mais faisant le choix de ne pas adhérer ou n'ayant pas respecté les délais pour le faire. Et, même en cas d'adhésion, la loi n'interdit pas aux victimes d'agir selon les voies de droit commun pour obtenir la réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par le jugement sur les responsabilités.

On peut penser que cette loi aura tendance, du moins en théorie, à faciliter au travers d'associations dédiées l'exercice groupé d'actions en responsabilité visant à l'obtention d'indemnisations individuelles, et ainsi à permettre que soient plus souvent mobilisées les garanties offertes par les assureurs dans les polices de responsabilité, y compris celles transférées aux réassureurs.

Il est également possible de prévoir quelques autres impacts, tous inflationnistes du point de vue du transfert en assurance et en réassurance : notamment plus grande mobilisation des garanties de protection de l'image et de gestion de crise incluses dans les assurances de responsabilité civile (RC Générale, RC Professionnelle, ou RC Produits) ; augmentation des frais de défense ; augmentation des plafonds de garantie au regard de la possible coexistence d'une action de groupe et de plusieurs actions individuelles visant toutes le même manquement (question directement liée à celle de la définition contractuelle du sinistre individuel et de l'agrégation des sinistres individuels dans le cas d'une action de groupe).

Au-delà de la théorie, il est intéressant de se pencher sur la pratique. Et force est de constater que depuis leur introduction en 2014, les actions de groupe consommation n'ont pas eu le succès escompté, essentiellement en raison de la longueur et la complexité du dispositif et du coût induit à la charge d'associations à but non lucratif. Seules 12 actions de groupe consommation ont été engagées depuis 2014 : 7 actions sont encore au stade de la première phase de la procédure¹, 3 actions ont été jugées irrecevables² et 2 actions ont fait l'objet d'une transaction³.

¹ Actions de CLCV : d'octobre 2014 contre Axa et Agipi pour non-respect d'un taux garanti sur une assurance-vie, de décembre 2015 contre BMW Motorrad pour insuffisance de dédommagement suite à un rappel de motos, et de novembre 2016 contre BNP Paribas pour information trompeuse sur des crédits immobiliers en francs suisses ; Actions de Familles rurales : de mai 2015 contre SFR pour information trompeuse sur la couverture 4G, et d'août 2015 contre Manoir de Ker an Poul pour illicéité du contrat de location de parcelles pour mobil-homes ; Action de CNL de février 2018 contre XL Habitat pour facturation de charges indues à des locataires ; Action de UFC Que Choisir de mars 2018 contre Natixis pour information trompeuse sur un produit financier.

² Actions de UFC Que Choisir: d'octobre 2014 contre Foncia pour facturation de charges indues à des locataires, et de septembre 2016 contre BNP Paribas pour information trompeuse sur un produit financier ; Action de CNL de janvier 2015 contre Immobilière 3F pour utilisation d'une clause abusive dans des contrats de bail.

³ Accord amiable de mai 2015 suite à l'action d'octobre 2014 de SLC-CSF contre Paris Habitat pour facturation de charges indues à des locataires ; Accord amiable de mai 2017, avant le lancement de l'action de UFC Que Choisir contre Free pour mauvaise qualité des services mobiles 3G.

A cet égard, une interprétation limitative du champ d'application de l'action de groupe consommation a été adoptée par les juridictions, la cour d'appel de Paris ayant notamment jugé que l'action de groupe consommation ne peut pas s'appliquer à un contrat de bail d'habitation. De même, les associations et les professionnels multiplient les incidents relevant de la compétence du juge de la mise en état, ce qui illustre la complexité des mécanismes procéduraux. Le retentissement médiatique recherché par les associations et la crainte des entreprises d'une exposition médiatique prolongée peuvent inciter à une résolution transactionnelle du conflit, ce qui explique par ailleurs que les procédures liées aux actions de groupe ne sont pas toujours menées jusqu'à leur terme.

De même, dans le domaine de la santé, la procédure apparaît longue et complexe. Elle soulève notamment des difficultés d'imputabilité : l'expert doit déterminer plusieurs années après les faits si un préjudice corporel est directement imputable à un produit⁴.

Les contraintes de l'action de groupe ont ainsi favorisé l'émergence de solutions alternatives telles que les *actions collectives conjointes* menées par des avocats permettant de regrouper plusieurs réclamations individuelles similaires sans qu'il soit besoin pour les consommateurs de passer par une association⁵.

Ce bilan en demi-teinte de la *class action* à la française s'inscrit dans une mouvance européenne. Il ressort du rapport de la Commission européenne du 25 janvier 2018 sur la mise en œuvre de la recommandation 2013/396/UE que le risque global d'une inflation des *class actions* en Europe ne s'est pas concrétisé dans la mesure où l'efficacité des mécanismes de recours collectifs institués par les États membres est largement remise en cause.

