

Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

Les réformes du droit de la concurrence en question

Colloque | Concurrences N° 3-2013
www.concurrences.com

Nathalie HOMOBONO

| Directrice générale de la concurrence, de la consommation
et de la répression des fraudes

Jacqueline RIFFAULT-SILK

| Conseillère, chambre commerciale, Cour de cassation

Hervé LE BORGNE

| Vice-président, UFC-Que choisir

Anne OUTIN-ADAM

| Directrice des politiques législatives et juridiques, CCI Paris Île-de-France

Mary-Claude MITCHELL

| Avocate au barreau de Paris, LPLG

Silvia PIETRINI

| Maître de conférences, université de Lille-II

Jean-Patrice DE LA LAURENCIE

| Avocat au barreau de Paris

Joffrey SIGRIST

| Juriste, Groupe Pomona

Michel PONSARD

| Avocat au barreau de Paris, UGCG

Michaël COUSIN

| Avocat au barreau de Paris, Ashurst

Nathalie HOMOBONO

nathalie.homobono@dgccrf.finances.gouv.fr

Directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Abstract

Le président de la République s'était engagé avant son élection en faveur de nouveaux outils de régulation économique pour rééquilibrer les pouvoirs entre consommateurs et professionnels. L'action de groupe offrira une voie de recours collectif efficace pour traiter les litiges de consommation de masse et pour réparer les préjudices économiques qui en découlent ainsi que ceux résultant de pratiques anticoncurrentielles. L'action devra être introduite devant le juge civil par une association de consommateurs agréée au niveau national. Le juge se prononcera dans une décision unique sur la recevabilité de l'action, la responsabilité du professionnel, le montant de la réparation à allouer à chacun des consommateurs et déterminera les modalités de la liquidation de la réparation et de la publicité du jugement, ce qui permettra aux consommateurs de rejoindre le groupe. Une voie de liquidation accélérée pourra être mise en œuvre lorsque le groupe de consommateurs concerné est identifié. En matière de concurrence, l'exécution provisoire sera possible sans revenir sur le principe de l'introduction de l'action de groupe après une décision définitive d'une autorité de concurrence nationale ou communautaire qui liera le juge de la réparation.

The President of the Republic promised before being elected to promote new economic regulation tools aiming at restoring a level playing field between consumers and suppliers. Class action will offer effective collective legal remedies to deal with mass consumption litigation and to compensate resulting economic damages as well as those resulting from anticompetitive practices. The action will have to be taken before the civil court by a consumer association recognized at national level. The court's judgement shall deal in a single decision with the admissibility of action, the supplier's liability and the amount of damages to be granted to each concerned consumer. It shall also set out the terms and conditions of payment or compensation and the ways the judgement is made public, thus allowing concerned consumers to join the class action. A fast track procedure may be implemented when the concerned consumer group is identified. When it comes to competition matters, a provisional enforcement will be possible, insofar as the procedure is based on a principle of follow on procedure pursuant to a final decision from a national or EU competition authority, binding the judge of legal redress.

Les réformes du droit de la concurrence en question

L'introduction d'une procédure d'action de groupe en France

I. Pourquoi une action de groupe ?

1. La nécessité d'introduire en droit français un dispositif d'action de groupe part d'un constat, celui de l'absence d'une réelle procédure de défense des intérêts individuels des consommateurs.
2. Certes, notre législation s'est dotée d'outils visant à défendre l'intérêt collectif des consommateurs, et notamment au moyen des différentes actions en justice que peuvent mener les associations agréées de défense des consommateurs : action civile, action en cessation de pratiques illicites, action en suppression de clauses abusives ou illicites dans les contrats de consommation, droit d'intervention dans une instance engagée par un consommateur.
3. Mais la défense des intérêts individuels des consommateurs n'a pas bénéficié des mêmes aménagements procéduraux. En particulier, le bilan négatif tiré de l'exercice du droit d'action en représentation conjointe, introduit dans le code de la consommation en 1992, a conduit à conclure à l'inexistence, à ce jour, d'une forme d'action collective permettant la prise en charge effective des intérêts individuels des consommateurs, lorsque ceux-ci sont victimes en grand nombre de pratiques illicites ou abusives.
4. Par ailleurs, c'est aussi parce que les litiges de consommation représentent un faible préjudice individuel que les consommateurs renoncent, le plus souvent, à en demander la réparation au moyen d'une action individuelle.
5. Or, les litiges de consommation constituent par excellence le domaine des contentieux de masse.
6. En effet, la croissance de la demande en produits et en services et le développement de l'offre de nouvelles technologies, comme la téléphonie mobile ou internet, ont complexifié les contrats de consommation et généré le développement de techniques de vente et de modes de commercialisation qui justifient pleinement la mise en œuvre de procédures de traitement des contentieux de la consommation, à la fois proportionnées et efficaces.
7. Compte tenu de l'ampleur des pratiques en cause et de la multiplicité du nombre de victimes, la somme totale des préjudices individuels peut être importante. Il y a donc bien une demande insatisfaite de droit en raison de la lourdeur et du coût des procédures judiciaires traditionnelles.
8. L'introduction, en droit français, d'une action de groupe, entendue comme une forme d'action en réparation, se justifie donc pleinement, et ce, tant du point de vue de la réparation qu'elle permet que de l'effet dissuasif qui en est attendu.
9. Après avoir rappelé les modalités de l'action de groupe telle qu'elle est souhaitée par le gouvernement (II.), modalités que vous connaissez probablement déjà largement les uns et les autres, j'évoquerai la spécificité du contentieux de la concurrence et de l'action de groupe prévue pour réparer les préjudices nés de pratiques anticoncurrentielles (III.).

II. Une procédure équilibrée et efficace

10. Si l'objectif poursuivi est bien de garantir une réparation effective des préjudices subis par plusieurs consommateurs, le gouvernement reste très attaché à l'exigence de sécurité juridique à laquelle les entreprises peuvent légitimement prétendre.

11. Ce souci d'un texte équilibré se traduit ainsi par plusieurs caractéristiques : un champ d'application clairement délimité (1) ; une qualité pour agir strictement définie (2.) ; un schéma procédural respectueux des grands principes du droit de la responsabilité civile (3.).

1. Un champ d'application clairement délimité *rationae materiae* et *rationae personae*

12. Examinons en premier lieu le champ d'application de la procédure d'action de groupe. Celui-ci est clairement délimité quant au type de préjudice qui peut être indemnisé, quant à la "matière" qui peut faire l'objet d'une action collective et quant aux personnes qui peuvent demander réparation.

1.1. L'action de groupe concerne la réparation des préjudices subis par des consommateurs, personnes physiques, à l'exclusion des professionnels et des personnes morales

13. La limitation de l'action de groupe à la réparation des préjudices subis par des consommateurs, personnes physiques, trouve sa justification dans la nécessité de couvrir des contentieux de masse caractérisés par des victimes qui sont dans des situations de fait ou de droit identiques ou très largement similaires.

14. S'agissant des intérêts de personnes morales ou de professionnels, l'appréciation de la réalité et du montant de leurs préjudices serait beaucoup plus problématique.

15. Certains ont plaidé pour élargir le champ de l'action, notamment aux personnes morales non professionnelles, afin que les syndicats de copropriétaires, par exemple, puissent introduire une action de groupe. Il leur a été expliqué que, si les syndicats de copropriétaires ne pouvaient pas se joindre à l'action en tant que tels, l'action est ouverte aux copropriétaires en tant que personnes physiques.

1.2. L'action de groupe concerne des préjudices résultant d'un litige de consommation ou d'une infraction aux règles de la concurrence, à l'exclusion des autres domaines tels que la santé et l'environnement

1.2.1. Les litiges de consommation

16. Au sens du projet de loi, l'action de groupe a pour objet de permettre la réparation de préjudices, subis individuellement par un groupe de consommateurs personnes physiques, du fait du manquement par un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles, à l'occasion de la vente d'un bien ou de la fourniture d'un service.

17. Cette nouvelle procédure est tout spécialement adaptée aux contentieux nés des conditions de formation ou d'exécution des contrats, qui sont presque exclusivement des contrats d'adhésion en l'espèce, proposés dans des termes identiques par les professionnels aux consommateurs (ex. : fourniture d'énergie, téléphonie, services bancaires, etc.).

1.2.2. Les infractions aux règles de concurrence

18. Au-delà de ce contentieux de la consommation *stricto sensu*, le champ de l'action de groupe inclura également les préjudices découlant des atteintes au droit de la concurrence – national et communautaire –, ce qui permettra de couvrir les préjudices nés d'ententes sur les prix par exemple (nous avons tous à l'esprit de nombreuses décisions rendues par l'Autorité de la concurrence dans le domaine de la téléphonie mobile, notamment).

19. La recommandation¹ de la Commission européenne du 11 juin dernier sur les recours collectifs préconise un champ plus large que celui du projet de loi français. Cela n'est pas une surprise puisque le but était, pour la Commission européenne, de dépasser les approches "concurrence" et "consommation", portées par la DG COMP et la DG SANCO, pour adopter une approche collégiale et horizontale beaucoup plus large.

20. La recommandation considère ainsi que les principes qu'elle énonce devraient s'appliquer de manière horizontale et identique dans les domaines :

- de la concurrence et de la consommation ;
- de la protection de l'environnement, de la protection des données à caractère personnel, de la réglementation des services financiers ou encore de la protection des investisseurs ;
- mais également "*dans tout autre domaine où des demandes collectives en cessation ou en dommages et intérêts en cas de violation des droits conférés par le droit de l'Union présenteraient un intérêt*" (considérant 7 et article 1²).

1 V. la recommandation de la Commission européenne du 11 juin 2013 relative aux 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.

2 "*1- La présente recommandation vise à faciliter l'accès à la justice, à mettre un terme à des pratiques illicites et à permettre aux parties lésées d'obtenir réparation dans les cas de préjudices de masse dus à la violation de droits que leur confère le droit de l'Union, tout en prévoyant des garanties procédurales appropriées afin d'éviter les procédures judiciaires abusives.*"

21. Si la recommandation de la Commission préconise un champ large, le choix du gouvernement est d'agir progressivement en créant aujourd'hui une procédure efficace pour la consommation et la concurrence.

22. Le gouvernement n'a d'ailleurs pas exclu le principe d'une extension de l'action de groupe à d'autres domaines tels que la santé ou l'environnement, et ce pourrait être le cas à brève échéance s'agissant notamment de la santé, à la faveur d'un projet de loi que présenterait la ministre de la Santé dans les tout prochains mois.

23. Si l'on procède à une rapide revue au sein de l'Union européenne, on constate d'ailleurs que la situation dans les États membres est variable.

24. Certains vont plus loin que notre texte. C'est le cas de la Suède et du Portugal notamment. La Suède dispose d'un mécanisme d'action de groupe qui permet d'appréhender le préjudice à l'environnement. L'action de groupe instaurée par le Portugal en 2008 permet, quant à elle, d'appréhender les atteintes à la santé et à l'environnement.

25. D'autres États membres sont plus restrictifs, tels que la Finlande, l'Italie et la Pologne. En Finlande, les actions de groupe sont limitées aux litiges impliquant des consommateurs. L'Italie a mis en place deux types d'actions : les actions engagées pour protéger les consommateurs et les actions pour protéger les usagers des services publics. En Pologne, l'action de groupe ne peut être engagée que par des consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles.

1.3. L'action de groupe concerne des préjudices à caractère économique, à l'exclusion des préjudices non patrimoniaux, tels que les préjudices moraux et corporels

26. Le texte du futur article L. 423-1 précise que "*seule la réparation des préjudices matériels résultant d'une atteinte au patrimoine des consommateurs peut être poursuivie par cette action*". Cette limitation à la réparation des préjudices matériels a été opérée par souci d'efficacité. En effet, l'objectif est de réparer les préjudices de nature économique, c'est-à-dire, par exemple, les frais engagés, le montant de l'abonnement ou le prix du produit (suivant les cas). Pour ce type de préjudice, le montant des dommages pourra être calculé selon des critères objectifs.

27. En revanche, une telle procédure n'est pas adaptée lorsque le lien de causalité entre le préjudice subi et le fait générateur du dommage :

- n'est pas aisément démontrable ;
- ou lorsqu'il nécessite un examen de chaque situation individuelle et la prise en compte de différents facteurs (âge ou sexe des victimes, situation de fragilité particulière ou de maladie).

28. C'est ce qui explique le choix qui a été fait d'exclure du champ d'application les dommages corporels. En effet, l'action de groupe suppose, avant tout, que la responsabilité

du professionnel puisse être retenue à l'égard de victimes se trouvant dans des situations de fait ou de droit identiques ou à tout le moins très largement similaires.

29. Or, les préjudices corporels se révèlent souvent de nombreuses années après la réalisation du fait générateur. Dans un certain nombre de cas, le professionnel responsable peut avoir disparu au moment où les actions en réparation sont lancées (dommages causés par l'amiante, par exemple).

30. Pour l'essentiel, les contentieux nés de préjudices corporels subis par un grand nombre de victimes relèvent le plus souvent d'une logique de réparation systématique, par la création de fonds de garantie (ex. : fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages) ou de fonds d'indemnisation (ex. : fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, ou des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des affections nosocomiales et, plus récemment, des victimes du Mediator).

31. Dans le même esprit, la réparation des préjudices moraux est exclue compte tenu, là aussi, de leur caractère nettement personnalisé.

32. En revanche, la réparation des préjudices matériels subis par des consommateurs du fait d'un produit défectueux en raison d'un manquement du producteur ou de l'importateur à son obligation générale de sécurité pourra faire l'objet d'une action de groupe.

2. La qualité pour agir est strictement réservée aux associations de consommateurs agréées au plan national

33. L'action de groupe ne peut être introduite que par une association de consommateurs agréée au plan national. Cette limitation de la qualité pour agir est en cohérence avec le champ d'application de la procédure et la nature des intérêts pris en considération évoqués précédemment.

34. Cette restriction doit également permettre d'éviter les abus dans l'usage de cette action. Il s'agit notamment d'éviter des demandes fantaisistes, par exemple dans le cas où un seul consommateur aurait pu introduire l'action de groupe.

35. D'un point de vue procédural, le statut et l'objet social des associations nationales, à savoir la défense de l'intérêt collectif des consommateurs, leur permettent de répondre aux exigences de légitimité quant à l'intérêt pour agir et leur confèrent la qualité pour représenter le groupe des consommateurs en tant que tel sans qu'il soit besoin d'identifier au préalable les victimes.

36. En outre, l'agrément dont elles disposent donne les garanties d'indépendance souhaitables et permet d'éviter le risque de procédures dilatoires instrumentalisées par un concurrent.

37. Le gouvernement a également écarté la possibilité qu'une action puisse être engagée au moyen d'un mandat détenu par un avocat, évitant ainsi des frais de procédure élevés ou des

indemnités tronquées par le prélèvement d'honoraires en pourcentage de l'indemnité, comme c'est le cas outre-Atlantique.

38. Pour autant, les avocats ne sont pas exclus de l'action de groupe. Le texte prévoit en effet que l'association peut, avec l'autorisation du juge, s'adjoindre, pour l'assister, toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée.

39. Sur la question de la qualité pour agir, la Commission européenne considère, dans sa récente recommandation, que lorsque l'action collective est une action en représentation, les États membres devraient désigner des entités représentatives en se référant à des conditions d'admission clairement définies. Ces critères sont destinés à s'assurer que l'entité représentative agit véritablement dans l'intérêt supérieur du groupe représenté et non pour son propre profit.

3. Un schéma procédural respectueux des grands principes du droit de la responsabilité civile

40. La procédure élaborée est conforme aux règles traditionnelles du procès civil, avec comme objectif principal une indemnité effective des consommateurs.

3.1. Le principe retenu permet qu'un seul jugement du juge civil soit rendu, décision qui réglera à la fois la recevabilité de l'action et la responsabilité du professionnel

41. L'idée souvent exprimée d'introduire devant le juge civil une phase de recevabilité de l'action en vue de la certification du groupe n'a pas été retenue. Une telle étape n'a pas été jugée opportune dans la mesure où la qualité pour agir est déjà strictement encadrée. L'élaboration du texte s'est inspirée des travaux parlementaires, notamment ceux qui ont été menés par les sénateurs Yung et Beteille en 2010.

42. La récente recommandation de la Commission européenne préconise une phase de recevabilité. Toutefois, l'objet de cette phase de recevabilité est de "vérifier, au stade le plus précoce, que les demandes pour lesquelles les conditions d'exercice d'une action collective ne sont pas réunies et les demandes manifestement non fondées sont rejetées". C'est à cette vérification que procédera le juge. Dans une seule et même décision, il examinera la recevabilité de l'action et tranchera le litige au fond.

43. Pour déclarer l'action recevable, le juge devra statuer au regard de plusieurs critères : la qualité pour agir du demandeur, la preuve de l'existence d'un groupe de consommateurs lésés, et ce, par un même manquement du fait d'un même professionnel. Puis, le jugement portera sur le principe de la responsabilité du professionnel au vu des éléments qui auront été soumis au débat.

