
UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I
CENTRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHÉ
(UMR 5815 CNRS Dynamiques du Droit)
Master 2 Consommation et Concurrence

La protection du consommateur par le droit de la concurrence

Par:
Marie RIGAL

Directeur de recherche:
Mme Linda ARCELIN
Maître de conférences à la faculté de droit de La Rochelle et de Montpellier
Directrice du Master *Droit des affaires et de l'entreprise* de la faculté de
droit de La Rochelle.

Année universitaire 2010-2011

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I
CENTRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE
(UMR 5815 CNRS Dynamiques du Droit)
Master 2 Consommation et Concurrence

La protection du consommateur par le droit de la concurrence

Par:
Marie RIGAL

Directeur de recherche:
Mme Linda ARCELIN
Maître de conférences à la faculté de droit de La Rochelle et de Montpellier
Directrice du Master *Droit des affaires et de l'entreprise* de la faculté de
droit de La Rochelle.

Année universitaire 2010-2011

SOMMAIRE

PARTIE 1-Le consommateur comme sujet protégé par le droit de la concurrence 9

TITRE 1- L'inévitable protection du consommateur par le droit de la concurrence 9

Chapitre 1 - Le consommateur, victime des atteintes à la concurrence 10

Chapitre 2- Le consommateur, bénéficiaire final du système juridique concurrentiel 32

TITRE 2 – La légitime prise en compte du consommateur par le droit de la concurrence 40

Chapitre 1- La considération du consommateur par le législateur et les autorités 40

Chapitre 2- Des autorités traitant de la défense de la concurrence et de la protection des consommateurs 51

PARTIE 2 – Le consommateur comme instrument du droit de la concurrence 62

TITRE 1- La mise en avant du consommateur dans les justifications de comportements portant atteinte à la concurrence 62

Chapitre 1 – L'intérêt du consommateur, critère de justification des atteintes à la concurrence 63

Chapitre 2 – L'intérêt du consommateur, indice de l'efficacité économique d'une atteinte à la concurrence 86

TITRE 2 – La mise à l'écart du consommateur quant à sa possibilité d'action 99

Chapitre 1- L'action des consommateurs comme instrument de lutte contre les comportements anticoncurrentiels 100

Chapitre 2- L'impossibilité d'action du consommateur en matière de concurrence déloyale 131

INTRODUCTION

« *Le législateur économique n'est plus un législateur juridique* »¹. Certes, il crée des lois. Cependant ces lois sont devenues des instruments au service d'une politique, sacrifiant ainsi leur stabilité et leur caractère permanent. A donc évolué la nature de la loi qui n'est plus la proclamation d'une règle générale et permanente mais « *un procédé de gouvernement ou de gestion, une sorte de note de service à réitérer et à réadapter sans répit.* »

Les économistes classiques à l'instar d'Adam Smith ou de Jean Baptiste Say sont le plus souvent des libéraux. Selon eux les actions et interactions économiques aboutissent à la formation d'un ordre spontané, ce que Smith illustre par sa métaphore de la « main invisible ». Selon cette école la liberté est garante du bien être des individus et l'État n'a qu'une mission, négative, s'abstenir d'intervenir dans le processus naturel du fonctionnement des marchés.

Pourtant, la concurrence, notion initialement économique a donc été apprivoisée par le droit. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été proclamé par le décret d'Allarde du 17 mars 1791, consacrant ainsi dans le droit français les théories économiques de l'école des Physiocrates.

Cette notion de concurrence est aujourd'hui légalement encadrée afin de conduire l'économie vers ce qui serait son objectif ultime: le bien être des individus.

Cependant, malgré ce dispositif législatif, les intérêts de ces individus ont souvent été mis à mal. Le droit s'empare alors de la notion de consommateur, considéré jusqu'alors comme un agent économique et instaure les lois de sa protection.

Ainsi désormais deux politiques et deux corps de règles se confortent et se complètent: le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Ce que John Vickers exprime de la manière suivante: « *competitive market forces are forces that work for consumers* »².

1 J.CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p.109.

2 J. VICKERS, Président de l'Office of Fair Trading en Grande Bretagne, mai 2002

Chapitre introductif

Le consommateur et le marché concurrentiel

« *Concurrence et consommation, c'est l'histoire d'un couple qui s'affiche souvent mais dont pourtant parfois on se demande ce qu'ils peuvent bien faire ensemble. Et comme dans tous les couples, les relations entre les membres de ce couple ne sont pas simples.* »³ Définir ces deux termes est la première des difficultés.

Section 1 - Le consommateur et la concurrence, deux notions économiquement liées

La concurrence est une situation de compétition économique qui se caractérise par l'offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services sur le marché qui tendent à satisfaire des besoins équivalents, avec pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle.

Le marché des biens et des services est une notion économique décrite comme le lieu de confrontation de l'offre et de la demande, ce qui permet la fixation d'un prix. La garantie du libre fonctionnement de ce marché repose sur l'interdiction et le cas échéant sur la sanction des pratiques anticoncurrentielles.

La théorie économique traditionnelle qualifie un marché concurrentiel quand, à un moment donné, sont satisfaits des critères précis: un grand nombre de compétiteurs, proposant des produits identiques ou comparables, libres d'entrer et de sortir du marché sans aucun coût et parfaitement informés sur les conditions d'offre et de demande des autres concurrents.

La concurrence est en elle même une situation saine, normale et utile. Encore faut-il qu'elle ne soit pas faussée par l'utilisation de procédés déloyaux et que les agents économiques ne soient pas abandonnés à eux même. L'expérience montre en effet que les entreprises ont depuis longtemps compris l'avantage qu'il peut y avoir à s'entendre plutôt qu'à se combattre. C'est un paradoxe du libéralisme économique: la liberté de la concurrence doit être garantie par un dispositif législatif contraignant.

3 *Concurrence et consommation*, Y.SERRA & J.CALAIS AULOY, Dalloz, 1994

La consommation est l'acte d'utilisation des richesses par opposition aux actes de production. C'est l'utilisation de biens et de ressources dont on ne peut se servir qu'en les détruisant ou en les transformant pour la satisfaction des besoins ou des désirs de l'homme.

Au sens de la théorie classique le consommateur demeure un agent final: un individu qui gagne un certain revenu, doté d'un certain nombre de besoins qu'il essaie de satisfaire et achetant sur le marché un certain nombre de biens et services.

A l'inverse, les théoristes modernes appréhendent le consommateur comme un individu qui anticipe: le consommateur est caractérisé par sa faculté de choisir sur un marché concurrentiel. Économiquement le consommateur est donc considéré comme le moteur de la compétition entre les entreprises concurrentes: il sanctionne la compétition à laquelle se livrent les offreurs par ses choix sur le marché. C'est l'attitude du consommateur qui donne son efficacité au mécanisme concurrentiel. Le consommateur joue alors un rôle majeur car économiquement il assure la fonction de demande. « *La libre expression des choix par les demandeurs joue un rôle crucial dans l'économie de marché...Elle oriente les ressources vers les emplois les plus appréciés et permet aussi d'obtenir l'efficacité économique*⁴». La conséquence reste que le consommateur est «*l'alpha et l'oméga de la concurrence: celui vers qui est orientée la compétition des entreprises et celui qui la sanctionne par ses décisions*⁵».

Pour les économistes libéraux, l'organisation et le fonctionnement de l'activité économique visent à la satisfaction des consommateurs. Le jeu de la concurrence doit assurer à ces derniers le bénéfice du prix le plus bas et le meilleur rapport qualité-prix. Les consommateurs seraient donc les bénéficiaires du développement de la concurrence ou les victimes de l'absence ou des limitations de celle-ci.

Pourtant on peut se demander pourquoi l'on associe systématiquement la notion de concurrence et la notion de consommateur lorsque l'on sait que le bon fonctionnement du marché, l'intérêt des entreprises et la protection des consommateurs ne coïncident pas nécessairement et peuvent même avoir des objectifs contradictoires: alors que l'entreprise recherche l'augmentation de ses marges, le consommateur visent à obtenir les meilleurs produits au meilleur prix.

Il n'en demeure pas moins que le droit de la concurrence et de la consommation de rejoignent sur de nombreux points car les phénomènes économiques ont un impact tant sur les

4 Rapport du Conseil de la Concurrence pour 1991

5 *Droit du Marché*, Thémis, 2002, p.86

entreprises que sur les consommateurs et peuvent donc être analysés du point de point de vue des acteurs concurrents ou des acteurs consommateurs.

Section 2 - Le consommateur et la concurrence, deux notions juridiquement liées

« *Le droit se définit par sa fin* »⁶. Définir le droit de la concurrence et le droit de la consommation suppose de déterminer les fins qu'ils poursuivent. Il existe un conflit quant à la définition de ces droits. Selon une première approche, celle de l'école de Chicago⁷, ces droits apparaissent comme « *des instruments de politique économique entre les mains des pouvoirs publics* »⁸. Ces droits sont donc animés par des principes qui leur sont extérieurs: la protection du consommateur, le bon fonctionnement de la concurrence. Prédéterminés, ces objectifs correspondent à la volonté du législateur. Le droit de la concurrence et de la consommation se définiraient ainsi par leurs finalités économiques et sociales.

Toutefois, selon une seconde approche, celle de l'école autrichienne traduite par la pensée de Hayek, les règles de droit sont plus que des instruments au service d'objectifs prédéterminés. Selon lui, le système normatif est aujourd'hui d'une telle complexité qu'il est impossible pour le législateur de prévoir avec certitude les résultats d'une règle qu'il adopte.⁹

Une méthode plus traditionnelle de définition s'impose alors: découvrir dans les règles elles même les finalités du droit pour le définir. Comme l'observe le professeur F.Terré, même s'il est « *malaisé de trouver dans le droit lui même son propre fondement* », cette recherche est nécessaire car « *si l'on cherche ailleurs les finalités par rapport auxquelles il se définit et se fonde, on s'aperçoit que, surtout à l'époque contemporaine, ces finalités, par couches successives, rendent plus complexes les fonctions du droit et, par voie de conséquences, plus difficiles à concilier des exigences et des textes multiples* »¹⁰

6 M,VILLEY, Philosophie du droit , t.1, Définition et fins du droit, Précis, Dalloz, 4e éd.,1986, p.45.

7 « Pour les auteurs de l'Ecole de Chicago, comme R.Bork, le surplus du consommateur est l'unique but du droit de la concurrence – le surplus se définissant comme l'avantage que le consommateur peut retirer de l'échange économique. Il est la différence entre le prix que le consommateur est prêt à payer pour un bien et le prix auquel il l'achète réellement. En effet, le consommateur est en droit d'attendre un bénéfice de la concurrence. » Marie MALAURIE-VIGNAL, « Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? - Différence d'analyse entre droit et économie ou « un consommateur pris à partie par le droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n° 7, Juillet 2007, étude 10

8 Y.SERRA, « Présentation du thème », Concurrence et consommation

9 Ph.MALAURIE, « L'effet pervers des lois », p.310.

10 Fr.TERRE, Introduction générale au droit, Précis, Dalloz, 4e éd, 1998, p.159.

Le droit de la concurrence est l'ensemble des règles qui s'appliquent aux entreprises dans leur activité sur le marché et qui sont destinées à réguler la compétition à laquelle elles se livrent, c'est à dire à faire en sorte que la concurrence soit suffisante sans être excessive.

En effet, le législateur ne se départit pas d'une certaine ambiguïté car il hésite souvent devant ce qui est la conséquence logique de la concurrence: à savoir la disparition des entreprises les moins compétitives. Nécessaire dans l'idéal, cette politique génère des tensions sociales. Aussi la législation est-elle aménagée pour tempérer les rigueurs de la concurrence de telle sorte que les plus fragiles ne soient pas impitoyablement éliminés. Le droit de la concurrence vise alors à garantir le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il est connu sous l'expression de droit antitrust aux Etats-Unis par référence au Sherman Act de 1890.

L'objet du droit de la concurrence est donc d'obliger les entreprises à se faire concurrence. Cela signifie que ce qui le préoccupe c'est le fonctionnement macro-économique du marché et notamment la recherche de l'efficacité économique qui est entendue comme « *la plus grande satisfaction du consommateur par les producteurs compte tenu de la rareté des ressources globales de la collectivité*¹¹ ».

Pour le droit de la concurrence, le consommateur est observé en tant qu'appartenant à une masse d'individus alors qu'il est un individu réel pour le droit de la consommation.

M. Jean Calais-Auloy, professeur émérite, fondateur du centre du droit de la consommation et du marché à l'Université de Montpellier en 1975 a proposé, dans son ouvrage *Etude du droit de la consommation*, de définir le consommateur comme « *une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel* ».

Le droit de la consommation est l'ensemble des règles qui s'appliquent aux rapports entre entreprises et les consommateurs. Elaboré depuis 1970, l'objet essentiel du droit de la consommation consiste à protéger le consommateur afin de rendre l'acte de consommation plus sûr. Mais au delà de la protection d'une partie réputée plus faible qu'est le consommateur, le droit de la consommation vise également à promouvoir le développement de la consommation dans un contexte d'économie de marché.

Le droit de la concurrence régit ainsi les relations entre entreprises en compétition sur un même marché alors que le droit de la consommation organise les relations des entreprises et des

11 F.JENNY , « Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficacité », Cah. dr. entr. 1989 /4, p. 5.

consommateurs. Pourtant il existe de nombreuses interactions entre ces deux branches du droit économique même s'ils forment deux ensembles relativement autonomes dans l'organigramme des branches du droit dit économique.

Certains auteurs ont affirmé la suprématie du droit de la concurrence sur le droit de la consommation car l'ordre public de direction qui inspire le premier prime sur l'ordre public de direction qui inspire le second. D'autres ont affirmé la soumission du droit de la concurrence au droit de la consommation car l'intérêt des consommateurs se confond avec l'intérêt général.

Selon les auteurs, MM.Lucas de Leyssac et Parleani¹², il faut appréhender le droit de la concurrence et le droit de la consommation comme les piliers du droit du marché, lequel s'entend comme le droit de l'économie de marché qui a vocation à régir l'activité des opérateurs sur le marché.

La distinction du droit de la concurrence et du droit de la consommation est alors fondée sur la fonction des règles composant ces droits. Tous deux outils d'une politique économique, ces deux droits ne répondent cependant pas au même objectif. Le droit de la consommation a pour but final de protéger le consommateur et pour cela ce droit s'oppose parfois au marché; au contraire le droit de la concurrence est subordonné au bon fonctionnement de celui-ci.

Pourtant selon le professeur M.Pédamon, « *le droit de la consommation et le droit de la concurrence reposent sur le même postulat* », qui est énoncé par l'article 1er, alinéa 1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et qui est reproduit à l'article L 113-1 du Code de la consommation: « *Les prix des biens, produits ou services sont librement fixés par le jeu de la concurrence* ». La liberté des prix, la liberté de la concurrence et la loi de l'offre et de la demande caractérisent donc le système économique français. Le consommateur est le bénéficiaire final de ce système. Cela revient-il à dire que le consommateur est le bénéficiaire des règles de droit de la concurrence? Considérer que le droit de la concurrence a pour objectif la protection du consommateur ne reviendrait pas seulement à dire que le consommateur bénéficie inévitablement du bon fonctionnement de la concurrence, mais qu'il y aurait une concordance de finalité entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation. En conclusion l'intérêt du consommateur serait le but de ce droit et cet intérêt pourrait apparaître comme prioritaire, pouvant ainsi justifier,

12 Droit du Marché, Thémis, 2002

par exemple, une atteinte à la concurrence.

Ce constat peut paraître quelque peu abusif: il est communément reconnu que le droit de la consommation et le droit de la concurrence poursuivent des finalités différentes même si chaque corps de règles peut concourir au renforcement de l'autre. Ainsi la protection du consommateur contre les tromperies protège en même temps les concurrents qui n'utilisent pas les mêmes procédés. Et inversement le développement d'une concurrence libre et loyale entre les entreprises va profiter aux consommateurs.

Quels sont les bénéfices que le consommateur tire d'une concurrence saine? Par quels mécanismes le droit de la concurrence procure-t-il une protection au consommateur et dans quelle mesure son intérêt est-il pris en compte dans l'élaboration des règles de concurrence et dans leur application?

Dans une première partie, nous étudierons dans quelle mesure le droit de la concurrence constitue une protection pour le consommateur. Une protection due au bon fonctionnement du marché et à la prise en compte de l'intérêt du consommateur par le droit de la concurrence.(Partie 1) Puis, nous verrons dans une seconde partie, qu'au delà d'être une entité protégée, le consommateur est un instrument utilisé par le droit de la concurrence, tant au niveau des réglementations qu'au niveau des actions dont il dispose. (Partie 2)

PARTIE 1

Le consommateur comme sujet protégé par le droit de la concurrence

Cette première partie sera consacrée à l'étude de la protection qui résulte du droit de la concurrence au bénéfice du consommateur.

Consommation et concurrence sont deux matières interdépendantes, aussi, l'application du droit de la concurrence influe de diverses manières sur le consommateur, conduisant inévitablement à sa protection (Titre 1).

Si le consommateur profite indirectement du bénéfice d'une politique efficace de concurrence, il n'est pas rare que sa situation soit prise en compte dans l'élaboration des règles relatives à la concurrence. Ainsi, cette considération des intérêts du consommateur concourt à sa protection (Titre 2).

TITRE 1- L'inévitable protection du consommateur par le droit de la concurrence

Afin de démontrer l'avantage et la protection que le consommateur retire de l'application des règles de droit de la concurrence, il convient de développer le préjudice que le consommateur subit en cas d'absence ou de manquement à ces mêmes règles (Chapitre 1). Une fois cette démonstration effectuée, nous pourrons alors constater que le consommateur est en réalité le bénéficiaire final du système juridique concurrentiel (Chapitre 2)

Chapitre 1 - Le consommateur, victime des atteintes à la concurrence

Nous nous consacrerons dans ce chapitre, ainsi que dans l'ensemble de notre étude, aux effets de quatre formes d'atteinte à la concurrence sur le consommateur, à savoir, les pratiques anticoncurrentielles - qui regroupent les ententes et les abus de positions dominantes- les opérations de concentration et les actes de concurrence déloyale. Si le préjudice subit par le consommateur du fait de l'ensemble de ces pratiques est certain (Section 1), sa reconnaissance est plus complexe (Section 2)

Section 1- Le préjudice subit par le consommateur

Nous analyserons dans un premier temps le préjudice du consommateur résultant d'une pratique anticoncurrentielle (Paragraphe 1) , avant de voir le préjudice découlant de deux autres formes d'atteinte à la concurrence, à savoir les opérations de concentration et les actes de concurrence déloyale (Paragraphe 2)

Paragraphe 1- Le préjudice découlant des pratiques anticoncurrentielles

Les pratiques anticoncurrentielles sont prohibées tant par le droit européen que par le droit français. Les articles 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) et L.420-1 du Code de commerce, et les articles 102 du TFUE et L.420-2 du Code proscrivent respectivement les ententes anticoncurrentielles (A) et les abus de position dominante (B).¹³

A- Le préjudice résultant d'une entente anticoncurrentielle

1- La notion d'entente anticoncurrentielle

Une entente se caractérise par le fait que différents producteurs ou distributeurs de produits ou de services, représentant l'essentiel d'un marché, se mettent d'accord pour pratiquer, le plus

¹³ *Mémento Concurrence-Consommation*, LGDJ, Edition Francis Lefebvre, 2010

généralement, une politique de prix commune. Il y a des lors une volonté manifeste de fausser le libre jeu de la concurrence.

Ni le texte communautaire, ni le texte français n'ont réellement donné de définition de l'entente anticoncurrentielle. L'article 101 du TFUE se contente de disposer que sont interdits « *tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.* »¹⁴

L'article L.420-1 du Code de commerce mentionne quant à lui que sont prohibées « *lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions...* »

En l'absence de définition textuelle de l'entente, la jurisprudence communautaire et française ont donc tenté d'appréhender cette notion. Deux exigences ont alors émergé pour caractériser une entente: un concours de volonté et une atteinte à la concurrence.

Le concours de volonté des entreprises peut revêtir plusieurs formes: il peut tout d'abord s'agir d'un accord entre entreprises. Selon la Commission Européenne, dans une affaire datant de l'année 2003, il y a accord entre les parties lorsque « *les parties s'entendent sur un plan commun qui limite ou est susceptible de limiter leur comportement commercial individuel en déterminant les lignes de leur action ou de leur non-action sur le marché* ». La Commission a ensuite ajouté que l'accord pouvait « *être expresse ou ressortir implicitement du comportement des parties* »¹⁵.

La seconde forme de concours de volonté est constituée par la notion de pratique concertée. Le tribunal de première instance des communautés européennes (TPICE) a défini la notion de pratique concertée à l'occasion de l'affaire « Ciment » : il s'agirait alors de « *toutes prises de contact directe ou indirecte entre opérateurs économiques, de nature à dévoiler à un concurrent le comportement que l'on est décidé à ou que l'on envisage de tenir soi même sur le marché,*

¹⁴ Cf article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)

¹⁵ Décision de la Commission européenne n°2003/207/CE, 24 juillet 2003, Gaz industriels et médicaux, JOUE n° L84, 1er avril 2003, p.1

lorsqu'une telle prise de contact a pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché. »¹⁶

Cette notion est reconnue comme floue et très malléable. Elle regroupe en effet différentes pratiques comme la réunion anticoncurrentielle ou le parallélisme de comportements.

Enfin, l'ultime forme de concours de volonté reste la décision d'association d'entreprises émanant de structure regroupant diverses entreprises comme les fédérations dont la décision influence l'activité économique de ses membres.

Cependant toutes les ententes ne sont pas condamnables, et la jurisprudence, française et communautaire, pose l'exigence d'une seconde condition en marge du concours de volonté, l'atteinte à la concurrence.

Les deux textes prévoient ici une condition alternative. En effet, pour être prohibée, la pratique doit avoir pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. La Commission européenne a défini, dans ses lignes directrices, ces objets anticoncurrentiels par nature. Il s'agit de restrictions qui sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il n'est nul besoin de démontrer ces effets sur le marché.

A défaut d'un tel objet, sont donc analysés les effets actuels et potentiels de la pratique sur la concurrence.

Enfin, cette atteinte à la concurrence doit être sensible: les articles 101 TFUE et L.464-6-1 du Code de commerce écartant la prohibition pour les accords d'importance mineure.

Si les effets négatifs d'une entente paraissent évidents concernant une entreprise concurrente du cartel, le consommateur peut également subir un préjudice du fait de cette pratique anticoncurrentielle.

2- Les effets négatifs d'une entente sur le consommateur

Comme évoqué précédemment, un cartel ou une entente est un groupe de sociétés indépendantes exerçant des activités similaires qui s'unissent pour contrôler les prix, se répartir les marchés ou limiter la concurrence. Les membres du cartel se reposent alors sur la part de marché

¹⁶ TPICE, 15 mars 2000, Cimenterie CBR c/ Commission, Rec. CJCE 2000, II, p.491

qui leur a été attribuée et n'ont pas besoin d'offrir de nouveaux produits ou de nouveaux services de qualité à des prix compétitifs. Les consommateurs finissent ainsi par payer plus pour une qualité moindre. Il en ressort donc plusieurs désavantages pour le consommateur.

Tout d'abord, une augmentation générale des prix. En effet, quand les entreprises se concertent pour fixer le niveau des prix, les acheteurs ne peuvent plus faire jouer la concurrence entre les offreurs et donc bénéficier de prix compétitifs. Par conséquent, les prix sont plus élevés que ceux résultant d'une libre concurrence.

Le second préjudice subi par le consommateur résulte du produit en lui-même: en effet, lorsqu'une entente s'organise, au lieu de faire des efforts pour proposer des produits ou services nouveaux, de qualité, à des prix attractifs, les entreprises se contentent de profiter d'une situation où le client ne peut plus arbitrer ni entre plusieurs prix, ni entre plusieurs types de produits. La qualité des produits risque donc de se voir amoindrie, et le consommateur sera privé de l'apparition de nouveaux produits ou services innovants.

L'institut national de la consommation s'est d'ailleurs prononcé sur cette question et a rappelé que les atteintes à la concurrence constituées par les ententes, ont un effet direct sur le consommateur lorsqu'il est un client des entreprises membres du cartel car il est amené à payer un prix excessif.

Mais il existe en marge un effet de prorogation lorsque le consommateur est un client d'une entreprise se fournissant auprès d'un autre membre du cartel car cette entreprise est amenée à répercuter sur le consommateur la « surcharge » dont elle est victime.

Un effet parapluie peut également être constaté lorsque le consommateur est un client d'une entreprise concurrente aux membres du cartel car cette entreprise peut être incitée à pratiquer les mêmes prix que le cartel et ainsi, faire payer au consommateur un prix excessif.

Enfin, selon l'INC, il y aurait un effet d'éviction quand le consommateur est confronté à un prix excessif car il n'a plus l'envie ni les moyens d'accéder au bien ou service concerné par l'entente.¹⁷

Après avoir vu le préjudice découlant d'une entente anticoncurrentielle, il convient d'analyser celui résultant d'un abus de position dominante.

¹⁷ Cf site internet de l'Institut national de la Consommation (INC)

B- Le préjudice résultant d'un abus position dominante d'un opérateur sur le marché

1- La notion d'abus de position dominante

L'article 102 du TFUE et l'article L.420-2 du Code de commerce interdisent le fait « *d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.* »¹⁸

L'entreprise dominante a une position, donc, une responsabilité particulière. L'entreprise dominante n'est pas sanctionnée parce qu'elle est dominante; l'infraction c'est l'abus. L'entreprise peut, et doit pouvoir continuer à mener une politique offensive vis à vis de ses concurrents pour maintenir ou renforcer sa position, cependant les moyens à sa disposition sont limités. L'entreprise dominante ne doit pas profiter de sa position et exercer une concurrence par le mérite¹⁹. Elle peut ainsi « *améliorer la qualité de ses produits ou de ses services; offrir de nouveaux produits ou services ou, en d'autres termes, innover; intensifier ses efforts de promotion; développer des services accompagnant la vente ou des services après-vente.* »²⁰

Comme pour la notion d'entente le législateur n'a pas donné de définition précise de la notion d'abus de position dominante: les articles 102 et L.420-2 se contentent de dresser une liste non limitative de comportements jugés abusifs des lors qu'ils sont commis par une entreprise en position dominante.