Dès lors, des *class actions* à l'européenne pourraient-elles émerger ? La Commission européenne a présenté le 11 avril 2018 ses propositions législatives pour une « nouvelle donne pour les consommateurs » visant notamment à remplacer l'actuelle directive 2009/22/CE du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation et à renforcer la protection des consommateurs. Dans ce cadre, une proposition de directive tend à imposer à l'ensemble des États membres de se doter d'un mécanisme d'action collective en indemnisation se rapprochant de celui de l'action de groupe en autorisant des entités qualifiées à but non lucratif, telles que des organisations de défense de consommateurs, à défendre les intérêts collectifs des consommateurs dans des situations de préjudice de masse. La proposition si elle est retenue permettra à ces entités d'intenter des *actions représentatives* en vue d'obtenir différents types de mesures visant par exemple à faire cesser la pratique d'un professionnel si celle-ci constitue une infraction au droit de l'Union ou à indemniser les préjudices subis. La proposition élargit en outre considérablement le champ d'application actuel. La possibilité de recours collectifs concernerait en effet les domaines relatifs à la protection des données, aux voyages et au tourisme, aux services financiers, à la santé, à l'énergie, aux télécommunications et à l'environnement. Les consommateurs pourraient aussi, via des entités qualifiées représentant des consommateurs de différents États membres, intenter des actions représentatives uniques dans tous les États membres de l'Union contre des entreprises exerçant des activités transfrontalières.

Le passé ne préjuge pas de l'avenir, et les commentaires annonçant la possibilité -au moins théorique- d'un accroissement du contentieux par la voie des recours collectifs français actuels et d'une inflation des enjeux financiers liés, demeurent. Ces effets pourraient même être renforcés en cas de transposition des dernières propositions d'origine européenne. Assureurs et réassureurs devront ainsi veiller à toujours bien prendre la mesure des évolutions réglementaires pour adapter leurs couvertures en conséquence.

* * *

⁴ Action de l'APESAC du 13/12/16 contre le laboratoire SANOFI pour des malformations chez des enfants exposés in utero au valporate (Dépakine) ; Action de RESIST du 24/03/18 contre le laboratoire BAYER pour des effets secondaires d'implants contraceptifs.

⁵ Action collective conjointe lancée devant le TGI de Lyon le 24/10/17 par un avocat représentant les victimes, à l'encontre du laboratoire MERCK pour des effets secondaires imputables à la nouvelle formule du Levothyrox.

Synthèse de l'étude du GT Actions de groupe de la Commission RC de l'APREF sur le sujet :

LES ACTIONS DE GROUPE ISSUES DE LA LOI N°2016-1547 DU 18 NOVEMBRE 2016 DITE LOI DE MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXIème SIECLE

Remarque Préliminaire

La présente note vient en complément des notes et études précédemment publiées par l'APREF portant sur les actions de groupe mises en œuvre en droit français, avant la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, respectivement en mars 2014 en matière de litiges de consommation et en janvier 2016 en matière de produits de santé, à savoir :

- L'introduction des actions de groupe dans les droits français et européen (note initiale du 01/08/2013, et refonte du 08/07/2014) ;
- Actions de groupe et Santé (note du 08/07/2015).

INTRODUCTION

L'action de groupe a été introduite, en droit français, par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite loi Hamon), étant précisé que cette action était limitée à la réparation des préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels subis par des consommateurs. La loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a étendu l'action à la réparation des préjudices corporels (incluant les préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux) résultant de produits de santé. Quelques mois plus tard, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (dite loi Justice 21) a étendu l'action de groupe aux domaines de l'environnement, de la protection des données à caractère personnel, de la discrimination et de la discrimination dans les relations du travail. Cette dernière loi a mis en place un cadre légal commun aux actions de groupe en matière judiciaire et administrative. Ce cadre commun ne concerne toutefois que les principes d'organisation et de déroulement de la procédure. En effet, le droit français ne reconnaît pas une « action de groupe de droit commun » dont pourrait bénéficier toute victime, quelle que soit la nature de son dommage. De plus, les dispositions de la loi du 18 novembre 2016 ne sont pas applicables à l'action de groupe consommation qui reste régie par les dispositions du Code de la Consommation telles qu'introduites par la loi Hamon.

Le décret n°2017-888 du 6 mai 2017, portant application de la loi Justice 21, est venu préciser ce socle procédural commun. Il comporte notamment des dispositions spécifiques à l'action de groupe relative à une discrimination imputable à un employeur et à celle en matière environnementale.