3.2. Un rôle important confié au juge

44. Lorsque le professionnel sera déclaré responsable, le juge fixera le montant de l'indemnité à allouer à chacun des consommateurs. Pour ce faire, il définira le préjudice ou les catégories de préjudice en cause³ et évaluera la créance en argent, voire en nature, ou déterminera tous les éléments permettant l'évaluation de celle-ci.

45. En cas de condamnation définitive du professionnel, le juge décidera des mesures de publicité du jugement, afin d'informer les consommateurs de la décision rendue, du délai et des modalités pour obtenir réparation.

46. Afin de permettre l'indemnité effective et rapide des consommateurs lésés, le dispositif proposé laisse au juge le choix du délai et des modalités par lesquelles les consommateurs doivent se déclarer.

47. Selon les circonstances de l'espèce et l'importance du contentieux, le juge pourra ainsi décider que les consommateurs devront se déclarer directement auprès du professionnel ou auprès de l'association, à charge pour celle-ci de porter les demandes d'indemnité des consommateurs auprès du professionnel. Dans ce second cas, l'association pourra, sur autorisation du juge, avoir recours à un mandataire qui l'aidera dans sa mission.

48. Le texte prévoit également que le juge peut décider d'une provision pour frais au bénéfice de l'association, payable par le professionnel.

3.3. Une procédure qui s'inscrit dans la logique de l'*opt-in*

49. Le projet de loi s'inscrit dans une logique d'*opt-in* puisque les consommateurs sont obligés de se déclarer individuellement pour obtenir réparation.

50. Ce qui nous différencie de la procédure d'*opt-in* pure, c'est que les consommateurs n'ont pas l'obligation de se déclarer individuellement avant que la décision sur la responsabilité ne soit rendue.

51. Un amendement présenté par le rapporteur, et adopté en commission des affaires économiques, a introduit une procédure d'action de groupe simplifiée pour les contentieux les plus simples, c'est-à-dire ceux pour lesquels l'identité des consommateurs lésés est déjà connue ou pourrait l'être aisément. Il s'agit – par exemple – des abonnés d'un même prestataire ayant souscrit à un même service (ex. : abonnement de x mois auprès d'un opérateur de téléphonie mobile).

52. Pour ces cas, il a été considéré que le juge disposerait à l'instance de tous les éléments lui permettant de faire procéder à l'indemnité des consommateurs identifiables,

³ En pratique l'action de groupe pourra viser des catégories de situations différentes : pour chacune d'entre elles, le juge fixera le montant (x euros pour le contrat de six mois par exemple, y euros pour celui de douze mois).

directement par le professionnel, par le versement à chacun d'eux d'une indemnité ou sous la forme d'une réparation en nature (ex. : prolongation de l'abonnement de x mois).

53. Le schéma de cette procédure simplifiée est le suivant :

- lorsque les consommateurs sont identifiés, le juge peut condamner, sous astreinte, le professionnel à indemniser directement et individuellement les consommateurs lésés ;
- préalablement à cette indemnisation, la décision du juge fait l'objet d'une mesure d'information individuelle des consommateurs concernés afin qu'ils soient informés de son existence et puissent accepter d'être indemnisés sous cette forme.

54. Avec cette procédure, on évite la phase de déclaration telle que prévue dans le dispositif général, tout en s'assurant, avant l'exécution de la décision, de l'acceptation par le consommateur de l'indemnisation dans les termes de la décision rendue. À cette fin, ce dernier sera informé de manière individuelle de l'existence de cette décision devenue définitive. Se trouve ainsi écartée toute idée d'*opt-out*.

55. Le texte de l'article L. 423-4-1 (après examen en 1^{re} lecture de l'Assemblée nationale) est désormais le suivant : *“Lorsque les consommateurs sont identifiés, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier, le cas échéant, sous astreinte prononcée au profit de l'association, à indemniser directement et individuellement, dans un délai déterminé, les consommateurs lésés, selon les modalités qu'il fixe.*

Préalablement à son exécution par le professionnel et selon des modalités et dans le délai fixé par le juge, cette décision, lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours ordinaires ou de pourvoi en cassation, fait l'objet de mesures d'information individuelle des consommateurs concernés, aux frais du professionnel, afin de leur permettre d'accepter d'être indemnisés dans les termes de la décision.

En cas d'inexécution par le professionnel, à l'égard des consommateurs ayant accepté l'indemnisation, de la décision rendue dans le délai fixé, les dispositions des articles L. 423-6 et L. 423-7 sont applicables et l'acceptation de l'indemnisation dans les termes de la décision vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association.”

56. La recommandation de la Commission préconise elle aussi fortement le mécanisme de l'*opt-in*. Elle considère en effet que le consentement exprès du demandeur doit être requis et *“que toute exception à ce principe devrait être justifiée par des motifs tenant à la bonne administration de la justice”*.

57. Dans l'Union européenne, les actions de groupe fonctionnent en majorité selon le mécanisme de l'*opt-in* (Allemagne, Angleterre, Italie, Suède), même si certains États membres ont choisi le système de l'adhésion tacite ou *opt-out* (Pays-Bas et Portugal⁴).

4 Au Portugal, la loi sur l'action populaire prévoit une procédure d'*opt-out* ou d'auto-exclusion. L'auteur de la demande est considéré comme représentant l'ensemble des autres titulaires du même droit, sans détenir pour autant un mandat ou une autorisation expresse par la loi. Ces derniers ont cependant la possibilité de refuser, par avance, les effets de la décision finale par un acte explicite. Aux Pays-Bas, l'action de groupe repose sur la conclusion d'un accord entre les parties (victimes et auteurs du dommage) membres du groupe, auquel le juge confère un effet vis-à-vis des tiers qui n'y sont pas parties. Une procédure de publication de l'accord permet aux tiers de refuser de se voir appliquer l'accord.

3.4. Une procédure qui laisse toute sa place à la médiation

58. Le projet de loi prévoit des dispositions particulières sur la médiation. En effet, il reconnaît à l'association requérante la qualité pour participer, au nom du groupe, à une démarche de médiation. Le juge devra alors homologuer l'accord conclu dont pourront se prévaloir les consommateurs qui le souhaitent.

59. La recommandation communautaire préconise également de prévoir la possibilité d'une résolution consensuelle collective des litiges dans la mesure où les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent fournir aux parties un moyen rapide, peu onéreux et simple de résoudre le litige.

3.5. Les procédures d'action de groupe seront traitées par des juridictions spécialisées

60. Le texte prévoit que des tribunaux de grande instance – spécialement désignés – connaîtront des actions de groupe. Il s'agit de faciliter le regroupement des actions et de favoriser l'harmonisation des décisions. Ce dispositif devrait également favoriser l'efficacité et la rapidité de la justice.

III. Une reconnaissance de la spécificité du contentieux de la concurrence

1. Pourquoi l'action de groupe doit-elle inclure le droit de la concurrence ?

61. Quatre raisons principales ont milité en faveur de la mise en place d'une action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles.

62. **Première raison.** L'espace de libre concurrence s'est considérablement élargi dans notre pays, à la suite du mouvement de déréglementation qui a touché les industries de réseau (téléphonie fixe, gaz et électricité, chemins de fer, etc.). Cette liberté entrepreneuriale a pour contrepartie une responsabilité plus grande vis-à-vis des clients.

63. La concurrence ne profite véritablement aux consommateurs que pour autant que les firmes respectent les règles du jeu concurrentiel et ne s'engagent pas dans des pratiques anticoncurrentielles.

64. En effet, les ententes sur les prix, par exemple, causent le plus souvent un dommage global très important à l'économie et aux consommateurs. Les économistes estiment que ces pratiques génèrent artificiellement une augmentation des prix de l'ordre de 20 %, cette hausse ne s'accompagnant d'aucune contrepartie réelle en termes de progrès économique et d'efficacité. Les consommateurs sont spoliés soit en étant contraints de payer plus cher le produit objet de l'entente, soit en renonçant à l'acheter.

65. Deuxième raison. Si l'action publique mise en œuvre par les autorités de concurrence conduit à la condamnation des entreprises auteurs de cartels, les décisions de ces autorités n'ont pas pour objet d'indemniser le consommateur du préjudice subi, mais visent à sanctionner une pratique qui nuit à la collectivité.

66. Troisième raison. La perte individuelle que supporte chaque consommateur est généralement trop faible pour qu'il engage seul une action en réparation⁵, eu égard à la complexité et au coût des procédures au regard de la faiblesse du gain escompté.

67. Aussi, une vraie procédure d'action de groupe aura le mérite d'inciter de nombreux consommateurs victimes ayant subi individuellement un dommage mineur, mais globalement élevé, à entreprendre une action.

68. En réduisant l'asymétrie entre la capacité d'agir des entreprises, souvent constituées de grands groupes, et celle des consommateurs, par nature isolés, qui subissent des préjudices minimes au plan individuel mais qui, globalement, représentent des sommes considérables, une procédure d'action de groupe devrait assurer une juste réparation des dommages subis.

69. Quatrième raison. L'action de groupe contribuera à renforcer l'efficacité de la régulation concurrentielle, en faisant du consommateur/victime un véritable acteur et un allié des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, notamment les cartels qui sont les plus dommageables.

70. En effet, au-delà de sa fonction première de réparation, l'action de groupe peut constituer un instrument supplémentaire de dissuasion, dans la mesure où elle augmente substantiellement le risque financier pour l'auteur de l'infraction.

71. En définitive, les actions de groupe pourront tout à la fois :

→ participer à la réhabilitation de la place dévolue aux victimes, en l'espèce les consommateurs ayant subi un dommage du fait d'une pratique anticoncurrentielle ;

→ et concourir à la préservation de l'ordre public concurrentiel.

72. Pour l'ensemble de ces raisons, il a été considéré que l'action de groupe devait inclure dans son champ le droit de la concurrence, national et communautaire.

⁵ Dans le cas de l'entente dans la téléphonie mobile entre 2000 et 2002, le dommage a été estimé à plus d'un milliard d'euros, mais la perte pour chaque abonné se chiffrait à quelques dizaines d'euros. Seulement 12 000 plaintes ont été déposées dans le cadre de l'action conjointe engagée par l'association de consommateurs UFC-Que choisir, alors que le nombre d'abonnés était d'environ 30 000 clients. Ce décalage entre l'ampleur des dommages causés par l'entente et les obstacles à une juste réparation vient alimenter chez les consommateurs un sentiment d'impuissance et de défiance qui nuit au bon fonctionnement de l'économie.

2. Le choix d'une action consécutive fondée sur une décision d'une autorité de concurrence liant le juge civil et à caractère définitif

Telle qu'elle est envisagée par le gouvernement, l'action de groupe en droit de la concurrence comporte trois caractéristiques.

2.1. Une action de groupe consécutive à une décision d'une autorité de concurrence, décision qui doit avoir un caractère définitif

2.1.1. Une action de groupe consécutive (*follow on*)

73. Pour introduire une action de groupe en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle, l'association devra nécessairement disposer d'une décision d'une autorité de concurrence. C'est un préalable obligatoire.

74. Pour ce qui concerne la matière concurrence, le projet de loi a, en effet, fait le choix d'une action consécutive, autrement dit en *follow on*.

75. Cette voie est la plus simple pour l'association de consommateurs, qui n'aura pas à supporter le fardeau de la preuve et pourra ainsi s'appuyer sur une décision constatant des pratiques anticoncurrentielles pour établir la faute.

76. L'exigence d'une décision préalable d'une autorité de concurrence est justifiée par la spécificité du droit des pratiques anticoncurrentielles.

77. L'alternative aurait été de permettre au juge de l'indemnisation, dans le cadre d'une action de groupe, d'apprécier lui-même les pratiques anticoncurrentielles indépendamment de l'intervention d'une autorité de concurrence (action autonome, encore appelée "*stand alone*").

78. Cependant, le contentieux des pratiques anticoncurrentielles est un contentieux technique qui nécessite une expertise spécifique et des moyens d'investigation particuliers.

79. Cela aurait conduit le juge civil à saisir l'Autorité de la concurrence pour qu'elle statue sur l'existence ou non de pratiques anticoncurrentielles ; on se retrouvait alors à attendre une décision de l'Autorité comme en procédure de *follow on*.

80. Lorsqu'un opérateur sur le marché ou un consommateur fait le choix d'engager directement une procédure judiciaire, sans saisir au préalable l'Autorité de la concurrence ou la Commission européenne, il est confronté à deux difficultés.

81. En premier lieu, il doit faire la preuve des pratiques qu'il allègue, preuve qui, en matière de concurrence, peut être une charge très lourde et, en réalité, quasi impossible, notamment si les pratiques en cause sont occultes.

82. En second lieu, il doit démontrer l'atteinte causée à la concurrence par les faits établis. Cette démonstration suppose que le plaignant fournisse au juge ou que celui-ci puisse obtenir et utiliser les éléments d'informations permettant une analyse du marché et la mesure de l'incidence économique des comportements dénoncés sur ce marché.

83. En outre, une action en *stand alone* engagée contre une entreprise peut entraîner – avec la médiatisation de l'affaire – un risque de disparition des preuves, l'entreprise assignée pouvant chercher à faire disparaître toutes pièces probantes avant que l'Autorité de la concurrence soit éventuellement saisie par le juge civil.

84. L'action en *follow on* a donc été préférée dans la mesure où le juge civil n'est pas le mieux à même d'apprécier ce type de contentieux très technique qui nécessite une expertise particulière et des moyens propres aux autorités de concurrence nationales ou communautaires.

85. La preuve est en général apportée au moyen de pouvoirs d'investigations spécifiques confiés à des agents spécialement formés à cet effet. Il s'agit de pouvoirs de visite et saisie sur autorisations judiciaires (v. not. article L. 450-4 du code de commerce).

86. La Commission européenne fait également le choix des actions collectives consécutives (*follow on*) dans sa récente recommandation.

87. La recommandation du 11 juin dernier préconise en effet que *“les États membres devraient veiller à ce que, lorsque, dans une matière juridique, une autorité publique est habilitée à arrêter une décision constatant une violation du droit de l'Union, les recours collectifs ne soient, en règle générale, introduits par des personnes privées qu'après que l'autorité publique a définitivement clôturé la procédure qu'elle avait préalablement engagée”*.

88. La Commission ne ferme pas pour autant la porte aux actions autonomes (*stand alone*), mais elle les encadre fortement en prévoyant que *“si la procédure est engagée par l'autorité publique après l'introduction d'un recours collectif, la juridiction saisie du recours devrait éviter de statuer en contradiction avec la décision que l'autorité publique envisage de prendre. À cette fin, la juridiction devrait pouvoir surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité publique clôture la procédure”* (v. recommandation, point 33).

89. La proposition de directive du 11 juin 2013 relative aux actions en réparation en droit de la concurrence n'impose pas la procédure de *follow on*, mais considère que lorsqu'une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence⁶ existe, elle a un effet probatoire, c'est-à-dire liant dans les actions en dommages et intérêts engagés devant les tribunaux civils.

90. Certains États membres ont fait un choix différent du nôtre. Au Royaume-Uni, les actions consécutives et autonomes cohabitent. Les actions de groupe représentatives⁷

qui sont portées devant le Competition Appeal Tribunal (CAT) sont fondées sur le principe de *follow on*. Mais, les victimes peuvent également agir en *stand alone* devant les juridictions de droit.

91. Dans le cadre de la réforme de l'action collective en matière de concurrence en cours au Royaume-Uni, il est envisagé la possibilité que le CAT devienne la juridiction exclusive en matière d'actions collectives privées. Dans ce cas, il connaîtrait aussi bien des actions privées en *follow on* qu'en *stand alone*.

2.1.2. Une action en *follow on* fondée sur une décision définitive

92. Pour des raisons de sécurité juridique, il a été considéré que cette décision de l'Autorité de la concurrence, préalable incontournable à l'action de groupe en matière de concurrence, devait avoir un caractère définitif, c'est-à-dire que les voies de recours soient épuisées.

93. L'Autorité de la concurrence – et elle n'est pas la seule – souhaiterait certainement que l'action de groupe puisse être introduite dès le prononcé de la décision et sans attendre l'épuisement des voies de recours.

94. D'aucuns considèrent en effet que le dispositif du projet de loi retarde la formation de l'action et que les entreprises auront intérêt à former systématiquement des recours contre la décision des autorités nationales de concurrence pour retarder le jugement relatif à la réparation.

95. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence fait valoir que la grande majorité des recours contre ses décisions porte moins sur l'établissement de la violation des règles de concurrence que sur le niveau des sanctions. Elle note à cet égard qu'un tiers des décisions qu'elle rend fait suite à une procédure de non-contestation des griefs.

96. Le gouvernement n'a pas retenu cette possibilité d'agir en indemnisation collective sur le fondement d'une décision qui ne serait pas devenue définitive. Cette solution ne lui a pas paru la plus appropriée.

97. En pratique, il est peu probable que le juge de l'indemnisation utiliserait une telle faculté. Notamment, dans la mesure où il n'est pas rare que des décisions de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne soient réformées, parfois substantiellement, par le juge du second degré.

98. Pour ce qui est de l'Autorité française de la concurrence, on peut constater que deux tiers des décisions ne font pas l'objet d'une procédure de non-contestation de griefs. Et même lorsque les entreprises se sont engagées dans cette voie, il est extrêmement rare que la totalité d'entre elles ne conteste aucun des griefs.