Dans l'arrêt Continental Can du 21 février 1973, il a été reconnu que la prise de participation dans une entreprise pouvait être considérée comme un abus de position dominante car la structure du marché était modifiée par cette participation.²¹

Dans son arrêt Hoffmann-La Roche du 13 février 1979, la Cour de justice des communautés européennes a introduit une condition de comportement dans la définition de l'abus. Celui-ci est reconnu si le comportement de l'entreprise en position dominante fait obstacle au maintien de la concurrence sur le marché par le recours à « *des moyens différents de ceux qui gouvernent une*

¹⁸ *Mémento Concurrence-Consommation*, LGDJ, Edition Francis Lefebvre, 2010

¹⁹ L.ARCÉLIN, « *Droit de la concurrence, Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire.* » p.112

²⁰ Bo VESTERDOF, « *Considérations sur la notion de concurrence par les mérites* », La modernisation du droit de la concurrence, LGDJ, 2006, p.163

²¹ CJCE, 21 février 1973, affaire Europemballage et Continental Can Company c/ Commission CE, n°6-72

compétition normale de produits ou service ». ²²

La CJUE a ensuite dressé un principe directeur, selon lequel un acte anormal est un acte non nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

2- Les effets négatifs d'un abus de position dominante sur le consommateur

La manifestation des abus de position dominante peut être très diverse. Les entreprises en position dominante jouissent d'une puissance économique suffisante pour être en mesure d'agir indépendamment de leurs concurrents ou des consommateurs.

L'entreprise en position dominante peut décider de fixer des prix abusivement élevés. En effet, les prix sont libres selon l'article L.410-2 du Code de commerce. Mais, le prix proposé par une entreprise en position dominante, doit être proportionnel à la valeur du produit ou service correspondant. Il y a donc abus lorsque le tarif n'est pas déterminé par rapport aux coûts réels de l'entreprise, c'est à dire, quand elle fixe un prix arbitraire. Le premier des préjudices subit par le consommateur du fait d'un abus de position dominante est donc de payer un prix excessif par rapport à la valeur du produit.

Outre la hausse des prix, le second préjudice subit par le consommateur du fait d'un abus de position dominante résulte de la volonté d'éviction du marché du concurrent de l'entreprise en position dominante. Cette volonté, si elle n'est pas stoppée par le droit, aboutira à la disparition d'un produit ou d'une marque c'est à dire à la diminution de l'offre sur le marché. Le consommateur voit donc son choix restreint par l'abus commis par l'entreprise en position dominante, ce qui constitue le second dommage subit par le consommateur.

L'entreprise en position dominante dispose de divers procédés pour évincer son concurrent du marché. Elle peut tout d'abord appliquer des prix anormalement bas, qui ne sont sans aucun lien avec le coût réel du bien ou service. L'entreprise dominante peut également pratiquer une baisse temporaire des prix avant de revoir rapidement ceux-ci à la hausse: il s'agit d'une pratique de dumping qui est également constitutive d'un abus de position dominante.

Il a aussi reconnu comme abus le fait de proposer des tarifs plus attractifs aux nouveaux

²² CJCE, 13 février 1979, affaire Hoffman-LaRoche & co c/ Commission CE, n°85-76

clients: ceci est en réalité une pratique discriminatoire visant à attirer la clientèle d'un concurrent.

L'abus le plus pratiqué par une entreprise en position dominante afin d'évincer un concurrent demeure la méthode du prix prédateur.

La loi Galland du 1er juillet 1996 a fait de cette pratique une infraction autonome visée à l'article L.420-5, mais cette pratique constitue également un abus pour une entreprise en position dominante. Les prix prédateurs ont été définis par cet article comme des prix inférieurs aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder au marché une entreprise ou l'un de ses produits.

Dans l'affaire GLAXO²³, l'Autorité de la concurrence française avait exigé la démonstration selon laquelle l'entreprise dominante avait baissé ses prix pour éliminer la concurrence puis les avait augmenté pour récupérer ses pertes ou avait la volonté de le faire. Cependant la CJCE dans son arrêt du 2 avril 2009 concernant l'affaire France Telecom²⁴, a refusé de prendre en compte ce critère pour qualifier la prédation. Une entreprise est en droit de baisser ses prix mais elle commet un abus lorsqu'elle fixe un prix bas, sans contre partie ou sans lien avec ses coûts réels.

D'autres abus dans la volonté d'éviction peuvent être répertoriés, des abus où l'entreprise ne joue pas sur ses prix mais sur sa position d'entreprise dominante. A titre d'exemple nous pourrions citer l'abus qui consiste à instaurer une confusion entre une activité de service public et son activité concurrentielle. Ainsi, des opérateurs historiques se sont vus condamnés car ils utilisaient l'image du service public au service de leur activité concurrentielle, ce qui constitue un abus.

Un autre abus de position dominante peut consister à refuser de vendre à un partenaire commercial. Prenons l'exemple d'un producteur de matières premières en position dominante sur le marché, qui approvisionne les fabricants de produits dérivés. Si ce producteur décide de s'installer sur ce marché aval et de fabriquer à son tour ces produits dérivés, il ne pourra refuser d'approvisionner ses nouveaux concurrents sur ce marché, sous peine d'être condamné pour abus de position dominante, compte tenu de sa position sur le marché en amont.²⁵

L'ensemble de ses pratiques d'éviction ont donc pour objectif de faire disparaître un concurrent du marché, ou d'empêcher une nouvelle entreprise d'accéder à ce marché. A terme, cela

²³ Conseil de la concurrence, n° 07-D-09, 14 mars 2007, GlaxoSmithKline France, RJDA 2007, p.663, RLC n°12/2007, p.17

²⁴ CJCE, 2 avril 2009, affaire . C-202/07, France Telecom SA c/Commission

²⁵ CJCE, 6 mars 1974, aff.6/73

se traduit inmanquablement par un manque de d'offre concurrente sur le marché, donc par un manque d'alternative dans le choix des produits et corrélativement par une hausse des prix.

On peut également penser qu'une fois les entreprises concurrentes évincées, on assisterait à un déclin de l'innovation et de la qualité des produits et services, l'entreprise n'ayant plus que peu de concurrence sur le marché.

Si le préjudice subit par le consommateur à l'occasion d'une pratique anticoncurrentielle n'est pas négligeable, il en est également ainsi d'autres formes d'atteinte à la concurrence.

Paragraphe 2 - Le préjudice découlant des autres principales atteintes a la concurrence

Au-delà des pratiques anticoncurrentielles, le consommateur peut subir un préjudice à l'occasion d'une opération de concentration (A) ou du fait d'un acte de concurrence déloyale (B).

A- Le préjudice découlant d'une opération de concentration

1- La notion de concentration d'entreprises

La concentration économique est l'opération juridique résultant généralement d'une entente conclue entre deux ou plusieurs entreprises ou entre des groupes d'entreprises qui, soit par voie de fusion, soit par le jeu du contrôle qu'exercent certains de leurs dirigeants, soit encore par des prises de participations dans leur capital respectif ou par la création d'une entreprise ou d'un groupement commun ou de toute autre manière, parviennent à contrôler tout ou partie de l'ensemble de ces entreprises et donc les activités économiques qu'elles exercent.

Si l'on se réfère aux dispositions de l'article L430-1 du Code de commerce, une opération de concentration est réalisée lorsque « *deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent* » ou lorsqu' « *une ou plusieurs entreprises détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.* »

Mais de telles réorganisations portent parfois atteinte au libre jeu de la concurrence. C'est la raison pour laquelle l'article L430-2 du Code de commerce prévoit quant à lui qu'un contrôle de l'opération est applicable si deux seuils sont atteints. Le chiffre d'affaires total mondial des parties à la concentration doit être supérieur à 150 millions d'euros et le chiffre d'affaires réalisé individuellement en France par au moins deux des parties doit être supérieur à 50 millions d'euros.

L'intensification de la concurrence dans le marché unique et la globalisation sont parmi les facteurs qui peuvent inciter les entreprises à unir leurs forces. Mais l'on répertorie deux types de concentrations d'entreprises. La concentration horizontale concerne des entreprises ayant la même activité, c'est à dire des entreprises concurrentes sur un même marché.

La concentration verticale concerne quant à elle, les entreprises qui occupent des stades différents dans le processus de production d'un bien ou d'un service.

2- Les effets négatifs d'une opération de concentration sur les consommateurs

En combinant leurs activités, plusieurs sociétés peuvent, par exemple, développer de nouveaux produits plus efficacement ou réduire les coûts de production ou de distribution. Grâce aux gains d'efficacité réalisés, le marché devient plus concurrentiel et les consommateurs bénéficient de produits d'une qualité supérieure à des prix plus équitables.

Toutefois certaines opérations de concentration peuvent se révéler nocives pour le consommateur.

Analysons tout d'abord, les effets d'une concentration horizontale. Certaines opérations de concentration peuvent restreindre la concurrence sur un marché, généralement en créant ou en renforçant un acteur dominant. Une opération de concentration peut permettre à une nouvelle entité d'agir indépendamment de la concurrence, compte tenu de sa nouvelle position sur le marché.

L'entreprise désormais dominante peut décider d'augmenter ses prix, de ne plus innover, voire de baisser la qualité de ses produits, alors qu'avant l'opération, un tel comportement aurait conduit à une réduction trop importante des ventes au profit d'autres opérateurs. Le consommateur supporte donc les conséquences directes de cette concentration.

Cependant, une opération de concentration horizontale peut également créer ou renforcer une position dominante collective. Les différents critères de l'existence d'une position dominante

collective ont été récapitulés dans une décision de 2006, de façon si complète qu'il est utile de la citer in extenso : « *Pour démontrer l'existence d'une position dominante collective, il faut établir que les entreprises ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs* »²⁶, ce qui peut ressortir de l'examen même des liens juridiques existant entre les entreprises ou de l'examen de la structure du marché selon les critères dégagés par le Tribunal de première instance des communautés dans l'arrêt *Airtours*²⁷.

Le préjudice résultant d'une position dominante collective ou autrement dit d'une situation oligopolistique pour le consommateur, est alors semblable à celui résultant d'une entente anticoncurrentielle: l'opération de concentration entraînant la mise en place ou le renforcement d'une position dominante collective, portera préjudice aux consommateurs, en provoquant une hausse des prix, en réduisant le choix ou en freinant l'innovation.

Les concentrations verticales sont généralement réputées pour avoir des conséquences positives sur l'économie. En effet, elles permettent aux entreprises de réaliser des synergies, ce qui peut profiter aux consommateurs dans un premier temps.

Cependant, les conséquences à long terme peuvent être bien différentes et devenir négatives dans le cas où une entreprise pourrait, par ce biais, progressivement évincer ses concurrents. Une telle atteinte peut résulter d'un effet de gamme reposant sur l'addition de différents produits dans une même offre. Elle peut aussi résulter d'un effet de portefeuille provenant de la détention par un même groupe d'un portefeuille de marques notoires, le plus souvent appuyé sur quelques marques jugées incontournables par les revendeurs et finalement par les consommateurs.

Même en l'absence de toute addition de parts de marché, les concentrations verticales peuvent notamment susciter des questions de concurrence si elles réunissent dans une même entreprise des activités situées à des stades différents de la vie d'un même produit ou d'un même service. L'acquisition d'un fournisseur ou d'un distributeur, si elle ne se traduit pas par une augmentation des parts de marché, peut tarir une source d'approvisionnement pour les concurrents et même empêcher l'accès au marché pour de nouvelles entreprises.

²⁶ CJCE, 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, *Kali & Salz*, pt. 221; TPICE, 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor*, pt. 163

²⁷ TPICE, 6 juin 2002, affaire T-342/99, *Rec CJCE*, II, p.2585

Les conséquences pour le consommateur sont donc le manque d'alternative dans le choix des produits disponibles sur le marché et par voie de conséquence un recul de la qualité, de l'innovation et une hausse des prix.

Si une opération de concentration peut causer un dommage à un consommateur, un acte de concurrence déloyale commis par un opérateur vis-à-vis d'un concurrent, le peut également, de manière plus indirecte.

B- Le préjudice subit du fait de la concurrence déloyale

1- La notion de concurrence déloyale

Le principe de la concurrence déloyale est fondamentalement lié à celui de la liberté de la concurrence. En effet, la clientèle est à qui sait la prendre. Cette expression signifie que le dommage concurrentiel est licite et qu'une entreprise peut user de divers moyens afin de capter la clientèle de son concurrent. Cependant, « *on ne saurait admettre une concurrence sauvage car la liberté ne se confond pas avec l'anarchie* »²⁸. En d'autres termes, les moyens utilisés ne doivent pas résulter de comportements déloyaux, ce à quoi le juge veille.

La jurisprudence définit l'acte de concurrence déloyale comme « *l'abus de la liberté du commerce, causant volontairement ou non, un trouble commercial* »²⁹

Selon l'article 10 bis modifié de la Convention de Paris de 1883, un acte de concurrence déloyale se définit comme "*tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale*".

En droit interne, aucune disposition ne prévoit de régime particulier pour ces actes de concurrence déloyale, si bien que la jurisprudence continue de les sanctionner sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, c'est à dire sur le fondement de l'article 1382 du Code civil qui nécessite que soient établit une faute, un préjudice et un lien de causalité.

Pendant longtemps, la jurisprudence exigeait pour établir le préjudice subit par l'entreprise concurrente, l'existence d'une clientèle commune entre l'auteur et l'entreprise victime. Une situation

²⁸ Linda ARCELIN, « *Droit de la concurrence* », PUR, 2009, précité, p.10

²⁹ Cour de cassation, chambre commerciale, 22 octobre 1985, *Bull. civ. IV*, n° 245. 25 janv. 2000 : *Contrats, conc. consom.* 2000, *comm.* n° 62, obs. M. Malaurie-Vignal

de concurrence était donc nécessaire. Cependant, la jurisprudence a évolué et il apparaît aujourd'hui qu'un dommage peut résulter d'un comportement déloyal sans pour autant que l'auteur et la victime ne partagent de clientèle commune. C'est l'exemple typique de l'acte de parasitisme.

Paul Roubier a établi un classement des comportements déloyaux en trois catégories. Sa typologie demeure mais la doctrine a ajouté une nouvelle catégorie, le parasitisme.

Le dénigrement consiste à détourner la clientèle en jetant le discrédit sur un concurrent, sa marque, ses produits ou ses services. L'un des exemples classiques du dénigrement, reste la publicité comparative. Si à ce jour toute publicité de ce type n'est plus considérée comme systématiquement dénigrante, il demeure qu'une publicité peut faire l'objet d'une action en responsabilité pour concurrence déloyale si la comparaison est très critique et non justifiable.

La confusion est le cas le plus fréquent d'acte déloyal. L'entreprise déloyale cherche à provoquer la confusion dans l'esprit du client entre deux entreprises, ou les produits de ces entreprises afin de retirer un profit de la notoriété ou du succès des produits du concurrent. Ici l'auteur ne recherche pas à s'approprier le nom d'autrui mais se place dans le sillage de sa renommée, profite de son nom, donné comme référence de qualité. Pour cela, l'entreprise va provoquer la confusion en jouant sur les signes distinctifs des produits et services, sur l'emballage de ceux-ci, sur la publicité ou encore sur le nom commercial ou la marque de l'entreprise rivale.

La désorganisation est l'acte qui consiste à perturber la production ou la commercialisation des produits et des services de l'entreprise concurrente. L'hypothèse la plus courante est le débauchage abusif du personnel.

Enfin, la quatrième et dernière catégorie apparue dans cette liste d'agissements déloyaux est celle du parasitisme économique. Yves Saint Gal a donné une définition très claire de cette pratique qui est selon lui constituée par « *l'acte d'un commerçant ou d'un industriel qui, même sans avoir l'intention de nuire, tire ou s'efforce de tirer profit d'un renom acquis légitimement par un tiers, et sans qu'il y ait normalement risque de confusion entre les produits et les établissements.* » La plus célèbre des affaires de parasitisme reste à ce jour celle opposant le Comité interprofessionnel du vin de champagne et la société Yves Saint Laurent³⁰.

Si le préjudice enduré par l'entreprise victime peut aisément être compris et établi, il n'en demeure pas moins que les consommateurs peuvent souffrir d'un dommage du fait de ces pratiques déloyales.

30 Cour d'appel de Paris, 15 décembre 1993, D.1994, jur. p.145, JCP 1994 E, II, 540

2- Les effets négatifs de la concurrence déloyale sur le consommateur

Bien qu'il soit la victime indirecte et systématique de la concurrence déloyale, le consommateur n'est pas fondé à demander en justice réparation pour le préjudice subit; en effet seul un opérateur concurrent peut agir en concurrence déloyale.

Le dénigrement et la désorganisation présentent le même risque, il s'agit de la disparition d'une entreprise concurrente à l'auteur des agissements déloyaux. Comme évoqué auparavant, cela se traduit pour le consommateur par la disparition d'un marque, de produits ou services auxquels il avait accès avant les dits agissements. Cela se traduit donc par le manque de choix sur le marché, ce qui aboutit inévitablement à une hausse des prix.

La confusion et le parasitisme ont pour point commun d'induire le consommateur en erreur. Dans les deux cas l'auteur de l'infraction profite de la notoriété ou du succès de son concurrent ou d'une entreprise tiers. Plusieurs préjudices résultent dès lors d'une telle situation vis à vis du consommateur.

La première d'entre elles est la tromperie dont est victime le consommateur. En effet, dans le cadre d'une confusion, le consommateur abusé par le fait que l'auteur est provoqué l'amalgame entre ses produits, sa marque et ceux du concurrent, croit acheter des produits de la marque de l'entreprise concurrente notoire, alors qu'il n'en n'est rien. Il y a donc tromperie, ce qui constitue un préjudice direct pour le consommateur.

Ce caractère trompeur est plus difficile à établir concernant la pratique du parasitisme. Dans ce cas, il n'y pas de clientèle commune entre les deux entreprises. Cependant, il est tout à fait plausible que, dans certains cas, le consommateur ait le sentiment d'avoir été trompé, pensant se procurer un bien affilié à la marque renommée détournée.

Outre la tromperie dont il est victime dans ces cas de figure, le consommateur va connaître un second préjudice du fait de la pratique de confusion. Les entreprises les plus innovantes sont toujours les plus imitées. Cependant l'avancée technique et le développement des produits ont un coût; un coût que les entreprises espèrent amortir lors de la commercialisation du dit produit. Par conséquent, le fait que leurs produits soient plagiés, sans que le concurrent n'est à « bourse délier » peut provoquer à terme, le renoncement à l'innovation de la part de ces entreprises.

Le consommateur subira donc un manque d'innovation, de nouveauté dans les produits proposés sur le marché.

Section 2- La complexe reconnaissance de ce préjudice

Comme nous venons de l'évoquer, le préjudice subit par le consommateur à l'occasion d'un manquement aux règles de concurrence, peut se manifester de diverses manières. Toutefois, ce préjudice demeure indirect ce qui rend complexe sa reconnaissance. En effet, même si le préjudice subit par le consommateur à l'occasion d'un acte constitutif d'une atteinte à la concurrence a déjà été reconnu (Paragraphe 1), il n'en demeure pas moins que cette reconnaissance connaît de nombreuses difficultés (Paragraphe 2)

Paragraphe 1- Les exemples de reconnaissance d'un préjudice pour le consommateur

Le préjudice du consommateur, en cas de manquement aux règles de droit de la concurrence est aujourd'hui un préjudice reconnu. Nous avons choisi, pour illustrer notre propos, d'évoquer deux affaires où ce préjudice a été établi, en matière d'entente tout d'abord (A) puis dans le cadre d'un abus de position dominante (B)

A- L'exemple de l'affaire des opérateurs de téléphonie mobile

1- Résumé de l'affaire des opérateurs de téléphonie mobile

Le 30 novembre 2005³¹, le Conseil de la concurrence a condamné les trois opérateurs de téléphones mobiles français, France Telecom, SFR et Bouygues Telecom à une amende record de 532 millions d'euros pour non respect des règles de la concurrence et entente sur les prix qu'ils ont maintenu élevés.

La Cour d'appel de Paris a confirmé cette décision par un arrêt en date du 12 décembre 2006. Plus récemment, la justice est revenue sur une partie de l'amende des opérateurs avec une cassation partielle de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. La Cassation a estimé que cette dernière n'avait pas suffisamment motivé son arrêt sur l'accusation d'échanges d'informations entre les entreprises.

Les documents saisis et les déclarations recueillies par les enquêteurs, font apparaître deux

³¹ Décision du Conseil du 30 novembre 2005 n°05-D-65

types de pratiques: d'une part, avoir régulièrement, de 1997 à 2003, échangé des informations confidentielles relatives au marché de la téléphonie sur lesquelles elles opèrent, de nature à réduire l'autonomie commerciale de chacun des trois opérateurs, et donc à altérer la concurrence sur ce marché oligopolistique, d'autre part, s'être entendus pendant les années 2000 à 2002 pour stabiliser leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun.

Les informations échangées entre les opérateurs, de 1997 à 2003, par leur caractère régulier et systématique, anticipées par rapport à la diffusion des données par l'ART, qui étaient « échangées à titre confidentiel », ont permis à la Cour de décider que l'objet et l'effet anticoncurrentiels de cette pratique étaient caractérisés.

Concernant les consommateurs, cette entente a eu pour principale conséquence l'uniformisation des prix et des offres.

De nombreuses preuves attestent l'évolution des prix des tarifs de communication en 2001 sous l'effet de divers ajustements tarifaires. La stabilisation des prix et des services de téléphonie mobile à partir de l'année 2000 est confirmée par celle des prix moyens de télécommunication.

Concernant les forfaits, l'analyse des offres et de leurs tarifs montre que les trois opérateurs ont offert les mêmes prestations, restreignant les possibilités de choix des consommateurs. Une analyse de marché révèle que, pour chaque 1er décembre des années 2001, 2002 et 2003, les opérateurs ont pratiqué des évolutions similaires, quant au changement de facturation et quant à l'uniformisation des prix des minutes hors forfait, et ce quelque soit le forfait.

Ce préjudice évident subit par les consommateurs du fait d'une pratique anticoncurrentielle a donc été reconnu par le juge.

2- Le dommage avéré causé aux consommateurs

Le Conseil de la Concurrence a relevé, en ce qui concerne notamment l'entente sur les parts de marché, la particularité des faits et le dommage important causé à l'économie au détriment des consommateurs.

S'agissant de la politique commerciale menée par les opérateurs, le Conseil affirme que « l'atteinte au consommateur portée par une telle pratique apparaît de manière particulièrement claire dans le cas d'espèce dans la mesure où la stratégie en cause supposait un relèvement des prix

ou l'adoption de mesures favorables à la rentabilité, mais défavorables aux consommateurs, comme la priorité donnée aux forfaits avec engagement contre les cartes prépayées ou l'instauration des paliers de trente secondes après une minute indivisible, susceptible de provoquer une baisse des ventes et donc de la part de marché d'un opérateur si elle était mise en œuvre unilatéralement.

La concertation, permettant de s'assurer que les trois opérateurs poursuivraient la même stratégie et qu'ainsi les parts de marché relatives resteraient stables, facilitait la mise en place de cette stratégie, aux dépens du consommateur. »³²

Enfin, le Conseil précise que *« c'est en effet à partir de 2000 que l'échange a permis à chacun des trois opérateurs de surveiller la politique de pacification du marché mise en place au détriment des consommateurs, dont le dommage à l'économie sera apprécié au terme d'un raisonnement qui lui sera consacré. »³³*

Dans cette décision, le Conseil a apprécié le dommage à l'économie en tenant compte du fait que les dépenses de téléphonie mobile ont constitué depuis la fin des années 1990, une nouvelle dépense pour les ménages, et du fait que la concertation en cause a facilité la mise en place de mesures préjudiciables aux consommateurs.

Le Conseil a pris en considération le préjudice du consommateur, non seulement dans l'importance de la sanction mais aussi dans l'appréhension du caractère illicite du comportement des opérateurs.

L'amende prononcée par le Conseil de la concurrence dans l'affaire des téléphonies a fait parler d'elle au travers des associations de défense des consommateurs. En effet, des millions de consommateurs s'estimaient victimes de ces pratiques. Ces derniers avaient un lien indirect avec ces opérateurs, pourtant, la sanction pécuniaire prononcée ne reviendra pas entre leurs mains.

L'association UFC Que Choisir, qui a été très présente dans cette affaire, entend se servir de cette décision dans l'avenir pour demander que les consommateurs soient indemnisés de leur préjudice.

Si le préjudice subi par le consommateur a été reconnu lors d'une entente anticoncurrentielle, il a également été reconnu dans une affaire d'abus de position dominante.

³² Décision du Conseil du 30 novembre 2005 n°05-D-65, point 309.

³³ Point 335 de la même décision.

B- L'exemple de l'affaire Intel³⁴

1- Résumé de l'affaire Intel

Le 13 mai 2009, la Commission européenne a infligé une amende de 1.060.000.000 euros à Intel Corporation pour infraction aux règles relatives à l'abus de position dominante par le recours à des pratiques anticoncurrentielles illégales visant à exclure les concurrents du marché des puces informatiques appelées «processeurs x86».