La présente étude entend ainsi, d'abord, décrire synthétiquement les caractéristiques du cadre légal commun aux actions de groupe ainsi que l'objet des actions dans chacun des quatre domaines nouveaux de recours collectifs, puis, analyser dans quelle mesure ces nouveaux moyens d'accès à la

justice ont potentiellement modifié l'équilibre des traités de réassurance de responsabilité civile existants, ou sont susceptibles de le modifier à l'avenir.

S'agissant des spécificités de chacune des quatre actions de groupe, elles sont précisées en annexe.

I. LES APPORTS DE LA LOI N°2016-1547 du 18 NOVEMBRE 2016 DE MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXIEME SIECLE

1. LE CADRE LEGAL COMMUN AUX ACTIONS DE GROUPE ISSUES DE LA LOI JUSTICE 21

Le cadre général commun aux actions de groupe (sauf celles de consommation) est défini aux articles 60 à 85 de la loi du 18 novembre 2016.

i- Plusieurs personnes placées dans une situation similaire doivent subir un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles.

ii- Seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis 5 ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte peuvent exercer cette action.

iii- Le juge compétent est le juge judiciaire ou administratif selon la qualité du défendeur.

iv- L'action de groupe doit être précédée d'une mise en demeure par l'association auprès du défendeur de cesser ou faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis (ce qui constitue une innovation par rapport aux actions de groupe précédemment consacrées). L'action de groupe ne peut être introduite que 4 mois après cette mise en demeure, à peine d'irrecevabilité.

S'agissant de la discrimination dans les relations de travail, au lieu d'une mise en demeure préalable, le syndicat ou l'association doit d'abord demander à l'employeur de faire cesser la situation de discrimination collective. Celui-ci en informe le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, ainsi que les organisations syndicales représentatives, afin d'engager une discussion sur les mesures à prendre pour faire cesser la discrimination invoquée. L'action de groupe ne peut être introduite qu'à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la demande de faire cesser la discrimination ou de la notification de son rejet par l'employeur.

v- A l'expiration de ce délai, la loi prévoit une procédure en 2 phases :

- 1^{ère} phase : le juge statue sur la responsabilité du défendeur, définit le groupe de personnes à l'égard desquelles la responsabilité du défendeur est engagée et fixe les critères de rattachement au groupe.

En outre, il détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chacune des catégories de personnes constituant le groupe qu'il a défini, fixe les délais d'adhésion au groupe et ordonne les mesures de publicité nécessaires pour informer les personnes susceptibles d'adhérer au groupe.

- 2^{ème} phase : une fois l'adhésion des victimes réalisée, la loi prévoit que la réparation des préjudices peut intervenir dans le cadre d'une procédure individuelle ou, sur demande de l'association, d'une procédure collective. La procédure individuelle consiste pour la victime qui a adhéré au groupe à adresser une demande de réparation soit à la personne déclarée

responsable par le jugement rendu sur la responsabilité, soit au demandeur à l'action, qui reçoit ainsi mandat aux fins d'indemnisation.

La procédure collective, qui constitue une autre innovation par rapport aux actions de groupe précédemment consacrées, consiste pour le juge à habiliter l'association qui a intenté l'action à négocier avec le défendeur l'indemnisation des préjudices subis par chacune des personnes constituant le groupe. Le juge détermine alors, dans le même jugement, le montant de l'indemnité à allouer ou les éléments permettant l'évaluation des préjudices pour chacune des catégories de personnes constituant le groupe qu'il a défini.

Il fixe également les délais et modalités selon lesquels cette négociation et cette réparation doivent intervenir. Si la négociation aboutit, le juge est saisi aux fins d'homologation de l'accord entre les parties. A défaut d'accord, le juge est saisi aux fins de liquidation des préjudices.

Il convient de noter que la procédure collective de liquidation n'est pas adaptée à tous les préjudices, mais uniquement à ceux qui sont susceptibles de faire l'objet d'une évaluation standardisée et collective. Il en résulte que le juge (qui doit, dès le jugement sur la responsabilité, déterminer le montant du préjudice subi) ne peut accepter de la mettre en œuvre que si « *les éléments produits ainsi que la nature des préjudices le permettent* ».

Dès lors, cette procédure est inadaptée à l'indemnisation des dommages corporels qui nécessitent une expertise individuelle.

Ainsi, en matière environnementale, la diversité des préjudices appréhendés par l'action de groupe peut déboucher sur une double procédure d'indemnisation : « collective » pour les dommages matériels et « individuelle » pour les dommages corporels.