99. La décision de l'Autorité de la concurrence peut donc toujours être remise en cause devant les juridictions, ce qui conduirait le juge de la réparation à surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la cour d'appel.

6 L'article 16 du règlement 1/2003 confère déjà cet effet probatoire aux décisions de la Commission européenne devant les juridictions nationales.

7 V. Section 47B du Competition Act 1998.

100. Il ne nous a pas paru raisonnable de prendre le risque de voir les consommateurs indemnisés dans le cadre d'une action de groupe être contraints de rétrocéder les sommes versées du fait d'une invalidation de la décision de l'Autorité de la concurrence.

101. Je partage néanmoins la préoccupation que les actions de groupe – et donc la réparation des préjudices subis par les consommateurs – puissent intervenir au plus vite. Cela étant, sur cette question des délais, d'autres approches sont possibles ; c'est une question qu'il faut examiner de manière globale, en incluant l'ensemble du processus, qui va de la détection d'indices de pratiques anticoncurrentielles jusqu'à l'obtention de la réparation, en passant par les étapes de lancement et de réalisation de l'enquête, de l'instruction contradictoire, du prononcé de la décision de sanction par l'Autorité de la concurrence, voire de l'appel de la décision en cause ainsi que du pourvoi en cassation.

2.2 Une action de groupe fondée sur une décision qui lie le juge civil

102. Le complément logique et cohérent à cette action consécutive à une décision devenue définitive est de poser le principe que le juge sera tenu par cette décision rendue préalablement par l'Autorité de la concurrence.

103. On ne voit en effet pas l'intérêt d'exiger que l'action de groupe ne puisse intervenir qu'après une décision d'une autorité de concurrence devenue définitive, si c'est pour laisser la possibilité aux juges et aux parties de remettre en cause cette décision.

104. Donc, le texte prévoit que les manquements du professionnel, tels que démontrés par la décision de l'Autorité, sont réputés établis de manière irréfragable et, par conséquent, la responsabilité du professionnel, réputée démontrée.

105. C'est aussi ce que prévoit le récent projet de directive de la Commission relative aux actions en réparation en matière de concurrence. La directive⁸, comme la recommandation, n'impose pas que l'action en réparation soit introduite sur le fondement d'une décision définitive d'une autorité de concurrence. Mais lorsqu'une telle décision existe, ces textes considèrent que le juge ne peut la remettre en cause.

3. La possibilité d'une exécution provisoire

106. Un amendement proposé par le rapporteur de la Commission des lois a introduit la possibilité, en matière de concurrence, d'une exécution provisoire de la décision du juge civil afin de permettre aux consommateurs de se déclarer.

⁸ "Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales qui, dans le cadre d'actions en dommages et intérêts concernant des infractions à l'article 101 ou 102 du traité ou au droit national de la concurrence, statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques qui font déjà l'objet d'une décision définitive constatant une infraction, adoptée par une autorité nationale de concurrence ou une instance de recours, ne puissent pas rendre de décision allant à l'encontre de cette constatation d'une infraction" (v. article 9, "Effet des décisions nationales", et considérant 25 de la directive).

107. Cet amendement vise à accélérer la procédure d'action de groupe en matière de concurrence uniquement. En effet, en droit de la concurrence, au moment où l'action de groupe est introduite, l'entreprise fait déjà l'objet d'une décision définitive et publique d'une autorité de concurrence.

108. En conséquence, permettre la publicité du jugement sur la responsabilité avant qu'il ne soit devenu définitif n'est pas de nature à porter préjudice à l'entreprise auteur des pratiques.

4. Une entrée en vigueur différée

109. Autre spécificité propre à l'action de groupe en matière de concurrence, l'action de groupe ne concernera pas toutes les décisions des autorités de concurrence, mais seulement celles qui ne sont pas encore devenues définitives au jour de l'entrée en vigueur de la loi, soit probablement à la fin de l'année 2013 puisqu'il est prévu que le Sénat examine le texte en septembre prochain.

110. Dans la mesure où l'on est en présence d'un texte de procédure, il était possible de ne pas prévoir de clause d'entrée en vigueur et de rendre le texte d'application immédiate. Toutefois, puisque l'action de groupe peut être introduite dans un délai de cinq ans après une décision définitive, ouvrir la possibilité d'une telle action sur la base d'une décision devenue définitive avant l'entrée en vigueur de la loi aurait conduit à appréhender des faits très anciens et, pour certains, déjà prescrits.

111. De fait, un certain nombre d'affaires – certaines médiatisées – ne pourront pas donner lieu à une procédure d'action de groupe (ex. : entente des banques sur la renégociation des emprunts immobiliers, entente des opérateurs de téléphonie mobile, affaires des parfums sauf pour une entreprise, affaires des jouets).

5. La protection des programmes de clémence

112. Les programmes de clémence constituent un des instruments majeurs de la politique de concurrence. Ils permettent en effet de déstabiliser et de réprimer les cartels secrets.

113. Et l'immunité d'amende qui est accordée à l'entreprise en échange de la révélation d'un cartel est un élément essentiel de l'attractivité de ces programmes. C'est pourquoi il est important de préserver la protection des documents d'auto-incrimination élaborés par les entreprises qui ont obtenu la clémence, dans le cadre de l'action en réparation des dommages causés par ces pratiques.

114. Certains souhaitaient que cette précision soit apportée dans le corps du texte. Cela n'est pas apparu utile dans la mesure où cette disposition existe déjà dans le code de commerce.

115. En effet, la protection des pièces recueillies dans le cadre du programme de clémence a été introduite à l'article L. 462-3 du code de commerce par la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer. *“L’Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu’elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l’exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l’article L. 464-2⁹, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d’une partie à l’instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu’elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction.”*

116. La recommandation communautaire relative aux actions de groupe et la proposition de directive pour les actions en réparation en matière de concurrence attachent également la plus grande importance à la protection des programmes de clémence dans le cadre de l’action en réparation.

IV. Conclusion

117. En résumé, vous connaissez la volonté forte du gouvernement d’introduire dans le droit national le schéma procédural de l’action de groupe. Le projet de la loi relatif à la consommation prévoit ce schéma procédural sur un champ certes circonscrit mais tout particulièrement adapté à une action collective.

118. Le gouvernement n’a pas exclu pour autant le principe d’une extension de ce schéma procédural aux dommages concernant les domaines de la santé ou de l’environnement et ce devrait être notamment le cas, à brève échéance, s’agissant des actions relatives au domaine de la santé.

119. Dans le projet qu’il soumet au Parlement, le gouvernement s’est fixé un double objectif : celui d’une efficacité maximale du dispositif au bénéfice des consommateurs d’une part, et celui d’une réelle sécurité juridique pour les entreprises, d’autre part.

120. Il s’agit d’un enjeu important pour renforcer la confiance des consommateurs et conforter, ce faisant, la consommation comme principal moteur du dynamisme économique national. ■

⁹ Article L. 464-2 : *“IV.- Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d’autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l’article L. 420-1 s’il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d’information dont l’Autorité ou l’administration ne disposaient pas antérieurement. À la suite de la démarche de l’entreprise ou de l’organisme, l’Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l’économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l’exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l’entreprise ou l’organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l’entreprise ou à l’organisme et au ministre, et n’est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l’Autorité peut, si les conditions précisées dans l’avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l’établissement de l’infraction.”*

Jean-Patrice DE LA LAURENCIE
jpdelaurence@noos.fr

Avocat au barreau de Paris

Joffrey SIGRIST
j.sigrist@pomona.fr

Juriste, Groupe Pomona

Michel PONSARD
m.ponsard@uggc.com

Avocat au barreau de Paris, UGGC

Michaël COUSIN
michael.cousin@ashurst.com

Avocat au barreau de Paris, Ashurst

Abstract

This article brings together contributions from the second panel of the AFEC's General Assembly of 20 June 2013 in Paris dedicated to the regulation of commercial practices.

Ce dossier réunit les contributions de la seconde table ronde de l'assemblée générale de l'AFEC du 20 juin 2013 à Paris, dédiée à la régulation des pratiques commerciales.

TR 2. La régulation des pratiques commerciales – Une réforme du droit français en attendant le droit européen ?

INTRODUCTION

Jean-Patrice DE LA LAURENCIE

Avocat au barreau de Paris

1. C'est un honneur dont je remercie les organisateurs, mesdames les professeures Laurence Idot et Muriel Chagny, que d'animer cette table ronde qui s'écarte du thème principal de la journée – un honneur redoutable car, arrivant en fin de journée, mon principal devoir sera d'être désagréable pour respecter le temps qui nous reste !

2. Mais, le sujet en valant la peine, je ne doute pas que cette contrainte incitera les intervenants à être percutants – ce qui ne sera pas difficile, vu leurs talents ! Cela me permet de vous les présenter immédiatement :

→ Michaël Cousin, avocat au barreau de Paris, *counsel* du cabinet Ashurst ;

→ Michel Ponsard, avocat au barreau de Paris, associé du cabinet UGGC ;

→ Joffrey Sigrist, juriste du Groupe Pomona.

3. Notre sujet étant extrêmement vaste, nous avons convenu tous les quatre de le circoncrire, en nous focalisant sur les thèmes d'actualité.

4. Un sujet extrêmement vaste, mais toujours d'actualité : la régulation des pratiques commerciales (restrictives de concurrence, "PCR", cela va de soi ici – les mêmes qu'on baptise "pratiques commerciales déloyales", "PCD", à Bruxelles) est à l'ordre du jour depuis des dizaines d'années – l'interdiction de la revente à perte a cinquante ans cette année ! – elle couvre deux chapitres du code de commerce et on ne compte plus les lois, règlements, circulaires, codes de bonne conduite et avis qui se sont succédé sur la question, manifestement sans épuiser le sujet, puisque le projet de loi "consommation" comporte plusieurs dispositions touchant les PCR. Elles sont certes secondaires par rapport à celles sur l'action de groupe, mais cette énième réforme mérite qu'on s'y intéresse aujourd'hui, pour deux raisons au moins :

→ si la loi intervient à nouveau, c'est qu'il y a encore des problèmes à résoudre ;

→ il y a – c'est de l'actualité immédiate – un élargissement de la problématique au niveau européen, avec le récent livre vert de la Commission sur les PCD. L'AFEC a émis un avis circonstancié sur ce projet en avril dernier, vous le trouverez sur le site de l'AFEC (et un résumé vous en a été distribué à l'entrée de la salle).

5. Pour tenter de faire une présentation vivante et ciblée de ce vaste sujet, nous avons convenu de sélectionner les trois thèmes suivants :

9. Quant au régime de l'action de groupe, présenté comme un *opt-in*, que penser de l'introduction, par un amendement du 13 juin, d'une procédure simplifiée destinée aux consommateurs "identifiables" (art. L. 423-4-1 nouveau) aux termes de laquelle ces derniers peuvent, le cas échéant, "renoncer" au bénéfice de la condamnation à indemnisation prononcée par le juge ?

10. La détermination des titulaires de l'action suscite d'autres questions, que fait surgir le libellé de l'art. L. 423-16 du projet de loi. S'agit-il d'une ou de plusieurs associations ? Surtout, l'exclusion des avocats dans la représentation du groupe peut-elle être admise ?

II. Le mécanisme et l'efficacité de l'action de groupe

11. Il conduira à s'interroger, notamment, sur la spécialisation des juridictions et l'attribution de ce contentieux de masse à certains tribunaux de grande instance, tandis que les actions individuelles en réparation pourront être portées comme auparavant devant les juridictions consulaires.

12. L'organisation de la procédure, ensuite, répond-elle aux objectifs d'efficacité et de célérité recherchés par les promoteurs du projet de loi ? En particulier, que penser des phases successives aménagées par ce projet, comme de l'exigence de décisions définitives sur les faits puis sur la responsabilité (art. L. 423-3, al. 4), et du "follow on" obligatoire institué par le projet (art. L. 423-10, al. 1) ?

13. De même, ne peut-on s'interroger sur la cohérence de ce projet, qui affirme l'autorité de chose jugée ou décidée des décisions prononcées par les autorités de concurrence ou les juridictions des États membres, dès lors qu'elles sont définitives, mais limite cet effet aux actions de groupe, cependant que des actions individuelles peuvent aussi être engagées à la suite des décisions de sanction prises par les régulateurs ?

14. Que penser, également, s'agissant des actions individuelles, de l'effet interruptif de prescription pour l'action civile, résultant de la saisine de l'Autorité de la concurrence ou d'une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre (art. L. 462-7 du code de commerce tel que modifié par le projet de loi) ?

15. Les aspects financiers de l'action de groupe suscitent d'autres questions. Il en est ainsi des dispositions relatives au financement de la procédure par la condamnation provisionnelle des entreprises défenderesses (art. L. 423-3, L. 423-4) et, d'une manière plus générale, de l'impact de l'action de groupe sur les sociétés défenderesses, au regard des principes de sécurité juridique et de prévisibilité. L'encadrement strict de l'action, comme les pouvoirs confiés au juge, apporte-t-il une réponse satisfaisante à ces interrogations ?

III. L'interaction de l'action de groupe avec les procédures négociées que sont la clémence et la non-contestation de griefs, mais aussi les solutions alternatives à l'action de groupe pour l'indemnisation de préjudices de masse

16. À cet égard, doivent être citées, d'un côté, la "marchandisation" de la créance de dommages que permet la cession du droit d'action détenu par les consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles, à des sociétés commerciales – telle la société belge CDC dont la qualité à agir a été reconnue par les juridictions allemandes dans l'affaire du *cartel du ciment* –, de l'autre, le recours à la médiation, dont l'intérêt est souligné par le projet de loi (art. L. 423-8 et L. 423-9).

17. Il est temps de conclure ces propos introductifs, et de laisser la parole à nos intervenants. ■

Les réformes du droit de la concurrence en question | Vers une action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles : Une première étape ?

L'ACTION DE GROUPE POUR LES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS : SANCTIONNER OU DISSUADER ?

Hervé LE BORGNE

Vice-président, UFC-Que choisir

1. Mon propos sera plus militant que juridique, tant d'éminents juristes contribuent à ce débat.

2. Pour l'essentiel, l'UFC-Que choisir apprécie la pertinence et la cohérence de ce projet de loi, pour introduire – enfin – l'action de groupe en France.

3. C'est en effet une action qui n'ajoute pas des droits nouveaux, mais qui vise à garantir l'effectivité de l'application des droits existants – et pas seulement de l'accès au juge, comme l'a bien expliqué Soraya Amrani-Mekki. Quant au panorama très complet présenté par Sylvia Pietrini, nos propres inspirations, dans les pays étrangers, étaient plutôt les modèles en vigueur respectivement au Canada et au Portugal.

4. L'UFC-Que choisir est principalement attachée à l'efficacité du dispositif, tant notre mouvement a connu des déceptions avec les voies existantes.

5. Pour ce faire, des améliorations et des alternatives nous paraissent utiles :

→ d'abord, mieux maîtriser les délais de procédure ;

→ ensuite, alléger la charge des associations ;

→ enfin, compter aussi sur des mécanismes extrajudiciaires.

I. Une action de groupe plus efficace

6. Une procédure praticable : notre association a une riche expérience en actions judiciaires pour suppression de clauses abusives, qui sont littéralement épuisantes – les entreprises défenderesses modifient leurs contrats en cours de procédure, pour échapper à toute condamnation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui ne permet de sanctionner que les clauses effectivement incluses dans des contrats à venir.

7. Une procédure rapide : l'UFC-Que choisir a vécu également le décourageant parcours de l'action en représentation conjointe – ou ses équivalents –, avec la tentative de faire indemniser les consommateurs victimes de l'entente des trois opérateurs de téléphonie mobile (douze ans de procédure, 20 millions de victimes, 60 000 consommateurs inscrits, 12 500 dossiers constitués, 500 000 € de dépenses pour l'UFC-Que choisir). C'est pourquoi nous approuvons la formule simplifiée introduite par amendement, même si elle est parfaite.

II. Une procédure plus neutre

8. L'UFC-Que choisir ne veut pas avoir la charge de l'exécution de la décision judiciaire. En effet, ce fardeau est considérable, et pas seulement en termes financiers (dont on peut penser qu'ils sont supportés par l'entreprise condamnée). Il faut également disposer d'expérience et de ressources en termes de pilotage des opérations (moyens logistiques, management des collaborateurs, maîtrise des processus). Une seule association en France – peut-être deux – aurait la capacité de conduire une action de groupe, dans la configuration initiale du projet. Une telle perspective est malsaine.

9. C'est la raison pour laquelle nous avons suggéré le recours systématique à un auxiliaire de justice, désigné par le juge, pour cette mission. Nous tenons à ce que cette activité soit réservée à une profession réglementée, voire à un officier ministériel (par exemple, les huissiers).