Dans sa décision, le Commission précise qu'Intel s'est rendue coupable de deux types d'abus de position dominante sur le marché des processeurs sur PC afin d'écarter son concurrent américain, la société AMD :

En premier lieu, la société a accordé des rabais substantiels à des fabricants d'ordinateurs, à condition qu'ils se fournissent en grande majorité ou en totalité chez lui, et a également effectué des paiements directs au profit d'un grand distributeur, à la condition qu'ils ne vendent que des ordinateurs équipés de ses processeurs.

En second lieu, elle a réalisé des paiements au bénéfice de ces fabricants pour qu'ils retardent ou annulent le lancement de lignes de PC équipés du processeur AMD.

Concernant ces rabais substantiels, la Commission établit qu'Intel a accordé des remises à des fabricants d'ordinateurs à la condition qu'ils s'approvisionnent exclusivement ou quasi-exclusivement auprès d'elle. Cependant, on pourrait penser que ces remises pouvaient entraîner une baisse des prix pour les consommateurs.

La Commission rappelle toutefois que lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur un marché, les remises subordonnées à l'achat d'une quantité moins élevée de produits de concurrents ou à l'interdiction pure et simple d'en acheter sont abusives, à moins que l'entreprise dominante ne puisse avancer des raisons spécifiques justifiant leur application dans des cas bien précis.

Dans sa décision, la Commission conteste donc, non pas les remises en elles-mêmes, mais les conditions auxquelles Intel les a accordées. Les fabricants d'ordinateurs étant dépendants d'Intel pour une grande partie de leur approvisionnement en processeurs x86, seule une partie limitée de

³⁴ Décision de la Commission européenne du 13 mai 2009, n°C-3/37.990

leurs besoins pour ces produits est ouverte à tout moment à la concurrence.

Les remises accordées par Intel ont donc compromis la capacité des fabricants concurrents d'affronter la concurrence et d'innover, ce qui a contribué à réduire les possibilités de choix pour les consommateurs.

2- Le dommage reconnu causé aux consommateurs

Dans le cadre de l'affaire Intel, l'association française « UFC-Que Choisir » a saisi la justice américaine pour avoir accès à certaines pièces du dossier. Celle-ci s'est constituée partie tierce dans la procédure engagée par la Commission au motif que si les pratiques reprochées à AMD étaient confirmées, elles "n'auraient pas seulement nuit à AMD, mais également à l'ensemble des acheteurs d'ordinateurs et donc aux consommateurs". Selon l'association, "Intel aurait non seulement gravement porté atteinte au libre choix des consommateurs, mais pourrait aussi profiter de sa position dominante pour imposer des prix supérieurs à ceux qui résulteraient d'une concurrence saine et loyale."³⁵

L'UFC s'est donc félicité de la décision rendue par la Commission européenne, condamnant Intel à une amende record de 1.060.000.000 euros et reconnaissant explicitement le préjudice considérable subi par les consommateurs:

« Ces remises et paiements ont effectivement empêché les clients - et, en fin de compte, les consommateurs - de se tourner vers des produits alternatifs.[...] La Commission a estimé que ces pratiques constituaient, de la part d'Intel, des abus de position dominante sur le marché des processeurs x86, lesquels ont porté préjudice aux consommateurs dans l'ensemble de l'EEE. En réduisant la capacité des concurrents à se livrer concurrence par la qualité intrinsèque de leurs produits, les agissements d'Intel ont porté atteinte à la concurrence et à l'innovation. »³⁶

La question du préjudice subi par les consommateurs est désormais tranchée. Leur préjudice est reconnu tant par le Conseil de la concurrence français que par les autorités communautaires. En revanche, la question du droit à une réparation effective pour tous les consommateurs reste posée.

³⁵ Cf communiqué de presse de l'UFC-Quechoisir du 13 mai 2009, Condamnation d'INTEL pour abus de position dominante : la Commission européenne a entendu la voix des consommateurs

³⁶ *Europa.eu*, site web officiel de l'Union européenne

Paragraphe 2- Les difficultés liées à l'établissement du préjudice des consommateurs

Le dommage, ou préjudice, peut être défini comme « *toute lésion d'un intérêt d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial subie par une personne, et pouvant consister en une perte ou un gain manqué.* »³⁷ Si le préjudice du consommateur a eût été reconnu dans certaines affaires, deux difficultés empêchent bien souvent cette reconnaissance, à savoir la démonstration de ce préjudice (A) et son évaluation (B)

A – Concernant la démonstration de leur préjudice

1- Au niveau national, un dommage direct et certain

Ce dommage doit être direct et certain. En effet, « *on enseigne classiquement que le préjudice, pour donner lieu à réparation, doit être actuel, direct et certain* »³⁸. Le préjudice doit découler du fait générateur de responsabilité. Le problème se pose quant à savoir jusqu'où peut-on remonter dans les causes du phénomène, d'autant plus lorsque le consommateur se trouve à l'extrémité de la chaîne de distribution. Le Groupe de travail de la Commission, dans son rapport annexé au Livre Vert a précisé que « *le fait de devoir calculer le montant total des surcoûts est déjà suffisamment complexe et toute tentative visant à aller plus loin, tout au loin de la chaîne de distribution renforcerait profondément la complexité des affaires antitrust.* »³⁹

La difficulté majeure réside donc dans la preuve de ce préjudice. Effectivement, les acheteurs directs sont mieux placés que les acheteurs indirects, c'est à dire les consommateurs, pour rassembler les éléments qui établissent l'infraction. Plus on s'éloigne des auteurs de l'infraction et des acheteurs directs, plus il est difficile d'apprécier les effets de la répercutions des surcoûts.

Ainsi, deux théories se dégagent de cette problématique : la théorie de la causalité adéquate – on ne retient comme cause du dommage, parmi tous les événements qui ont concouru à sa réalisation, celui qui l'a rendu le plus probable – et la théorie de l'équivalence des conditions – tout événement ayant concouru de près ou de loin à la réalisation du dommage en est réputé être la cause.

³⁷ P. BRUN, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, 2^o édition, p. 113 n°174.

³⁸ P.BRUN, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, 2^o édition, p. 116 n°177.

³⁹ Groupe de travail n°163 de la Commission européenne dans le cadre de l'élaboration du Livre Vert

Quoiqu'il en soit, comme le précise le Professeur Brun, « *cette condition [...] souligne l'exigence d'une lien de causalité direct entre le préjudice et le fait allégué* »⁴⁰.

2- L'établissement du lien de causalité

L'établissement du lien de causalité étant souvent difficile dans les affaires antitrust, il semble que les juges, afin de trancher plus facilement cette question, aient tendance à préférer la théorie de la causalité adéquate⁴¹. En effet, selon le rapport Ashurst, la France requiert une causalité adéquate du fait de la condition de dommage direct⁴², ce qui peut poser des difficultés notamment lorsque les dommages sont causés sur des marchés différents ou causent un préjudice à des consommateurs de groupes différents.

La preuve du lien de causalité existant entre la faute et le préjudice semble donc être un obstacle supplémentaire à la reconnaissance de ce préjudice.

Au-delà de la difficulté résultant de la preuve de ce préjudice, une seconde difficulté résulte de l'évaluation de ce dommage.

B – Concernant l'évaluation de leur préjudice

1- La difficulté de quantification des dommages

Dans des affaires de concurrence, le dommage subi par un consommateur est souvent difficilement quantifiable. La commission dans son document de travail, affirme d'ailleurs que « *dans les affaires de concurrence, cette quantification peut s'avérer particulièrement complexe compte tenu de la nature économique de l'acte illicite et de la difficulté que suppose de reconstruire ce qu'aurait été la situation du requérant en l'absence de l'infraction, ainsi que l'exigent habituellement les règles en matière de responsabilité civile délictuelle* »⁴³. En effet, dans la plupart des demandes en dommages et intérêts dans les affaires antitrust, il s'agit d'indemniser un préjudice

⁴⁰ P.BRUN, responsabilité civile extracontractuelle, p. 116 n°177

⁴¹ FASQUELLE, Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle, in Vogel, Blanchot, Fasquelle, Gallot, Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence, Atelier de la concurrence, 1999, disponible sur : www.dgccrf.bercy.gouv.fr

⁴² Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – p. 74 – « France requires that causation be adequate. The examples of analysis of causal link in competition case in France appear to confirm the need for direct causation, which has shown to be difficult to prove in case where the damage is allegedly caused on adjacent markets or competitors alleging damage are serving different customers groups ».

⁴³ Document de travail du livre vert p. 45 n°125

matériel qui correspond à un surcoût provenant de la différence entre le prix que le consommateur a réellement payé et celui qu'il aurait dû payer si l'atteinte à la concurrence – entente ou abus position dominante – n'avait pas eu lieu . Ce calcul nécessite donc d'imaginer quel aurait été le prix pratiqué sans l'atteinte en se basant notamment sur « *les prix, les gains, les coûts, et la situation sur le marché, etc., qui auraient été constatés en l'absence de l'infraction* »⁴⁴ . Un calcul basé sur une projection visant à imaginer un scénario hypothétique ne peut être à l'origine d'un résultat indiquant le montant exact du dommage subi par le consommateur.

Or, il existe certains États membres tels que l'Espagne qui exigent la preuve du montant exact du dommage subi, à défaut de quoi aucuns dommages et intérêts ne seront accordés.⁴⁵ Dans ce cas, les difficultés de quantification du dommage semblent, non pas constituer un simple obstacle à la mise en œuvre d'action en réparation, mais un réel empêchement. Il semble pourtant qu'une nuance doive être apportée, car en dehors de l'exception espagnole, la plupart des autres États membres acceptent un assouplissement de la preuve de l'étendue du dommage, lorsque le calcul de celui-ci est particulièrement difficile ou implique des frais disproportionnés. Dans ce cas, il sera possible de renoncer au calcul exact du dommage et de lui substituer un montant raisonnable⁴⁶ .

Quoiqu'il en soit, il faut préciser qu'il n'existe pas une unique méthode de calcul destinée à quantifier un dommage. Les juges procèdent au cas par cas, et font parfois appel à des experts pour les assister, notamment en droit de la concurrence puisqu'il s'agit d'une matière nécessitant des connaissances économiques dont les juges ne disposent pas toujours.

En conclusion, il est plus aisé de calculer le profit illicite réalisé par le concurrent auteur de l'infraction que d'évaluer le préjudice subit par le consommateur final.

Suite à la condamnation des opérateurs à une amende de 534 millions d'euros d'amende par le Conseil de la Concurrence, l'association UFC-Que choisir a mis en place un site, cartelmobile.org, permettant aux abonnés d'évaluer leur préjudice.

Cet outil de calcul nécessite diverses informations comme la date de début et de fin du contrat, les temps de communication, le prix du forfait de l'abonnement téléphonique et bien sûr, l'opérateur.

L'UFC-Que choisir a, grâce à cet outil, chiffré le préjudice subit par les consommateurs à 1,2

⁴⁴ Document de travail du livre vert p. 46 n°126.

⁴⁵ Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – p. 70

⁴⁶ Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – p. 70 – « The general idea is that if for a particular reason proving extent of damage is too difficult or implies a disproportionate cost, proof of exact extent of damage can be waived and a reasonable amount be awarded in its place ».

milliard d'euros, soit 130 euros en moyenne par abonné.

Pour mettre à disposition des consommateurs cet outil de calcul en ligne, l'association a dû faire appel à plusieurs cabinets économiques, ce qui démontre la complexité de cette évaluation.

En tout état de cause, *« l'individualisation du dommage pose de sérieuses difficultés d'évaluation, dès lors qu'il est reconnu qu'il est plus facile d'estimer le gain obtenu par les entreprises avec un accord anticoncurrentiel que le préjudice que ce même accord a entraîné. »*⁴⁷

2 – La complexité de l'application effective des méthodes de calcul du préjudice

Concernant les atteintes faites à la concurrence, la méthode la plus fréquente de calcul du préjudice subi par les consommateurs est la méthode « avant après ». L'exercice consiste à comparer une situation observée (ou l'on a constaté la présence d'une pratique anticoncurrentielle) et une situation potentielle (en l'absence de pratique anticoncurrentielle). Il faut donc simuler ce qu'aurait été le marché sans entente.

L'INC, qui cite cette méthode comme étant la plus efficace, est d'avis que l'estimation du préjudice passe nécessairement par l'évaluation du prix qui aurait été pratiqué en l'absence d'une telle pratique. Mais selon l'INC, de nombreuses techniques existent et aucune d'entre elles ne peut être utilisée de manière universelle.

Les économistes expliquent que les prix peuvent être influencés par d'autres facteurs que la pratique anticoncurrentielle tels qu'un choc sur les coûts ou bien des fluctuations de la demande. La difficulté consiste alors à démêler les causalités multiples afin de ne pas surestimer l'impact de la pratique.

S'agissant de l'application de la méthode « avant après » précitée, certains défaut peuvent se révéler lorsque les conditions de marché ne sont pas restées les mêmes durant la période liée à la pratique anticoncurrentielle et ont évolué en fonction de la demande.

En ce sens, il n'est pas chose facile de déterminer quel aurait été le prix réel du produit ou du service si la pratique n'avait pas eu lieu. Malgré les méthodes de calcul il n'est pas simple d'estimer le prix que les consommateurs auraient du réellement payer, en situation de concurrence normale.

⁴⁷ Avis du Comité économique et social européen sur le Livre vert pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, JO de l'Union européenne, décembre 2006, C 324/1,p.5.

De même, comment chiffrer le dommage subit du fait de l'absence de choix de fournisseurs? Cela constitue-t-il réellement une perte pour les consommateurs? Tant de questions qui préoccupent les auteurs et les institutions et qui révèle la complexité de l'évaluation de ce préjudice.

Si le consommateur est, comme on l'a vu dans le développement de ce premier chapitre, une victime des pratiques anticoncurrentielles, des opérations de concentrations ou encore des actes de concurrence déloyale, il est corrélativement le bénéficiaire final du système concurrentiel.

Chapitre 2- Le consommateur, bénéficiaire final du système juridique concurrentiel

Le consommateur retire de nombreux bénéfices du système économique de concurrence. En effet, résulte de cette politique de concurrence, de nombreux gains d'efficacité qui profitent à l'économie dans sa généralité et au consommateur en particulier. La concurrence a pour effet d'accroître l'efficacité statique, ce qui se traduit pour le consommateur par une baisse des prix, une amélioration de la qualité et une augmentation du choix. La politique de concurrence optimise également l'efficacité dynamique, ce dont résultent une meilleure répartition des ressources et l'accélération de l'innovation et du lancement de nouveaux produits.

Le consommateur est donc le bénéficiaire d'une politique économique de concurrence, mais nous allons voir qu'il bénéficie également d'une politique juridique de concurrence.

En effet, le droit de la concurrence, qui poursuit une meilleure efficacité économique, a pour effet automatique d'améliorer la situation du consommateur sur le marché (Section 1) sans compter que ce droit de la concurrence subit des influences politiques et sociales, qui recherchent la protection du consommateur. (Section 2)

Section 1 - L'objectif d'efficacité économique poursuivi par le droit concurrence

L'objectif premier du droit de la concurrence est d'assurer le bon fonctionnement du marché (Paragraphe 1). Cet objectif bénéficie en soi au consommateur car le bon fonctionnement du marché conduit inévitablement à augmenter son « surplus » (Paragraphe 2)

Paragraphe 1- La recherche du bon fonctionnement du marché

La concurrence a toujours été reconnue comme le meilleur moyen d'atteindre l'objectif d'économie de marché. L'article 3g) du traité confiait d'ailleurs à la CEE la mission d'établir « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* ». La concurrence est donc perçue comme un moyen d'accéder à l'objectif supérieur d'économie de marché et de réalisation du marché intérieur, et n'est pas une fin en soi.

Ce même esprit a guidé les rédacteurs du Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cet article 3 est réécrit dans le TFUE. On le retrouve dans le Protocole sur le marché intérieur et la concurrence sous une forme quelque peu différente: « *Le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée* ». Assurer la libre concurrence ne figure plus dans les missions explicites imparties à l'Union mais apparaît comme un simple outil, ce que révèle la rédaction de l'article 2: « *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe, fondée sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.* »

Par conséquent, la concurrence est toujours perçue comme un moyen d'accéder à ces objectifs, mais n'est pas un but en soi.

En d'autres termes, l'objectif principal de cette politique est de maintenir et de promouvoir la concurrence comme un moyen d'assurer la distribution efficace des ressources dans une économie afin d'accéder à un meilleur choix possible en terme de qualité, des prix les plus bas possibles et un

stock suffisant pour les consommateurs. Ainsi, la promotion de la concurrence n'est qu'un moyen pour atteindre ces objectifs, et manifestement, la maximisation de l'intérêt des consommateurs devient une préoccupation principale.

La recherche du bon fonctionnement du marché conduit donc à favoriser la situation du consommateur et à maximiser son surplus.

Paragraphe 2- La recherche du surplus du consommateur

Il convient tout d'abord de définir la notion de surplus (A) avant d'expliquer les effets du droit de la concurrence sur celui des consommateurs. (B)

A- La notion de surplus

La quête du droit de la concurrence est donc l'efficacité économique. Ce droit, pour atteindre cet objectif, va chercher à limiter les monopoles, les abus de position dominante, les ententes. En effet, comme nous l'avons évoqué précédemment, lorsqu'une entreprise se retrouve seule sur le marché, ou lorsque plusieurs entreprises s'entendent, cela a pour conséquence une hausse des prix, un recul de l'innovation et à un manque de choix, ce qui revient à une baisse du surplus des consommateurs. La recherche de l'efficacité économique conduit donc inmanquablement à l'augmentation du surplus des consommateurs.

La notion de surplus a été largement expliquée par le professeur Linda Arcelin, dans son ouvrage « *Droit de la concurrence, Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire* ».

Le surplus est un indicateur permettant de mesurer le gain que le demandeur (le consommateur) et l'offreur (le producteur) retirent de leur échange sur le marché. Le surplus des consommateurs correspond au gain réalisé par les consommateurs qui étaient prêts à payer un prix supérieur à celui constaté sur le marché. Le surplus des offreurs correspond quant à lui à la différence entre les coûts marginaux et le prix du marché. Le cumul de ces deux surplus représente le surplus global, c'est à dire ce que la société a gagné du fait des échanges réalisés sur le marché.

B- L'effet du droit de la concurrence sur le surplus des consommateurs

Les effets d'une atteinte à la concurrence sont évidemment négatifs concernant le surplus des consommateurs. Il convient toutefois de noter une différence de ces effets, due à la nature même des produits et services.

En effet, si la pratique en question touche à un bien « nécessaire », la demande ne baisse pas, du fait de la nature du produit. Cependant, les prix augmentent, donc le surplus du consommateur diminue.

Si la pratique anticoncurrentielle porte sur un bien « normal », la demande est élastique. Ainsi on assistera à une baisse du surplus du consommateur et à un recul des quantités vendues.

Concernant le surplus de l'entreprise auteur de la pratique, celui-ci augmentera si le profit résultant de la hausse des prix est supérieur au coût lié au recul des quantités vendues.

Mais concernant le surplus global, si la hausse des profits de l'entreprise est supérieure à la baisse du surplus du consommateur, le surplus global augmente, car pour la société dans son ensemble, il y a un gain en termes de PIB.

Ces atteintes à la concurrence provoquent donc un transfert du surplus du consommateur vers l'entreprise auteur de la pratique mais également « *une perte sèche en bien être, une partie des surplus n'étant pas récupérée par la firme et se trouvant donc perdue pour la société dans son ensemble* »⁴⁸.

Les monopoles créent donc des inefficacités économiques, ce que le droit de la concurrence cherche à combattre. En remédiant à ces inefficacités économiques que constituent les atteintes à la concurrence, le droit de la concurrence augmente inévitablement le surplus des consommateurs, empêchant le transfert de leur surplus vers les entreprises contrevenantes.

Cependant, au delà de l'objectif d'efficacité économique, le droit français de la concurrence poursuit des finalités que nous pourrions qualifier de politiques ou sociales.

⁴⁸ L. ARCELIN, Droit de la concurrence- Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, Ed PUR, 2009

Section 2- Les influences politiques et sociales au bénéfice des consommateurs

Comme nous l'avons vu précédemment, le droit de la concurrence, dans sa recherche de l'efficacité économique favorise le surplus des consommateurs. Cependant il convient également de signaler que cette politique de concurrence n'est pas guidée, en droit français, uniquement par des préoccupations d'ordre économique. En effet, le droit de la concurrence subit également des influences politiques et sociales. La protection du consommateur est donc double : celui-ci est le bénéficiaire de l'objectif d'efficacité économique poursuivi par le droit de la concurrence, mais il est, dans le même temps, protégé par les influences politiques et sociales qui pèsent sur le législateur. Nous verrons tout d'abord quelles sont ces diverses influences (paragraphe 1), avant de voir comment celles-ci se manifestent (paragraphe 2).

Paragraphe 1- Le rôle de ces influences politiques et sociales

Le constat d'influences politiques et sociales dans l'élaboration des règles de concurrence est un concept français et s'oppose à d'autres conceptions du droit de la concurrence tel que le droit antitrust américain (A). Ses influences sont diverses et méritent d'être détaillées (B).

A- L'émergence d'une différence d'idéologie entre le droit antitrust américain et le droit de la concurrence français

Au sens strict, le droit de la concurrence, inspiré du droit antitrust américain, a pour unique objectif de lutter contre le pouvoir dont dispose une entreprise ou un groupe d'entreprises, qui contrôle une part relativement importante du marché, d'induire une hausse des prix en réduisant les quantités offertes et en obligeant ainsi les consommateurs à se détourner vers d'autres biens, au risque de gaspiller des ressources économiques rares.

Au delà du bon fonctionnement du marché, c'est donc l'efficacité économique et le bien être du consommateur qui sont en cause.

Selon certains auteurs, le droit de la concurrence devrait donc être dépourvu de toute préoccupation d'équité et se montrer neutre au regard de la répartition des ressources entre les différents opérateurs. Il ne devrait poursuivre aucun objectif de justice distributive et ne devrait

viser qu'à accroître le surplus global. Il n'aurait donc pas non plus l'ambition de favoriser un agent économique particulier, comme par exemple le consommateur. Le préposé de l'idéologie concurrentielle classique est en effet que la situation de marché optimale résulte de l'application pure et simple de la théorie des prix et de sa conséquence juridique, la lutte contre le pouvoir de monopole.

Toutefois, à la différence du droit américain, le droit communautaire et le droit français n'ont jamais conçu les finalités du droit de la concurrence, même entendu comme le droit des pratiques anticoncurrentielles, exclusivement en termes d'efficacité économique.

En recourant à la notion de concurrence dite « efficace », ils n'ont pas hésité, lorsqu'ils l'ont jugé nécessaire, à rejeter le « culte » de la théorie des prix et à faire des choix positifs en faveur de certains schémas de consommation.⁴⁹

B- La reconnaissance d'objectifs politiques divergents de l'efficacité économique

Les ambiguïtés concernant les objectifs du droit de la concurrence sont le plus souvent soulevées par les économistes, qui rappellent que l'on ne devrait se préoccuper que de la recherche de l'efficacité économique, ou encore de la maximisation du bien-être collectif, mais que d'autres considérations liées à l'influence politique de groupes de pression imprègnent très souvent le texte de loi.

L'économiste Massimo Motta définit la politique de concurrence comme « *l'ensemble des lois et des interventions publiques qui assurent que la concurrence sur les marchés n'est pas restreinte dans un sens qui conduirait à une réduction du bien être économique.* »⁵⁰

Malgré la position de nombreux économistes, depuis son origine, le droit de la concurrence répond à d'autres motivations que la recherche de l'efficacité économique

Le Conseil de la concurrence a ainsi affirmé, dans son rapport annuel pour l'année 1993, que « *la régulation des activités économiques doit concilier les principes de la liberté de la concurrence avec d'autres exigences d'intérêt général* ».

En réalité, ce sont des considérations d'économie politique, c'est à dire la réponse aux pressions de groupe d'intérêt, petites entreprises, consommateur-électeurs, qui ont conduit à l'adoption de nombreuses dispositions, notamment en droit français (loi Raffarin, loi Galland,

⁴⁹ L.DONNEDIEU DE VABRE TRANIE « Un droit de la concurrence: pour quoi faire? » Contrats, concurrence, consommation 2006 chron 22

⁵⁰ M.MOTTA, Competition Policy, Cambridge University Press, 2004, p.30

notamment).

Parmi les objectifs qui sont alors assignés aux politiques de concurrence, on retrouve entre autres: la maximisation du surplus des consommateurs plutôt que celle du surplus collectif, la défense des petites entreprises contre le pouvoir des plus grandes, l'équité entre agents économiques.

Dans l'arrêt *Métro*⁵¹, le juge communautaire déclare que « *la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du Traité CE implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace, c'est à dire de la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du Traité [...]* ». En conséquence, les autorités françaises, mais également les autorités communautaires, ont parfois tendance à préférer à la concurrence par les prix la concurrence par la qualité, et ne considèrent pas que la protection de l'environnement ou la protection de l'emploi, du petit commerce ou du consommateur, sont des préoccupations extra-concurrentielles.

Cependant, il convient de signaler que la multiplicité des objectifs constatée dans le droit français de la concurrence tend parfois à faire perdre de vue son objectif naturel qui est de préserver l'économie de marché.

Paragraphe 2- La démonstration de ce double objectif économique et politique

Afin d'illustrer cette dualité d'objectifs propre au droit de la concurrence français, et qui correspond donc à la recherche d'une bonne efficacité de marché et à l'influence des considérations politiques et sociales, nous prendrons l'exemple de la législation en matière de contrôle des concentrations (A) avant de voir l'impact de ces influences sur la situation du consommateur (B).

A- L'exemple de la réglementation des concentrations

Concernant le contrôle des concentrations, la recherche de l'efficacité économique globale voudrait que l'on accorde autant d'importance aux profits, accrus du fait de la concentration, qu'aux effets sur les surplus des consommateurs. Mais dans la pratique, on privilégie le surplus de ces derniers, les autorités de la concurrence se montrant généralement assez réservées quant aux gains de productivité et d'efficacité annoncés par les entreprises qui se regroupent.