En matière de discrimination dans les relations relevant du travail, la loi précise expressément que lorsque l'action tend à la réparation des préjudices subis, elle doit s'exercer dans le cadre de la procédure individuelle.

vi- La loi prévoit également la possibilité de recourir, pour la réparation des préjudices individuels, à la médiation. Tout accord négocié au nom du groupe est alors soumis à l'homologation du juge qui vérifie s'il est conforme aux intérêts des parties et qui lui donne force exécutoire. Ce dernier précise les mesures de publicité nécessaires pour informer de son existence les personnes susceptibles d'être indemnisées sur son fondement ainsi que les délais et les modalités pour en bénéficier.

Ce cadre procédural commun aux actions de groupe se situe toujours dans le cadre d'une procédure d'opt-in (les victimes souhaitant s'associer à l'action doivent manifester leur volonté d'intégrer le groupe), avec un schéma procédural en 2 phases. Cependant, il innove à certains égards (outre ceux précités) :

- en prévoyant que l'action de groupe peut tendre soit à la cessation du manquement, soit à la réparation des préjudices subis, soit à ces 2 fins ;
- en favorisant la recherche d'une solution amiable à tous les stades de la procédure ;
- en instaurant une amende civile d'un montant maximal de 50 000 € pouvant être prononcée à l'encontre du demandeur ou du défendeur à l'instance lorsque celui-ci a de manière abusive ou dilatoire, fait obstacle à la conclusion d'un accord dans le cadre d'une procédure collective de liquidation des préjudices ;
- en prévoyant l'obligation de verser immédiatement sur un compte ouvert auprès de la Caisse des dépôts et consignations toute somme reçue aux fins d'indemnisation des membres du groupe.

2. L'OBJET DES ACTIONS DE GROUPE ISSUES DE LA LOI JUSTICE 21 : cessation du manquement et, le cas échéant, réparation des préjudices subis

- Lorsque l'action de groupe est engagée **en matière de discrimination dans les relations relevant du travail et hors relation au travail, et en matière environnementale**, elle peut tendre à la cessation du manquement et le cas échéant à la « réparation des préjudices subis » :

- En matière de discrimination, il s'agira d'indemniser des préjudices économiques et moraux. Cependant dans les relations relevant du travail, tous les préjudices ne sont pas couverts : sauf en ce qui concerne les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, seuls sont indemnisables les préjudices nés après la réception par l'employeur de la demande dite préalable, de faire cesser la situation de discrimination collective.

- En matière environnementale, il s'agira d'indemniser des préjudices matériels et corporels subis par des personnes physiques ou morales bénéficiaires de l'environnement (préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux incluant les préjudices moraux).

Plusieurs victimes placées dans une situation similaire pourront donc se regrouper pour obtenir réparation de leurs préjudices corporels résultant d'une pollution ou encore de leurs préjudices patrimoniaux consécutifs à la perte de la valeur d'un bien, à la perte de revenus professionnels ou résultant des dépenses effectuées en vue de la restauration d'un site pollué, tels que les frais des opérations de nettoyage ou de sauvetage de la faune et de la flore.

Il est ici intéressant de noter que l'action de groupe environnementale pourrait trouver à s'appliquer pour indemniser des cas de préjudices corporels causés par la consommation de produits phytosanitaires jusqu'alors non couverts par les dispositifs mis en œuvre précédemment, à savoir par la loi Hamon dans le domaine de la consommation (l'action de groupe consommation est en effet limitée à la réparation de préjudices patrimoniaux), et par la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, dans le domaine des produits de santé (les pesticides ne sont en effet pas des produits de santé). Les exploitants agricoles, victimes de pathologies parfois lourdes liées à l'usage de phytosanitaires, comme les consommateurs d'eau polluée par un produit agricole, pourraient ainsi trouver dans l'action de groupe environnementale un moyen efficace d'obtenir réparation intégrale de leurs préjudices.

Notons encore qu'il ressort des débats parlementaires que l'objectif de l'action de groupe environnementale n'est pas d'indemniser le préjudice écologique introduit par la loi n° 2016-1087 du 8 août pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, mais bien les préjudices patrimoniaux ou extra-patrimoniaux subis par des personnes et résultant des dommages environnementaux (e.g. les maladies résultant d'une pollution).

- Lorsque l'action de groupe est engagée **en matière de protection des données personnelles**, la loi du 18 novembre 2016 avait limité son objet à la seule cessation d'un manquement.

La loi n°2018-493 du 20 juin 2018 adaptant la loi Informatique et Libertés du 06 janvier 1978 au nouveau cadre juridique européen, est venue étendre cette action à la réparation des préjudices matériels et moraux subis en cas de violation des règles sur la protection des données personnelles.