III. Des alternatives moins aléatoires

10. La transaction est un procédé que nous avons largement éprouvé. Notre expérience – notamment, là encore, en matière de clauses abusives – montre que nous obtenons des résultats, avant ou pendant un procès, en négociant avec les entreprises visées. Celles-ci trouvent intérêt à négocier avant décision, dans un nombre significatif de cas. C'est une démarche dans laquelle nous gardons la maîtrise des enjeux. C'est d'ailleurs une des différences avec la médiation, dans laquelle on s'en remet à un tiers. Avec la transaction, nous pouvons garantir la préservation des intérêts des consommateurs. L'exemple du CFF (dont parlera Anne Outin-Adam) illustre une médiation réussie, mais dans laquelle on aura finalement beaucoup transigé ensuite...

11. L'efficacité de l'action de groupe, nous l'attendons surtout de son effet dissuasif. Il nous paraît vraisemblable – en tout cas souhaitable – qu'une régulation des pratiques s'instaure, au moins dans les très grandes entreprises, dès lors que des procédures auront été engagées et menées à leur terme. Les conséquences en frais de procédure, en coût d'indemnisation, et en altération d'image, devraient pouvoir contrecarrer certaines stratégies condamnables. Ainsi, peut-être la plus grande réussite de l'action de groupe, à terme, sera-t-elle l'exemplarité. ■

Les réformes du droit de la concurrence en question | Vers une action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles : Une première étape ?

L'ACTION DE GROUPE: UN MÉCANISME À CIRCONSCRIRE

Anne OUTIN-ADAM

Directeur des politiques législatives et juridiques, CCI Paris Île-de-France

Céline DELACROIX

Juriste, CCI Paris Île-de-France

1. Les entreprises n'ont jamais été favorables à l'introduction de l'action de groupe en droit français, mais cela n'a jamais signifié pour autant qu'elles refusent leur responsabilité ou ne se préoccupent pas des attentes de leurs clients. Dans un souci de pragmatisme, elles souhaitent éviter à notre société d'entrer dans la voie d'une judiciarisation excessive. Dans cet esprit, nous avons toujours estimé qu'il convient de donner la priorité aux modes alternatifs de règlement des litiges, et tout particulièrement à la médiation en ce qu'elle permet une solution en équité.

2. S'agissant du projet de loi en discussion, les entreprises semblaient avoir trouvé un certain consensus, sous certaines réserves, autour du texte initial, *via* les travaux préliminaires du Conseil national de la consommation. En revanche, aujourd'hui, le texte issu de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale rompt cet équilibre en plaçant les entreprises dans une totale insécurité juridique particulièrement à travers l'introduction d'une procédure simplifiée.

I. Champ d'application et régime d'accès à l'action de groupe

1. Le choix d'inclure les pratiques anticoncurrentielles dans le champ d'application de l'action de groupe

3. En matière de concurrence, on rappellera que le montant des sanctions administratives prononcées par les autorités de concurrence – qui ces dernières années ont considérablement augmenté – prend déjà en compte une partie des préjudices subis, notamment à travers le surprix, ce qui explique une forte résistance de la part des entreprises.

4. Par ailleurs, nous sommes particulièrement préoccupés par le point de savoir comment une entreprise qui aura participé à une entente et qui se verra ensuite attrait devant le juge civil, *via* une action de groupe, sera certaine qu'elle ne sera pas conduite à réparer au-delà du préjudice subi. Prenons un exemple : que se passera-t-il si l'entreprise en cause négocie une transaction avec les acheteurs directs et qu'elle se trouve ensuite soumise à une action de groupe par les consommateurs ? Ne risque-t-elle pas de réparer deux fois le préjudice ?

5. Autre remarque, les dispositions transitoires de l'art. 2 -III rendent possible l'introduction d'une action de groupe pour les affaires ayant fait l'objet d'une décision qui ne sera pas encore définitive à la date de promulgation de la loi. Or, ce dispositif est très pénalisant pour les entreprises, car les sanctions prononcées avant la promulgation de la loi ont, compte tenu de la pratique décisionnelle, d'ores et déjà tenu compte de la difficulté des consommateurs à obtenir réparation. Pour ces affaires, le risque est donc grand que les entreprises réparent deux fois le même préjudice. Selon nous, il convient donc de modifier le texte de sorte que l'action de groupe ne puisse intervenir sur les affaires portant sur le contentieux des pratiques anticoncurrentielles toujours en cours, avant la date de promulgation de la loi.

2. Le choix de l'*opt-in*

6. Nos principes sur cette question n'ont pas varié : la technique de l'*opt-out* porterait atteinte au principe procédural selon lequel nul ne plaide par procureur. On soulignera d'ailleurs que ce point de vue est partagé par le Conseil constitutionnel qui, dans une décision du 25 juillet 1989, a considéré que le mécanisme par lequel un syndicat pouvait agir en justice pour le compte d'un salarié n'était conforme à la constitution qu'"à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à son action".

7. En conséquence, un système d'*opt-in* est davantage compatible avec le modèle processuel français ; en outre, ce système est majoritaire en Europe. J'ajouterai que les travaux du CNC ont permis de dégager un consensus sur la nécessité d'encadrer l'action de groupe *via* la procédure de l'*opt-in*, que ce soit du côté des associations de consommateurs ou du côté des professionnels, et le projet de loi de départ a tenu compte de cette demande. Mais quelle n'a pas été notre surprise de voir introduite la procédure d'action de groupe simplifiée résultant de l'amendement 654 qui crée un nouvel art. L. 423-4-3.

8. Clairement, cette procédure introduit un système d'*opt-out* en ce qu'elle fait référence à des consommateurs identifiables qui peuvent renoncer au bénéfice de cette action. Par ailleurs, comment peut-on condamner le professionnel sous astreinte "à indemniser directement et individuellement", sans contourner l'obligation d'attendre que la décision soit devenue définitive, principe que rappelle pourtant le même

amendement. De surcroît, le champ d'application de cette procédure n'est absolument pas encadré, il est potentiellement très large. À la lecture de ce texte, il ne fait donc pas de doute que le régime simplifié qui nous est proposé deviendra le régime général, alors qu'il est présenté comme un régime dérogatoire !

3. Que penser de l'exclusion des PME du champ de l'action de groupe ?

9. Ils s'agit ici de se limiter au seul domaine de la consommation et les entreprises ne sont pas des consommateurs.

10. D'une manière générale dans les relations entre professionnels, il peut arriver que les rapports de force soient parfois très rudes. Des procédures d'action de groupe s'avéreront longues et coûteuses et peu adaptées à la vie des affaires, qui a besoin de stabilité et de sécurité. Il est donc préférable de privilégier la voie de la médiation dans les rapports entre professionnels. Il va sans dire que la médiation est plus rapide qu'un procès, qu'elle aboutit à une solution librement choisie par les parties et préserve surtout l'avenir lorsque les liens commerciaux ont vocation à durer. En tout état de cause, il convient d'attendre l'aboutissement de la toute récente proposition de directive régissant les actions en dommages et intérêts en matière de concurrence.

II. Mécanisme et efficacité de la procédure

1. Sur l'exigence de décisions définitives sur les faits puis sur la responsabilité

11. L'exigence d'une décision définitive des autorités de concurrence pour introduire l'action de groupe est primordiale. Toute option contraire entraînerait une grande insécurité : on pourrait se trouver en effet dans l'hypothèse où une entreprise aurait réparé alors que la pratique ne serait finalement pas avérée. Une telle approche revient à établir une présomption de faute civile. De plus, cela rendrait le recouvrement des indemnisations quasi impossible, sans compter les coûts de procédure engendrés.

12. Il faut donc maintenir le principe de l'action de suite (*follow on*) : l'action de groupe ne peut être introduite qu'une fois que la décision de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission est définitive, la recevabilité de l'action étant nécessairement conditionnée à l'existence d'une décision constatant les manquements de caractère définitif.

13. De même, nous attirons l'attention sur la nouvelle rédaction de l'al. 2 de l'art. L. 423-10 via l'amendement 656 : *"Dans ces cas, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour l'application de l'article L. 423-3."* En effet – et la motivation de l'amendement est inquiétante –, il faut prendre garde à ce que – par une sorte de tour de passe-passe – on ne contourne pas complètement le lien de causalité.

2. Sur la preuve

14. L'art. L. 423-3, al. 3, précise *"qu'à tout moment de la procédure, le juge peut ordonner toute mesure d'instruction nécessaire à la conservation des preuves et de production de pièces, y compris celles détenues par le professionnel"*. Or, on ne comprend pas bien l'utilité de cette règle dans la mesure où c'est le code de procédure civile qui trouvera à s'appliquer. Il y a là un problème d'éparpillement des textes qui générera aussi un véritable problème de lisibilité.

3. Sur les mesures de publicité

15. En matière de concurrence, l'amendement 687 précise que *"[l]e juge peut ordonner l'exécution provisoire du jugement mentionné à l'article L. 423-3 pour ce qui concerne les seules mesures de publicité, afin de permettre aux consommateurs de se déclarer dans le délai imparti"*.

16. En toute occurrence, il est impératif que, compte tenu du fait que les voies de recours portant sur le jugement en responsabilité continuent à courir, les mesures de publicité ne portent en aucun cas sur le montant des réparations allouées, dans la mesure où cette donnée n'est pas définitive.

17. Au demeurant, plus généralement, s'agissant des mesures de publicité mises en œuvre une fois que la décision est définitive, il faudrait prévoir un mécanisme de *guidelines* pour les juges qui garantisse une parfaite objectivité, de sorte que justement il ne soit pas porté inutilement atteinte à la réputation des entreprises.

III. Interaction avec les procédures négociées : L'articulation de l'action de groupe avec la clémence

18. En matière de clémence, il faut avoir conscience qu'il existe un risque que le demandeur de l'immunité soit exposé plus tôt que les autres participants à l'entente à des poursuites civiles dans la mesure où la décision devient en principe définitive à son égard dès la fin des délais de recours contre la décision de l'autorité de concurrence. Il est en effet peu concevable qu'un demandeur à l'immunité exerce un recours. Il est donc essentiel de protéger l'accès aux documents collectés dans le cadre d'une procédure de clémence. Pour autant, les récents développements jurisprudentiels de la Cour de justice ne sont pas sans susciter quelques inquiétudes.

19. En effet, après l'arrêt *Pfleiderer* du 14 juin 2011, qui renvoie aux règles nationales quant à l'accès aux dossiers, on pouvait penser que la protection des programmes de clémence allait pouvoir être prise en compte, mais l'arrêt de la CJUE *Donau Chemie* du 6 juin 2013 vient déplacer cet équilibre en faveur des actions en réparation en précisant que toute demande d'accès aux documents en question doit faire l'objet d'une appréciation, au cas par cas, tout en prenant en compte tous les éléments de l'affaire.

20. On rappellera qu'aux États-Unis, le recours à la clémence permet de protéger le demandeur des *treble damages* dans le cadre des actions civiles. Aussi, si l'on souhaite inciter les entreprises à entrer dans la clémence, il serait pour le moins indispensable de promettre au premier bénéficiaire, en plus de l'immunité, une responsabilité civile allégée par laquelle on supprime la solidarité en le rendant responsable des seuls dommages qu'il a causés. C'est d'ailleurs le dispositif préconisé par la proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts en matière de concurrence. Cette solution consisterait donc à limiter leur responsabilité civile au seul préjudice causé par les entreprises qui ont obtenu l'immunité. Cela étant, cette solution ne va pas de soi lorsque l'on réfléchit aux implications d'une telle évolution. Ainsi, il est impératif que cette adaptation de la règle de la solidarité ne se traduise pas, du côté des autres participants à l'entente, par l'attribution de dommages punitifs. D'où, on le voit bien, la difficulté fondamentale à articuler le «public» et le «private enforcement».

IV. Les solutions alternatives : La médiation

21. La médiation est un mode amiable de règlement des différends qui offre une sphère de confidentialité et de confiance permettant aux parties de négocier et de trouver, par elles-mêmes, une solution mutuellement acceptable à leur différend. Indépendant, impartial et neutre, le médiateur organise ces échanges sans intervenir sur le fond du conflit, laissant pleine liberté aux parties pour décider de l'issue à réserver à leurs difficultés, dans le respect de leurs intérêts respectifs.

22. Très en amont, le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) près la CCI Paris Île-de-France a, il y a trois ans, mis en place un règlement de médiation collective (<http://www.cmap.fr>) qui a, depuis lors, fonctionné à plusieurs reprises. J'évoquerai notamment l'affaire des *taux variables du crédit foncier* à laquelle l'UFC-Que choisir a été partie prenante à côté de l'AFUB (Association française des usagers de banque). La médiation a, en l'occurrence, permis de régler en seulement cinq mois de discussion une affaire sensible (bref rappel des faits : 15 000 emprunteurs avaient opté pour des produits de prêts à taux variable vendus comme «capés» mais qui en réalité ne l'étaient pas ; à la suite d'une brusque remontée des taux, nombre de clients s'étaient retrouvés dans l'incapacité de faire face à l'augmentation de leurs mensualités). Ainsi, l'établissement bancaire et les associations de consommateurs ont su prendre en main leur conflit, avec l'aide de leurs avocats, autour d'un médiateur chevronné du CMAP. ■

Les réformes du droit de la concurrence en question | Vers une action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles : Une première étape ?

LE POINT DE VUE DE L'AVOCAT

Mary-Claude MITCHELL

Avocate au barreau de Paris, LPLG AVOCATS

1. Les observations qui suivent s'articulent autour de trois thèmes sélectionnés pour ce panel, concernant respectivement le champ d'application et le régime d'accès à l'action de groupe (I.), le mécanisme et l'efficacité de l'action de groupe (II.), enfin les interactions de l'action de groupe avec les procédures négociées (III.).

I. Champ d'application et régime d'accès à l'action de groupe

1. Choix d'inclure les pratiques anticoncurrentielles dans le champ d'application de l'action de groupe

1.1. Problème de l'évaluation du préjudice subi par les consommateurs

2. Il sera effectivement difficile pour le Juge de procéder à une telle évaluation, en particulier s'agissant :

- d'ententes portant sur de simples échanges d'informations ;
- d'ententes ayant un objet anticoncurrentiel, et interdites *per se*, dont les effets ne seront pas mesurés par l'Autorité de la concurrence ;
- d'ententes de prix, notamment lorsqu'elles se situent au niveau des producteurs et ne produisent qu'un effet indirect sur le consommateur.

Illustration : L'affaire des *endives*

3. Dans sa décision, l'Autorité relève que l'effet sur les prix de cette entente a été limité par la puissance d'achat de la grande distribution. Dans ce contexte, comment mesurer le préjudice subi par le consommateur ? Le préjudice arrêté par le tribunal sera-t-il uniforme pour chaque consommateur ou fonction du nombre d'actes d'achat de chaque consommateur ? Faudra-t-il que chaque consommateur apporte la justification de ses achats (preuve quasi impossible à apporter, sachant que l'entente a duré quatorze ans) ?

4. Cette affaire illustre les difficultés concrètes auxquelles se heurtera le juge saisi d'une action de groupe. Le guide pratique de la Commission sur la quantification des préjudices dans les actions en dommages et intérêts, fondées sur les infractions aux art. 101 et 102 du traité, ne sera à cet égard de d'une aide très limitée pour le juge.

5. Ce guide pratique n'est pas spécifique aux actions de groupe, il est ciblé sur les actions formées par les entreprises victimes ; enfin, il ne se veut pas un outil scientifique exact et la Commission prend, au contraire, le soin d'insister sur le fait que c'est un outil très approximatif et incertain.

6. Il conviendra, pour l'ensemble de ces raisons, que l'Autorité, dans ses décisions, s'intéresse davantage aux effets des pratiques anticoncurrentielles sur les consommateurs.

1.2. Problème de la répartition de l'indemnisation entre les différents membres de l'entente

7. Comment le juge affectera-t-il l'indemnisation, d'une manière générale, et en particulier dans les affaires où une ou plusieurs parties à l'entente auront opté pour une procédure négociée, ou encore auront négocié avec l'association requérante de consommateurs au travers d'une procédure de médiation ?

8. La question se pose par ailleurs de savoir si l'association requérante pourra choisir d'introduire l'action de groupe que contre l'une ou une partie des entreprises ayant participé à une entente.

9. Dans un tel cas, l'entreprise poursuivie se verra-t-elle condamner à la totalité de l'indemnisation du préjudice subi par les consommateurs – ce qui l'obligera ensuite à se retourner contre les autres –, ou ne sera-t-elle condamnée qu'au prorata de sa participation à l'entente ?

10. Il serait opportun que le doute soit levé sur ces différents points et que le projet de loi assure une égalité de traitement entre les entreprises parties à une entente.

2. Le choix de l'*opt-in*

11. Une chose est certaine, c'est que la voie tracée dans le projet de loi entre l'*opt-in* et l'*opt-out* n'est pas clairement tracée. Il suffit, pour s'en convaincre, d'évoquer les propos du rapporteur du projet devant la Commission des lois : *"Le texte vise à dépasser la logique binaire entre opt-in et opt-out, même si la procédure relève plutôt de l'opt-in : au final, c'est bien au consommateur de se manifester pour adhérer au groupe. Il est également vrai que la phase initiale comporte une sorte d'opt-out virtuelle."* *Opt-in, opt-out*, peu nous importe.