⁵¹ CJCE, 25 octobre 1977, affaire *Metro* n° 26/76

Même si la jurisprudence européenne et française évolue dans le sens d'une meilleure prise en compte des gains d'efficacité susceptibles de résulter de l'opération de concentration, les autorités attendent cependant que la preuve soit rapportée que d'éventuelles contributions au progrès économique bénéficient également aux consommateurs. Le progrès économique est une autre dénomination de ce que les économistes appellent gains d'efficacité. C'est donc toujours un critère de maximisation du bien être des consommateurs qui l'emporte sur celui de la maximisation de la société dans sa globalité, et ce du fait de l'influence politique et sociale.

B- L'effet de ce double objectif pour le consommateur

Au delà de la recherche de l'efficacité économique et des objectifs politiques et sociaux rappelés ci-dessus, on constate également une tendance du droit de la concurrence à devenir un instrument de protection des intérêts des consommateurs. Ainsi, le Conseil de la concurrence a-t-il indiqué dans son rapport annuel pour l'année de 2004 que *« si la concurrence ne fonctionne pas bien sur un marché, c'est finalement le consommateur qui – aujourd'hui ou demain - en paiera le prix: l'action du Conseil s'inscrit entièrement dans ce constat. »*

Ont également été remarquées les incitations de la part de la Commission européenne ou du Conseil de la concurrence au développement des actions indemnitaires par les victimes de pratiques anticoncurrentielles ou à l'introduction d'un équivalent français des « class actions » américaines pour favoriser cette indemnisation.

Pour conclure sur la question de l'objectif du droit de la concurrence, il apparaît à ce jour que ce droit est un véritable outil de politique économique, mais également de politique sociale. Par la diversité de ces objectifs, on constate que le droit de la concurrence se remet régulièrement en cause, ce qui démontre son dynamisme et sa capacité d'adaptation à l'environnement économique changeant.

TITRE 2 – La légitime prise en compte du consommateur par le droit de la concurrence

Au-delà d'être un sujet qui bénéficie immanquablement de la politique juridique de concurrence, le consommateur est également un sujet pris en considération dans l'élaboration des règles en matière de concurrence.

En effet, des dispositions concernant directement le consommateur figurent dans des textes traitant de la concurrence. A ce titre, certains articles du Code de commerce concernent directement le consommateur et sont d'ailleurs reproduits au sein du Code de la consommation.

L'exemple même de cet intégration de l'intérêt du consommateur demeure à ce jour la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite loi Châtel.(Chapitre 1) Cette loi illustre la symbiose existant entre ces deux matières, symbiose qui pourrait également être illustrée par le constat d'autorités traitant à la fois de la protection du consommateur et de la concurrence (Chapitre 2).

Chapitre 1- La considération du consommateur par le législateur et les autorités

Dans ce premier chapitre nous nous consacrerons à l'étude de l'intégration de l'intérêt du consommateur dans les lois traitant de concurrence. A ce jour, le Code de commerce contient de nombreux textes qui font expressément référence au consommateur et diverses lois concernant le droit de la concurrence présentent des dispositions relatives au droit de la consommation (Section1). Certaines lois de concurrence sont même adoptées en vue de la protection du consommateur (Section2)

Section 1- Des textes de concurrence incluant des questions de protection du consommateur

Le code de commerce est un ensemble de lois qui régit le droit commercial. Le livre IV de ce code traite en particulier « *de la liberté des prix et de la concurrence* ». Cette partie comporte

donc toute la réglementation du droit de la concurrence français. Cependant certaines dispositions au sein de cette partie font directement référence au consommateur et à sa protection. Certains articles du code de commerce protègent même directement le consommateur. Nous prendrons pour exemple les articles concernant l'information du consommateur (Paragraphe 1) et concernant les pratiques restrictives de concurrences (Paragraphe 2). Puis nous nous intéresserons à la réglementation des prix d'appel (Paragraphe 3).

Paragraphe 1- L'exemple concernant l'information du consommateur

Dans le chapitre 1er du titre IV du livre précité, qui s'intitule « *De la transparence* », le législateur, vise expressément la protection du consommateur. En effet, l'article L.441-1 du code de commerce est l'exacte reproduction de l'article L.113-3 du Code de la consommation. Cet article porte sur l'obligation qui pèse sur le professionnel d'informer le consommateur sur les prix et les conditions de vente de tout produit ou service:

« Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. »

Cette article figurant dans le titre dédié au droit de la concurrence, imposant certaines obligations aux professionnels entraine donc la protection du consommateur.

L'article que nous venons d'évoquer ne fait pas figure d'exception, en effet, l'article suivant, l'article L.441-2 vise également la défense du consommateur. Celui-ci porte sur la publicité promotionnelle et dispose que « *Toute publicité à destination du consommateur, diffusée sur tout support ou visible de l'extérieur du lieu de vente, mentionnant une réduction de prix ou un prix promotionnel sur les produits alimentaires périssables, doit préciser la nature et l'origine des produits offerts et la période pendant laquelle est maintenue l'offre proposée par l'annonceur. La mention relative à l'origine est inscrite en caractère d'une taille égale à celle de la mention du prix.* »

Bien que s'adressant aux professionnels, et figurant dans une partie du Code de commerce consacrée au droit de la concurrence, cet article bénéficie donc au consommateur.

Paragraphe 2 - L'exemple de la réglementation sur les pratiques restrictives de concurrence

Tout comme pour les dispositions concernant l'information du consommateur, le chapitre II du titre IV du livre IV du code du commerce qui s'intitule « *Des pratiques restrictives de concurrence* » prévoit lui aussi des dispositions visant à la protection du consommateur. En effet sous couvert d'interdire certaines pratiques aux professionnels, certains articles bénéficient au consommateur.

C'est le cas de l'article L.442-1 qui reproduit les règles relatives aux ventes ou aux prestations avec primes, aux refus de vente ou de prestation, prestations par lots ou par quantités imposées fixées par les articles L.121-35 et L.122-1 du code de la consommation.

Selon l'article L.121-35 « *est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services, faite aux consommateurs et donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation.* »

L'article L.122-1 prévoit quant à lui qu'« *il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit.* »

Bien que ces articles posent des restrictions aux professionnels et vise à établir une concurrence plus saine, ces réglementations concernent en premier lieu le consommateur, et le préserve de pratiques pouvant lui nuire comme la vente liée ou le refus de vente.

Un autre article figurant dans le chapitre II « *Des pratiques restrictives de concurrence* » aspire à la protection du consommateur. Il s'agit en effet de l'article L.442-5 qui instaure l'interdiction des prix imposés par le fabricant.

Afin de protéger les consommateurs et d'empêcher certaines pratiques susceptibles de faire échec à la libre concurrence, l'ordonnance du 30 juin 1945 sanctionnait l'imposition d'un prix minimal. Ce texte a été abrogé par l'ordonnance 86-1243 du 1er décembre 1986, repris dans le Code de commerce à l'article L.442-5 qui prévoit qu' « *est puni d'une amende de 15000 euros le fait par*

toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale. »

Cette réglementation bien que se rapportant au droit de la concurrence et au droit de la distribution, concerne également le consommateur, qui est l'acheteur final, celui qui profite de la concurrence par les prix, et qui n'aura donc pas à payer ce prix minimum imposé au vendeur par le fabricant ou le fournisseur.

Paragraphe 3- L'exemple de la réglementation du prix d'appel

L'administration estime que les actions promotionnelles ne doivent constituer ni une tromperie à l'égard du consommateur attiré dans un magasin par l'annonce de bas prix sur des produits qui, en réalité ne sont pas disponibles, ni une action déloyale vis à vis du fabricant dont les produits, en particulier lorsqu'ils sont notoirement connus, ne servent en réalité que d'appâts pour vendre d'autres produits à des prix plus élevés et plus rémunérateurs pour le commerçant.

Le prix d'appel est donc une forme abusive de l'abaissement sélectif des prix. La définition de cette pratique a été donnée dans la circulaire du 22 septembre 1980, il s'agit du « *procédé qui consiste pour un distributeur à mener une action de promotion par les prix sur un produit déterminé, pour lequel il adopte un niveau de marge si faible et dispose de quantités tellement insuffisantes que les avantages à attendre ne peuvent pas être en rapport avec l'action de promotion engagée, sauf, pour le distributeur, à pratiquer la dérive des ventes, c'est à dire à inciter, par quelque moyen que ce soit les clients attirés par la publicité à acheter un produit substituable à celui sur lequel la publicité a porté* ».

Sur le plan civil, cette pratique est donc sanctionnée au titre de la concurrence déloyale, une action pouvant être intentée par le titulaire de la marque utilisée.

Ainsi, a été condamné un commerçant qui, pour l'ouverture d'un magasin de chaussures avait fait paraître dans la presse une annonce tendant à faire croire à l'existence d'un grand choix d'articles d'une marque mondialement connue, vendus à des prix attractifs, alors qu'il n'en possédait qu'un nombre très limité.⁵²

⁵² TGI Saint Dié 29 février 1980

Au regard de la circulaire du 22 septembre 1980, il apparaît que la pratique des prix d'appel peut causer un double préjudice: à l'égard du producteur ou du concurrent, ce qui justifie que cette réglementation est d'ordre concurrentielle et à l'égard du consommateur.

Ce texte relatif à la liberté des prix, se substitue à la circulaire du 30 mai 1970 relative à certaines mesures d'assainissement de la concurrence⁵³ et à la circulaire du 10 janvier 1978 relative aux relations commerciales entre les entreprises⁵⁴. Il s'agit donc clairement d'un texte appartenant au droit de la concurrence, pourtant celui-ci évoque également le préjudice dont peut être victime le consommateur ainsi que les moyens de défense qui sont mis à sa disposition sur le plan pénal. « *Compte tenu du préjudice qui résulte de ce procédé pour le fabriquant dont la marque est ainsi abusivement utilisée et pour le consommateur dont la bonne foi est surprise, des moyens de défense sont mis à leur disposition.* » Suite à cela, une partie de ce texte traite des actions communes aux fabricants, aux commerçants et aux consommateurs. Ce texte de concurrence inclut donc des questions propres au droit de la consommation et à la défense du consommateur.

Toutefois il convient de rappeler que cette pratique est elle même sanctionnée par le droit de la consommation, faisant l'objet d'une réglementation dans le Code de la consommation à l'article L.121-1-1 sur les pratiques commerciales réputées trompeuses.

Section 2- Des lois de concurrence au service de la protection du consommateur

Si certains textes de concurrence prévoient, de façon marginale, des règles de droit de la consommation, d'autres lois de concurrence sont, elles, élaborées dans l'intérêt des consommateurs, c'est le cas de la loi Châtel (Paragraphe 1). Cependant ce type d'initiative ne dispense pas du besoin d'un droit de la consommation séparé (Paragraphe 2)

53 Journal officiel du 2 juin 1970, paragraphe 2, « Pratique du prix d'appel »

54 Journal officiel du 12 janvier 1978, chapitre IV, section II, paragraphe B

Paragraphe 1- L'exemple de la loi Châtel, loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs

La loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs a été largement annoncée dans la presse comme un moyen de redonner du pouvoir d'achat aux consommateurs. Elle comporte deux volets. L'un des deux concerne essentiellement le droit de la concurrence et de la distribution et impacte malgré tout sur la situation du consommateur (A). A contrario le second volet s'intéresse au droit de la consommation et prévoit à ce titre la possibilité pour le juge de soulever d'office les manquements aux règles énoncées dans le Code de la consommation ainsi que la transposition de la Directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques déloyales (B).

A- La modernisation des relations commerciales dans l'intérêt du consommateur

1- L'apport de la loi Châtel dans ce domaine

Adoptée le 3 janvier 2008, la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs qui réforme le droit des relations commerciales traduit un recul de l'interventionnisme étatique en accordant aux revendeurs une plus grande marge de manœuvre dans la fixation de leurs prix. La disposition phare du texte, « *destinée à restaurer le pouvoir d'achat des consommateurs* », qui concerne la réforme des relations commerciales figure dans l'article 1er de cette loi: il s'agit du passage au « triple net » qui a permis d'abaisser le seuil de revente à perte. Le prix d'achat effectif sera désormais le prix unitaire net minoré du montant des remises sur facture, des ristournes hors facture et de la rémunération des services rendus par le distributeur au fournisseur.

L'objectif visé par cette loi était de rétablir une politique de concurrence par les prix dans le secteur de la grande distribution, concurrence qui entrainerait une baisse des prix et donc une hausse du pouvoir d'achat des consommateurs.

Le seuil de revente à perte en dessous duquel il est interdit de vendre au consommateur, avait été instauré par la loi Galland, puis modifié par la loi Dutreil en 2005 permettant de réintégrer une partie des marges arrières et donc de faire baisser le prix de vente au consommateur.

La première étape de la loi Galland engagée par la loi du 2 août 2005 a permis de restituer

près de 2,5 milliards d'euros de pouvoir d'achat aux consommateurs.

Pour aller plus loin, la loi Châtel a permis de réintégrer la totalité des marges arrières dans le prix de vente au consommateur. Comme nous l'avons évoqué précédemment, le prix d'achat est donc déduit de tout rabais, remises et ristournes, même celles relevant de la coopération commerciales. En conclusion, les distributeurs pourront donc pratiquer des prix de vente inférieurs au prix figurant sur les factures des fournisseurs.

Le gouvernement avait fait du pouvoir d'achat des consommateurs l'une des priorités de son action, ce qui passait inévitablement par une action durable sur le niveau des prix. La modification du cadre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs avait donc pour but de favoriser la concurrence, une concurrence qui devait jouer au bénéfice du consommateur.

2- L'évolution de la réglementation portant sur les relations commerciales

Concernant cette réglementation, un nouveau pas a été franchit avec la loi LME, loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 évoquée précédemment. Ce texte instaure la libre négociation des conditions de vente et des tarifs.

Le texte de l'article L.441-6 du Code de commerce est assoupli grâce à la suppression de l'obligation de justifier les conditions particulières de vente par des services spécifiquement rendus.

La notion de services distincts des services de commercialisation introduite par la loi Dutreil disparaît. Le texte y substitue celle « *d'autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services* » qui concourent à la fixation du prix de vente. Ce texte instaure donc la liberté de négociation des prix.⁵⁵

Si pour le consommateur, cette loi de concurrence devrait tirer les prix à la baisse, ce qui est à son avantage, cette négociation sans réelle contre partie, réclamée et obtenue par la grande distribution risque surtout de soumettre les fournisseurs à une pression très forte et de les inciter à pratiquer des discriminations de premiers degrés au profit des distributeurs les plus puissants, sans assurance que ces transferts de marges soient répercutés aux consommateurs.

⁵⁵ *Mémento Concurrence-Consommation*, LGDJ, Edition Francis Lefebvre, 2010

La libre négociation devait accroître la concurrence et les relations de force dans les négociations, mais selon, Nicole Ferry-Maccario, professeur à HEC et auteur du livre *Droit du marketing*, elle aurait également eu pour conséquence « *une plus forte segmentation et spécialisation dans la grande distribution entraînant la disparition de petits acteurs* ».

La possibilité pour les distributeurs de revendre à perte se serait également traduite par le développement des prix d'appel sur des produits de grandes marques nationales et par une diminution des marges pour les fournisseurs qui aurait parfois provoqué une baisse des coûts de production et donc de la qualité.

B- Vers une meilleure protection du consommateur

La loi Châtel a donc œuvré pour augmenter le pouvoir d'achat des consommateurs en modernisant les relations commerciales entre les fournisseurs et les distributeurs, mais cette loi de concurrence a également cherché à améliorer la protection du consommateur dans divers secteurs.

1- Des mesures relatives au secteur des communications électroniques

La loi du 3 août 2008 a mis en place de nouvelles mesures afin de protéger les consommateurs et les non professionnels vis à vis des fournisseurs de services de communication électronique.

Les principales mesures ont porté sur la durée du préavis de résiliation qui ne peut plus, désormais, excéder 10 jours après réception de la demande de résiliation ou encore sur la gratuité des temps d'attente des services après-vente, services d'assistance technique ou tout autre service chargé du traitement des réclamations se rapportant à l'exécution du contrat.

2- Des mesures relatives au secteur bancaire

La loi Châtel a également abordé la question de la protection du consommateur dans le secteur bancaire. Ce texte a notamment obligé les établissements de crédit à désigner un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, relatifs aux services fournis et à l'exécution de contrats conclus. La loi Châtel a également imposé aux établissements de crédit de porter à la connaissance des personnes physiques un document distinct récapitulant le total des

sommes perçues par l'établissement de crédit au cours de l'année civile précédente au titre de produits ou services dont ces personnes bénéficient dans le cadre de la gestion de leur compte de dépôt, et ce au cours du mois de janvier de chaque année.

3- Des mesures relatives à la vente de biens et fourniture de prestations de services à distance

Le législateur a donc prévu des mesures visant à protéger le cyber consommateur. En effet, s'agissant des contrats ne portant pas sur des services financiers, la loi Châtel a établi que le fournisseur devait indiquer, avant la conclusion du contrat, la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien, ou à exécuter la prestation de service. A défaut, le fournisseur est réputé devoir délivrer le bien ou exécuter la prestation dès la conclusion du contrat. En cas de non respect de cette date, le consommateur pourra obtenir la résolution de la vente mais aussi son remboursement.

4- Les autres mesures afférentes aux consommateurs

Au delà des mesures phares concernant le secteur des télécommunications, le secteur financier et le secteur de la vente à distance, la loi n°2008-3 a également apporté des précisions relatives au démarchage de produits d'assurance et à la mise en conformité des produits.

Cette loi a également introduit de nouvelles dispositions au Code de la consommation relatives aux pratiques commerciales déloyales (nouvel article L.120-1), qui prohibent les pratiques contraires aux exigences de la diligence professionnelle et qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur⁵⁶.

L'article L.121-1 du Code de la consommation, relatif à la publicité trompeuse est également modifié et qualifie de trompeuse la pratique commerciale qui crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif du concurrent, reprenant ainsi les éléments retenus pour la confusion déloyale. La tromperie peut également résulter de l'omission, de la dissimulation ou du caractère inintelligible d'une information substantielle, telle que les caractéristiques du bien ou du service, ou l'identité du professionnel.

⁵⁶ Cf article 39 de la dite loi

5- L'habilitation du gouvernement à procéder à l'adaptation de la partie législative du code de la consommation

La nouvelle loi Châtel donne effectivement au Gouvernement les pouvoirs nécessaires pour légiférer par ordonnance afin de procéder à une nouvelle organisation du Code de la consommation.⁵⁷ Ce n'est pas d'aujourd'hui que la manière dont est rédigé le Code de la consommation fait l'objet de critiques et il est effectivement souhaitable qu'une refonte soit opérée. Il faudrait, dit le texte, intégrer des textes non codifiés et aménager le plan du code.

La loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs est donc une loi qui utilise la concurrence pour servir les intérêts et la protection du consommateur tant par la modernisation des relations commerciales qu'en établissement de nouvelles règles expressément protectrices en faveur du consommateur.

Cependant, même si certaines lois de concurrence, à l'image de celle-ci protègent le consommateur, cette protection, n'est pas suffisante, et un droit séparé et autonome de la consommation est, bien évidemment, nécessaire.

Paragraphe 2 – La nécessité d'un droit séparé de la consommation

A- L'apparition d'un droit de la consommation autonome

Le Code de la consommation est né d'une loi du 26 juillet 1993, l'objectif étant de permettre au consommateur une meilleure connaissance de ses droits et de dresser un inventaire exhaustif des règles qui le concernent. Bien que ces objectifs soient louables, à la naissance de ce code, les applaudissements se sont révélés timides, notamment en l'absence de définition uniforme de son domaine.

Un code « imparfait » donc, mais un code néanmoins, consacrant l'existence d'un droit de la consommation autonome du droit de la concurrence.

Comme l'a observé le doyen Carbonnier: « *Il n'empêche que, par la promulgation immédiate*

⁵⁷ Cf article 35 de la dite loi

de son Code, bien ou mal ficelé, le droit de la consommation a réalisé politiquement un coup de maître. Il s'est constitué en corps autonome de droit. »⁵⁸

B- La nécessité de ce droit due au constat de questions non abordées par le droit de la concurrence

Idéalement, le droit de la concurrence doit être accompagné d'un droit séparé de la consommation, comme c'est le cas en France.

Le droit de la concurrence et le droit de la consommation poursuivent des finalités différentes, pourtant chaque corps de règles peut concourir au renforcement de l'autre⁵⁹. La protection du consommateur contre les tromperies ou les comportements abusifs de certains professionnels protègent en même temps les concurrents qui n'usent pas des mêmes procédés. Inversement, comme nous l'avons évoqué dans le paragraphe précédent, le développement d'une concurrence loyale et réglée entre les entreprises les incite à mettre sur le marché des produits et services de meilleure qualité et au meilleur prix, dans l'intérêt du consommateur. La loi Châtel du 3 janvier 2008 consacre cette approche.

Cependant la nécessité de l'existence d'un droit séparé de la consommation tient en réalité au fait que le droit des consommateurs inclut de nombreuses questions qui sont étrangères au droit de la concurrence, comme la santé et la sécurité des consommateurs en premier lieu.

Le droit de la concurrence est tout autant indifférent aux problématiques portant sur la contre façon, la publicité mensongère, les infractions sur les poids et les mesures, ou encore concernant le surendettement des consommateurs.

Le droit de la concurrence, bien que protégeant bien souvent le consommateur, n'est pas suffisant à sa protection, car il n'est pas de son rôle d'aborder toutes les problématiques afférentes au consommateur et à sa défense.

⁵⁸ J.CARBONNIER, *Droit civil, les obligations*, PUF, 1998, p.23

⁵⁹ Y.SERRA, *Concurrence et consommation*, Dalloz, 1994, précité

Chapitre 2- Des autorités traitant de la défense de la concurrence et de la protection des consommateurs

Il est en droit français des organismes, administrations ou autorités, traitant à la fois du droit de la consommation et du droit de la concurrence (Section 1), alors que d'autres sont uniquement compétents en matière de concurrence (Section 2). Pourtant dans les deux cas, leur action s'inscrit dans l'optique d'une meilleure protection des intérêts du consommateur.

Section 1- Les organisations compétentes en matière de droit de la concurrence et de droit de la consommation

Même en cas de droit séparé pour traiter de la consommation et de la concurrence, leur application est souvent confiée à la même autorité. C'est par exemple le cas en Grande Bretagne où cela est sous la surveillance du FTO. Mais l'exemple le plus connu est le système américain de la Federal Trade Commission (Paragraphe 1). En France, une autorité régit également les questions de concurrence et de consommation, il s'agit de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, cependant elle dispose de moins de pouvoirs que la FTC américaine (Paragraphe 2). Si ces autorités se voient confiée des missions dans ces deux domaines, nous pouvons en déduire que les politiques de concurrence et de consommation influent l'une sur l'autre et ainsi que la politique de concurrence participe de la protection du consommateur.

Paragraphe 1- Le système américain de la « Federal trade commission »

La Federal Trade Commission (FTC) est l'organisme fédéral américain en charge à la fois de la protection des consommateurs et de la libre concurrence dans les différents secteurs de l'économie américaine.

La FTC est donc une agence indépendante dont la mission est la bonne application du droit de la consommation ainsi que la surveillance et le contrôle des pratiques commerciales anticoncurrentielles.

Son double mandat se reflète clairement dans la structure interne de cette autorité. Celle-ci a notamment créé un bureau spécial de protection des consommateurs (A) et un bureau séparé de la concurrence (B).

A– Le bureau de protection des consommateurs.

L'objectif de ce bureau est de protéger les consommateurs contre les pratiques déloyales et trompeuses. Avec le consentement de la Commission, les avocats du Bureau sont chargés de faire appliquer les lois fédérales relatives à la protection des consommateurs et les règles promulguées par la FTC. Les principales préoccupations de ce bureau concernent les domaines de la publicité et du marketing, celui des produits et pratiques financières, la fraude par télémarketing, et la confidentialité et la protection de l'identité des consommateurs.

Ses prérogatives sont multiples. En effet, il peut s'agir d'enquêtes, de mesures d'exécution, et de l'éducation des consommateurs et des entreprises. Si les résultats de l'enquête révèlent un comportement illégal, la FTC peut conclure avec l'entreprise fautive un compromis sur la base d'une mise en conformité volontaire, ou déposer une plainte administrative.

Selon le FTC Act, la Commission a le pouvoir, dans la plupart des cas, de porter ses actions devant un tribunal fédéral à travers ses propres avocats et est habilitée à demander des sanctions civiles ou des réparations pour les consommateurs en cas de violation des dispositions de réglementation du commerce .

Le bureau prend également part à l'élaboration de la réglementation du commerce qu'il a mission de faire respecter.

L'outil le plus important dont dispose la FTC demeure son pouvoir d'édicter des réglementations: les exemples les plus connus sont ceux de la « *Cooling-off Rule for Sales made at Homes or at Certain other Locations* » édictée en 1972 qui réglemente principalement le ventes à domicile et de la « *holder in due-course-rule* » de 1975 qui protège le consommateur contre la perte de ses droits de défense contre un créancier dans les cas de ventes liées à un contrat de crédit.

B- Le bureau de la concurrence

Le bureau de la concurrence est la division de la FTC promise à l'élimination et la prévention des pratiques anticoncurrentielles. Elle accomplit cette mission en appliquant les règles édictées par les lois antitrust. Ce bureau procède également à l'examen des propositions de fusions d'entreprises et enquête sur d'autres pratiques qui peuvent nuire à la concurrence comme les

ententes horizontales, impliquant des concurrents directs, et les ententes verticales, impliquant des entreprises situées à différents niveaux dans la chaîne de production ou de commercialisation.