En effet, cette loi a apporté les modifications nécessaires pour permettre l'entrée en vigueur du Règlement général du 27 avril 2016 sur la protection des données (RGPD) applicable depuis le 25 mai

2018. Or, ce dernier a autorisé les actions collectives pour exiger la cessation d'un manquement en laissant aux États membres le soin de déterminer si ces actions collectives peuvent avoir pour but la réparation d'un préjudice.

Jusqu'alors en France, lorsqu'un responsable de traitement ne respectait pas les obligations de la loi Informatique et Libertés, chaque victime devait lancer une procédure individuelle devant la justice ou devant la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL).

II. IMPACTS EN ASSURANCE ET EN REASSURANCE

Compte tenu des nouveaux domaines dans lesquels les recours collectifs sont désormais autorisés et des caractéristiques du socle procédural commun, il convient de s'interroger sur les impacts potentiels des actions de groupe en matière d'assurance et de réassurance, en particulier d'analyser dans quelle mesure ces nouveaux moyens d'accès à la justice ont potentiellement modifié l'équilibre des traités de réassurance de responsabilité civile existants, ou sont susceptibles de le modifier à l'avenir.

1. IMPACTS COMMUNS AUX NOUVELLES ACTIONS DE GROUPE

- Les **garanties de protection de l'image/réputation et de gestion de crise** devront se développer car il s'agit généralement de sinistres médiatiques.
- Les nouvelles actions de groupe auront un impact sur les **frais de défense** des contrats de RC Générale et RC Professionnelle. Il est donc recommandé de vérifier que ces frais s'imputent bien sur les plafonds de garantie.
- Possibilité, ou non d'**agrèger les sinistres** ?
Ni les contrats d'assurance, ni les traités de réassurance définissant le sinistre et l'évènement RC ne font obstacle à l'agrégation des réclamations faisant l'objet d'une action de groupe dès lors que les dommages entrent dans le champ des garanties accordées et que les conditions d'agrégation prévues par ces contrats sont remplies.

Une des problématiques majeures des actions de groupe environnement et protection des données personnelles réside dans l'adéquation de la définition de l'action de groupe avec la notion de sinistre sériel prévue à l'article L124-1-1 du Code des assurances.

En vertu de cet article, « Constitue un sinistre tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations. Le fait dommageable est celui qui constitue la cause génératrice du dommage. Un ensemble de faits dommageables ayant la même *cause technique* est assimilé à un fait dommageable unique ». Cet article vise le sinistre individuel et le sinistre sériel.

L'action de groupe environnement issue du nouvel article L142-3-1 du Code de l'environnement vise « les préjudices subis par plusieurs personnes placées dans une situation similaire, résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du Code de l'environnement, causé par une même personne, *ayant pour cause commune* un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles ».

L'action de groupe protection des données à caractère personnel est possible « lorsque plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire subissent un dommage *ayant pour cause commune* un manquement de même nature. » (nouvel article 43.ter II de la loi Informatiques et Libertés précitée).

Il ressort de ces textes que dans le cas du sinistre sériel, le législateur fait référence à une *même cause technique* alors que les actions de groupe environnement et protection des données personnelles sont fondées sur une *cause commune*.

Dès lors, il conviendra de suivre l'évolution de la jurisprudence sur le plan de l'adéquation entre la définition de l'action de groupe et la notion de sinistre sériel telle que définie par le Code des assurances. En effet, l'adéquation entre les deux notions permettra de globaliser les réclamations liées au même manquement et répondant aux critères de rattachement au groupe -peu importe que les victimes adhèrent à l'action de groupe ou exercent des actions individuelles- et ainsi d'impacter un seul contrat, une seule année d'assurance et un seul plafond de garantie.

Quant aux actions de groupe en matière de discrimination dans et hors relations du travail, elles sont ouvertes lorsque plusieurs personnes physiques font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un *même motif*, et imputable à une même personne ou un même employeur selon le cas. De la même manière, il sera intéressant de suivre les développements jurisprudentiels concernant cette notion et son articulation avec la notion de sinistre sériel.

- Il pourrait être nécessaire d'augmenter les **plafonds de garantie**.

La coexistence d'une action de groupe et de plusieurs actions individuelles pose la question de l'adaptation des plafonds de garantie.

En effet, en parallèle de l'action de groupe, un même manquement peut faire l'objet d'actions individuelles. Dans la mesure où l'action de groupe serait assimilée à un sinistre sériel, ce sinistre sériel pourrait être constitué non seulement par cette action de groupe mais également par la somme des actions individuelles engagées pour le même manquement à l'origine du sinistre (par exemple, en matière environnementale, des actions individuelles peuvent être engagées par toute victime qui fait le choix de ne pas être partie à la procédure collective ou par des assureurs notamment dans le cadre d'actions subrogatoires, ou encore au titre de préjudices écologiques qui ne relèvent pas du périmètre de l'action de groupe environnement).