12. Ce qui est sûr, en revanche, c'est que le fait que les consommateurs n'aient à se manifester volontairement qu'après que le jugement du tribunal de grande instance soit devenu définitif soulève un problème de prévisibilité du nombre de consommateurs à indemniser, et donc du montant des dommages et intérêts.

3. Bénéficiaires de l'action de groupe

3.1. Une ou plusieurs associations ?

13. À la lecture du projet, on a le sentiment que l'action de groupe n'est ouverte qu'à une association de consommateurs. Le projet n'évoque en effet littéralement que l'action initiée par "une association" de défense des consommateurs ou "l'association requérante".

14. Par opposition, et cela vient renforcer ce sentiment, l'art. L. 423-16 prévoit que "toute" association de défense des consommateurs agréée et représentative peut demander au juge sa substitution dans les droits de l'association requérante, si celle-ci est défaillante pendant la procédure. D'où la question suivante : selon quels critères vont se déterminer les associations pour agir ? Concertation, course contre la montre, surenchère ?

15. Il ne faudrait pas que les associations de consommateurs représentatives et agréées soient incitées à sauvegarder leurs propres intérêts plutôt que ceux des consommateurs. Il est, de ce point de vue, également regrettable que le projet de loi ne s'intéresse pas à l'intérêt à agir de chaque association requérante, notamment au regard de son objet, et présume la recevabilité de l'action de toute association représentative et agréée.

3.2. Les consommateurs

16 L'action de groupe est censée être exercée au bénéfice des consommateurs. Il convient toutefois de souligner que les consommateurs sont dépossédés de la maîtrise de la procédure.

17. D'une part, le texte ne prévoit pas qu'un nombre minimal de consommateurs doit agir aux côtés de l'association requérante (le rapporteur du projet a indiqué que cela allait de soi...). D'autre part, la procédure de médiation est ouverte à l'association requérante, mais les consommateurs n'y joueront aucun rôle.

18. Par ailleurs, la question de savoir si un consommateur, ne souhaitant pas adhérer au groupe, pourra agir individuellement n'est pas clairement tranchée dans le projet et mériterait d'être précisée. L'ajout dans le texte, à l'art. L. 423-3, selon lequel le juge... détermine notamment si les consommateurs doivent s'adresser au professionnel, directement ou par l'intermédiaire de l'association pour la réparation de leurs préjudices, contribue au doute que l'on ressent à la lecture du projet, et qui mériterait donc d'être levé.

II. Mécanisme et efficacité de l'action de groupe

1. Efficacité de l'action de groupe : problème des délais

19. Le déroulement de la procédure exige ou prévoit :

- une décision définitive de l'autorité de concurrence ou du juge ;
- un délai de cinq ans pour agir ;
- un jugement définitif du tribunal de grande instance ;
- une publicité du jugement (qui peut être ordonnée au moyen de l'exécution provisoire dès le stade du jugement) ;
- un délai d'adhésion au groupe fixé par le tribunal dans son jugement, compris entre trente jours et six mois après la décision définitive (à noter : le délai minimal a été porté à deux mois par amendement devant l'Assemblée nationale) ;
- un délai de récupération par les consommateurs qui adhèrent à l'action ;
- un second jugement du tribunal pour les contestations éventuelles.

20. Les délais induits par cette procédure laissent perplexe sur l'opportunité pour les consommateurs de se joindre à une action de groupe.

Illustration : l'affaire des parfumeurs

21. Le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de cette affaire en 1998, la décision du Conseil est intervenue en 2006, et cette décision n'est, en 2013, pas définitive, puisqu'une nouvelle cassation vient d'intervenir.

22. La procédure a déjà duré quinze ans, et si une action en dommages et intérêts devait être engagée dans cette affaire, elle n'aurait plus grand sens par rapport à l'ancienneté des faits et à la difficulté pour les consommateurs d'apporter la justification de leurs préjudices.

2. La procédure simplifiée

23. Pour pallier les impacts négatifs attachés à la durée de la procédure, le projet de loi a été amendé et, pour les affaires les plus simples, une procédure d'action de groupe simplifiée y a été introduite.

24. La particularité de cette procédure est d'exclure la possibilité de recours ordinaires ou de pourvois en cassation, pour les affaires dans lesquelles les consommateurs sont "identifiables". Dans un tel cas, le juge peut condamner sous astreinte le professionnel à les indemniser directement et individuellement. Les entreprises se sont émues, à juste titre, de l'introduction de cette procédure simplifiée.

25. Que recouvre en effet la notion de consommateurs “identifiables”, et, dans la pratique, la procédure simplifiée ne deviendra-t-elle pas la procédure généralement applicable aux actions de groupe, au prétexte que les consommateurs seraient dans tous les cas identifiables ?

26. Il semblerait plus logique et conforme au principe de sécurité juridique que cette procédure simplifiée ne soit applicable que lorsque les consommateurs sont “identifiés” (à noter : le projet a été amendé en ce sens lors des débats de l’Assemblée nationale...).

3. Autorité de la chose jugée/décidée

27. Conformément à l’art. L. 423-10, la décision définitive des autorités de concurrence ou des juridictions nationales ou de l’Union réputée établis de manière irréfragable les manquements du professionnel pour l’exercice de l’action de groupe. La solution est conforme à la proposition de directive de la Commission.

28. Toutefois, on a le sentiment, à la lecture de l’art. L. 423-3, que cette présomption irréfragable de responsabilité s’étend au préjudice subi par les consommateurs. Ce n’est pas – logiquement – la solution que consacre la proposition de directive de la Commission.

29. En son art. 7, elle précise que “[l]es États membres veillent à ce qu’en cas d’infraction prenant la forme d’une entente, il soit présumé que ladite infraction a causé un préjudice. L’entreprise contrevenante a le droit de renverser cette présomption”.

30. Il nous semblerait opportun de prévoir expressément dans le projet de loi une telle possibilité de renverser la présomption d’existence d’un préjudice, et ce, tant dans le cadre de la procédure classique que dans celui de la procédure simplifiée. Petite observation complémentaire : le projet de loi évoque la constatation d’un manquement aux règles de concurrence (art. L. 423-10) par les autorités de concurrence ou les juridictions.

31. Plus loin, est évoquée l’insertion d’un alinéa à l’art. L. 462-2 du code de commerce, portant sur l’interruption de la prescription de l’action civile attachée à la saisine des seules autorités de concurrence. Il y a là une contradiction qu’il conviendrait de résoudre.

4. Aspects financiers et impacts de l’action de groupe pour les entreprises

32. Le projet de loi comporte tout un arsenal de conséquences financières pour les entreprises : paiement d’une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens, y compris ceux afférents à la désignation d’une personne qui assistera l’association pour procéder à la réception des demandes d’indemnisation, consignation d’une partie des sommes dues par le professionnel, prise en charge des frais de publicité, etc. Une observation additionnelle doit être faite à cet égard, qui concerne les dispositions transitoires figurant dans le projet de loi.

33. Un art. L. 211-15 serait ajouté au code de l’organisation judiciaire, selon lequel l’action de groupe ne pourra être exercée à l’égard des manquements ayant fait l’objet d’une décision définitive avant la date de publication de la loi.

34. En clair, et *a contrario*, cela signifie que toutes les affaires en cours et non définitivement jugées à la date de publication de la loi, lesquelles portent par hypothèse sur des manquements antérieurs à la loi, pourront donner lieu à une action de groupe. En annexe à l’étude d’impact jointe au projet de loi figure une liste de onze affaires en cours concernées par cette règle.

35. C’est, autrement dit, un principe de rétroactivité de la loi qui est ainsi consacré. Il nous semble qu’il serait plus juste de prévoir que la loi nouvelle sera applicable aux seuls manquements postérieurs à son entrée en vigueur.

III. Interaction de l’action de groupe avec les procédures négociées

36. Le projet ne s’intéresse guère à ce sujet, si ce n’est qu’il prévoit la possibilité pour le juge “à tout moment de la procédure, d’ordonner toutes mesures d’instruction nécessaires à la conservation des preuves et de production de pièces, y compris celles détenues par le professionnel”.

37. Cette disposition, si elle devait être adoptée, poserait le problème de la production des pièces afférentes aux procédures de clémence ou de non-contestation des griefs. D’un côté, l’intérêt pour les consommateurs de recevoir la juste indemnisation de leurs préjudices, de l’autre, la nécessité, partagée par la Commission européenne et l’ensemble des autorités nationales de concurrence, d’inciter les entreprises parties à des cartels à coopérer avec les autorités de concurrence.

38. Une telle incitation suppose qu’une certaine protection soit attachée aux déclarations et, le cas échéant, aux pièces qui les accompagnent, des entreprises s’engageant dans une procédure de clémence ou de non-contestation des griefs. L’art. L. 462-3 du code de commerce, issu de la loi du 20 novembre 2012, assortit d’une totale confidentialité les pièces élaborées ou recueillies dans le cadre des seules procédures de clémence.

39. Toutefois, l’objet de cette disposition est limité à la communication de ces pièces par l’Autorité de la concurrence au juge qui lui en ferait la demande.

40. Le projet de loi, en ce qu’il prévoit une possibilité générale pour le juge d’enjoindre la production de toutes pièces, y compris celles détenues par le professionnel, se heurte au principe posé par l’art. L. 462-3 du code de commerce, et ne règle pas la question vis-à-vis du professionnel qui, ayant participé à une procédure de clémence, détient par hypothèse ses propres déclarations et pièces.

41. La proposition de directive de la Commission prévoit, quant à elle, très clairement que les juridictions ne pourront à aucun moment enjoindre la production des déclarations d'entreprises effectuées en vue d'obtenir la clémence ou en vue d'une transaction.

42. Le projet de loi doit impérativement être revu afin de préserver la confidentialité des pièces relatives à ces deux procédures négociées. ■

Les réformes du droit de la concurrence en question | Vers une action de groupe en droit des pratiques anticoncurrentielles : Une première étape ?

UNE MISE EN PERSPECTIVE DU PROJET FRANÇAIS AVEC LES EXPÉRIENCES ÉTRANGÈRES

Silvia PIETRINI

Maître de conférences, université de Lille-II

I. Champ d'application et régime d'accès à l'action de groupe

1. Sur le choix d'inclure les pratiques anticoncurrentielles dans le champ d'application de l'action de groupe

1. Le choix d'inclure les pratiques anticoncurrentielles dans le champ d'application de l'action de groupe s'insère dans un mouvement de "privatisation" du droit de la concurrence. En Europe, des pays tels que l'Italie, le Danemark, la Norvège, les Pays-Bas ou encore la Hongrie ont introduit des réformes en ce sens, sous l'influence des réflexions menées par la Commission européenne.

2. Au niveau européen, si le projet de directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit national et européen de la concurrence laisse aux États membres le choix d'instituer ou non des procédures de recours collectif, le projet de recommandation sur les recours collectifs nous rappelle que la concurrence constitue un des domaines où l'action de groupe complète utilement le contrôle public du respect des droits conférés par le droit de l'Union. En l'absence de règles nationales appropriées à ce contentieux de masse, des coûts économiques importants provoqués par les entreprises fautives continueront à être supportés par les victimes de pratiques anticoncurrentielles.

2. Sur le choix d'exclure les entreprises

3. L'action de groupe telle que conçue dans le projet de loi n'a pas vocation à profiter à l'ensemble des acteurs du marché puisque les entreprises ont été exclues du dispositif. Au sein de l'Europe, un certain nombre de pays a fait également le choix de faire bénéficier l'action aux seuls consommateurs (v., à titre d'exemple, l'Espagne et la Pologne). D'autres, en revanche, ont opté pour une application générale de l'action de groupe (v., à titre d'exemple, la Suède, les Pays-Bas, le Danemark). En ce sens, le projet britannique de refonte du Private Enforcement publié en janvier 2013 envisage d'ouvrir la nouvelle action collective aux entreprises sans distinguer entre les petites et moyennes entreprises et les autres entreprises. Le groupe pourrait même être composé à la fois de consommateurs et d'entreprises. Enfin, dans son projet de "paquet Private Enforcement", la Commission européenne est clairement favorable à reconnaître à toute victime le droit d'agir, y compris les personnes morales.

4. L'ouverture de l'action de groupe aux autres acteurs du marché permettrait de remédier aux risques de représailles et aux problèmes d'asymétrie d'information et de moyens financiers auxquels les petites et moyennes entreprises sont confrontées. En outre, il ne faut pas oublier les conséquences découlant de l'exclusion des entreprises du dispositif envisagé. L'arsenal actuel est largement insuffisant, car l'art. L. 470-7 du code de commerce ne protège qu'un intérêt collectif des entreprises. En outre, les entreprises pourraient se tourner vers d'autres solutions qui s'apparentent à des mécanismes de marchandisation des actions – on pense notamment au mécanisme de rachat des créances indemnitaires, qui est proposé par certaines sociétés en contrepartie d'un pourcentage du montant global d'indemnisation octroyé par le juge. Enfin, les entreprises pourraient être tentées d'agir devant les juridictions d'autres États membres tels que les Pays-Bas qui disposent d'outils attractifs pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Dès lors, ne serait-il pas mieux de permettre à ces entreprises d'accéder à l'action de groupe en France au lieu de les pousser à chercher des solutions alternatives ailleurs ?

3. Sur le choix d'un monopole des associations de consommateurs

5. De ce point de vue, la proposition française se révèle très restrictive par rapport à d'autres pays. En effet, au sein et en dehors de l'Europe, on a fait souvent le choix d'ouvrir l'action à une pluralité de personnes, dont les associations. Parfois, il est possible de constituer des entités *ad hoc*. Au Royaume-Uni, le projet de réforme du Private Enforcement en matière de pratiques anticoncurrentielles se limite à préciser que dans la phase de certification de l'action, le juge se prononce sur le caractère adéquat de la représentativité de la personne qui lance l'action. La constitution éventuelle d'entités *ad hoc* ne semble donc pas exclue du mécanisme d'action collective. D'autres pays admettent également la possibilité pour une victime d'agir pour le compte du groupe (v., à titre d'exemple, l'Italie, le Danemark, la Norvège, la Suède). Enfin, certains pays confèrent l'action à une autorité publique. Il peut s'agir notamment du médiateur des consommateurs (*ombudsman*) ou de l'autorité de concurrence. Le recours à l'*ombudsman* constitue une véritable caractéristique de ce qu'on pourrait nommer "le modèle nordique" (Finlande, Danemark, Norvège, Suède). Quant à l'autorité de concurrence, celle-ci peut agir en Australie et au Mexique en représentation d'un groupe de victimes de violation des règles concurrentielles. En Europe, la Hongrie a créé une action d'intérêt public intentée directement par l'autorité de concurrence pour protéger un groupe de consommateurs non identifiés.

En France, des propositions visant à reconnaître le pouvoir de lancer l'action de groupe à une autorité publique indépendante telle que le défenseur des droits ont été élaborées puis abandonnées en 2011. N'oublions pas que le ministère public et le ministre de l'Économie ont déjà des prérogatives en matière de pratiques restrictives.

6. Au niveau européen, le projet de recommandation a une préférence pour le modèle associatif, l'action devant être confiée soit à des entités représentatives officiellement désignées au préalable et remplissant certaines conditions dont la poursuite d'un but non lucratif, soit à des entités agréées au cas par cas par les autorités ou les juridictions nationales d'un État membre. Néanmoins, un groupe de personnes physiques ou morales pourraient agir collectivement en réparation sans passer nécessairement par une association. Pour la première fois, la Commission européenne évoque la possibilité de conférer l'action à une autorité publique, soit en complément, soit en remplacement des actions collectives existantes.

4. Sur le choix de l'*opt-in*

7. La procédure "principale" d'action de groupe semble se caractériser par un mécanisme d'*opt-in*. Dans une approche comparative, si l'on se limite à l'Europe, le système d'*opt-in* est dominant. On constate cependant une évolution depuis quelques années : mis à part le Portugal et la Bulgarie, qui ont transplanté le modèle américain d'*opt-out*, d'autres pays ont décidé de l'aménager. Cela a donné lieu à des mécanismes hybrides. Ainsi, le Danemark a introduit un système d'*opt-out* qui coexiste avec le mécanisme "principal" d'*opt-in*. Seule une autorité publique – le *consumer ombudsman* – peut intenter l'action selon les modalités d'*opt-out* lorsque la valeur du préjudice subi est très faible et l'*opt-in* s'avère inapproprié à la résolution du litige. De même, en Norvège, la procédure d'*opt-out* n'est qu'une alternative (très encadrée) à la procédure d'*opt-in*. Le législateur a laissé le choix, dans un premier temps, à la partie qui introduit l'action, puis au juge qui examine la demande, de déterminer au cas par cas si l'action de groupe sera soumise aux modalités de l'*opt-in* ou à celles de l'*opt-out*. Une action de groupe fondée sur l'*opt-out* sera admise notamment lorsque le dommage individuel causé est d'une faible valeur.

8. Dans la proposition britannique de refonte du Private Enforcement, le Competition Appeal Tribunal a également ce pouvoir souverain d'établir les modalités selon lesquelles l'action collective sera conduite. Néanmoins, l'*opt-out* est réservé aux demandeurs domiciliés au Royaume-Uni, les autres demandeurs ne pouvant qu'adhérer à l'action collective selon les modalités d'*opt-in*.