Concernant l'application des règles antitrust, la FTC travaille en partenariat avec le Ministère de la Justice. Cependant, alors que la FTC est chargée de l'exécution civile des lois antitrust, la division antitrust du Ministère de la Justice a le pouvoir de mener des actions au civil ainsi qu'au pénal.

Un rapport pour la troisième assemblée annuelle des associations non gouvernementales de consommateurs avait envisagé la question, dans les années 2000, de savoir si la Federal Trade Commission américaine pourrait servir de modèle pour une protection efficace des consommateurs dans le marché unique européen.

En effet, sa longue expérience intéressait le droit communautaire et la politique européenne de protection des consommateurs, vu la double mission qu'elle remplit, celle de sauvegarde de la concurrence et celle de protection des consommateurs.

L'approche comparative adoptée dans ce document avait cependant suscité la critique: une telle combinaison entre application centralisée et application décentralisée du droit présuppose un véritable système de réglementation de type fédéral, que l'Union européenne ne possédait et ne possède toujours pas.

Dans le système français, nous connaissons également un organisme traitant à la fois du droit de la consommation et de la concurrence, la DGCCRF.

Paragraphe 2- La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

A la différence du système américain, dans le système français, les organismes chargés de la protection des consommateurs et de la concurrence sont chacun spécialisés dans leur domaine à savoir la consommation ou la concurrence, à l'image de la Commission de la sécurité des consommateurs, de l'Institut national de la consommation ou de l'Autorité de la concurrence. Cependant, au delà des organismes spécialisés la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, est une administration justifiant d'une double casquette.

A- La DGCCRF, un organisme atypique

La Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) exerce, au sein du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, une mission essentielle de régulation à l'égard de l'ensemble des acteurs économiques, entreprises, consommateurs et élus locaux. A ce titre, elle veille au fonctionnement loyal et sécurisé des marchés, ce qui implique l'élaboration de règles, des contrôles et, le cas échéant, des sanctions prononcées par les tribunaux.

Elle joue un rôle unique au sein des administrations françaises, en étant à la fois administration de conception et de terrain. Elle appréhende la vie économique sous tous ses aspects en raison de sa compétence horizontale et d'un réseau de relations avec un grand nombre d'autres départements ministériels.

La DGCCRF est également une administration proche du public implantée dans toute la France, à proximité des usagers, consommateurs, entreprises et élus.

Elle est composée d'une administration centrale qui se situe à Paris, de vingt-deux DIRECCTE (Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation du travail et de l'emploi), l'efficacité de ces sections a d'ailleurs récemment été remise en question, et de quatre vingt seize département interministériels.

B- Les objectifs de la DGCCRF

1- La régulation concurrentielle des marchés

L'objectif de la DGCCRF est, dans ce domaine, de définir et de faire respecter les règles de concurrence favorables au développement d'un marché ouvert et transparent. Pour cela elle affiche une politique sévère de lutte contre les ententes et les abus de position dominante, en liaison avec l'Autorité de la concurrence. La prévention et le contrôle des pratiques commerciales déloyales entre professionnels font également partie de ses prérogatives. La DGCCRF travaille encore à la détection et à la lutte contre les contrefaçons de marques. Enfin, elle cherche à développer la

prévention en diffusant l'information sur les droits de la concurrence auprès des instances consulaires locales et des entreprises.

2- La protection économique et la sécurité des consommateurs

Au delà de ses missions visant à établir un meilleur équilibre concurrentiel, la DGCCRF est également un organisme de protection des consommateurs. Elle informe et protège au quotidien les consommateurs des pratiques commerciales abusives ou illicites.

Afin d'assurer la protection économique des consommateurs, la DGCCRF prône une information plus claire et plus loyale sur les produits et les services. Elle se montre alors intransigeante vis à vis du respect des règles d'étiquetage et des signes de qualité. Cette administration se prononce et dénonce régulièrement la déloyauté de certaines pratiques commerciales vis à vis des consommateurs dans divers domaines tels que le commerce électronique, l'immobilier, les banques et assurances ou encore le tourisme. Enfin, la DGCCRF assure un rôle de veille sur les prix lorsque ceux-ci connaissent ou sont susceptibles de connaître des variations inhabituelles, du fait de décisions des pouvoirs publics ou d'évènements qui peuvent avoir des répercussions sur les prix. La DGCCRF met d'ailleurs en ligne mensuellement les résultats de l'Observatoire des prix et des marques.

Outre la protection économique des consommateurs, la DGCCRF a également pour mission de préserver leur sécurité physique et leur santé. Pour parvenir à cet objectif, l'administration assure la prévention et l'évaluation des risques en informant les consommateurs, en recourant à des organismes d'expertise ou encore en signalant à la population les produits considérés comme dangereux. Enfin, la DGCCRF, dans ce but de protection, procède régulièrement à des contrôles et des inspections. Ces deux prérogatives comptent d'ailleurs parmi les plus illustres détenues par cette administration. Les contrôles sont généralement effectués lors de la première mise sur le marché, cependant des contrôles renforcés sont réalisés dans les domaines à risque, comme le domaine alimentaire ou le secteur des jouets.

La DGCCRF, organisme de défense de la consommation et de la concurrence pourrait donc être considéré comme le symbole de l'union de ces deux matières. Deux matières qui se complètent et se protègent. La protection du consommateur relève également du droit de la concurrence, et le droit de la consommation participe d'une concurrence saine et loyale, ce que démontre la politique

et les actions de la DGCCRF qui jongle entre les deux domaines.

A contrario de la DGCCRF qui traite tout autant des questions de concurrence que de consommation, l'Autorité de la concurrence est une autorité spécialisée qui n'aborde pas le domaine du droit de la consommation.

Section 2- La politique de l'Autorité de la concurrence, une politique au bénéfice du consommateur

L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante et spécialisée dans la répression des pratiques anticoncurrentielles, dans l'expertise du fonctionnement du marché ainsi que dans le contrôle des opérations de concentration. Si son objet porte uniquement sur le droit de la concurrence, l'Autorité de la concurrence se relève finalement être au service du consommateur, ayant pour objectif de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au bon fonctionnement des marchés. Pour illustrer notre propos nous avons choisi d'étudier un avis ainsi qu'une décision récente de l'Autorité de la concurrence, deux textes qui démontrent que la politique menée par l'Autorité de la concurrence concourt à la protection, ou tout du moins à la préservation des intérêts du consommateur.

Nous analyserons donc l'avis rendu en 2010 dans le secteur de la distribution alimentaire (Paragraphe 1) puis, la décision de l'Autorité de juin 2011 concernant le secteur de la distribution automobile (Paragraphe 2)

Paragraphe 1-L'avis 10-a-26 du 7 décembre 2010 dans le secteur de la distribution alimentaire

A- Le constat dressé par l'Autorité de la concurrence, constat négatif le consommateur

L'Autorité de la concurrence s'est autosaisie pour avis en février 2010 dans le secteur de la distribution alimentaire afin d'étudier les contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

L'Autorité y déplore un niveau excessif de concentration de certaines zones de chalandises et constate qu'il est très difficile de créer de nouveaux magasins, ce qui cause directement un

préjudice aux consommateurs qui voit leur choix restreint.

Elle stigmatise certaines barrières comportementales à l'entrée comme les pratiques de gel du foncier commercial inexploité et critique vivement les entraves à la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes, résultant de certaines clauses (sont ici visés les clauses de non concurrence, de non ré-affiliation, les droits de priorité pouvant aller jusqu'à cinquante ans et les droits d'entrée à paiement différé) et de dispositifs capitalistes.

L'Autorité recommande alors de nouvelles pratiques comme la suppression des clauses de non concurrence et des droits de priorité dans les contrats de vente et d'acquisition, la conclusion d'un accord cadre unique, la limitation de la durée des contrats d'affiliation à cinq ans, la limitation des clauses de non ré affiliation ou encore l'étalement du paiement des droits d'entrée.

L'Autorité de la concurrence précise dans son communiqué de presse que les consommateurs sont les premières victimes de cette situation. En effet, *« les six principaux groupes présents en France (Carrefour, Leclerc, Intermarché, Auchan, Casino et Système U) sont rarement tous présents sur chacune des zones de chalandise et si le consommateur dispose d'un choix important en terme de nombre de magasins pour faire ses courses, cette diversité ne reflète pas forcément le degré de concurrence réel qui existe dans sa zone de chalandise. »*

Sur le format des hypermarchés par exemple et, à un degré moindre des supermarchés, il demeure très fréquent qu'un groupe de distribution ne soit confronté, sur une zone de chalandise donnée, qu'à la concurrence de deux ou trois opérateurs. Quant au commerce de proximité, il demeure majoritairement concentré autour des opérateurs Casino et Carrefour. Le cas de la ville de Paris est particulièrement frappant à cet égard : le groupe Casino y détient en effet une part de marché de plus de 60 %, tandis que son suivant immédiat, le groupe Carrefour ne détient qu'une part de marché inférieure à 20 %.

Cet avis de l'Autorité de la Concurrence vise à dynamiser la concurrence en aidant à la création de nouveaux magasins. En effet, il est aujourd'hui très difficile, pour un opérateur non encore présent sur une zone de chalandise, de s'implanter en créant un nouveau magasin. Cet avis, en stimulant leur implantation souhaite relancer la concurrence par les prix et offrir aux consommateurs une plus large offre de produits en renouvelant les enseignes présentes dans une zone de chalandise.

B- Le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs répondant aux préoccupations de l'Autorité de la concurrence

Les contrats de commission affiliation précédemment présentés ont donc fait l'objet d'un examen par l'Autorité de la concurrence en décembre 2010 et un projet de loi vient s'inscrire dans la continuité de cet avis. Le paradoxe provient du fait qu'il s'agit en réalité d'un projet de loi de consommation. En effet, le Conseil des ministres a approuvé le 1er juin 2011, un projet de loi « *renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs* » présenté par Frederic Lefebvre, le secrétaire d'Etat auprès de la ministre de l'économie, chargé de la consommation.

Ce projet vise à renforcer la protection des consommateurs dans les principaux secteurs de la vie courante tels que les télécommunications, l'énergie, l'immobilier, le commerce électronique et la distribution alimentaire.

C'est donc au travers de la protection du consommateur que le législateur entend s'attaquer aux pratiques dénoncées par l'Autorité de la concurrence: le projet prévoit de redonner de la liberté aux indépendants en facilitant les possibilités de changement d'enseigne.

La reprise de la problématique des contrats de commission-affiliation prouve que les travaux de l'Autorité concernent, indirectement mais sûrement, le consommateur et que l'action de cette Autorité va dans le sens de la protection de celui-ci. Ainsi, si la concurrence protège le consommateur, il est tout aussi vrai, que les lois de consommation renforcent le bon fonctionnement de la concurrence, comme ce projet de loi le démontre.

Paragraphe 2 - La décision n°11-SOA-01 du 30 juin 2011 dans le secteur de la distribution automobile

L'Autorité de la concurrence dresse dans cette décision un constat dans le secteur de la distribution automobile. Ce constat porte sur prix des pièces détachées et des services de réparation automobile. L'Autorité établit, à l'aide de données chiffrées, la hausse du prix des pièces et des services de réparation et d'entretien (+30% entre 2000 et 2009), ces deux domaines constituant une part importante du pouvoir d'achat des ménages français.

En effet, l'Autorité souligne que 12.3% des dépenses de consommation sont consacrées à l'automobile dont un tiers à l'achat de pièces détachées et aux frais de réparations et d'entretien.

Selon l'Autorité cette augmentation est imputable à la hausse du coût de la main d'œuvre, des matières premières et à la prise en charge d'une large partie des dépenses de réparations par les organismes d'assurance, le consommateur étant moins sensible à la hausse du prix de ses primes d'assurance.

L'Autorité se pose enfin la question de savoir si cela ne proviendrait pas d'une insuffisance de concurrence dans ces secteurs et établit alors une analyse successive de ces deux secteurs.

Concernant le secteur de la réparation et de l'entretien des véhicules, la structure de ce marché, l'Autorité pose une distinction entre les réparateurs agréés par le constructeur et les réparateurs dits indépendants. Le prix et la qualité des services découlant de la concurrence, ils découlent alors de la capacité des réparateurs indépendants à concurrencer effectivement les réparateurs agréés.

L'Autorité souligne que les dispositions du Règlement n°1400/2002, tout comme le nouveau Règlement n°461/2010 vont dans ce sens. Pourtant, l'Autorité constate que les réparateurs agréés dominant largement le marché. Elle cite pour exemple l'affaire n°07-D-31 où le Conseil de la Concurrence avait constaté les difficultés d'accès, pour les réparateurs indépendants, aux pièces et informations techniques.

S'agissant du secteur de la fabrication et de la commercialisation des pièces détachées, l'Autorité souligne que le prix des prestations de réparation dépend également de la concurrence entre les fournisseurs de pièces détachées. Une distinction entre les divers types de fabricants est établie : les constructeurs, les équipementiers de première monte et les équipementiers indépendants, puis entre les différents types de pièces : les pièces concurrencées qui sont les pièces d'origine et de qualité équivalente et les pièces captives que les constructeurs sont les seuls à pouvoir commercialiser (droit de la propriété intellectuelle, considérations de sécurité...) Au sein de ces pièces captives, il y a notamment les pièces visibles, pièces obligatoirement utilisées pour redonner l'apparence initiale au véhicule.

L'objectif du Règlement n°461/2010 est de garantir que des pièces de rechange des marques concurrentes soient accessibles de manière permanente aux réparateurs agréés et indépendants. Sont alors des restrictions caractérisées les restrictions visant à limiter les ventes de pièces entre un réparateur agréé et un indépendant, entre fournisseurs et réparateurs ou encore à empêcher les fabricants de pièces détachées d'apposer leur logo.

L'Autorité aborde enfin la question de l'encadrement réglementaire de la commercialisation des pièces visibles et distingue deux marchés : Celui de la première monte qui concerne les pièces protégées par le droit de la propriété intellectuelle et celui correspondant à la vente des pièces pour les réparations. Ce « deuxième marché » peut être libéralisé par l'Etat membre au travers d'une clause « de réparation ». L'article 110 du Règlement n°6/2002 du Conseil sur les dessins et modèles communautaires énonce que les pièces visibles, sur le 2nd marché, ne sont pas protégées par un droit de propriété intellectuelle communautaire en raison de la clause de réparation. Cependant les exceptions nationales perdurent en attendant une harmonisation. Ainsi le régime de protection de ces pièces visibles est régi par les dispositions nationales de chaque pays. La France a choisit de ne pas libéraliser ce marché, pour des raisons de préservation de l'innovation, de disponibilité des pièces et de sécurité des consommateurs.

Toutefois l'UFC -Que Choisir a établi une large différence, concernant ces pièces visibles, entre les prix pratiqués par les constructeurs et ceux pratiqués par les fournisseurs alternatifs dans les pays où le marché des pièces visibles a été libéralisé. D'autres études ont démontré un écart significatif entre les prix de ces pièces vendues sur les marchés libéralisés par rapport aux marchés non libéralisés. Ces différentes études ont été reprises par l'Autorité qui en publie les résultats dans sa décision.

L'avis de l'Autorité, suspectant des dysfonctionnements dans le système concurrentiel, va donc porter sur trois questions : Sur le fait de savoir si les réparateurs indépendants sont en mesure d'exercer une concurrence effective vis-à-vis des réparateurs agréés, sur la possibilité pour les réparateurs de faire jouer la concurrence entre les différents types de fournisseurs de pièces détachées et enfin sur l'impact du monopole des constructeurs sur la commercialisation des pièces visibles protégées en France par le droit de la propriété intellectuelle, notamment quant aux prix de vente, à la disponibilité de ces pièces ou à l'incitation à innover des fabricants.

L'Autorité de la concurrence estime que les consommateurs ne profitent pas au maximum du jeu de la concurrence et cet avis à venir visera à détecter ces dysfonctionnements afin de rétablir une concurrence saine. Cette décision de l'Autorité a pour fondement le préjudice des consommateurs découlant d'un manque de concurrence, c'est à dire la hausse des prix pratiquée dans le secteur, preuve de l'intérêt porté par l'Autorité à la situation des consommateurs. De plus, il convient de souligner que l'Autorité fait expressément référence à un rapport de l'UFC-Que choisir

ce qui démontre les liens évidents entre les objectifs visés par l'Autorité et la protection des consommateurs.

Le consommateur, est donc un sujet protégé par le droit de la concurrence. En effet, en premier lieu, ce droit protège le consommateur des nombreux préjudices résultant d'un mauvais fonctionnement du marché et corrélativement, le droit de la concurrence lui bénéficie, la politique économique de concurrence servant ses intérêts: une concurrence saine entraîne le plus souvent l'augmentation de l'offre, de l'innovation et la baisse des prix.

De plus, les lois de concurrence sont adoptées en tenant compte de l'intérêt du consommateur. Le législateur est en effet soumis à une certaine influence politique et sociale qui tend à la protection et à la maximisation du bien être du consommateur. On a tendance à considérer, contrairement au droit antitrust américain que l'efficacité économique n'est pas le but unique du droit de la concurrence, ce dont témoigne la loi Châtel, loi pour le développement de la concurrence au service du consommateur.

La protection du consommateur découle également du fait l'administration chargée en France de veiller à la bonne application des règles de droit de la consommation, est la DGCCRF, un organisme également mandaté pour soulever tout manquement aux règles du droit de la concurrence ayant été constaté. Ce double mandat témoigne du fait que le droit de la concurrence et le consommateur sont liés, et laisse à penser que la protection du consommateur est omniprésente dans les missions de la DGCCRF, y compris en matière de droit de la concurrence. Enfin, la politique menée par l'Autorité de la concurrence, autorité administrative spécialisée dont la mission consiste en la répression des pratiques anticoncurrentielles et en l'expertise du fonctionnement du marché bénéficie au consommateur, son intérêt étant pris en compte par cette autorité.

Le consommateur est alors, à de nombreux égards, un sujet qui bénéficie de la protection du droit de la concurrence, cette protection étant parfois recherchée, parfois inévitable découlant d'un meilleur fonctionnement du marché.

PARTIE 2 –

Le consommateur comme instrument du droit de la concurrence

Bien que le droit de la concurrence concourt à la protection du consommateur, son objet ne peut se résumer à la recherche du bien être du consommateur. En effet, si le consommateur est un sujet de droit protégé par le droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins un sujet utilisé par ce même droit.

L'intérêt du consommateur est principalement utilisé dans le cadre de la justification des atteintes faites à la concurrence. Le législateur retient de manière générale qu'une atteinte peut être tolérée si elle a pour effet de bénéficier au consommateur. Le consommateur est donc utilisé en tant que critère d'exemption. (Titre 1)

Le consommateur tient également un rôle important en droit de la concurrence, disposant lui même d'une possibilité d'action privée en matière de pratique anticoncurrentielle. Une possibilité d'agir qui lui est d'ailleurs refusée dans le cadre d'une action en concurrence déloyale. (Titre 2)

TITRE 1- La mise en avant du consommateur dans les justifications de comportements portant atteinte à la concurrence

Les pratiques anticoncurrentielles sont prohibées tant par le droit européen que par le droit français. Les articles 101 du TFUE et L.420-1 du Code de commerce, et les articles 102 du TFUE et L.420-2 du même Code proscrivent respectivement les ententes anticoncurrentielles et les abus de

position dominante. Le contrôle des opérations de concentration est établi par les articles L.430-2 et suivants du Code de commerce et par le Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004 au niveau européen.

L'ensemble de ces textes, français et communautaires prévoient un régime d'exemption, de rachat, concernant ces atteintes à la concurrence. Si les modalités de ces systèmes d'exemption sont quelque peu différentes, elles ont en commun de prendre très largement en considération l'intérêt du consommateur comme critère de justification, que ce soit en matière de pratique anticoncurrentielle ou en matière de concentration (Chapitre 1). Si cette prise en considération peut s'apparenter à la recherche d'une meilleure protection du consommateur, nous allons voir qu'en réalité, l'intérêt du consommateur est utilisé comme un élément économique, indice de l'efficacité d'une pratique anticoncurrentielle ou d'une opération de concentration (Chapitre 2)

Chapitre 1 – L'intérêt du consommateur, critère de justification des atteintes à la concurrence

Dans ce chapitre, nous analyserons la considération de l'intérêt du consommateur en tant que critère de justification des atteintes à la concurrence. Nous verrons l'importance de ce critère dans le mécanisme des exemptions des pratiques anticoncurrentielles (Section 1) puis dans le mécanisme de compensation des concentrations (Section 2)

Section 1- Le mécanisme des exemptions des pratiques anticoncurrentielles et le consommateur

Cette première section sera consacrée à l'étude du système d'exemption des pratiques anticoncurrentielles, à savoir les ententes et les abus de position dominante.

En droit français comme en droit communautaire, ce système d'exemption est relativement complexe. Aussi, il conviendra d'étudier les mécanismes d'exemption des pratiques anticoncurrentielles (Paragraphe 1) avant d'analyser le rôle tenu par le consommateur dans la justification de ces pratiques (Paragraphe 2)

Paragraphe 1- La justification des pratiques anticoncurrentielles

Le système d'exemption des ententes (A) et des abus de position dominante (B), sont deux systèmes complexes. En ce qui concerne les ententes, cela est notamment dû au fait que la possibilité d'exemption est prévue tant par le droit français que par le droit communautaire. A contrario, les abus de position dominante ne sont susceptibles d'exemption qu'en droit français.

A- Les justifications de l'entente anticoncurrentielle

Les ententes anticoncurrentielles sont prohibées par le droit français et par le droit communautaire. L'article 101 alinéa premier du TFUE pose l'interdiction des ententes restrictives de concurrence alors que le second alinéa en prévoit la sanction civile qui est la nullité de l'accord restrictif. Le troisième et dernier alinéa expose quant à lui les différents cas d'exemption et de justification de cette pratique.

En droit français, l'architecture des textes est différente mais les principes demeurent identiques. La prohibition des ententes est posée à l'article L.420-1 du Code de commerce, la nullité de ces accords est prévue à l'article L.420-3, et la possibilité du rachat de ces restrictions est exposée à l'article L.420-4.

Une entente anticoncurrentielle peut donc échapper à la condamnation s'il est démontré qu'elle présente davantage d'effets positifs que négatifs. Il s'agit du jeu des exemptions qui est prévu à l'article 101 paragraphe 3 du TFUE et à l'article L.420-4 du Code de commerce.

1- Le cumul du droit français et du droit communautaire

a – Le système communautaire de justification

L'article 101 paragraphe 3 écarte les dispositions du paragraphe 1er lorsque l'accord contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou le progrès économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et donner à des entreprises la possibilité pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Le règlement n°1/2003 a modifié la mise en œuvre du droit de la concurrence communautaire en substituant au système d'autorisation préalable un système d'exception légale.

En effet, avant 2004, le système reposait sur le principe de la notification et la commission délivrait alors une attestation négative ou une exemption individuelle de l'accord. La commission s'est rapidement vue engorgée de demandes d'exemptions, aussi a-t-elle décidé d'instaurer un système d'exemption par catégorie : un accord respectant les conditions formulées dans le règlement d'exemption catégorielle était présumé licite. Cependant ce système s'est révélé insuffisant et le Règlement de 2003 a marqué l'abandon du système de notification. Dorénavant, l'appréciation du caractère licite de l'accord repose seulement sur l'analyse qu'en font les entreprises et leurs conseils juridiques.

Il convient également de souligner que depuis la mise en œuvre du Règlement n°1/2003, la Commission européenne n'a plus, seule, compétence pour exempter des accords sur la base de l'article 101 paragraphe 3. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2004, les autorités de concurrence et les juridictions des Etats membres peuvent aussi appliquer cette disposition.

b- Le système français de justification

Le droit français, quant à lui, prévoit un système d'exemption à l'article L.420-4 du Code de commerce qui dispose que « *ne sont pas soumises aux dispositions des articles L.420-1 et L.420-2, les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application, [ou bien celles] dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.* »

Cette disposition est en quelque sorte l'équivalent en droit français de l'article 101 paragraphe 3 du TFUE, qui permet d'exempter certains accords et pratiques concertées anticoncurrentiels au titre du droit communautaire.

2- Les exemptions catégorielles et individuelles

a- Les exemptions par catégorie

Un accord est présumé licite s'il entre dans les prévisions d'une exemption catégorielle. L'article 101 paragraphe 3 permet à la Commission, sur habilitation du Conseil, d'adopter des règlements d'exemption par catégorie. Ainsi sont apparus bon nombre de règlements d'exemption catégorielle à l'image du Règlement n°2790/1999 CE du 22 décembre 1999, récemment remplacé par le Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, relatif aux accords verticaux.

Les nouvelles règles reposent sur le principe d'exemption des accords en dessous d'un seuil en parts de marchés, et à condition qu'ils ne contiennent pas de restrictions caractérisées de concurrence (tels que les prix de revente minimum ou imposés, la protection territoriale absolue d'un distributeur, la restriction de revente de composants à des utilisateurs). La notion de seuil en parts de marchés a été modifiée de manière sensible puisque, même s'il reste fixé à 30%, le seuil s'applique dorénavant aux parts de marchés détenues par les deux parties à l'accord sur leurs marchés respectifs. Il sera important de déterminer chaque année sa part de marché. Outre les restrictions caractérisées qui ont pour conséquence la nullité de l'accord, le règlement prévoit des restrictions exclues qui n'entraînent que la nullité de la clause (obligation d'exclusivité d'achat et de fourniture supérieure à 5 ans par exemple).

Pour les accords représentant des parts de marchés supérieures à 30%, il reste possible d'échapper aux sanctions de l'article 101§1 TUE en rapportant la preuve des gains d'efficacité compensant les effets anticoncurrentiels de l'accord. Par ailleurs la notion d'accords « de minimis » (d'importance mineure) est maintenue : elle s'applique lorsque la part de marché détenue par chacune des parties est inférieure à 15%. Ces accords échappent en principe aux sanctions de l'article 101§1 du Traité sous réserve toutefois de ne contenir aucune restriction caractérisée.