Ces procédures peuvent se dérouler à des rythmes différents dans le temps : soit les actions individuelles seront réglées plus rapidement épuisant le plafond pour les victimes ayant adhéré au groupe, soit l'action de groupe se déroulera plus rapidement et viendra épuiser le plafond de garantie.

Cette question se pose tout particulièrement dans les contrats de RC Générale dans lesquels la garantie RC Atteintes à l'environnement ne fait l'objet d'une sous-limite spécifique qu'en RC Exploitation (avant livraison) et est délivrée au plein de la garantie en RC Produit / Après livraison.

De manière générale, l'action de groupe suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices subis. Le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où le jugement n'est plus susceptible de recours. Elle permet donc d'arrêter provisoirement le décompte de la prescription et permet aux victimes de préserver l'exercice de demandes formées à titre individuel.

- Il pourrait être nécessaire d'adapter les traités en créant des **sections spécifiques « Actions de groupe »**.

2. IMPACTS PARTICULIERS

Avant d'analyser les impacts de la loi Justice 21 sur chacune des actions de groupe qu'elle consacre, rappelons à titre liminaire que, conformément au socle commun, l'association qui exerce une action de groupe bénéficie d'une action directe contre l'assureur du responsable.

- Lorsqu'elles tendent à la réparation des préjudices subis, les actions de groupe en matière de discrimination au travail pourraient impacter les polices RC des dirigeants (polices Directors & Officers (D&O)) et les polices « Employers practice liability » (EPL), couvrant les frais de défense et les dommages-intérêts consécutifs à une mise en cause de l'employeur ou de ses salariés. Néanmoins, la nécessité d'une phase précontentieuse (procédure de médiation préalable obligatoire pour faire cesser la situation de discrimination collective) pourrait limiter l'impact de ces nouvelles dispositions. L'indemnisation des salariés victimes est reléguée au second plan. Par ailleurs, tous les préjudices ne sont pas indemnisables : sauf pour les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, ne sont pas réparables les préjudices subis avant que les titulaires de l'action de groupe ne demandent à l'employeur de faire cesser la situation de discrimination collective.
On peut penser que pour être intégralement indemnisés, les salariés devront tenter une action individuelle devant le conseil des Prud'hommes.
- Les actions de groupe en matière de protection des données personnelles pourraient impacter les contrats de responsabilité civile. Certains contrats RC prévoient la prise en charge des frais de prévention d'un sinistre et/ou de réduction d'un sinistre. Les frais engagés par le responsable des traitements de données pour cesser ou faire cesser les manquements qui lui sont reprochés pourraient donc être couverts par les contrats qui prévoient une telle garantie, sous réserve des exclusions contractuelles. Il convient cependant de souligner que la prise en charge des frais de prévention est toujours subordonnée à l'accord préalable de l'assureur.

Dans la mesure où cette action peut désormais tendre à la réparation des préjudices matériels et moraux, elle pourra aboutir à la condamnation au paiement de dommages et intérêts.

La violation des données personnelles doit être entendue comme une « faille de sécurité » entraînant la destruction, la perte, la divulgation ou l'accès non-autorisé à des données à caractère personnel faisant l'objet de traitement. L'origine peut être accidentelle (par exemple la divulgation par erreur de données par un salarié), illicite ou malveillante (en cas notamment de cyber-attaque ou de comportement malintentionné).

Les contrats d'assurance « Cyber » qui couvrent les actions malveillantes telles que le piratage informatique, le vol ou les menaces de divulgation de données, la fraude et le détournement de fonds ou de valeurs, sont les plus susceptibles d'être mobilisés. Ils prennent en charge les dépenses en cas de mise en cause de la responsabilité civile de l'entreprise et couvrent les pertes financières résultant d'une atteinte aux données ou aux systèmes d'information, les frais de notification, les amendes CNIL mais aussi la perte d'exploitation. La nouvelle réglementation européenne sur la protection des données (RGPD) impose des obligations et des devoirs aux entreprises concernant le traitement et le stockage des données à caractère personnel. Le

montant des amendes sera variable selon la nature, la gravité et la durée de la violation, et la finalité du traitement, et pourra atteindre 20 M€ ou 4 % du chiffre d'affaires mondial. En créant une nouvelle responsabilité pour l'entreprise, cette réglementation a créé de nouveaux risques pour les entreprises d'être mises en cause par les clients, les salariés, les fournisseurs.

Les nouvelles dispositions relatives à la réparation des préjudices matériels et moraux combinées aux nouveaux montants de sanction font ainsi peser un risque significatif sur les responsables de traitement en cas de non-conformité.