9. Enfin, le projet de recommandation européenne sur les recours collectifs exclut en principe le recours à l'*opt-out*. Il ne s'agit pas pour autant d'une interdiction absolue. En effet, les législateurs ou des juridictions pourraient prévoir des exceptions, à condition de les justifier par des motifs tenant à la bonne administration de la justice. Dans ce cas, la Commission européenne considère que les modalités pour informer les membres du groupe auraient un rôle fondamental à jouer.

II. Le mécanisme de l'action de groupe dans le domaine de la concurrence

1. Sur le *follow on* obligatoire

10. La première remarque porte sur les conditions requises pour exercer l'action de groupe.

11. Tout d'abord, il faut une décision qui constate un manquement. Si on requiert une décision de sanction, l'action de groupe ne pourra pas être lancée en présence d'une décision d'engagements puisque celle-ci n'est pas une décision de sanction. Mais qu'en est-il des décisions ayant constaté une pratique mineure ou exempté une pratique anticoncurrentielle ? Dans ces cas, il existe une restriction de concurrence qui a causé un dommage, mais, faute de décision de sanction, une association de consommateurs ne semble pas pouvoir lancer une action de groupe. Il faut ensuite que la décision soit définitive, c'est-à-dire que les voies de recours soient épuisées et ce constat doit être postérieur à la publication de la loi. En ce sens, dans le projet de "paquet Private Enforcement", la Commission européenne a affirmé que le recours collectif devrait être introduit après la clôture définitive de la procédure de l'autorité de concurrence.

12. Au-delà de la limitation de l'applicabilité de la loi dans le temps, on peut s'interroger sur l'impossibilité de lancer l'action de groupe avant l'épuisement de toutes les voies de recours contre la décision de l'autorité de concurrence. En effet, s'il faut attendre l'épuisement de toutes les voies de recours, la procédure peut s'avérer très longue. Par ailleurs, selon le projet de loi, la décision définitive peut être prononcée par une autorité ou une juridiction d'un autre État membre. La procédure pourrait alors se révéler, selon les cas, encore plus longue.

13. Il y a alors le risque que les victimes soient *de facto* découragées. Celles-ci garderont-elles les preuves pendant plusieurs années ? Les associations de consommateurs seront-elles prêtes à se lancer dans une procédure complexe dont l'issue est, dès le départ, très incertaine ? Le mécanisme proposé pourrait même inciter à multiplier les recours pour retarder l'action de groupe.

14. Finalement, il existe un risque de mettre en cause l'effectivité du droit à réparation. Cette atteinte se justifie encore moins si le recours concerne une décision prononcée dans le cadre d'une procédure de clémence. Dans ce cas, la faute est établie et ne sera pas remise en cause. Dès lors, pourquoi faudrait-il subordonner l'action collective au caractère définitif de l'action publique ?

15. Dans une optique comparative, le tribunal de première instance de La Haye vient de rendre un arrêt intéressant à ce sujet dans le volet privé du cartel des cires de paraffine, sanctionné en 2008 par la Commission européenne. Dans l'affaire *CDC/Shell et al.*, les défendeurs avaient invoqué la nécessité d'attendre le prononcé d'une décision

définitive de la CJUE, sur la base de la jurisprudence *Masterfoods* et de l'art. 16 de la communication sur la coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales. Mais, dans une décision du 1^{er} mai 2013, le Tribunal de La Haye a réfuté cet argument. Selon le juge néerlandais, il faut tenir compte des principes du procès équitable, notamment du principe d'effectivité tel qu'énoncé par la CJCE dans le célèbre arrêt *Courage*. Ces principes seraient violés de manière inacceptable s'il fallait attendre une décision définitive de l'autorité de concurrence. En effet, il est raisonnable de penser qu'il faudra attendre plusieurs années avant que la décision devienne définitive. À cela, il faut ajouter le nombre d'années qui s'écouleront avant que la décision rendue dans le cadre de l'action en réparation ne soit plus susceptible de recours. Certes, les défendeurs ont un intérêt légitime à une suspension de l'action privée lorsqu'il existe un recours contre la décision de l'autorité de concurrence. Néanmoins, cette suspension doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas. Autrement dit, l'approche doit être pragmatique. Ainsi, au cas d'espèce, le Tribunal de La Haye a exclu la suspension de la procédure, celle-ci étant considérée comme "prématurée". Le juge a considéré que rien n'empêchait de suspendre la procédure à un état plus avancé dans le respect du principe de coopération entre les juridictions nationales et la Commission européenne.

16. La deuxième remarque porte sur le principe même d'un mécanisme de *follow on* obligatoire. Est-il opportun d'imposer une action collective consécutive sans prendre en compte les autres types de contentieux, c'est-à-dire le contentieux *stand alone* et le contentieux parallèle ? Et puis, comment justifier l'approche différente dans le contentieux individuel de concurrence ?

17. À l'heure actuelle, l'Inde et la Turquie sont les seuls pays à ne pas permettre des actions indépendantes. En outre, aux États-Unis, des études récentes montrent que si les actions consécutives jouent encore un rôle essentiel dans l'application du droit de la concurrence américain, les actions indépendantes ont une place de plus en plus importante dans le contentieux privé. Enfin, au niveau européen, le but affiché est sans doute celui de favoriser les actions de suivi mais la Commission n'exclut pas pour autant les actions parallèles. Reste que même en créant un mécanisme de suspension, soit obligatoire, soit facultatif, pour ce type d'actions, il faudra mieux coordonner l'action privée et l'action publique afin d'éviter un allongement excessif de la procédure d'action de groupe.

2. Sur l'incidence de la décision ayant constaté l'infraction sur l'action de groupe

18. Concernant le principe d'une reconnaissance législative d'une autorité de chose décidée, il est opportun de reconnaître une autorité de chose décidée aux décisions de l'autorité de concurrence car, en l'absence de texte, le juge pourrait adopter des solutions contradictoires. S'il faut saluer le principe, on peut toutefois regretter qu'à l'heure actuelle, cette solution ne soit pas étendue au contentieux individuel. Le législateur français sera sans doute confronté à cette question puisque

le projet de directive européenne l'envisage. En revanche, le projet français rejoint le projet de directive en reconnaissant une autorité de chose décidée à une décision adoptée par une autorité ou une juridiction d'un autre État membre. À ce jour, seules l'Allemagne et la Suède ont adopté des mesures en ce sens. Le projet britannique de refonte du Private Enforcement en matière de pratiques anticoncurrentielles ne l'envisage pas. Or, cette reconnaissance se justifie au regard du principe de reconnaissance mutuelle des autorités nationales de concurrence consacré dans la déclaration commune du Conseil et de la Commission sur le fonctionnement du réseau des autorités de concurrence.

19. Reste à définir l'incidence de la décision de l'autorité de concurrence sur l'action de groupe. Le projet précise que le manquement est réputé établi de manière irréfragable. Un principe d'équivalence serait donc consacré entre la faute concurrentielle et la faute civile. La question qui se pose alors est celle d'une incidence éventuelle de cette décision sur la preuve du préjudice et sur le lien de causalité. D'un point de vue comparatif, le recours à des présomptions simples en matière d'évaluation du préjudice commence à se développer notamment en Hongrie, en Allemagne et en Italie. En particulier, la solution prétorienne adoptée par la Cour de cassation italienne en matière de cartels répond à l'exigence de respecter l'indépendance du juge vis-à-vis de l'autorité de concurrence, tout en facilitant la victime dans la tâche complexe d'établir la responsabilité de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle. Dès lors, cette présomption simple concerne, à la fois, la faute, le préjudice et le lien de causalité. Le Tribunal de Milan vient de faire une intéressante application de cette solution dans un cas d'abus de position dominante (affaire *OKCom/Telecom Italia*, 13 février 2013).

20. Au niveau européen, l'article 16 du projet de directive sur les actions en dommages et intérêts envisage une présomption simple quant à l'existence d'un préjudice découlant d'une entente, l'entreprise contrevenante ayant le droit de renverser cette présomption.

III. Interaction avec les procédures négociées : l'articulation de l'action de groupe avec la clémence

21. L'article L. 423-3 du projet publié le 13 juin dernier prévoit que, dans la première phase qui va aboutir à un jugement sur la responsabilité, à tout moment de la procédure, le juge peut ordonner toute mesure d'instruction nécessaire à la conservation des preuves et de production de pièces, y compris celles détenues par le professionnel. Les pièces du dossier de clémence seront protégées d'une demande de communication, car ce texte doit être lu avec l'article L. 462-3, al. 2 du code de commerce issu de la loi du 20 novembre 2012 qui a renforcé la protection des pièces élaborées ou recueillies dans le cadre d'une procédure de clémence. Le juge pourrait néanmoins accéder aux pièces déjà détenues par le professionnel ou la victime ayant été partie à la procédure devant l'autorité de concurrence.

22. En Europe, on remarquera le projet britannique sur la refonte du Private Enforcement qui semble se différencier des positions adoptées par d'autres pays européens. Si le gouvernement a préféré pour l'instant ne pas proposer de solutions, il a toutefois insisté sur la nécessité que les documents soient utilisés pour les besoins d'une action privée sans le consentement du demandeur de clémence, et ce, afin de respecter les principes dégagés par la jurisprudence européenne *Courage* et *Pfleiderer*, à laquelle il faudrait désormais ajouter l'arrêt de la CJUE rendu le 6 juin 2013 dans l'affaire *Donau Chemie*. En effet, la Cour de justice vient d'affirmer que le refus d'accès au dossier doit être concrètement justifié et motivé, car un refus systématique non justifié serait susceptible de rendre impossible ou excessivement difficile la protection du droit à réparation. Cette position n'a pas été reprise par la Commission européenne qui, dans le projet de directive sur les actions en dommages et intérêts en matière de pratiques anticoncurrentielles, semble aller dans le sens opposé, en excluant toute divulgation des preuves pour les procédures de clémence et de transaction.

23. Certes, malgré la protection dont bénéficie le programme de clémence, le risque de l'action de groupe pourrait pousser l'entreprise à renoncer à participer à la course à l'immunité d'amende, en ayant un impact négatif sur le taux de découverte des ententes illicites. Toutefois, on peut douter que les entreprises tirent cette conclusion, au moins de façon systématique, car il est toujours mieux d'obtenir une immunité partielle qu'aucune immunité. En outre, on peut s'interroger sur l'opportunité d'instaurer une protection générale et illimitée dans le temps des informations issues des programmes de clémence. À l'heure actuelle, la dissuasion est loin d'être satisfaisante et le taux de récidive, important. Autrement dit, l'efficacité des politiques de clémence semble être limitée. Une protection absolue des programmes de clémence est-elle vraiment opportune ?

IV. Les solutions alternatives

1. Sur la médiation

24. Le projet de loi préconise le recours facultatif à la médiation. Cette proposition s'inscrit dans un mouvement favorable aux solutions consensuelles et extrajudiciaires, lancé par le Parlement européen et repris par la Commission européenne dans le projet de "paquet Private Enforcement". Toutefois, le projet français soulève quelques questions. D'une part, il n'est pas précisé que le juge va vérifier que l'accord est conclu en tenant compte également des intérêts des membres du groupe. D'autre part, les mesures de publicités n'interviennent qu'après l'homologation de l'accord. Or, le projet de recommandation européenne sur les recours collectifs prévoit que l'accès aux règlements alternatifs aux litiges requiert le "consentement des parties en litige" et que l'homologation doit se faire en tenant compte des "intérêts et des droits de toutes les parties concernées".

25. D'un point de vue comparatif, le projet britannique de refonte du Private Enforcement affiche également l'intention de promouvoir les modes alternatifs de règlement des différends. En s'inspirant directement et explicitement du modèle néerlandais, le gouvernement britannique envisage une nouvelle procédure de transaction collective selon les modalités d'*opt-out* dont le résultat devra être approuvé par le Competition Appeal Tribunal. En outre, le projet envisage un pouvoir discrétionnaire pour la nouvelle entité nommée Competition and Markets Authority (cette autorité, née de la fusion entre l'Office of Fair Trading et la Competition Commission, sera effective en avril 2014) afin de certifier les recours extrajudiciaires.

2. Sur l'impossibilité de renoncer par avance au recours à une action de groupe

26. L'article L. 423-17 du projet de loi prévoit qu'"est réputée non écrite toute clause ayant pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe". Cette solution est sans doute opportune à la lumière de ce qui se passe aux États-Unis depuis quelques années. En effet, outre-Atlantique, les entreprises utilisent de plus en plus des *class arbitration waivers* en vertu desquelles les victimes d'une pratique anticoncurrentielle ne pourront agir que devant un arbitre et de manière individuelle, en renonçant d'avance à l'action de groupe. ■

Jean-Patrice DE LA LAURENCIE
jpdelaurence@noos.fr

Avocat au barreau de Paris

Joffrey SIGRIST
j.sigrist@pomona.fr

Juriste, Groupe Pomona

Michel PONSARD
m.ponsard@uggc.com

Avocat au barreau de Paris, UGGC

Michaël COUSIN
michael.cousin@ashurst.com

Avocat au barreau de Paris, Ashurst

Abstract

This article brings together contributions from the second panel of the AFEC's General Assembly of 20 June 2013 in Paris dedicated to the regulation of commercial practices.

Ce dossier réunit les contributions de la seconde table ronde de l'assemblée générale de l'AFEC du 20 juin 2013 à Paris, dédiée à la régulation des pratiques commerciales.

TR 2. La régulation des pratiques commerciales – Une réforme du droit français en attendant le droit européen ?

INTRODUCTION

Jean-Patrice DE LA LAURENCIE

Avocat au barreau de Paris

1. C'est un honneur dont je remercie les organisateurs, mesdames les professeures Laurence Idot et Muriel Chagny, que d'animer cette table ronde qui s'écarte du thème principal de la journée – un honneur redoutable car, arrivant en fin de journée, mon principal devoir sera d'être désagréable pour respecter le temps qui nous reste !

2. Mais, le sujet en valant la peine, je ne doute pas que cette contrainte incitera les intervenants à être percutants – ce qui ne sera pas difficile, vu leurs talents ! Cela me permet de vous les présenter immédiatement :

→ Michaël Cousin, avocat au barreau de Paris, *counsel* du cabinet Ashurst ;

→ Michel Ponsard, avocat au barreau de Paris, associé du cabinet UGGC ;

→ Joffrey Sigrist, juriste du Groupe Pomona.

3. Notre sujet étant extrêmement vaste, nous avons convenu tous les quatre de le circoncrire, en nous focalisant sur les thèmes d'actualité.

4. Un sujet extrêmement vaste, mais toujours d'actualité : la régulation des pratiques commerciales (restrictives de concurrence, "PCR", cela va de soi ici – les mêmes qu'on baptise "pratiques commerciales déloyales", "PCD", à Bruxelles) est à l'ordre du jour depuis des dizaines d'années – l'interdiction de la revente à perte a cinquante ans cette année ! – elle couvre deux chapitres du code de commerce et on ne compte plus les lois, règlements, circulaires, codes de bonne conduite et avis qui se sont succédé sur la question, manifestement sans épuiser le sujet, puisque le projet de loi "consommation" comporte plusieurs dispositions touchant les PCR. Elles sont certes secondaires par rapport à celles sur l'action de groupe, mais cette énième réforme mérite qu'on s'y intéresse aujourd'hui, pour deux raisons au moins :

→ si la loi intervient à nouveau, c'est qu'il y a encore des problèmes à résoudre ;

→ il y a – c'est de l'actualité immédiate – un élargissement de la problématique au niveau européen, avec le récent livre vert de la Commission sur les PCD. L'AFEC a émis un avis circonstancié sur ce projet en avril dernier, vous le trouverez sur le site de l'AFEC (et un résumé vous en a été distribué à l'entrée de la salle).

5. Pour tenter de faire une présentation vivante et ciblée de ce vaste sujet, nous avons convenu de sélectionner les trois thèmes suivants :

→ la définition et le contenu des pratiques commerciales restrictives de concurrence que l'on souhaite voir encadrer ;

→ la question de l'effectivité des règles adoptées, à commencer par le type de sanctions applicables ;

→ les procédures alternatives aux sanctions, toujours dans la recherche de l'effectivité : la *soft law* et les institutions susceptibles de l'appliquer.

6. Nous traiterons ces trois thèmes successivement, avec chaque fois, une brève introduction du thème par un des intervenants et les réactions des deux autres, pour un vrai dialogue sur le sujet. Nous prendrons ensuite les questions de la salle.

7. La parole est à Joffrey Sigrist pour introduire le premier thème. Michel Ponsard introduira le deuxième et Michaël Cousin, le troisième. ■

Les réformes du droit de la concurrence en question | La régulation des pratiques commerciales – Une réforme du droit français en attendant le droit européen ?

ÉTAT DES LIEUX ET ÉVOLUTIONS LÉGISLATIVES EN COURS

Joffrey SIGRIST

Juriste, Groupe Pomona

1. Notre droit des pratiques restrictives est historiquement pensé pour les relations entre les fournisseurs et la grande distribution alimentaire, auxquelles les relations commerciales étaient souvent résumées (en ce sens, la notion de “puissance d’achat” de la loi NRE 2001-420 du 15 mai 2001).