Le règlement 330-2010 n'aborde pas la question des ventes sur Internet qui sont traitées dans les « lignes directrices ». Sauf pour des motifs de santé publique ou de sécurité, un fournisseur ne peut pas interdire à ses distributeurs de vendre ses produits sur Internet. Les lignes directrices considèrent certaines limitations comme des restrictions caractérisées : imposer au distributeur de

ne servir les commandes en ligne que pour les clients établis sur son territoire, vendre les produits à un prix plus élevé au distributeur lorsqu'ils doivent être revendus sur Internet. En revanche la commission européenne autorise certaines limitations telles que la réalisation d'un chiffre d'affaires minimum hors ligne ou le paiement par le distributeur d'une somme pour les investissements consacrés aux points de vente.

Signalons également que l'exemption par catégorie peut ne pas s'appliquer à des accords lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50% sur un marché donné.

Le droit français connaît lui aussi un système d'exemption par catégorie. En effet, l'article L.420-4 II dispose que « *certaines catégorie d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.* »

A ce jour, deux décrets seulement ont été pris en vertu de ce texte: le décret n°96-499 relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité dans le domaine agricole et le décret n°96-500 relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant les mesures d'adaptation aux situations de crise.

b -Les exemptions individuelles

Lorsque l'exemption de l'accord ne peut être obtenue par le biais d'une exemption catégorielle, du fait de la détention de parts de marché trop importantes, ou de la présence d'une clause noire au sein de l'accord, l'entreprise ou les entreprises concernées ont toujours la possibilité de réclamer une exemption individuelle. En effet, l'application de l'article 101 paragraphe 1^{er} du TFUE et de l'article L.420-4 du Code de commerce prévoit l'exemption d'un accord en procédant à un bilan économique de celui-ci. Il s'agit alors de mettre en balance les inconvénients générés par l'entente et les avantages procurés par celle-ci. Si le bilan est positif, l'entente pourra être exemptée, cependant il appartient à l'entreprise qui demande l'exemption de prouver que l'accord remplies toutes les conditions requises.

B- La justification de l'abus de position dominante

1- L'interdiction des abus de position dominante reconnue par le droit français et le droit communautaire

L'article 102 al. 1 TFUE sanctionne, « *dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* »

L'article L.420-2 du Code de commerce est quasiment l'exacte réplique de l'article précité et dispose qu'est « *prohibée, dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* ». L'article L. 420-2 al. 1 du Code de commerce précise, de manière non exhaustive, que « *ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ».

2- La divergence du droit français et communautaire quant à la justification de l'abus de position dominante

Si l'interdiction de la pratique est reconnue par le droit français et par le droit communautaire, le droit français présente tout de même une particularité. En effet il prévoit aussi bien l'exemption des ententes que l'exemption des abus de position dominante. En revanche, en droit communautaire, le rachat de cette pratique n'est pas prévu par l'article 101 paragraphe 3 : cette exemption ne vaut que pour les ententes. Cependant, cette différence est uniquement « formelle⁶⁰ », et ce pour deux raisons. D'une part l'Autorité n'exempte que très rarement, pour ne pas dire jamais, un abus de position dominante, et d'autre part parce qu'il est possible d'apporter des justifications objectives à ce comportement. Ceci a été souligné par David Bosco, Maître de conférences à l'Université Paul Cézanne, dans son article intitulé « *Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante* »⁶¹. Il précise en effet que le droit français ne passe d'ailleurs pas

⁶⁰ L.ARCÉLIN, Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et en droit communautaire, précité, p.109

⁶¹ D. BOSCO, « *Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante* », Petites affiches, 3 juillet 2008 - No

toujours par l'article L.420-4 pour justifier une pratique. Les entreprises dominantes sont autorisées à « *se défendre d'une pratique susceptible d'être considérée comme abusive en démontrant qu'elle est objectivement justifiée ou qu'elle est source d'efficience et qu'elle ne relève dès lors pas d'une stratégie d'exclusion des concurrents mais de maximisation du profit. Il incombe alors à l'entreprise qui invoque une telle défense d'en prouver la réalité et la nécessité. A cet égard, l'entreprise doit notamment apporter la preuve que le résultat invoqué dépend précisément de la pratique concernée et qu'il n'existe pas de moyen aussi efficace mais moins restrictif de concurrence pour y parvenir.*»⁶²

Après avoir étudié le mécanisme d'exemption des pratiques anticoncurrentielles, nous allons à présent nous pencher sur le rôle attribué au consommateur dans ces mécanismes.

Paragraphe 2- Le rôle du consommateur dans la justification des pratiques anticoncurrentielles

Il s'agit ici d'analyser les critères retenus par le droit français pour la légitimation des pratiques anticoncurrentielles et par le droit communautaire pour la légitimation des ententes anticoncurrentielles

Comme il l'a été évoqué précédemment, le droit français et le droit communautaire prévoient une possibilité de rachat des ententes ainsi que des abus de positions dominantes pour le droit français. Ce rachat peut notamment passer par l'établissement d'un bilan économique. Il appartient alors à l'entreprise qui souhaite bénéficier de l'exemption de prouver que l'entente ou l'abus de position dominante remplit quatre conditions cumulatives. Ces quatre conditions, exigées par l'article L.420-4-1 et l'article 101 paragraphe 3 du TFUE sont identiques.

La première de ces conditions consiste en l'amélioration du progrès économique du fait de la pratique anticoncurrentielle. La seconde condition repose sur le partage du profit résultant de la pratique avec les « utilisateurs ». La troisième condition afin d'obtenir l'exemption de la pratique porte sur le caractère indispensable de celle-ci. Enfin, la pratique en question ne doit pas empêcher le maintien de la concurrence dans le secteur concerné. Le consommateur, son intérêt et sa protection sont d'ailleurs des questions intégrées dans ces quatre conditions. Il s'avère en effet que

⁶² Conseil de la concurrence, décision n°06-D-18, 28 juin 2006

sur les quatre conditions exposées, deux s'intéressent plus ou moins directement à la situation du consommateur face aux pratiques anticoncurrentielles, à savoir l'exigence de gains d'efficacité se dégageant de la pratique (A) ainsi que le partage du profit en résultant avec les « utilisateurs »(B).

A- Le critère de l'amélioration du progrès économique et le consommateur

1- Le constat de gains d'efficacité exigé par le droit communautaire

Aux termes de l'article 101 paragraphe 1, l'accord restrictif doit contribuer « à *améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique.* »

Pour que la première condition soit satisfaite, il suffit que l'un de ces avantages se réalise. Cependant les effets de l'entente doivent être objectivement appréciés; ils ne s'identifient pas à tous les avantages que les partenaires retirent de leur entente mais consistent dans le bienfait général qu'exerce cette entente sur l'économie ou sur le progrès technique.

L'amélioration de la production peut notamment consister en un abaissement des prix ou en un élargissement de la gamme des produits, deux résultats qui bénéficient aux consommateurs. L'amélioration de la distribution peut quant à elle résulter de la mise en place d'un réseau de distribution sélective qui permet une économie de coûts grâce à une programmation précise de la production et de la commercialisation, mais également un approvisionnement continu des consommateurs et un service après-vente satisfaisant.⁶³

Enfin, le progrès technique ou économique permet l'amélioration de la qualité des produits et des services, la découverte de nouvelles technologies et leur mise en œuvre sur le marché, mais aussi l'élargissement de la gamme des produits offerts aux utilisateurs. Par « *promotion du progrès technique ou économique* », on peut entendre également la défense de l'emploi ou la protection de l'environnement.

Les gains d'efficacité exigés par le droit communautaire semblent donc présenter de nombreux avantages pour le consommateur.

⁶³ 5e rapport Commission CE n°55 à propos de l'affaire « Saba »; voir également Commission CE 10-7-1985, affaire « Grunding »: JOCE 1985 L233 p.1

2- L'amélioration du progrès technique exigée par le droit français

Pour que la productivité soit améliorée, il faut réduire le rapport entre la quantité produite, le travail fourni et les dépenses engagées. Ceci peut s'avérer avantageux pour le consommateur. Ce progrès économique peut passer par l'amélioration de la productivité, la création d'emplois, ou l'amélioration des conditions de marché. Des facteurs très divers sont susceptibles d'avoir une influence favorable sur le marché du produit ou du service, et l'amélioration de ces conditions semblent bénéficier directement aux consommateurs. Cette amélioration peut en effet consister en une meilleure adaptation de l'offre à la demande afin d'éviter un excès de production, en une amélioration des services à la clientèle comme une meilleure information⁶⁴, une meilleure sécurité des consommateurs⁶⁵, ou encore en l'élargissement de la diffusion d'un produit breveté⁶⁶ ou le lancement d'une innovation⁶⁷.

Il apparaît donc que la première des quatre conditions exigées afin d'obtenir l'exemption d'une pratique anticoncurrentielle, prend indirectement en considération, tant dans son interprétation française que communautaire, l'intérêt du consommateur.

Cependant, en ce qui concerne les abus de position dominante, la jurisprudence ne semble pas encore prête à justifier une pratique abusive en se fondant sur le seul intérêt du consommateur apprécié à court terme : par exemple, dans l'affaire Michelin, le Tribunal de première instance a jugé abusifs les rabais de fidélité accordés par Michelin, entreprise dominante sur le marché du pneu en contrepartie d'un engagement d'achat. Pourtant, Michelin arguait que les rabais n'avaient pas restreint la concurrence, car ses parts de marché avaient baissé et que les consommateurs avaient profité de ces rabais, les prix ayant baissés. Pour le Tribunal, il y a cependant atteinte à la concurrence car « *il est très probable que la diminution des parts de marché [...] et de ses prix de vente [...] aurait été plus importante en l'absence des pratiques dénoncées* ». ⁶⁸ Peu importe donc la baisse immédiate des prix en résultant.

De manière plus large concernant les abus de position dominante, le progrès économique

⁶⁴ Avis Commission conc. du 17-5-1977, affaire « Fabrication et distribution de phonogrammes »

⁶⁵ Avis Commission conc. Du 16-12-1982, affaire « Serrures de sécurité »; Cons.conc. 4-6-1991 n°91-D-29, affaire « Gaz de pétrole liquéfié »

⁶⁶ Avis Commission conc. Du 26-5-1983, affaire « produits phytosanitaires »

⁶⁷ Avis Commission conc. Du 23-2-1978, affaire « Publicité sur les abribus »

⁶⁸ TPICE, 30 sept. 2003, aff. T-203/01, Manufacture Française des Pneumatiques Michelin c/ Commission : Rec. CJCE 2003, II, p. 4071.

n'est quasiment jamais retenu⁶⁹. Les rejets sont justifiés par le fait que les entreprises ne démontrent pas le progrès économique.⁷⁰

On constate d'ailleurs sur ce plan, un alignement du droit européen sur le droit français, le progrès économique étant de moins en moins pris en compte.

B- Le critère du partage du profit avec les « utilisateurs »

1- Le partage du profit avec les utilisateurs exigé par le droit français

Le partage du profit tiré de l'entente entre les membres de l'entente et les utilisateurs des biens et services prend essentiellement la forme d'une baisse des prix voire d'une minoration des hausses.

Ainsi jugé, « dès lors qu'il est établi que le seul objet d'une entente était pour les participants d'obtenir et de se partager un bénéfice frauduleux résultant d'une hausse illicite de 10% à 20% dont les clients faisaient finalement les frais, qu'aucune des justifications pouvant résulter de l'application de l'article 59 ter (aujourd'hui article L.420-4) n'existe et ne peut donc être invoqué »⁷¹. Il a été jugé en revanche que « fait une exacte application de l'article 51 (aujourd'hui L.420-4 I) la Cour d'appel qui constate que la politique suivie par l'EDF a abouti, entre 1954 et 1969, à limiter la hausse des prix des transformateurs à un coefficient bien inférieur à celui des facteurs intervenant dans leur fabrication. »⁷²

Le partage du profit tiré de l'entente entre les membres de l'entente et les utilisateurs des biens et services peut également se manifester sous la forme de l'amélioration de la qualité des produits et services, de l'amélioration de leur présentation, de leur commercialisation et du service après-vente. Il a été établi que ne constitue pas une justification suffisante la pratique d'une codification qui a entraîné une réduction des frais généraux dès lors qu'elle ne facilite pas l'information du consommateur sur les prix.⁷³

Il faut cependant noter que ce partage du profit avec le consommateur peut parfois se

⁶⁹ Conseil de la concurrence, déc. n° 07-D-14, 2 mai 2007, Sté Transmontagne : Dans cette affaire, le Conseil admet que, même en l'absence de contrepartie réelle, l'entreprise dominante peut ne pas être condamnée si elle démontre que « sa stratégie tarifaire génère des gains d'efficacité dont une partie est restituée aux consommateurs »

⁷⁰ Décision du 20 septembre 2010 n°10-D-28 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement

⁷¹ Cour d'appel de Paris, 20 avril 1971

⁷² Cour de cassation, 18 février 1970

⁷³ Commission concurrence 17 mai 1977, affaire « Fabrication et distribution des phonogrammes »

confondre avec les avantages économiquement obtenus, comme par exemple la lutte contre la pollution, ou l'amélioration de l'environnement par l'utilisation de palissades de chantiers esthétiques.⁷⁴

Il ressort de cette seconde condition du « *partage du profit résultant de la pratique anticoncurrentielle* » que l'intérêt des consommateurs est une donnée largement prise en considération, même si le terme utilisé, celui d' « *utilisateur* » est une notion plus large qui ne correspond pas uniquement à celle de consommateur.

2- Le partage du profit avec les consommateurs requis par le droit communautaire

Le droit communautaire impose qu'une partie équitable du profit résultant de l'accord restrictif soit réservée aux utilisateurs, ou selon les termes employés dans les lignes directrices concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3, aux consommateurs.

La notion de consommateur doit s'entendre au sens large et vise tout autant les intermédiaires dans le processus de distribution que les consommateurs finals, c'est à dire les clients des parties à l'accord, et les acheteurs extérieurs.⁷⁵

Il est précisé dans ces lignes directrices que pour que soit remplie la condition du partage du profit, il n'est pas nécessaire que la pratique anticoncurrentielle profite individuellement à chaque consommateur. C'est le caractère favorable de l'incidence sur l'ensemble des consommateurs dans les marchés pertinents qui doit être pris en considération.⁷⁶

Le partage du profit procuré par l'entente entre les promoteurs de celle-ci et les utilisateurs résulte avant tout de la possibilité pour ces utilisateurs de bénéficier d'une baisse des prix. Pour cela, il faut non seulement que l'entente rende possible cette baisse des prix mais encore que les utilisateurs soient en mesure, par leur puissance économique ou en raison du fort degrés de concurrence sur le marché, de l'obtenir.

Le partage du profit peut également résulter d'autres avantages comme l'amélioration de la qualité, du mode d'utilisation des produits, du service après vente, de la régularisation des

⁷⁴ Avis Commission conc. 28 janvier 1981, aff « Affichage publicitaire extérieur »

⁷⁵ Lignes directrices sur l'application de l'article 101 p.3, point 84

⁷⁶ CJCE, 23-11-06, aff 238-05, Asnef-Equifax: RJDA 2/07 n°197

approvisionnements, de l'accroissement et de l'amélioration de l'offre ou encore de la mise sur le marché d'un produit nouveau.

Enfin, il a été retenu que le partage du profit avec les utilisateurs pouvait résulter des effets favorables d'une entente sur l'environnement.⁷⁷

En revanche, il a été jugé que les utilisateurs ne profitent pas d'une entente lorsque les parties ont eu seulement pour but de créer un cloisonnement des marchés ou lorsque les accords les privent d'une possibilité d'offres plus avantageuses.

L'intérêt des consommateurs est donc pris en compte afin de justifier une atteinte à la concurrence, le rachat d'une pratique anticoncurrentielle étant subordonné à la répartition équitable du profit aux utilisateurs, dénommés « consommateurs » dans les lignes directrices. Toutefois, comme nous le verrons dans la suite du développement, l'intérêt du consommateur, comme justification d'une atteinte anticoncurrentielle, est une notion plus complexe qu'elle n'y paraît et sert le droit de la concurrence plus que le droit de la concurrence ne recherche la protection du consommateur.

Le droit français et le droit communautaire prévoient également un système de compensation similaire sur de nombreux points au mécanisme d'exemption des pratiques anticoncurrentielles.

Section 2- Le mécanisme de compensation des opérations de concentration et le consommateur

Le droit de la concurrence français et communautaire vient encadrer les opérations de concentration, car si une entreprise est seule sur le marché, cela se traduit pour le consommateur par un manque de choix, une baisse de la qualité et une augmentation des prix. Ce contrôle est prévu par le droit français (Paragraphe 1) ainsi que par le droit communautaire (Paragraphe2)

⁷⁷ Commission CE, 12 décembre 1990, affaire« KSB »

Paragraphe 1- Le système français de compensation des opérations de concentration

Nous verrons dans un premier temps dans quelle mesure l'intérêt du consommateur est pris en compte dans le système de justification d'une opération de concentration (A), puis nous constaterons que, bien souvent, l'intérêt du consommateur constitue un gain d'efficacité reconnu par l'Autorité de la concurrence (B).

A- Le rôle du consommateur dans le système français de compensation

1- Le contrôle des opérations de concentration

En droit français le contrôle des concentrations a été introduit par la loi du 19 juillet 1977 et la réglementation figure aujourd'hui aux articles L.430-1 et suivants du Code de commerce. Ce contrôle n'a pour objectif que d'empêcher les concentrations dont les inconvénients excèderaient les avantages qu'on peut en attendre sur le plan de la rationalité économique.⁷⁸

L'article L.430-2 prévoit que le contrôle portant sur l'opération de concentration est applicable si deux seuils sont atteints: si le chiffre d'affaire mondial hors taxe des parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros et si le chiffre d'affaire individuellement réalisé en France par au moins deux des parties est supérieur à 50 millions d'euros. Dès lors que ces seuils sont atteints, l'opération de concentration doit être notifiée, puis sa réalisation effective est suspendue jusqu'à l'obtention de l'accord de l'Autorité de la concurrence ou du ministre de l'Économie.

Pendant la phase de contrôle, les autorités de contrôle procèdent à une définition préalable du marché en délimitant les produits et services concernés. Ce marché se définit principalement par la demande en prenant en compte tous les produits que le consommateur considère comme substituables. Le marché est également délimité géographiquement.

L'Autorité procède ensuite à un examen afin de voir si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence. Suite à une telle analyse aboutissant à une réponse positive, l'Autorité analyse si l'opération de concentration apporte au progrès économique une contribution suffisante

⁷⁸ *Mémento Concurrence-Consommation*, LGDJ, Edition Francis Lefebvre, 2010

pour compenser ces atteintes. Ce jeu de la compensation est envisagé à l'article L.430-6 alinéa 1er du Code de commerce: « *Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article L.430-5, d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* »

2- Les éléments retenus pour la compensation de l'opération

Pour reconnaître la compensation de l'atteinte due à l'opération de concentration, l'Autorité de la concurrence se focalise sur divers éléments qui incluent, entre autre, la question de la protection et l'intérêt du consommateur.

a- Le constat de gains d'efficacité résultant de l'opération

Selon les lignes directrices de la DGCCRF, constituent des gains d'efficacité ou des éléments de progrès économique: les gains de productivité, l'amélioration des services aux consommateurs et à la collectivité, l'amélioration des capacités d'innovation et le renforcement des moyens de recherche et de développement, la protection de l'approvisionnement national et la protection de l'environnement. Comme nous pouvons les constater, au sens de la DGCCRF, le progrès économique passe essentiellement par l'amélioration de la situation du consommateur.

Toutefois, les Autorités françaises paraissent se sentir plus à l'aise avec un bilan concurrentiel " musclé " qui rend alors " *superflue* " une appréciation détaillée de la contribution au progrès économique.

Dans la pratique, les Autorités de concurrence ont souvent considéré que, contrairement à ce qu'avançaient les parties à l'opération, la concentration n'apportait pas de contribution suffisante au progrès économique. On peut même parfois s'interroger sur l'existence, dans certaines affaires, d'une " *efficiency offence* " à la française.

Ainsi, malgré la reconnaissance expresse dans les textes des gains d'efficacité que peut apporter une concentration, les Autorités françaises ont également exprimé un certain malaise à ce sujet. En effet, elles déclarent dans leur projet de Lignes Directrices relatives à l'analyse des

concentrations de décembre 2002 : " *Il convient tout d'abord de souligner que l'activité des Autorités françaises de concurrence en matière de contrôle des concentrations étant essentiellement centrée sur le bilan concurrentiel des opérations soumises à leur examen, très rares sont les décisions ou avis qui ont pu conduire à l'établissement d'un bilan économique et social. En effet, la plupart du temps, soit le bilan concurrentiel est positif, soit les risques pour la concurrence peuvent être levés par des engagements ou conditions, soit l'atteinte à la concurrence est telle qu'elle ne peut guère être compensée* ⁷⁹". Ce constat n'est en effet pas très encourageant pour les entreprises et démontre également une certaine méfiance vis-à-vis de ces concepts.

b- L'impossibilité d'obtenir le progrès allégué par d'autres moyens

Le constat de ces éléments de progrès économique n'est pas suffisant afin de compenser l'atteinte à la concurrence produite du fait de l'opération de concentration. En effet, la DGCCRF considère que le bilan est positif lorsque ces éléments sont quantifiables et vérifiables, qu'il n'existe pas d'autres moyens, portant une atteinte moindre à la concurrence, afin de les obtenir.

c- La répartition des bénéfices à la collectivité dans son ensemble et en particulier aux consommateurs

La DGCCRF ajoute dans ses lignes directrices que les gains d'efficacité doivent contrebalancer les pertes économiques et sociales qui résultent de l'opération, et enfin qu'une part de ces gains doit être transférée à la collectivité dans son ensemble et notamment aux consommateurs, ce qui exclut les avantages qui ne bénéficient qu'aux seules entreprises parties à la concentration.

Outre le fait de prendre en considération la situation du consommateur pour établir ce que constitue le progrès économique, la DGCCRF exige en sus que les gains réalisés soient, en partie, reversés à ces mêmes consommateurs pour déclarer le bilan de l'opération de concentration positif.

Ainsi, démonstration doit être faite que les gains de productivité espérés profitent en particulier aux consommateurs. La démonstration la plus probante de ce partage réside, selon l'Autorité de la concurrence, dans la baisse des prix des produits et services. Cependant, rares ont été les cas où l'hypothèse de baisse ultérieure des prix au profit des consommateurs a fait l'appréciation formelle de la part de l'Autorité de la concurrence, ce qui n'est guère étonnant si l'on

⁷⁹ DGCCRF, Projet de lignes directrices relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôle, pt 373.

considère la difficulté d'établir des prévisions dans un tel domaine. L'intérêt des consommateurs finals de l'opération de concentration est alors généralement reconnu lorsque preuve est suffisamment rapportée que le projet soumis contribuera à une réelle amélioration des produits et services concernés, la protection des consommateurs sur le plan tarifaire étant garantie par l'obligation de respect d'engagement permettant le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés en cause.

B- L'intérêt du consommateur, un gain d'efficacité reconnu par l'Autorité de la concurrence

Si les affaires où l'intérêt du consommateur a été retenu afin de valider une opération de concentration sont rares, celles-ci ont tout de même le mérite d'exister. En effet, il est quelques affaires en droit français où l'amélioration des services aux consommateurs a été reconnue comme un gain d'efficacité suffisamment important pour compenser l'atteinte à la concurrence résultant d'une opération de concentration.

1- L'affaire TDF/Bouygues Telecom⁸⁰

Dans l'affaire TDF/Bouygues Telecom relative à un accord de cession de certains sites pylônes de Bouygues Télécom à TDF en 2002, l'opération conduisait à un renforcement de la position dominante du groupe France Telecom, et à un pouvoir de marché accru de TDF.

Cependant, le Conseil de la concurrence et le Ministre⁸¹ ont estimé que l'opération contribuait au progrès économique car la cession des pylônes à TDF favorisait leur mutualisation qui contribuait au développement des marchés de la téléphonie mobile, et notamment à l'ouverture du marché de l'UMTS, en réduisant les besoins en investissement de chacun des opérateurs de télécommunication.

Ce partage des sites pylônes permettait aussi de satisfaire des préoccupations de santé publique et d'environnement en évitant la multiplication de ces sites sur le territoire.

Cette reconnaissance expresse de gains d'efficacité n'a pas empêché le Conseil de suggérer

⁸⁰ Avis n° 02-A-04 du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Télécom

⁸¹ Lettre du Ministre de l'économie du 26 avril 2002, TDF/Bouygues Télécom ; Avis 2002-A-04 du Conseil de la concurrence du 11 avril 2002, TDF/Bouygues Télécom.

des engagements de nature à assurer la réalité de ces objectifs d'intérêt général. Le Ministre a partiellement suivi l'avis du Conseil.

Cette affaire est intéressante car on voit bien qu'elle était de nature à engendrer des gains d'efficacité et qu'ils étaient en faveur des consommateurs. On est, toutefois, loin de toute quantification précise de ces effets, comme cela peut être le cas pour des économies d'échelle par exemple.

2- L'affaire Dekra/ MAAF Assurances⁸²

Le Conseil a également effectué un bilan économique favorable lors du rapprochement entre les sociétés Dekra et MAAF Assurances actives dans le domaine du contrôle technique automobile, où leur part conjointe de marché frôlait les 50 %.

Les parties arguaient d'une part, la possibilité de réduire les prix et d'autre part une amélioration des services fournis.

Le Conseil a vérifié dans un premier temps que de tels effets n'auraient pas pour conséquence de renforcer la position de la nouvelle entité, les baisses de tarif résultant de l'opération pouvant favoriser la captation de centres de contrôle affiliés jusque là à d'autres réseaux.