Les contrats RC des dirigeants pourraient également être impactés. Ils couvrent les frais de comparution, les frais de défense, ainsi que les conséquences pécuniaires encourues par tout dirigeant d'entreprise mis en cause à titre personnel. A la suite d'un évènement cyber, la responsabilité des dirigeants pourrait être retenue pour non prise en compte du risque digital ou insuffisance du niveau de protection des données et des systèmes d'information.

- Les préjudices susceptibles d'être indemnisés par les actions de groupe environnement (résultant notamment de la pollution, de la destruction des espèces ou des habitats naturels) sont déjà couverts par les contrats d'assurance des risques environnementaux.

Ces derniers couvrent non seulement la « responsabilité civile préjudice écologique », qui couvre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile en raison d'un préjudice écologique, mais aussi la « responsabilité civile atteinte à l'environnement », afférente aux conséquences pécuniaires des dommages corporels, matériels et immatériels, consécutifs ou non, subis par des tiers et résultant d'une atteinte à l'environnement.

Cependant, l'assureur verra sa garantie Atteintes à l'environnement d'autant plus facilement engagée que la loi prévoit expressément la possibilité d'intenter l'action de groupe directement contre l'assureur du responsable (rappelons ici que les préjudices écologiques ne relèvent pas du périmètre de l'action de groupe environnement).

Les effets sur les traités seront ceux affectant les assureurs et qui ont déjà été mis en évidence par les travaux du groupe de travail dédié de la FFA, sous les réserves spécifiques, toutefois, pour les réassureurs tenant :

- ➔ aux seuils d'intervention des traités pour les traités non proportionnels, dans la mesure où les limites des polices originales (exprimées par an ou par sinistre) peuvent être inférieures à ces seuils, et selon que le sinistre se situe en RC Exploitation ou en RC Après livraison,
- ➔ à d'éventuelles sections spécifiques « actions de groupe » mises en place au sein des traités,
- ➔ aux exclusions spécifiques environnement contenues dans les polices d'assurance originales d'une part, dans les traités d'autre part (exemple : exclusion des pollutions graduelles, exclusion des garanties octroyées par les polices cédées à Assurpol, ...).

BILAN ET PERSPECTIVES

Rétrospectivement :

- A ce jour, les actions de groupe n'ont pas eu le succès escompté en raison de la complexité du dispositif. En effet, le législateur français a choisi de réserver l'initiative de ces actions aux seules entités à but non lucratif pour éviter les dérives et les risques d'actions abusives. Or, les associations rencontrent des difficultés de mise en œuvre de cette procédure longue et coûteuse. Elles n'ont pas forcément les moyens financiers et humains pour agir efficacement : seuls les frais de procédure sont remboursés en cas de succès et elles ne touchent pas de commission sur les gains.

Les actions de groupe sont également victimes des lenteurs de la justice, et ce d'autant plus que les entreprises mises en cause multiplient les recours pour faire annuler la procédure.

À ce jour, aucune action de groupe n'a franchi la phase de déclaration de responsabilité du professionnel. Le tribunal de grande instance de Paris a débouté l'association UFC Que Choisir de son action de groupe menée contre BNP Paribas concernant la commercialisation d'un placement financier sur la base d'une brochure commerciale prétendument trompeuse (*TGI Paris, 20 déc. 2017, n° 16/13225*).

Une interprétation limitative du champ d'application matériel de l'action de groupe a été adoptée par les juridictions, la cour d'appel de Paris ayant jugé que l'action de groupe instituée par l'article L423-1 du Code de la consommation ne peut pas s'appliquer à un contrat de bail d'habitation régi par la loi du 6 juillet 1989 (*CA Paris, 9 nov. 2017, n° 16/05321 : JurisData n° 2017-022149*). Plus récemment, dans un jugement du 14 mai 2018, la première action de groupe intentée en France par l'association UFC Que Choisir à l'encontre de FONCIA (accusée d'avoir indûment facturé des quittances de loyers à 318 000 locataires) a ainsi été jugée irrecevable par le TGI de Nanterre au motif que le bail d'habitation ne peut être analysé comme une fourniture de service et ne relève pas du Code de la consommation.

Les associations comme les professionnels multiplient les incidents, qu'ils soient relatifs à des demandes de consignation formulées dans l'hypothèse où la responsabilité du professionnel serait ultérieurement reconnue (*TGI Paris, JME, 29 nov. 2017*), à des exceptions de nullité afférentes à la validité et la représentativité des cas individuels soulevés (*CA Versailles, 3 nov. 2016, n° 16/00463*. - *CA Paris, pôle 2, ch. 2, 20 avr. 2017, n° 16/09997*), ou encore à des demandes de sursis à statuer dans l'attente de l'issue de procédures pénales (*TGI Paris, JME, 8 nov. 2017, n° 17-01643*). Ces incidents, qui relèvent de la compétence exclusive du juge de la mise en état, illustrent la complexité des mécanismes procéduraux.