2. Cette approche des relations commerciales a façonné le contenu de notre droit des pratiques restrictives dont on peut tirer trois constats (I.) et dans lequel le projet de loi relatif à la consommation actuellement débattu va s’inscrire à son tour (II.).

I. État des lieux

3. **Premier constat.** Ce dispositif souvent présenté comme un *listing* de pratiques se divise, schématiquement, en deux catégories :

→ d’une part, des pratiques spécifiques et sanctionnées *per se* soit par leur nullité (ex. : non-rétroactivité des avantages), soit par une sanction pénale (ex. : délais réglementés de paiement) ;

→ d’autre part, des pratiques plus larges recouvrant des notions à contenu variable soumises à l’appréciation du juge (ex. : l’avantage manifestement disproportionné, le déséquilibre significatif entre les droits et obligations).

4. **Deuxième constat.** Notre droit des pratiques restrictives est applicable à tout type de contrat (franchise, distribution, logistique, prestations, etc.), mais également à tous les stades de commercialisation (producteur, grossiste, détaillant, GMS), qu’il s’agisse de multinationales, de TPE ou de PME.

5. Rares sont les spécificités quant aux opérateurs si ce n’est le coefficient de minoration grossiste dans le calcul du SRP destiné à favoriser la situation des détaillants ou l’élargissement de la notion de coopération commerciale par la loi LME destinée à prendre en considération les services rendus entre professionnels, après la suppression des services dits “distincts”.

6. **Troisième constat.** Un dispositif applicable à tous les secteurs d’activité, même si l’on relève une exception visant le secteur agricole compte tenu d’une offre particulièrement atomisée portant sur des produits soumis eux-mêmes à des aléas climatiques notamment (ex. : publicités, prix sur le lieu de vente, prix de cession abusivement bas en cas de crises conjoncturelles, interdiction des rabais, remises et ristournes pour l’achat des fruits et légumes).

7. Face à ce triple constat, comment s’inscrit le projet de loi renforçant la consommation actuellement en discussion ?

II. Apports du projet de loi relatif à la consommation sur le contenu des pratiques restrictives

8. Sur le fond, le projet de loi n’apporte pas de changement majeur dans le contenu des pratiques restrictives. Néanmoins, il s’inscrit dans la tendance désormais classique qui consiste à réglementer davantage les relations commerciales : soit par l’ajout de nouvelles pratiques (1.) ; soit par le renforcement du formalisme de la convention unique (2.).

1. L’ajout de deux nouvelles pratiques restrictives

9. La première pratique vise le “*fait de passer commande à un prix différent du prix convenu en vigueur au titre de la négociation commerciale*” (art. 62 du projet de loi), qui deviendra le futur art. L. 442-6 I 14 du code de commerce.

10. Si la pratique semble viser dans l’esprit du législateur le fait “d’imposer unilatéralement” un prix différent du prix négocié dans le cadre de la convention annuelle, l’élément “intentionnel” n’apparaît pas dans le projet actuellement débattu, qui semble davantage viser une constatation formelle d’un écart entre le prix mentionné sur la commande et le prix convenu.

11. Qu’en sera-t-il en cas d’écart résultant d’une “erreur matérielle” ? S’il apparaîtrait logique, dans un tel cas, qu’une régularisation soit possible, le libellé actuel du futur art. L. 442-6 I 14 du code de commerce ne le précise pas.

12. La deuxième pratique vise l’obligation d’insérer une clause de renégociation des conditions tarifaires “*en cas d’évolution significative des prix à la production*” (alimentaire) dans les contrats portant sur la vente d’une durée supérieure à trois mois (futur art. L. 441-8 du code de commerce).

13. Le texte précise le mécanisme de la renégociation, à savoir et en substance :

→ la renégociation tarifaire doit se tenir, de bonne foi, dans un délai de deux mois ;

- un compte rendu de cette renégociation est établi ;
- une renégociation tendant à une “répartition équitable” des coûts de production.

14. Les produits concernés seraient ceux limitativement visés par le décret 2008-534 du 5 juin 2008 pris en application de l’art. L. 442-9 relatif aux prix de première cession abusivement bas en cas de crise conjoncturelle.

15. Cette nouvelle obligation participe au renforcement du sectoriel sur le délicat problème de la ressource et aura un impact sur tous les opérateurs d’une filière.

16. Une amende administrative de 75 000 € pour la personne physique et de 375 000 € pour la personne morale est prévue en l’absence de clause de renégociation ou en l’absence de compte rendu de la négociation.

2. Des nouvelles dispositions renforçant le formalisme de la convention unique

17. La convention unique de l’art. L. 441-7 du code de commerce est touchée à plus d’un titre (art. 62 du projet de loi) :

→ “*Elle [la convention unique] rappelle le barème des prix tel qu’il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente.*” Est-ce à dire que le vendeur – le revendeur – devra être en mesure d’annexer l’intégralité des tarifs fabricants applicables à la référence produit en annexe de la convention. Dans certains secteurs tel celui du négoce de matériels électriques, le nombre de ces tarifs peut se chiffrer en million de références.

→ La convention annuelle doit indiquer les conditions de l’opération de vente qui résultent de la négociation “*y compris les réductions de prix correspondantes*” (art. 62 du projet de loi). L’ajout de cette précision formelle va-t-il entraîner un retour à la notion de “contrepartie ligne à ligne” pourtant abandonnée depuis la LME ?

→ Le projet de loi prévoit que “*la date d’entrée en vigueur des clauses prévues aux 1 et 3 ne peut être antérieure à la date d’effet du prix convenu*”. Si nous connaissions déjà le principe de non-rétroactivité des avantages, cet alinéa vise spécifiquement l’application concomitante du nouveau tarif et des conditions commerciales. En pratique, la question va se poser de savoir si le chiffre d’affaires réalisé au cours de la période précédant la date de signature de la convention unique pourra ou non être pris en compte dans l’assiette de calcul des ristournes conditionnelles de fin d’année.

→ Enfin, à l’issue des travaux de la Commission des affaires économiques, le projet de loi sera complété par l’art. L. 441-6 du code de commerce relatif à la communication des CGV d’un nouvel alinéa rédigé en ces termes : “*Le fournisseur communique ses conditions générales de vente au distributeur au plus tard le 1^{er} décembre de l’année civile précédant celle de sa signature de la convention*” (amendement 641). L’objectif

est d’imposer un envoi systématique des CGV avant le début des négociations afin que l’acheteur en prenne connaissance. Incontestablement, ce formalisme risque d’allourdir le “tempo” de la négociation.

18. Il est à craindre que le renforcement du formalisme présenté par le projet de loi consommation auquel tous les opérateurs, quelle que soit leur taille, sont soumis risque de compliquer pour certains – et notamment des PME – un peu plus la tâche.

III. En conclusion

19. Bien que ce ne soit pas le volet central du projet de loi, les modifications qu’il apporte à notre droit des pratiques restrictives ne sont manifestement pas sans impact pour les opérateurs, qui devront en assurer la mise en œuvre dès la prochaine phase de négociations commerciales.

20. Cependant, en guise d’ouverture de notre débat, est-il opportun de continuer d’ajouter des pratiques, parfois bien spécifiques, là où une définition générale pourrait suffire ?

21. À titre d’exemple, la problématique de la renégociation tarifaire consécutive à une hausse des matières premières – secteurs alimentaires et autres – ne pourrait-elle pas être réglée sous l’angle du déséquilibre significatif, dans le prolongement de l’avis de la Commission d’examen des pratiques commerciales (n° 12-07 du 15 janvier 2013) rendu à propos des terres rares composant les lampes fluorescentes ? *Mutatis mutandis.* ■

Les réformes du droit de la concurrence en question | La régulation des pratiques commerciales – Une réforme du droit français en attendant le droit européen ?

LES NOUVELLES SANCTIONS ADMINISTRATIVES PRÉVUES PAR LE PROJET DE LOI RELATIF À LA CONSOMMATION

Michel PONSARD

Avocat au barreau de Paris, UGCC

1. Le projet de loi relatif à la consommation comporte, au sein de ses nombreuses innovations, l'instauration d'un nouveau type de sanctions applicables aux infractions à certaines règles de droit de la consommation, mais également à certaines règles issues du titre IV du livre IV du code de commerce relatif aux pratiques restrictives, notamment les règles relatives à la facturation, à la convention unique, à la revente à perte, aux délais de paiement, à la rupture brutale des relations commerciales, aux différentes clauses interdites à l'art. L. 442-6 du code de commerce et en particulier au déséquilibre significatif, etc. Nos observations porteront essentiellement sur l'instauration de ces nouvelles règles dans le titre IV du livre IV du code de commerce.

2. Pour mieux apprécier l'impact de la réforme et les questions qu'elle soulève, nous rappellerons de manière succincte le régime actuellement applicable (I.) avant de décrire le nouveau régime (II.) puis de soulever quelques questions qu'il peut poser à ce stade (III.).

I. Rappel de l'existant

3. Aujourd'hui, les sanctions applicables aux entreprises en cas d'infraction aux règles du titre IV du livre IV sont essentiellement pénales et civiles (amende civile).

1. Sanctions pénales

4. Le titre IV du livre IV du code de commerce comporte de nombreuses sanctions pénales en cas de non-respect de la réglementation. Il s'agit par exemple de l'absence de conclusion de la convention annuelle à bonne date¹, de ne pas respecter certains délais de règlement ou certaines mentions obligatoires² ou de revendre à perte des produits³. Cette liste n'est pas exhaustive.

1 Art. L. 441-7.II : "Est puni d'une amende de 75 000 € le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus [avant le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier] une convention satisfaisant aux exigences du I."

2 Art. L. 441-6 § 14 : "Est puni d'une amende de 15 000 € le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième et onzième alinéas, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant dans la première phrase du douzième alinéa ainsi que le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité des pénalités de retard selon des modalités non conformes aux dispositions du même alinéa."

3 Art. L. 442-2 du code de commerce : "Le fait pour tout commerçant de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 € d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif (...)"

5. En ce cas, en général et de manière schématique, la DGCCRF va, lors de ses inspections, relever une éventuelle infraction dans un procès-verbal qu'elle transmettra au procureur de la République. Celui-ci instruira ensuite l'affaire et décidera ou non d'engager les poursuites et d'engager l'action publique contre l'entreprise concernée en convoquant cette entreprise devant le tribunal correctionnel. L'entreprise concernée aura alors accès au dossier, pourra présenter des observations écrites et des observations orales devant le tribunal qui statuera. Cette procédure permet donc à l'entreprise de bénéficier pleinement du contradictoire au cours de la procédure, de voir ses droits de défense protégés et d'être jugée par un tiers (le tribunal) par rapport à l'autorité qui instruit (la DGCCRF et le procureur).

2. Sanctions civiles

6. L'art. L. 442-6.III du code de commerce autorise le ministre chargé de l'Économie à demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros en cas de violation des dispositions visées à l'art. L. 442-6 du code de commerce. Il s'agit notamment des obligations relatives à l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné par rapport au service rendu, à l'imposition d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, etc.

7. De même dans ce cas, généralement après l'établissement d'un procès-verbal, le ministre chargé de l'Économie saisira la juridiction spécialisée compétente qui tranchera. Là encore, le contradictoire sera pleinement protégé par les règles de procédure applicables et un tiers – le tribunal – tranchera le litige.

II. Le projet de loi relatif à la consommation

8. Le projet de loi prévoit l'apparition d'un nouveau type de sanction, la sanction administrative, qui, pour partie, se substituera à certaines sanctions pénales ou civiles antérieures, mais laissera subsister de nombreuses sanctions existantes.

1. Apparition d'un nouveau type de sanctions : Les sanctions administratives

9. Les art. 59 et s. du projet de loi relatif à la consommation instaurent désormais, au profit de la DGCCRF, un pouvoir général d'injonction et de sanction qui s'applique à toutes les infractions aux dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce. Un titre VI bis⁴ doit être instauré dans le livre IV. Le mécanisme est le suivant.

10. La DGCCRF se voit attribuer, en cas d'infraction ou de manquement aux observations prévues au titre IV, un pouvoir d'injonction. Ainsi, après une procédure contradictoire et après avoir dressé un procès-verbal, la DGCCRF pourra adresser à l'entreprise concernée une injonction de se conformer à la réglementation, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite dans un délai raisonnable.

11. À défaut, si l'entreprise ne se conforme pas à l'injonction, la DGCCRF l'informerait de la sanction envisagée. L'entreprise pourra alors prendre connaissance des pièces du dossier et disposera d'un délai d'un mois pour présenter des observations (écrites ou orales). Passé ce délai, la DGCCRF pourra prononcer une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale.

12. Les modalités d'application de ces textes doivent être précisées par décret.

13. Ce régime général d'injonction et de sanction est complété par des dispositifs particuliers dans certains cas. Le montant de la sanction administrative est augmenté en cas de violation des dispositions relatives :

→ à l'absence d'octroi de réductions de prix au profit de l'acheteur en cas d'achat de fruits et légumes frais ou de détention d'un bon de commande comportant certaines mentions obligatoires en cas de transport des mêmes produits⁵ ;

→ en l'absence de respect de certains délais de règlement⁶ ;

→ en l'absence de conclusion de la convention unique dans les délais requis⁷.

14. Pour ces dispositions, l'amende administrative est de 75 000 € pour les personnes physiques et de 375 000 € pour les personnes morales. Ces amendes déjà élevées peuvent être doublées en cas de récidive pour ces infractions spécifiques⁸.

4 Art. L. 465-1 et L. 465-2 à créer.

5 Art. L. 441-2-2 du code de commerce et L. 441-3-1, étant précisé que pour ce dernier article sont exclus les fruits et légumes frais destinés à être vendus en ferme sur un marché physique de gros par le producteur ou l'organisation de producteurs.

6 Art. L. 441-6.

7 Art. L. 441-7.

8 Le doublement de l'amende civile n'est pas prévu en cas de récidive pour le pouvoir d'injonction général.

15. Ajoutons que ces sanctions administratives spécifiques élevées s'appliquent également à la nouvelle disposition instaurant un art. L. 441-8 dans le code de commerce concernant l'insertion d'une clause de renégociation pour les produits affectés par des fluctuations des matières premières agricoles et alimentaires.

2. Ces nouvelles sanctions se substituent parfois à des sanctions pénales ou à des sanctions civiles existantes, mais coexistent aussi avec d'autres sanctions pénales et civiles

2.1. La dépenalisation ou la suppression de l'amende civile

16. Les sanctions administratives sont prévues en cas de transport de fruits et légumes⁹, en l'absence de conclusion de la convention annuelle dans les délais impartis¹⁰ et de non-respect de certains délais de règlement¹¹.

17. De même, certaines dispositions sortent de l'art. L. 442-6 du code de commerce et échappent donc à l'amende civile pouvant être demandée par le ministre chargé de l'Économie. Sont ainsi supprimées de cet article les dispositions relatives aux fruits et légumes frais précitées (art. L. 441-2-2 et L. 441-3-1) et celles relatives aux délais de règlement (art. L. 441-6) visées aux § 7, 12 et 13 de l'art. L. 442-6.I du code de commerce.

2.2. Le maintien de sanctions pénales et civiles et leur articulation avec les sanctions administratives

18. Les sanctions pénales sont maintenues notamment pour la revente à perte (art. L. 442-2 : 75 000 €), les prix imposés (art. L. 442-5 : 15 000 €) et la facturation (art. L. 441-4 : 75 000 €). Il convient d'ailleurs à cet égard de faire un petit détour par le droit de la consommation pour observer l'alourdissement manifeste des sanctions pénales en matière de consommation. Elles passent en effet à 300 000 € dans de nombreux cas¹². De nouveaux types de sanctions apparaissent même pour les pratiques commerciales trompeuses (art. L. 121-6 du code de la consommation) et le délit de tromperie (art. L. 213-1 du code de la consommation), le texte prévoyant que le montant de l'amende peut être porté à 10 % du chiffre d'affaires réalisé lors de l'exercice précédent.

19. Enfin, l'amende civile prévue à l'art. L. 442-6 du code de commerce subsiste et inclut même de nouvelles dispositions instaurées dans cet article¹³.

9 Art. L. 441-3-1.

10 Art. L. 441-7.

11 Art. L. 441-6. On relèvera cependant, pour les délais de règlement, que l'amende administrative est cinq fois plus élevée que ne l'était l'amende pénale de 15 000 €.

12 Par exemple, pour les manquements aux indications géographiques, aux pratiques commerciales trompeuses, aux ventes à la boule de neige, au délit de tromperie, à l'abus de faiblesse et aux pratiques commerciales agressives.

13 Insertion d'un § 14 visant la passation d'une commande à un prix différent du prix convenu dans la convention unique ou la clause de renégociation visée dans le nouvel art. L. 441-8 du code de commerce.

20. L'art. 59 V du projet de loi précise que s'il existe un risque de cumul des amendes administratives et d'amendes pénales à raison des mêmes faits, le montant des amendes ne dépasse pas le maximum légal le plus élevé.

21. De même, l'art. 59 VI dispose que, si plusieurs sanctions administratives sont prononcées à l'encontre du même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé.