Ayant écarté cette hypothèse, il conclut " *qu'en tout état de cause, une baisse des redevances ou une amélioration des services offerts aux centres, si elle avait pour effet de réduire le prix des contrôles techniques pour l'automobiliste ou d'améliorer la qualité de ces prestations, constituerait une contribution au progrès économique⁸³* ". Le Ministre a confirmé l'Avis du Conseil⁸⁴.

3- L'affaire SEB/Moulinex

Plus récemment, le Conseil de la concurrence a effectué un bilan économique positif dans l'affaire SEB/Moulinex en indiquant que l'opération conduisait tout d'abord au regroupement des productions à fort effet d'échelle sur un seul site aboutissant à une optimisation des effectifs ainsi que des économies de coûts de structure industrielle aboutissant à une réduction des coûts

⁸² Avis N° 97-A-23 du 15 octobre 1997 du CONSEIL DE LA CONCURRENCE relatif au projet de regroupement des activités de gestionnaire de réseaux de contrôle technique automobile de la société MAAF Assurances et de l'association DEKRA

⁸³ Avis 97-A-23 du Conseil de la concurrence du 15 octobre 1997, MAAF Assurances/association DEKRA

⁸⁴ Lettre du Ministre de l'économie du 6 novembre 1997, MAAF Assurances/association DEKRA

unitaires.⁸⁵ Le Conseil a également retenu que l'opération de concentration permettait le " *recentrage sur les produits haut de gamme ou à fort contenu technologique* " ainsi que la continuité des services au consommateur final, assurée par le maintien des centres de réparation agréés.

Dans les trois affaires qui viennent d'être exposées, l'opération de concentration a été validé par le Conseil, devenu Autorité de la concurrence, car celle ci a considéré que le consommateur retirerait de cette opération un bénéfice suffisamment important pour constituer des gains d'efficacité. Comme nous venons de le voir, ce bénéfice peut consister en une baisse des prix, une amélioration de la qualité des produits et services ou encore se manifester par le développement de nouvelles technologies ou la protection de l'environnement.

Après avoir étudié le système français de compensation des opérations de concentration, nous allons analyser le système communautaire.

Paragraphe 2- Le système communautaire de compensation des opérations de concentration

Le droit européen, comme le droit français, prévoit un système de contrôle des opérations de concentration. Comme en droit français, ces opérations peuvent se justifier, notamment si elles sont bénéfiques à l'économie et spécialement aux consommateurs (A). Cependant, contrairement au droit français, le droit communautaire adopte une position défavorable vis à vis de la théorie des gains d'efficacité (B). Cependant cette différence tend à s'atténuer, le droit communautaire adoptant progressivement la méthode du bilan économique (C).

A- Le contrôle européen des opérations de concentration

Le contrôle des opérations de concentration est établi par le Règlement du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004. Le but de ce texte n'est pas d'interdire par principe les opérations de concentration, mais de faire obstacle à celles dont résulterait un pouvoir de marché jugé incompatible avec le marché commun.

Une opération de concentration est soumise à la réglementation communautaire quand deux

⁸⁵ Avis 02-A-07 du Conseil de la Concurrence du 15 mai 2002 et lettre du Ministre de l'économie du 5 juillet 2002, SEB/Moulinex ; décisions de la Commission européenne du 8 janvier 2002, COMP/M.2621, SEB/Moulinex ; arrêts du Tribunal de première instance, T-114/02 et T-119/09 du 3 avril 2003 ; décision de la Commission européenne du 23 mai 2003 d'ouvrir une phase d'examen approfondi

seuils sont atteints: lorsque le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros et lorsque le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la communauté par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 250 millions d'euros. Cependant le contrôle communautaire est écarté quand chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaire total à l'intérieur d'un seul et même état membre.

Pour apprécier ensuite l'atteinte à la concurrence, la Commission tient compte de la structure de tous les marchés en cause mais également de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la communauté.

Selon l'article 2-1 b du Règlement n°4064/89 adopté en décembre 1989, devenu l'article 2-1-b du Règlement n° 139/2004 , l'examen se fait selon une méthode d'analyse économique qui tient compte « *de la position sur le marché des entreprises concernées, et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement et aux débouchés, de l'existence, en droit ou en fait, de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finaux , ainsi que de l'évolution du progrès économique et technique pour autant que celle ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.* » La détermination du caractère compatible ou non avec le marché commun et donc d'une atteinte à la concurrence va donc se faire, comme en droit français, en tenant compte de la situation des consommateurs.

Le mécanisme de compensation de l'atteinte à la concurrence due à l'opération de concentration, est différent de celui du droit français; en effet, on ne procède pas en droit communautaire à l'établissement d'un bilan économique.

La Commission prend simplement en compte « *l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence* », ce qui a été évoqué ci dessus.

B- La traditionnelle position défavorable de la Commission vis-à-vis des gains d'efficacité

1- La difficile reconnaissance des gains d'efficacité

Depuis la création du contrôle des opérations de concentration, la Commission s'est toujours montré hostile quant à la reconnaissance de gains d'efficacité pouvant résulter d'une opération de concentration, y compris vis-à-vis des gains d'efficacité concernant directement l'intérêt du consommateur.

A titre d'exemple, dans l'affaire AT&T/NCR⁸⁶, selon la Commission, le rapprochement entre AT&T, un opérateur de télécommunications, et NCR, spécialisé en informatique, était de nature à créer des complémentarités encore inédites dans ces secteurs. Pourtant, la Commission met en avant une vision extrêmement négative de ces gains d'efficacité: "*Il ne peut être exclu que ces synergies potentielles contribuent à créer ou à renforcer la position dominante des entreprises en cause*".

La Commission autorisera toutefois la concentration en supposant que les innovations attendues par les parties seront des échecs dans la mesure où elle doute que les synergies puissent être réalisées. On comprend donc la limite d'un tel raisonnement qui va à l'encontre de la logique économique.

2 -La dichotomie entre le contrôle des ententes le contrôle des concentrations

On vient d'évoquer la situation en matière de contrôle des concentrations et les ambiguïtés de la position de la Commission européenne. Pourtant, cette situation est plutôt étonnante puisque dès 1957, le Traité de Rome consacrait la nécessité pour la Commission d'opérer un bilan économique dans le cadre de l'appréciation des accords entre entreprises susceptibles de restreindre la concurrence. Ainsi, l'article 101.3 prévoit explicitement une exemption individuelle des pratiques anticoncurrentielles.

On se place, dans le cadre de l'article 101.3, sur le terrain du contrôle des comportements et non plus des structures. Mais cela justifiait-il, jusqu'à présent, une telle différence de traitement ? Si les applications individuelles de l'article 101.3 ne sont pas très nombreuses, la Commission n'a toutefois pas hésité à appliquer cette disposition à des accords qui sont, par hypothèse, restrictifs de

⁸⁶ Décision de la Commission européenne du 18 janvier 1991, AT&T/NCR, IV/M.050, pt 28 et s.

concurrence et où l'intensité des gains d'efficacité n'est en général pas quantifiée. Il convient aussi de souligner que le plus souvent l'appréciation de l'intérêt du consommateur et de la nécessité de lui réserver une partie équitable du profit escompté est examinée relativement brièvement.

Ainsi, dans l'affaire Pasteur Mérieux/Merck ⁸⁷, les parties avaient confié à une entreprise commune leurs activités dans le secteur des vaccins à usage humain. Il est intéressant de relever que cette entreprise commune avait d'abord été notifiée sous l'angle du contrôle des concentrations. Mais l'entreprise n'ayant pas été qualifiée de " concentrative ", et a donc été notifiée sous l'angle de l'article 81 devenu 101. On peut d'ailleurs s'interroger sur le sort de cette opération si elle avait été examinée sous l'angle du contrôle des concentrations. En effet, les parties représentaient deux des trois plus grands fabricants mondiaux de vaccins et elles étaient des concurrents réels ou potentiels sur les différents marchés européens de vaccins. La Commission a estimé que les accords limitaient sensiblement l'accès des concurrents aux vaccins et aux technologies de vaccins existants ou prochainement disponibles, en particulier aux vaccins associés pour enfants.

Le bilan économique est néanmoins jugé favorable ou plutôt suffisamment favorable pour que la Commission exempte l'accord. En effet, celle-ci a estimé que la coopération en question serait favorable au progrès technique par la mise sur le marché de nouveaux vaccins plus performants et que cette promotion du progrès technique, en matière de santé publique, se ferait au profit des consommateurs.

Ainsi, si la Commission n'hésite pas, dans le cadre de l'application de l'article 101 TFUE, à reconnaître les gains d'efficacité qui résultent de l'entente entre deux concurrents, gains qui se déduisent bien souvent de l'amélioration de la situation économique ou de la protection des consommateurs, elle rencontre cependant plus de difficultés à établir l'existence de gains d'efficacité pouvant résulter d'une opération de concentration. La Commission se montre en effet plus méfiante vis-à-vis des gains d'efficacité résultant d'une concentration et exige des données précises, quantifiables et vérifiables, et ce dans le but de la protection de la concurrence et par là même du consommateur. Ainsi, le résultat de l'opération sur le consommateur, bien que reconnu parfois comme satisfaisant reste au second plan et ne permet pas la compensation de l'atteinte à la concurrence.⁸⁸

⁸⁷ Décision de la Commission européenne du 6 octobre 1994, Pasteur Mérieux/Merck, IV/34.776

⁸⁸ Commission européenne, décision du 3 juillet 2001, COMP/M.2220, General Electric/Honeywell. Des recours sont en cours (affaires T-209/01 et T-210/01, recours introduits le 12 septembre 2001 par Honeywell et General Electric).

C- L'adoption progressive de la méthode du bilan économique

Si le nouveau règlement n°139/2004 n'a pas modifié la rédaction de l'article 2-1-b, il a permis une certaine ouverture à la prise en compte de la méthode du bilan économique. En effet, nous avons pu constater l'introduction dans les considérants de ce texte de la remarque suivante: « *Pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est possible que les gains d'efficacité résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs, qu'elle aurait sinon pu avoir et que, de ce fait, celle-ci n'entrave pas, de manière significative, une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante.* »

Ainsi, les entreprises qui allèguent une contribution au progrès économique peuvent voir l'atteinte à la concurrence dont l'opération de concentration est la cause, compensée. Cette solution est d'ailleurs reprise dans les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, au point 76. Il ressort de ces textes que les gains d'efficacité démontrés peuvent rendre une opération compatible avec le marché commun si les trois conditions suivantes sont réunies:

Les gains doivent tout d'abord découler directement de l'opération de concentration et ne pourraient être obtenus par des moyens moins dangereux pour la concurrence.

Ensuite, les gains doivent être vérifiables et suffisamment important pour contrebalancer l'effet dommageable potentiel pour les consommateurs.

Enfin, les gains allégués doivent se réaliser dans un futur relativement proche. A ce titre le paragraphe 86 des Lignes directrices précise que « *plus les gains projetés seront éloignés dans le temps, moins la Commission pourra les considérer comme probables.* »

Une fois ces conditions réunies, la Commission décide si l'opération est compatible ou non avec le marché commun. Pour cela, preuves suffisantes doivent être apportées que « *les gains d'efficacité générés par l'opération seront à même d'accroître la capacité et l'incitation de l'entité issue de la concentration à adopter un comportement favorable à la concurrence au bénéfice des consommateurs, et par la même, de contrer les effets anticoncurrentiels que la concentration risquerait, dans le contraire, de produire.* »

La prise en considération du bien être du consommateur est à son apogée lorsque la

Commission ajoute qu'il « *importe de vérifier que les consommateurs ne seront pas dans une moins bonne situation si l'opération a lieu.* » La solution adoptée par la Commission est donc celle consistant à veiller à ce que le surplus des consommateurs sur le marché en cause ne soit pas affecté.

Il doit donc être prouvé que l'opération aura des avantages suffisamment substantiels pour les consommateurs. Sont particulièrement valorisés les cas où la concentration se traduira par des diminutions des coûts variables ou marginaux, plus susceptibles qu'une baisse des coûts fixes, d'être transmises aux consommateurs sous la forme de baisses de prix.

En effet, dans l'affaire KLM/ Martinair⁸⁹, la concentration a été jugée conduire à des gains d'efficacité et à l'élimination de la double marge sur certains trajets. Néanmoins, il fût reproché à l'étude présentée de n'avoir pas opéré de distinction entre coûts fixes et coûts variables, ce qui ne permettait donc pas de se prononcer sur l'importance des économies susceptibles d'être répercutées aux consommateurs.

La Commission impose alors de nombreuses conditions se rapportant au consommateur. Tout d'abord, les gains doivent être suffisamment importants pour contrebalancer le dommage potentiel subi par les consommateurs.

Ensuite, les gains d'efficacité générés doivent permettre à l'entité issue de la concentration d'adopter un comportement pro concurrentiel au bénéfice des consommateurs, enfin, les consommateurs ne doivent pas être dans une moins bonne situation si l'opération a lieu.

La Commission semble donc adopter progressivement la méthode du bilan économique et accorde une importance toute particulière à la situation du consommateur. Elle s'assure en effet que la situation de celui-ci ne soit pas mise à mal avant d'accorder son autorisation quant à l'opération de concentration.

Dans l'ensemble des réglementations qui viennent d'être exposées, le consommateur est intégré au sein d'une analyse économique, il est donc instrumentalisé, et érigé en tant que condition permettant l'exemption ou l'autorisation de certaines pratiques. La prise en compte de sa situation est bien évidemment bénéfique au consommateur : En ce qui concerne les ententes, le partage du profit résultant de la pratique doit être réparti entre les promoteurs et les utilisateurs-consommateurs, et, concernant les concentrations, les gains d'efficacité émanant de l'opération doivent compenser tout préjudice potentiel subi par le consommateur.

89 Décision de la Commission européenne n° COMP/M.5141 - KLM/Martinair. du 17 décembre 2008

Chapitre 2 – L'intérêt du consommateur, indice de l'efficacité économique d'une atteinte à la concurrence

Si le droit communautaire, comme le droit français, semblent protéger le consommateur en posant certaines conditions relatives à son bien être afin d'exempter les pratiques anticoncurrentielles et d'autoriser les opérations de concentration, doit on considérer que le droit de la concurrence tend à la protection du consommateur, ou doit on considérer que ce droit utilise le consommateur comme un simple instrument afin d'atteindre un tout autre objectif ? En effet, l'intérêt du consommateur est une notion malléable et largement utilisée par le droit de la concurrence qui l'assimile tantôt au progrès économique, tantôt au comportement concurrentiel attendu d'une entreprise sur le marché (Section 1). Afin d'illustrer notre propos, nous prendrons l'exemple de l'utilisation de l'intérêt du consommateur dans le cadre de la règle de raison (Section 2).

Section 1- L'intérêt du consommateur, une notion complexe et largement utilisée par le droit de la concurrence

L'intérêt du consommateur est, en droit de la concurrence, un véritable concept. Cependant les contours de cette notion sont relativement flous. En effet, ce concept est souvent confondu avec celui de l'intérêt général ou du progrès économique (Paragraphe 1). Une fois la notion d'« *intérêt du consommateur* » précisée, nous verrons que cet intérêt n'est pas invoqué dans un but de protection du consommateur mais qu'il sert en réalité à révéler la contribution d'une pratique à l'efficacité économique (Paragraphe 2)

Paragraphe 1 - L'intérêt du consommateur et le progrès économique, deux notions aux contours imprécis

L'intérêt du consommateur et le progrès économiques sont deux notions fondamentalement liées, bien que différentes. Ces deux concepts ont pour point commun de ne pas répondre à une définition succincte et précise. Il s'agirait plutôt de concepts plus ou moins abstraits, utilisés en diverses circonstances, par le droit de la concurrence. Si l'intérêt du consommateur est souvent confondu avec l'intérêt général (A), on a également tendance à assimiler la condition de progrès économique et la condition de répartition de celui-ci (B).

A- La confusion entre protection de l'intérêt du consommateur et protection de l'intérêt général.

Comme il a été expliqué précédemment, l'intérêt du consommateur est pris en compte en vue de justifier une atteinte à la concurrence. Le rachat d'une pratique anticoncurrentielle est subordonné à la répartition équitable de ses profits aux utilisateurs. L'emploi du concept de « *progrès économique* », toujours au titre des exemptions individuelles ou pour justifier une concentration, semble également sous entendre un tel intérêt.⁹⁰

Le droit de la concurrence consacre donc dans différentes hypothèses, l'intérêt spécifique du consommateur, autorisant, en considération d'un objectif de protection, des atteintes au marché.

Pour autant, le fondement des politiques ainsi garanties est indépendant de la qualité de consommateur de leur bénéficiaire. En effet, il est aisé de constater que la protection de la santé et de la sécurité publique, comme celle de l'environnement, bénéficient au consommateur⁹¹. Mais pour autant, ce constat ne permet de déduire que ces politiques sont justifiées par la protection de son intérêt.

En réalité, défendre le consommateur revient à lui attribuer une protection en raison de cette qualité. Ainsi, indéniablement, en justifiant des restrictions à la concurrence au nom de la protection de la santé ou de la sécurité publiques, le droit de la concurrence met en avant l'intérêt des consommateurs, cependant le terme consommateur est, dans ces textes, entendu par la réalisation d'une action de consommation, d'utilisation du produit ou service, et ne désigne pas une catégorie ou une communauté de personnes. La qualité économique de la victime est indifférente. En effet, comme l'observe le Professeur J.L Fourgoux : « *On ne voit pas pourquoi, ni comment, au titre de la fonction de consommation, les citoyens auraient un privilège supérieur à celui qui leur est accordé en qualité de citoyen* »⁹² .

La santé et la sécurité publique, tout comme l'environnement sont donc des biens collectifs et leur bénéfice est indépendant de la qualité économique de leur bénéficiaire. Ainsi, la seule qualité de sujet de droit justifie cette protection. La qualité de consommateur est indépendante de cette protection. Pour cette raison, l'ensemble des textes qui garantissent la santé, la sécurité du

⁹⁰ « La notion de progrès économique et social est susceptible de recouvrir la protection de l'intérêt des consommateurs », J-P BONTHOUX, « L'intérêt du consommateur fait justificatif des atteintes à la concurrence en droit français », Concurrence et Consommation, p.54

⁹¹ « La pollution de l'eau est à la fois un problème d'environnement et un problème de consommation » J. CALAIS-AULOY et S. STEINMETZ, Droit de la consommation, n°19, p.18

⁹² J.C FOURGOUX, « Droit de la consommation : Faut-il une loi cadre ou un véritable Ombudsman ? », p.733

consommateur s'imposent au-delà des rapports liant un professionnel et ses consommateurs.

C'est en ce sens que les politiques de protection constituent des faits justificatifs d'atteinte à la concurrence. « *L'intérêt des consommateurs est une notion imprécise juridiquement et dont il est difficile de définir les contours, a fortiori dans le domaine du droit de la concurrence lorsqu'elle est utilisée comme fait justificatif des atteintes* », conclut le professeur J.P Bonthoux, au terme d'une étude sur le sujet⁹³

La protection du consommateur est donc, dans le cas présent, une notion interprétée, adaptée et utilisée par le droit de la concurrence comme fait justificatif des atteintes à la concurrence : en réalité, la qualité de consommateur est indifférente.

Outre le fait de prendre en compte l'intérêt du consommateur, en tant que protection de celui-ci afin de justifier une atteinte à la concurrence, les autorités, françaises comme communautaires, prennent également en considération l'intérêt du consommateur sur le plan économique.

B- L'amalgame entre le progrès économique et sa propre répartition

Comme expliqué précédemment, des justifications d'ordre social permettent d'apprécier la contribution d'une pratique restrictive de concurrence au progrès économique. Cependant, comme le souligne le Professeur A.Bienaymé, « *les frontières du progrès économique sont imprécises par nature* ». Plus généralement, les autorités en charge de l'application du droit de la concurrence s'attachent à dégager l'efficacité strictement économique de l'entente, de l'abus de position ou de l'opération de concentration.

Cette efficacité est tout d'abord mesurée directement : les autorités vérifient les éléments attestant de ce progrès économique. Puis cette efficacité est mesurée indirectement, lorsqu'est vérifiée l'équitable répartition de ce progrès.

Ces deux étapes que nous avons auparavant développées, sont liées car elles contribuent toutes deux à établir l'existence d'un même progrès économique.

⁹³ J.P BONTHOUX, « *L'intérêt des consommateurs fait justificatif des atteintes à la concurrence en droit français* », p.61

En réalité l'exigence d'une répartition équitable du progrès ne traduit pas une condition supplémentaire, distincte de celle du progrès économique lui-même, mais un élément, un composant de celui-ci. Ainsi, la répartition équitable de ce progrès conditionne son existence même : « *Le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises intéressées* »⁹⁴

La répartition peut être réalisée en faveur de tous les acteurs économiques concernés par la pratique anticoncurrentielle, il suffit simplement que la pratique concernée ne bénéficie pas qu'à ces seuls auteurs. Cette répartition n'est pas guidée par le souci d'une particulière protection de certains acteurs économiques, et notamment des consommateurs, mais permet de démontrer que la restriction de la concurrence légitimée est économiquement efficace. « *L'inégalité créée par la restriction à la concurrence ne trouve sa justification que par les avantages qu'elle crée, non pas seulement pour ses auteurs, mais pour le marché lui-même* »⁹⁵ .

Le fait, pour une entreprise « *de vouloir, par une opération de concentration, maintenir sa part de marché ne constitue pas en lui même un progrès économique pour la collectivité* »⁹⁶ énonce le Conseil de la concurrence. Ainsi, nous pouvons conclure que l'exigence d'une équitable répartition du progrès aux consommateurs, atteste de sa réalité même.

Pour cette raison, ces deux conditions que sont le progrès économique et sa répartition, se confondent bien souvent, en particulier lorsque les avantages mis en avant sont d'ordre social.⁹⁷ D'ordre économique, la répartition des fruits du progrès est établie de manière distincte. L'intérêt du consommateur est alors souvent invoqué au titre de chacune de ces conditions.

⁹⁴ Conseil de la concurrence, rapport pour l'année 1992, p.129

⁹⁵ L'exigence d'une répartition équitable du progrès économique aux utilisateurs semblent ainsi être une traduction, par le droit de la concurrence, du principe de justice Rawlsien : « Les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois l'on puisse s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et qu'elles soient attachées à des positions et des fonctions ouvertes à tous. » J.RAWLS ? Théorie de la justice, ed du Seuil, 1987, p.91

⁹⁶ Conseil de la concurrence, 29 juin 1993, avis n°93-A-12, acquisition par la Société UGC des salles de cinéma des complexes Georges V

⁹⁷ Commission, 11 octobre 1998, Continental/Michelin ; Commission, 6 octobre 1994, Pasteur Mérieux-Merk

Paragraphe 2 - L'intérêt du consommateur comme outil d'analyse de la situation d'une entreprise sur le marché

Pris en considération sur le plan économique, l'intérêt du consommateur révèle alors la contribution d'une pratique à l'efficacité économique. La véritable question, comme le relève le professeur L.Vogel, est donc de déterminer si l'intérêt du consommateur est ici invoqué par les autorités en charge de l'application de la concurrence « *pour lui-même ou simplement comme un indice de la contribution de la pratique en cause à l'efficacité économique.* » La réponse suppose de déterminer le rôle attribué à l'intérêt du consommateur dans l'appréciation du progrès économique résultant d'une atteinte à la concurrence (A), puis dans sa répartition avec les utilisateurs (B).

A- L'utilisation de l'intérêt du consommateur dans le cadre de l'établissement du progrès économique

Les gains d'efficacité peuvent être de différente nature .Ceux-ci peuvent être quantitatifs (diminution des coûts) ou qualitatifs (progrès technologique, amélioration de la distribution, innovation) .C'est principalement dans cette seconde hypothèse qu'ils peuvent « *rejoindre les intérêts du consommateur* »⁹⁸

L'amélioration de la qualité des produits est l'exemple type d'argument associant le progrès économique et l'intérêt du consommateur. La coopération de deux producteurs automobile permet ainsi, selon la Commission, de « *produire un véhicule perfectionné conçu pour répondre aux exigences des consommateurs européens et donc d'améliorer la production.* »⁹⁹

De même, un accord conduisant une entreprise à « *fournir une prestation d'une qualité supérieure à celle qu'elle aurait pu fournir à défaut de l'accord conclu, notamment en assurant un accès plus large de la clientèle* », pourrait être exempté s'il était indispensable à un tel progrès¹⁰⁰

La production d'un produit sous label peut également être regardée comme constituant un

⁹⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, « Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? - Différence d'analyse entre droit et économie ou « un consommateur pris à partie par le droit de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n° 7, Juillet 2007, étude 10

⁹⁹ Commission, 23 décembre 1992, décision Ford/Volkswagen

¹⁰⁰ Conseil, 21 juin 1988, Pratiques relevées dans le secteur de la messagerie de groupage ;BOCCRF 30 juin 1988, p.70 : Une filiale de la SnCF, la Compagnie Calberson, avait créé un service rapide d'envoi de marchandises. Une société avait conclu un accord avec ce transporteur, afin d'avoir accès au réseau, les parties s'engageant au respect de leur clientèle respective. Le transporteur s'engageait, de plus, à ne pas consentir à d'autres entreprises les avantages qu'elle lui avait accordés. La société de groupage devait respecter les tarifs du transporteur. Le Conseil de la concurrence refuse son exemption, car il n'était pas prouvé que l'accord était indispensable au progrès économique allégué

progrès économique¹⁰¹

De manière toujours comparable, le Conseil de la concurrence relève qu'un projet de concentration assure à ses auteurs « *par l'amélioration de la qualité et par la mise au point de produits nouveaux, de se mettre au niveau de la compétition sur les divers marchés* ». Les produits, pour l'heure offerts, constate le Conseil, sont « *anciens* » et « *susceptibles à brève échéance de ne plus être adoptés aux besoins des consommateurs.* »¹⁰²

Dans l'ensemble des décisions précitées, l'intérêt du consommateur apparaît comme un outil d'analyse de la situation d'une entreprise sur un marché: La satisfaction de ses besoins étant une condition de survie et de compétitivité de l'entreprise, l'analyse de sa situation permet de déterminer si la qualité d'un produit ou d'un service devrait être améliorée.