Ces contraintes ont favorisé l'émergence de solutions alternatives telles que les actions collectives conjointes portées par des avocats regroupant un grand nombre de réclamations individuelles similaires sans qu'il soit besoin pour les consommateurs de passer par une association.

Ce bilan en demi-teinte de la *class action* à la française s'inscrit dans une mouvance européenne. Il ressort du rapport de la Commission européenne du 25 janvier 2018 sur la mise en œuvre de la recommandation 2013/396/UE que le risque global d'une inflation des *class actions* en Europe ne s'est pas concrétisé dès lors que l'efficacité des mécanismes de recours collectifs institués par les États membres est largement remise en cause.

Dès lors, des *class actions* à l'européenne pourraient-elles émerger ?

Prospectivement :

- Au sein de l'Union Européenne, la France figure désormais parmi les pays dotés de mécanismes de recours collectifs. A l'instar de nombreux pays européens ayant institué des actions de groupe dès les années 1990 et 2000, inspirées des modèles de *class action* proposés par les droits américain ou québécois. Il en est ainsi, notamment, du Portugal depuis 1995 (seul pays où l'action de groupe est inscrite dans la Constitution), de l'Angleterre et du Pays de Galles depuis 2000, de la Suède depuis 2002, de l'Allemagne et des Pays-Bas depuis 2005, ou de l'Italie depuis 2007.

L'Union Européenne s'est d'ailleurs engagée afin que tous les États membres disposent de mécanismes nationaux de recours collectif reposant sur les mêmes principes fondamentaux.

Un projet d'élargissement des actions de groupe s'inspirant plus encore des pratiques américaines est à l'étude au niveau de la Commission européenne, déclenché par le scandale Volkswagen (ou « dieselgate ») lié à l'utilisation par le constructeur, de 2009 à 2015, de différentes techniques visant

à réduire frauduleusement les émissions polluantes (de NOx et de CO2) de certains de ses moteurs lors des tests d'homologation. Aux États-Unis, des centaines de milliers de clients de la marque et de concessionnaires ont porté plainte et obtenu de la part de Volkswagen un montant d'indemnités de 22 milliards de dollars pour mettre fin aux poursuites. En Europe, pour les mêmes faits, les indemnités sont quasi-inexistantes (versus des dommages estimés à près de 10 milliards d'euros). D'où la volonté de Bruxelles de se doter d'un arsenal plus efficace dans l'intérêt des victimes.

La Commission européenne a présenté le 11 avril 2018 son paquet de propositions législatives pour « une nouvelle donne pour les consommateurs » visant à renforcer la protection des consommateurs en Europe. Dans ce cadre, une proposition de directive relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs vise à permettre les recours collectifs en indemnisation. Seules des entités qualifiées (telles que des organisations de consommateurs ou des organismes publics indépendants) désignées par les Etats membres pourront, sur la base de critères stricts, intenter ces actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs en cas d'infractions au droit de l'Union. La directive devrait couvrir une grande variété de domaines tels que la protection des données, les services financiers, les voyages et le tourisme, la santé, l'énergie, les télécommunications et l'environnement.

La proposition laisse aux Etats membres toute latitude pour choisir entre les systèmes de consentement exprès (opt-in) ou tacite (opt-out).

Les consommateurs seront indemnisés pour le préjudice réellement subi (il ne pourra y avoir de dommages-intérêts punitifs).

Les actions transfrontières seront possibles : des entités qualifiées représentant des consommateurs de différents Etats membres pourront exercer une action représentative unique engagée au nom des consommateurs de ces pays, en déposant un recours conjoint contre une entreprise pour la même violation du droit de la consommation.

Dans le cadre d'infractions de grande ampleur portant préjudice à des consommateurs dans plusieurs Etats membres de l'Union, les autorités nationales de protection des consommateurs pourront prononcer une amende pouvant atteindre 4% du chiffre d'affaires annuel du professionnel réalisé dans chaque Etat membre. Les Etats membres pourront prévoir des amendes maximales plus élevées.

Compte tenu des évolutions du droit européen, et en écho aux prévisions précitées basées sur le droit français existant, les actions de groupe ont un bel avenir devant elles.

Assureurs et réassureurs devront ainsi veiller à toujours bien prendre la mesure des évolutions réglementaires pour adapter leurs couvertures en conséquence.