22. En revanche, l'articulation entre l'amende civile et l'amende administrative n'est pas précisée par le texte.

23. Il convient enfin de relever qu'un délai de prescription de trois années révolues à compter du jour où le manquement a été commis est instauré pour l'action de l'administration au titre des sanctions des manquements au titre IV du livre IV du code de commerce. Les autres délais de prescription devraient donc subsister pour les autres hypothèses.

III. Les questions posées par le projet de loi

24. L'instauration de ces sanctions administratives soulève de nombreuses questions et observations.

1. La DGCCRF qui instruit aurait désormais le pouvoir de juger

25. Cette confusion des pouvoirs peut légitimement inquiéter les opérateurs économiques, qui ne bénéficieront plus des garanties offertes par les procédures pénales ou civiles et par l'intervention d'un tiers indépendant – le juge – qui statuera de manière contradictoire.

26. Même s'il existe des garde-fous dans le projet pour rassurer les entreprises, notamment l'information du mise en cause, la référence dans le texte à une procédure contradictoire et la non-transmission des documents recueillis lors de l'enquête à d'autres que la personne qui a fait l'objet de l'enquête, le respect du contradictoire peut être moins bien préservé dans le cadre de la nouvelle procédure.

27. Par exemple, même si la personne poursuivie peut prendre connaissance des pièces du dossier avant toute sanction, les délais de procédure sont très courts (un mois) pour consulter le dossier et présenter ses observations.

28. La neutralité moins grande de l'administration par rapport à un tribunal peut également inquiéter les entreprises. Rappelons quand même que l'analyse des affaires par les tribunaux n'aboutit pas toujours à donner raison à l'administration. Il existe donc des cas où l'analyse juridique menée par les services de la DGCCRF peut s'avérer critiquable et il sera sans doute plus complexe dans ce nouveau projet de convaincre la DGCCRF elle-même du caractère critiquable de ses arguments.

29. Enfin, si un recours demeure possible, il sera mené devant les juridictions administratives et ne sera pas suspensif ce qui affaiblira encore les entreprises poursuivies.

30. On peut en outre s'interroger sur le sens de la création de cette confusion entre l'instruction et le jugement alors que celle-ci a été sanctionnée par exemple par l'Autorité de la concurrence dans le passé¹⁴.

2. La complexité croissante des contentieux et des sanctions mises en place

31. On ne peut non plus manquer de relever que les recours vont devenir particulièrement complexes puisque les entreprises pourront être conduites à engager des recours ou à être poursuivies devant les juridictions administratives, pénales et civiles. Cette intervention des juridictions administratives dans le contentieux du titre IV du livre IV surprend d'autant plus que l'évolution législative récente avait conduit à une spécialisation des juridictions pour appréhender les questions relatives à l'art. L. 442-6 du code de commerce.

32. Ce morcellement du contentieux va aussi conduire à un morcellement de la prescription. Les actions du ministre chargé de l'Économie relevant du nouveau titre VI bis, quand elles tendent à une sanction administrative, sont soumises à une prescription de trois ans, alors que les autres actions engagées par le ministre chargé de l'Économie, par exemple sur le fondement de l'art. L. 442-6 du code de commerce, demeureront soumises à la prescription de droit commun.

33. Plus généralement, cette évolution nous semble aller à l'encontre également des projets européens et notamment du livre vert sur les pratiques commerciales déloyales, qui vise à unifier le régime des pratiques déloyales ou restrictives en Europe. ■

14 Ce procédé pourrait être considéré comme allant à l'encontre de la jurisprudence du Conseil d'État, CE, 3 décembre 1999 *Didier*, JCP G 2000 II n° 10267, et de celle de la Cour de cassation, Cass. com., 5 octobre 1999, n° 97-15617, et Cass. com., 15 novembre 2008, n° 07-21275, dont le législateur a pris acte à l'art. L. 463-7, al. 4, qui exigent le respect des libertés fondamentales édictées à l'art. 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et en particulier le principe de l'égalité des armes et de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement.

Les réformes du droit de la concurrence en question | La régulation des pratiques commerciales – Une réforme du droit français en attendant le droit européen ?

LA *SOFT LAW* COMME INSTRUMENT D'ÉQUILIBRAGE DES RELATIONS COMMERCIALES

Michaël COUSIN

Avocat au barreau de Paris, Ashurst

1. Si l'on examine les réformes intervenues dans le secteur des pratiques commerciales déloyales ("PCD") ces dernières années, la période récente se caractérise par l'accent mis sur la recherche d'efficacité. Comme l'a dit Jean-Paul Charié à l'occasion des débats parlementaires précédant l'adoption de la LME, "*l'important n'est pas de changer la loi, c'est de la faire appliquer*".

2. Cette recherche d'efficacité tend, enfin devrait-on dire, à replacer le juge au centre de la politique de répression des PCD. Le développement parfois limité de la jurisprudence rendue au visa de certains textes – on pense ici en particulier à la notion de déséquilibre significatif – montre toutefois que cela ne suffit pas.

3. En définitive, la solution aux PCD réside peut-être dans une approche pragmatique faisant appel à une "boîte à outils" normative intégrant, à côté des instruments répressifs qui viennent d'être décrits, un ensemble d'instruments préventifs, voire incitatifs. Ces instruments existent et il est désormais d'usage de les regrouper sous l'expression "*soft law*".

4. On tentera brièvement d'en définir le contenu (I.), l'utilité (II.) et d'examiner les risques que leur utilisation peut générer et la façon dont ces risques peuvent être minimisés (III.).

I. Contenu de la *soft law* en matière de pratiques commerciales déloyales

5. La *soft law*, "droit mou" ou "droit souple", regroupe des textes exposant la compréhension de leurs auteurs quant au contenu et à la portée de certaines règles de droit.

6. Elle est particulièrement répandue dans les secteurs caractérisés par l'existence d'une régulation complexe. Le droit de la concurrence est ainsi un terrain d'élection pour ce type d'instruments (on le voit au travers des avis de l'Autorité de la concurrence). On notera également que la régulation de l'accès au réseau dans les secteurs électrique et gazier est aujourd'hui composée autant de *hard law* que de *soft law*. Le droit de la consommation connaît aussi cette technique en matière de clauses abusives : les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont rien d'autre que de la *soft law*.

7. Ces textes sont dépourvus de force obligatoire. Ils visent seulement à diffuser auprès des opérateurs une culture d'équilibre dans les relations commerciales¹. Il s'agit de traiter en amont les comportements qui posent problème.

8. Les autorités publiques sont les premiers producteurs de *soft law*. À cet égard, il faut souligner le rôle central joué en la matière par la CEPC dans la production de ce type d'instruments en matière de relations commerciales. Celle-ci se définissait récemment elle-même comme un "*organe de création de soft law*" au travers de sa mission d'élaboration de recommandations, d'avis ou de questions-réponses². Son rôle de "commission des clauses abusives bis" a d'ailleurs été souligné par le Conseil constitutionnel dans sa décision *Darty*³.

9. Le ministère de l'Économie contribue par les circulaires à la production de *soft law*. Il en va de même pour l'Autorité de la concurrence, dont l'activité consultative ne fait que se développer⁴.

10. La *soft law* peut aussi émaner des opérateurs économiques eux-mêmes, qui vont prendre l'engagement de respecter un certain nombre de bonnes pratiques ou de règles de bonne conduite. On parlera alors d'autorégulation.

11. Dans son livre vert sur les PCD, la Commission européenne liste un certain nombre de pays dans lesquels de tels outils d'autorégulation ont récemment vu le jour. En France, l'idée de l'établissement concerté de codes de bonne conduite dans le secteur de la grande distribution n'est pas nouvelle : le rapport Hagelsteen y faisait référence. On voit d'ailleurs de tels accords se développer, qu'il s'agisse des contrats de filières ou, plus récemment, le code des bonnes pratiques conclu le 6 mars dernier entre la FCD et la Fédération des entreprises et des entrepreneurs de France ("FEEF") pour encadrer les conditions de rupture des relations commerciales.

1 V. M. Cousin, La négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ? *JCP E* n° 43, 23 octobre 2008, n° 2288, pts 26 et s. et doctrine citée.

2 C. Vautrin, La CEPC. Organe de création de *soft law*, *Concurrences* n° 4-2011, rubrique Tendances, p. 28.

3 Cons. const., déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Darty & fils*.

4 P. Spilliaert, Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence, *Contrats, conc. consom.*, n° 6, juin 2011, p. 30, spéc. 31.

II. Utilité

12. L'utilité première de la *soft law* est de rendre le droit plus assimilable par la pratique, surtout lorsqu'il présente un fort degré de sophistication.

13. Ces instruments améliorent ainsi la lisibilité des textes en examinant leur application concrète à des situations identifiées (le management catégoriel, les MDD, l'application dans le temps de la LME, etc.).

14. En cela, ils permettent de pallier une jurisprudence insuffisante ou difficilement lisible (l'accord FCD/FEEF établit ainsi un barème permettant de calculer la durée d'un préavis de rupture de la relation commerciale).

15. La *soft law* répond aussi à un processus d'élaboration souple et rapide adapté au temps de l'entreprise. Elle est rédigée par des experts qui ont une bonne compréhension des problématiques et de leurs enjeux.

16. Au total, l'utilité première de la *soft law* est d'influer sur les comportements et de faire émerger des bonnes pratiques en dehors de toute situation contentieuse.

17. Mais la *soft law* a aussi une utilité en matière contentieuse. Elle constitue en effet un outil d'aide à la décision du juge, à côté du pouvoir dont il dispose pour saisir la CEPC pour avis. Les magistrats n'hésitent plus à se référer à cette source pour motiver leurs décisions. On en trouve un exemple dans le jugement *Eurochan* du tribunal de commerce de Lille du 7 septembre 2011. Les juges s'y sont expressément référés aux recommandations d'une association reprise dans un avis de la CEPC pour analyser les dispositions applicables aux taux de services contenus dans les conditions particulières d'un distributeur.

III. Quelles limites ? Quels garde-fous ?

18. Quatre limites doivent être soulignées.

1. Absence de force obligatoire

19. C'est une évidence : l'efficacité de la *soft law* dépend du bon vouloir des opérateurs économiques. Or, ces derniers ne jouent pas toujours le jeu.

20. Un exemple topique en a été donné au Royaume-Uni, où la Competition commission a fait le constat, en 2008 et après une vaste enquête de marché, de l'inefficacité du Supermarket Code of Conduct qui résultait d'un engagement pris par les quatre principaux distributeurs. Face à ce constat, le régulateur l'a transformé l'année suivante en Grocery Supply Code of Practice rendu obligatoire par injonction et assorti de mécanismes d'arbitrages.

21. Cet exemple montre que la *soft law* ne se conçoit que comme un relais, et nullement comme un substitut, du droit "dur".

2. Légitimité

22. Bien que dépourvue de toute force obligatoire, la *soft law* peut exercer une influence puissante sur les comportements : les opérateurs ont naturellement tendance à calquer leurs pratiques sur ces règles. Ils le font d'autant plus volontiers que les juges n'hésitent pas pour leur part à y faire référence pour motiver leurs jugements.

23. Or, lorsqu'elle décrit des pratiques de façon très détaillée, la *soft law* peut en venir à mettre indirectement en cause un ensemble identifié d'entreprises, voire une entreprise déterminée. Comment se défendre contre un texte dont on sait pertinemment qu'il va influer sur une situation juridique sans pourtant donner la moindre prise à un recours juridictionnel⁵ ?

24. Un certain nombre de garde-fous peuvent être mis en place pour minimiser cet écueil.

25. En premier lieu, la *soft law* sera d'autant plus légitime que les personnes ayant concouru à son élaboration appartiendront au secteur économique qu'elle a vocation à réguler.

26. Cet aspect est inscrit dans les gènes de la CEPC, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision *Darty* comme pour mieux souligner l'exigence de légitimité qui pèse sur la *soft law* lorsqu'elle est utilisée par le juge.

27. En deuxième lieu, la plus grande place possible doit être donnée à la concertation en amont de l'adoption des textes à l'image des auditions menées par la CEPC, voire des livres verts de la Commission européenne ou des consultations que l'Autorité de la concurrence organise désormais dans le cadre de ses propres avis.

28. À ces garanties peut en être ajoutée une dernière : celle tenant à la réévaluation régulière des textes à l'aune du développement et de la modification des pratiques.

3. Articulation avec la *hard law* et la jurisprudence

29. La *soft law* ne peut venir qu'éclairer la compréhension de son auteur sur le droit positif existant. Elle ne saurait se substituer ni à la loi ni à la jurisprudence. En général, les auteurs de ces textes le savent pertinemment et nous n'avons pas connaissance d'exemples de textes *contra legem*.

30. Les difficultés apparaissent peut-être plus lorsque l'on essaie de régler par la *soft law* l'incohérence de certains textes. On pense ici à l'exemple du traitement des ex-services distincts que la LME a souhaité faire "remonter" sur la facture sans pour autant leur ôter leur qualification de services censés donner lieu à une facturation séparée. Les tentatives de la

⁵ La question s'est posée notamment à la suite à l'avis de l'Autorité de la concurrence sur les contrats d'affiliation (n° 10-A-26) et la tentative de recours de l'enseigne E. Leclerc. Les vifs débats auxquels a donné lieu cet avis ont conduit l'Autorité à organiser dans la foulée une consultation de place.

DGCCRF de clarifier la question par la voie de questions-réponses sont tout à fait louables, mais elles n'ont jamais offert aux opérateurs la moindre sécurité juridique.

4. Lisibilité

31. Il existe un risque évident de pullulement des textes et de leurs sources qui met en danger la lisibilité d'instruments censés, pourtant, rendre le droit plus lisible.

32. Face à cette situation, il faut réfléchir à un meilleur partage des rôles entre la DGCCRF et la CEPC (pourquoi ne pas réserver à la CEPC le règlement des questions de principe ?).

33. Il faut également s'interroger sur la multiplicité des supports utilisés (recommandations, avis, questions-réponses, etc.) : une rationalisation, voire une codification, ne doit-elle pas être envisagée ?

IV. Conclusion

34. La *soft law* est un outil nécessaire dont le développement doit être encouragé, mais il n'est pas suffisant, comme le montre l'exemple britannique.

35. À cet égard, il n'existe pas d'équilibre idéal entre *soft law* et droit "dur". C'est en définitive aux acteurs économiques de faire leur choix : s'ils ne contribuent pas activement à la promotion et au développement des instruments alternatifs aux sanctions, ils laissent la porte ouverte, à leur détriment, à une approche purement répressive.

36. La Commission européenne a sans doute aussi un rôle à jouer en la matière. Elle peut faire la synthèse entre des cultures juridiques très diverses et faire émerger les meilleures pratiques parmi celles observées dans les différents États membres. ■

Les réformes du droit de la concurrence en question | La régulation des pratiques commerciales – Une réforme du droit français en attendant le droit européen ?

CONCLUSION

Jean-Patrice DE LA LAURENCIE

Avocat au barreau de Paris

1. Il paraît téméraire de chercher à conclure un débat... qui dure depuis des dizaines d'années et qui, ce jour, a donné lieu à des échanges intenses entre intervenants et avec la salle.

2. On peut cependant noter des commentaires convergents sur certains points, qui méritent d'être signalés :

→ les praticiens recommandent de n'ajouter à la liste des pratiques restrictives visées par la régulation qu'avec circonspection – et lorsqu'on en ajoute, comme c'est le cas dans le projet de loi actuel en France, la loi doit alors être précise, proportionnée et veiller à éviter les exigences irréalistes ou intempestives ;

→ en matière de sanctions, face à l'ajout de sanctions administratives par le projet de loi, il a été généralement souhaité d'éviter les cumuls de sanctions de manière explicite dans la loi et de veiller, dans l'application des textes par l'administration, de circonscrire le risque de complexification des recours qui apparaît ;

→ il y a unanimité à considérer que le couple “*soft law*/ organisme spécialisé sans pouvoir de sanction directe”, comme la CEPC, contribue de manière très positive à l'effectivité du droit, sinon en substitut de la loi, du moins en complément de celle-ci dans le domaine délicat des relations verticales entre les fournisseurs, d'une part, et leurs distributeurs et sous-traitants, d'autre part.

3. Ces messages, qui s'adressent immédiatement au législateur français, sont aussi valables face au livre vert de la Commission européenne sur les pratiques commerciales déloyales. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor,
Dominique de Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany,
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa,
Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré,
Didier Ferrié, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Jean-Mathieu Cot,
Ianis Girgenson, Jacques Gunther,
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne
Bruno Stromsky
Jérôme Gstalter

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Francesco Martucci
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Centre de Recherche en Droit Public
Jean-Philippe Kovar
Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Florian Bien, Karounga Diawara,
Pierre Kobel, Silvia Pietrini,
Jean-Christophe Roda, Julia Xoudis

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John, Sophie-Anne
Descoubes, Marianne Faessel-Kahn,
François Souty, Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIES)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	445 €	532,22 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	465 €	474,76 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	695 €	831,22 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	120 €	122,52 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	615 €	735,54 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	795 €	950,82 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	895 €	1070,42 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions andlor Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France