En conséquence; il ne s'agit donc pas de protéger le consommateur, c'est à dire de lui attribuer un avantage en considération de sa qualité de consommateur, mais de vérifier si les satisfactions qui lui sont apportées par une entreprise traduisent la bonne santé de celle-ci. Ainsi, l'intérêt immédiat du consommateur peut être écarté, voire sacrifié, si ce sacrifice est nécessaire au progrès recherché.

Le Conseil de la concurrence relève en ce sens qu'un groupement d'établissements de crédit, émetteurs de cartes bancaires, dont l'objectif est de promouvoir cet instrument, contribue au progrès économique en améliorant « *l'efficacité, la productivité, et la sécurité du système de paiement français* »¹⁰³. Pour autant, la fixation d'un prix minimum des cotisations payées par les porteurs de cartes ne peut être justifiée par le soucis de développement de ce marché, puisqu'au contraire, « *elle est susceptible de renchérir le coût que supportent les consommateurs pour disposer de cette carte.* » L'intérêt du consommateur permet ici d'établir l'inefficacité de la pratique restrictive.

De plus, le Conseil ajoute, dans cette même décision, que « *cette pratique n'est pas imposée par les nécessités techniques du système interbancaire mis en place* ». Aussi peut on penser que, dans le cas contraire, le Conseil aurait autorisé la pratique au détriment de l'intérêt immédiat des

¹⁰¹ Conseil de la concurrence, 5 juillet 1994, n°94-D-41, Pratique relevée dans le secteur des volailles sous label, BOCCRF, 27 septembre 1994, p.419

¹⁰² Conseil de la concurrence, 21 février 1989, relatif au projet de concentration entre les sociétés Spontex et 3M France, BOCCRF, 21 mars 1989, p.66

¹⁰³ Conseil de la concurrence, 11 octobre 1988, n°88-D-37, Groupement des cartes bancaires, BOCCRF, 15 octobre 1988, p.85

consommateurs. Toutefois, ceci n'est que supposition.

Pour conclure sur la relation unissant le progrès économique et l'intérêt du consommateur, il faut souligner que l'intérêt de celui-ci importe dans la seule mesure où il atteste de l'efficacité économique du procédé. L'intérêt de consommateur, ne concourt donc pas en tant qu'élément, sujet de droit protégé, mais simplement utilisé dans le cadre d'une analyse du bon fonctionnement concurrentiel du marché.

Des auteurs¹⁰⁴ recommandent d'ailleurs de distinguer les deux aspects qui sont les gains d'efficacité et la protection de l'intérêt des consommateurs, et « *de ne pas systématiquement conclure en un bienfait pour le consommateur en présence de gains d'efficacité, mais la doctrine est divisée.* »¹⁰⁵

B- La confusion entre l'intérêt du consommateur et le comportement concurrentiel attendu dans le cadre de la répartition du progrès économique

Le raisonnement adopté par les autorités de contrôle pour mesurer la répartition des fruits du progrès est tout à fait comparable à celui que nous venons d'exposer.

Le progrès économique ne doit pas être confisqué par les entreprises qui l'allèguent: « *Une entente dont les avantages seraient manifestes pour les parties mais pour elles seules et dont ne profiterait pas le consommateur ou, s'agissant de produits de consommation intermédiaire, l'utilisateur, ou encore, s'agissant de marchés de fournitures ou de travaux, la collectivité acheteuse, ou le donneur d'ordres, ne pourrait pas prétendre au bénéfice d'une exemption* »¹⁰⁶.

Ainsi, les autorités chargées de la concurrence vérifient cette répartition, qui se traduit le plus souvent par un gain prévisible de concurrence sur le marché: l'intérêt du consommateur tend alors à se confondre avec le fonctionnement concurrentiel attendu.

¹⁰⁴ A.-L. SIBONY, Le juge et le raisonnement économique, th. Univ. Dauphine, direct. Frison-Roche, ronéo, déc. 2006, n° 174 et s. citant Vickers, « Abuse of market power », 31e conférence de l'European Association for Research in Industrial Economics, Berlin, 3 sept. 2004, accessible sur <http://www.ofg.gov.uk>.

¹⁰⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, « Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? - Différence d'analyse entre droit et économie ou « un consommateur pris à partie par le droit de la concurrence », précité.

¹⁰⁶ D. BRAULT, Droit et politique de la concurrence, *Economica*, 1997, p0226

Ceci est par exemple illustrée par l'affaire Ford/Volkswagen¹⁰⁷ ou la Commission a relevé que « *le consommateur européen devrait bénéficier directement de l'entreprise commune* » au motif que les partenaires seront en effet contraints « *de répercuter les avantages de l'accord sur le consommateur parce que, à la suite de leur entrée, avec d'autres constructeurs, sur le segment en expansion des monocorps, la pression de la concurrence s'accroîtra sur tous les fournisseurs, ce qui améliorera l'équilibre à l'intérieur de ces segments* ».

Dans cette décision, la pression concurrentielle s'identifie à l'intérêt de consommateurs. En effet, il est expliqué que la seule accentuation de la concurrence sur le marché suffit à caractériser la répartition du profit.

Si l'amélioration des conditions de fonctionnement du marché atteste à elle seule de la répartition du profit, le progrès économique peut dès lors être caractérisé alors qu'à court terme, cet accord semble défavorable aux consommateurs.

Ainsi, comme pour la démonstration de l'existence du progrès économique alléguée, l'intérêt du consommateur, en ce qui concerne la répartition de ce progrès, s'identifie encore au bon fonctionnement du marché et n'est relevé que dans cette mesure. Afin d'illustrer notre propos, nous allons à présent étudier l'instrumentalisation de l'intérêt du consommateur dans le cadre de la règle de raison.

Section 2- L'exemple de l'utilisation de l'intérêt du consommateur dans le système de la règle de raison.

Il a été reproché aux articles 101.3 du TFUE, comme à l'article L.420-4 du Code de commerce, de mettre en œuvre une procédure trop lourde¹⁰⁸. C'est pourquoi a été mis en place de la règle de raison, inspiré du système de la rule of reason américain. Il s'agit bien d'appliquer les articles 101 paragraphe 1 du TFUE, et L.420-1 et L.420-2 du code de commerce mais en considérant que la pratique en question n'a pas d'effet restrictif sur la concurrence. Le bilan économique est alors établi au stade de ces articles, et non dans le cadre du paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE ou de l'article L.420-4. Si ce bilan s'avère négatif, une exemption sera toujours possible dans le

¹⁰⁷ Commission 23 décembre 1992, Ford/Wolkswagen, précitée

¹⁰⁸ F.SOUTY « Le droit de la concurrence européenne, Montchrétien, coll. « Clefs politique », 2ème ed., 1999, p.68

cadre classique des articles précités. Après avoir défini le système de la règle de raison (Paragraphe 1), nous analyserons quel est le rôle attribué au consommateur dans l'application de cette règle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1- Le système de la règle de raison

La règle de raison est un système mis en place tant au niveau communautaire (A), qu'en droit français, bien que le droit français fasse preuve d'une acception plus large de ce système (B).

A- La règle de raison en droit communautaire

En droit communautaire, la conciliation entre les deux paragraphes de l'article 101 est plutôt complexe. En effet, il a été reproché à la règle de raison de priver le paragraphe 3 de l'article 101 de toute utilité dans la mesure où cette règle permettait une analyse des effets pro et anticoncurrentiels dès le paragraphe 1. Pour cette raison, le TPICE a réfuté cette règle de raison dans son arrêt *Metropole Télévision* de 2001¹⁰⁹ et a réitéré sa position dans son arrêt *Van den Bergh* en 2003.¹¹⁰

Selon cette position restrictive, la mise en balance des effets anticoncurrentiels et pro-concurrentiels ne peut être réalisée que dans le cadre de l'article 101 paragraphe 3, ce qui est confirmé dans la communication sur l'application de l'article 81 paragraphe 3 (devenu 101.3) de 2004.

B- La règle de raison en droit français

Le droit français fait preuve d'une acception plus large du système de la règle de raison. En effet, l'Autorité de la concurrence a toujours recours à la règle de raison, ce qui peut expliquer le peu d'exemptions individuelles fondées sur l'article L.420-4 du Code de commerce.¹¹¹

La théorie trouve principalement à s'appliquer aux accords de distribution sélective et de concession.

Ainsi, à titre d'exemple, dans un arrêt en date du 7 avril 1998, la Cour de cassation approuve

¹⁰⁹ Aff. *Metro television* du 18 septembre 2001, T-112/99, Rec.CJCE II 2001, p.2035

¹¹⁰ Aff. *Van den Bergh*, TPICE, 23 octobre 2003, aff.T-65/98 : Rec. CJCE II, p.4653

¹¹¹ L. ARCELIN, *Droit de la concurrence, Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, *précité*

les juges d'avoir considéré qu'une clause mettant à la charge du concessionnaire l'obligation de réaliser un certain nombre de ventes, sous peine de résiliation du contrat « *contribue, dans l'intérêt du consommateur final, à maintenir une concurrence effective entre les concessionnaires et, en prévenant toute inaction ou passivité commerciale de leur part, à assurer la fluidité des marchés locaux ainsi qu'à empêcher la paralysie des règles normales de concurrence née de l'exclusivité réciproque à laquelle les parties s'engagent mutuellement* ». ¹¹² On reconnaîtra ici une application de la règle de raison, au sens d'établissement d'un bilan concurrentiel de l'opération : les effets pro-concurrentiels de la clause de quota excédant ses effets anticoncurrentiels, celle-ci se révèle facteur de concurrence, par voie de conséquence, « *elle n'est pas contraire à l'art. 85, § 1, du traité instituant la Communauté européenne* ». ¹¹³ Nous noterons également que l'intérêt du consommateur est pris directement en compte dans cette affaire.

Cependant il convient à présent d'analyser dans quelle mesure l'intérêt des consommateurs est pris en considération dans le domaine de la règle de raison.

Paragraphe 2 - Le rôle attribué au consommateur dans le domaine de la règle de raison.

La règle de raison a été appliquée, à ses débuts, à des accords de distribution sélective (A), puis son application a été étendue à des situations d'entente horizontale (B). Reste à connaître le rôle du consommateur dans ces différentes applications.

A- Le rôle du consommateur dans l'application communautaire de la règle de raison à des accords de distribution sélective

1- L'affaire Metro

.Dans l'affaire Metro ¹¹⁴, la société Saba distribue ses produits de matériel audiovisuel dans la Communauté par le biais de revendeurs indépendants sélectionnés pour leur compétence. Saba notifie ces accords pour obtenir une exemption individuelle. Dans le même temps, Metro, grossiste à qui Saba avait refusé l'agrément, dépose plainte auprès de la Commission pour violation de l'article 81 devenu 101 du TFUE. Saba obtient de la Commission l'exemption demandée. La Cour,

¹¹² Cour de cassation, com., 7 avril 1998, n° 96/15.303

¹¹³ D. FERRIER, Responsabilité du constructeur automobile qui accule son concessionnaire au dépôt de bilan en lui fixant des objectifs irréalistes, Recueil Dalloz 1998 p. 330

¹¹⁴ CJCE 25 oct 1977, Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co.KG c/ Commission, aff. 26/76, Rec. CJCE 01875, att. 20, aff. Metro I.

saisie par la société Metro d'un recours en annulation de la décision d'exemption individuelle, a estimé que « *la Commission a, à juste titre, reconnu que des systèmes de distribution sélectives constituaient, parmi d'autres un élément de concurrence conforme à l'article 85 paragraphe 1 [devenu l'article 101 du TFUE].* »

Selon la Cour, le choix des revendeurs, opéré en fonction de critères objectifs n'est pas restrictif de concurrence ; ces conditions sont l'essence même de cette forme de distribution.

2- Les besoins du consommateur, révélateurs de l'existence d'un marché spécifique

Dans l'affaire Metro, pour parvenir à la solution précitée, la Cour va également se baser sur les besoins des consommateurs.

Dans cette même affaire la Cour ajoute en effet que « *dans le secteur de la production de biens de consommation durables, de haute qualité et technicité, dans lequel un nombre relativement restreint de producteurs, grands et moyens, offre une gamme variée d'appareils aisément interchangeables, en tout cas aux yeux des consommateurs, la structure du marché ne s'oppose pas à l'existence de canaux de distribution différenciés adaptés aux caractéristiques propres des différents producteurs et aux besoins des différentes catégories de consommateurs* ». La Cour ajoute enfin que « *les nécessités du maintien d'une concurrence efficace peuvent être conciliées avec la sauvegarde d'objectifs de nature différente, et que, dans ce but, certaines restrictions de concurrence sont admissibles lorsqu'elles sont indispensables à la réalisation de ces objectifs et n'aboutissent pas à éliminer la concurrence pour une partie substantielle du marché commun.* »

Cette solution fait donc expressément référence à l'intérêt du consommateur. La satisfaction de ses besoins est un élément retenu pour apprécier la validité du système, il démontre la nécessité du recours à ce type de distribution. Ainsi, en faisant référence aux besoins du consommateur, la Cour met en avant les caractères spécifiques du marché envisagé.¹¹⁵ L'admission d'une forme de concurrence différente doit être justifiée par les caractéristiques des produits concernés. L'attente des consommateurs est un élément déterminant de cette analyse.

Le raisonnement adopté est exactement le même dans le domaine des produits de

¹¹⁵ MS.PAYET, « Droit de la concurrence et droit de la consommation », ed Dalloz 2001

parfumerie. Ces produits ne représentent pas pourtant des produits de haute technologie. Pour autant, ils nécessitent le recours à un réseau de distribution sélective. A ce titre, le Professeur J. Azéma relève que ces produits « *doivent être distribués dans un cadre particulièrement approprié et de nature à satisfaire les exigences de la clientèle.* »¹¹⁶ Ce sont des produits de luxe et cette nature découle « *de l'aura d'exclusivité et de prestige qui les distingue des produits similaires relevant d'autres segments de marché et répondant à d'autres exigences du consommateur.* »¹¹⁷

Dans les cas exposés le droit de la concurrence ne protège pas les consommateurs. Il permet de développer des formes différentes de concurrence, justifiées par l'existence de marchés spécifiques dont les besoins des consommateurs sont l'indice révélateur.

De la même manière qu'en matière d'accords de distribution sélective, la notion d'intérêt du consommateur a été interprétée et utilisée dans le cadre d'une entente horizontale.

B- Le rôle du consommateur dans l'application nationale de la règle de raison à des ententes horizontales

L'entente des sociétés gazières visant à mettre fin à la pratique, par les revendeurs, d'échange des bouteilles de gaz exemptée par le Conseil sur le fondement de l'article 10 paragraphe 2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 est appréciée par la Cour d'appel dans le cadre de la règle de raison.¹¹⁸

Dans cette décision, les juges décident que cette entente n'a pas pour objet de limiter la concurrence entre les marques mais d'empêcher les revendeurs d'accroître leur clientèle « *par des moyens contraires au droit de propriété des compagnies gazières sur leurs emballages mis en oeuvre au détriment de la sécurité du produit et de la productivité de l'ensemble du système de distribution.* »

Les juges ajoutent ensuite que cet accord n'a pas non plus un tel effet car, dans un secteur où le choix du consommateur n'est fonction ni de la qualité du produit ni des prix, mais

¹¹⁶ J. AZEMA, « La distribution sélective ou l'ambivalence du droit français de la concurrence », JCP 1983, ed. CI, II, n°8, p.581

¹¹⁷ Formulation adoptée par la Commission dans l'affaire « Givenchy ». Commission, 24 juillet 1992, Givenchy Parfums, JOCE n°L.236, 19 août 1992, p.11

¹¹⁸ Conseil, 4 juin 1991, n°91-D-29 Situation de la concurrence dans le secteur de la distribution de pétrole liquéfié, BORCCF, 5 juillet 1991, p.78

« essentiellement déterminé par la proximité et la commodité des points de vente, il ne peut être affirmé que la prohibition des échanges de conditionnement contribuait à fidéliser artificiellement la clientèle alors que la multiplicité des marques offertes par chacun des détaillants à laquelle conduit le système préconisé par les compagnies distributrices est la meilleure garantie d'un réel exercice de la concurrence entre elles. »¹¹⁹

A la lecture de ce paragraphe, on peut noter que l'intérêt du consommateur est visé à double titre. Tout d'abord sa sécurité est prise en compte pour apprécier l'objet anticoncurrentiel de l'accord. Puis, ses besoins sont pris en considération pour mesurer en mesurer l'effet anticoncurrentiel.

Dans le cas présent, la référence à la sécurité du consommateur, associée à l'analyse de la répercussion des coûts du comportement des revendeurs sur ce dernier, permet à la Cour de démontrer que l'intention anticoncurrentielle des parties à l'entente doit être écartée.

Ainsi, l'accord n'a pas d'objet anticoncurrentiel puisqu'il présente pour les parties, des avantages de nature différente, et l'accord n'a pas d'effet anticoncurrentiel, la concurrence entre les marques augmentant.

Cette décision atteste d'une conception large du mécanisme de la règle de raison. On peut y voir l'application d'un bilan économique simplifié. Cependant l'intérêt du consommateur ne semble pas y jouer un rôle justificatif autonome. De manière plus précise, l'objectif de protection du consommateur est ici indifférent. L'attitude du consommateur démontre l'efficacité d'une certaine forme de concurrence pour les produits considérés. L'intérêt du consommateur souligne l'opportunité du maintien de formes de concurrence différentes et compatibles avec le droit des ententes.

L'intérêt du consommateur, dans le droit de la concurrence, est un guide pour apprécier l'efficacité économique d'un comportement. Il est de ce fait employé comme « critère justifiant l'existence d'un marché » ou comme « un indice de l'efficacité d'une pratique ».¹²⁰ Aussi, comme l'observe le professeur J.B Blaise, le consommateur apparaît comme un instrument conceptuel dans la méthode d'application de ce droit.¹²¹

¹¹⁹ Conseil de la concurrence, 4 juin 1991, n°91-D-29 Situation de la concurrence dans le secteur de la distribution de pétrole liquéfié, précité

¹²⁰ MS.PAYET, « Droit de la concurrence et droit de la consommation », ed Dalloz 2001

¹²¹ J. B. BLAISE, Droit des affaires, commerçants, concurrence et distribution, LGDJ 2009

Protéger le consommateur, pour le droit de la concurrence, revient à s'assurer de l'efficacité du marché. La protection du consommateur n'est donc pas, dans les faits et contrairement à ce que soutiennent les auteurs de l'École de Chicago à l'image de R.Bork, une fonction du droit de la concurrence mais, une conséquence de ce droit.

TITRE 2 – La mise à l'écart du consommateur quant à sa possibilité d'action

A l'occasion d'une pratique anticoncurrentielle, comme lors de l'accomplissement d'un acte de concurrence déloyale, le consommateur subit un préjudice ce que nous avons largement expliqué précédemment. Cependant la réparation de ce préjudice s'avère extrêmement complexe.

En matière de pratique anticoncurrentielle, les consommateurs ont la possibilité d'intenter une action privée, que celle ci soit individuelle ou collective. La Commission européenne dispose en effet que « *des dommages et intérêts pourront être accordés à quiconque aura subi un préjudice causé par une infraction aux règles sur les ententes* »¹²² Les consommateurs sont donc disposés à agir sur le fondement des articles 101 et 102 du TFUE et L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce.

Cependant la mise en œuvre de cette action privée s'avère difficile voire impossible, et ce en raison de l'absence d'une véritable action de groupe, ou d'autres obstacles techniques, à l'instar de la difficulté de calcul du montant du préjudice subi par le consommateur (Chapitre 1)

En matière de concurrence déloyale, la situation du consommateur est encore plus critique. En effet, le consommateur n'est pas disposé à agir en concurrence déloyale. Sa possibilité d'action se résume à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du professionnel. Il lui appartient alors de prouver que la faute du professionnel lui a causé un préjudice. Et cette faute ne peut consister en un manquement à la loyauté concurrentielle, mais doit porter sur une faute commise dans l'exercice du contrat. (Chapitre 2)

¹²² Livre vert de la Commission européenne, p.4

Chapitre 1- L'action des consommateurs comme instrument de lutte contre les comportements anticoncurrentiels

Bien qu'elles soient totalement différentes, l'action publique et l'action privée se complètent. En effet, les actions publiques si elles aboutissent à la condamnation d'une entreprise peuvent pousser les victimes de cette dernière à agir devant les juridictions civiles, et inversement, les actions privées peuvent être considérées comme une sorte de complément à l'action publique, en ce sens qu'elles constituent le deuxième « *pilier de l'application des règles antitrust communautaires* »¹²³.

L'action du consommateur constitue donc un instrument complémentaire à l'action publique permettant une meilleure application des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles (Section 1). Cependant la mise en œuvre de cette action connaît de nombreuses difficultés; difficultés que la Commission européenne a énoncées dans son livre vert de 2008 (Section 2) et pour lesquelles elle propose un certain nombre de solutions (Section 3).

Section 1- La mise en œuvre de l'action privée en matière de pratiques anticoncurrentielles

Après avoir dessiné les contours de la notion d'action privée (Paragraphe 1), nous énumérerons l'ensemble des actions privées existantes (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - La notion d'action privée

En matière de droit de la concurrence, il existe en Europe, contrairement aux États-Unis, une distinction entre action publique et action privée. La première étant confiée à des autorités spécialisées dont la mission est de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, tandis que la deuxième relève de la compétence des juridictions nationales, notamment lorsqu'il s'agit d'indemniser le préjudice subi par un consommateur du fait d'infraction au droit de la concurrence. Cependant, malgré une distinction à la fois de compétence mais également d'objectifs, l'une visant à sanctionner et l'autre à réparer, ces deux actions peuvent se compléter (A). Nous verrons ensuite

¹²³ Document de travail du livre vert, précité, p. 7 n°3.

par quel mécanisme les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles, sont applicables à la sphère privée (B)

A- La distinction entre action publique et action privée

1- La définition de l'action privée

Par action privée il faut entendre « *introduction d'une action en justice par la victime d'un comportement anticoncurrentiel* »¹²⁴. L'instigateur d'une telle action peut donc être un consommateur mais également une entreprise victime d'un concurrent, ce qui au vue de la jurisprudence existante, semble constituer la majorité des cas d'actions privées. Il n'existe pas au niveau communautaire, d'instance compétente pour connaître de ces litiges, telle que la commission pour les actions publiques. En effet, en matière d'action privée, seules sont compétentes les différentes juridictions nationales des États membres. Ces actions privées peuvent avoir différents objectifs : en effet, elles peuvent tendre vers la cessation d'agissements illicites, mais également vers la réparation d'un préjudice subi du fait d'une pratique anticoncurrentielle. Quoiqu'il en soit, les juridictions nationales étant chacune compétentes en la matière, ces actions privées font l'objet d'une grande diversité tant dans leur forme que dans leur mise en œuvre. Il semble également nécessaire de préciser que contrairement aux actions publiques, l'application du droit de la concurrence par la sphère privée est payée par le particulier qui introduit l'instance.

2- L'action privée comme complément du dispositif propre à l'action publique

L'action privée, alors même qu'elle ne dispose pas de l'envergure de l'action publique qui s'exerce dans un cadre public fort et qui dispose de moyens importants notamment dû à la volonté très présente au niveau communautaire de mettre en place un marché concurrentiel non faussé, peut être considérée comme le deuxième pilier d'application du droit de la concurrence. Et c'est ce qui en fait un moyen visant à renforcer et à améliorer l'efficacité de l'action publique.

En effet, selon l'avis du Conseil de la concurrence du 21 septembre 2006 relatif à

¹²⁴ Document de travail de la direction générale de la concurrence – Annexe au livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, [COM(2005)672déf.], disponible sur le site internet de la commission européenne : http://ec.europa.eu/index_fr.htm - (Ci-après dénommé : « Document de travail du livre vert »).

l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, « *l'émergence d'une action privée plus efficace ne doit se concevoir que comme un complément du dispositif propre à l'action publique* »¹²⁵. L'application du droit de la concurrence par la sphère privée, au delà de son objectif visant à indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles ou à faire cesser des agissements illicites, permet également, et c'est en ce sens qu'elle constitue un complément à l'application des règles antitrust, de dissuader les entreprises de participer à des ententes ou d'abuser de leur position dominante. La direction générale de la concurrence dans son document de travail annexé au livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante affirme d'ailleurs à ce propos qu'« *une application renforcée du droit par la sphère privée maximisera le respect du droit en complément de son application par la sphère publique* »¹²⁶.

Au delà de son effet dissuasif, l'action privée participe également au développement du droit de la concurrence en ce sens qu'elle permet de le rapprocher des citoyens, puisque comme le dispose la direction générale de la concurrence « *le fait d'accorder aux entreprises et citoyens européens (à titre collectif ou individuel) de plus grandes possibilités de faire respecter directement leurs droits dans le domaine de la concurrence les rapprochera des règles de concurrence et les impliquera activement dans leur application* »¹²⁷.

L'application du droit de la concurrence par la sphère privée constitue donc un complément à celle faite par la sphère publique puisqu'elle permet à la fois de protéger les acteurs du marché en leur conférant la possibilité d'obtenir réparation de leur préjudice, mais également de garantir un marché concurrentiel non faussé en dissuadant les comportements anticoncurrentiels, et enfin, de manière plus générale, elle permet de remplir les objectifs plus larges fixés par la stratégie de Lisbonne « *visant à renforcer la compétitivité de l'Europe au profit des citoyens européens tout comme des entreprises* »¹²⁸, puisqu'en favorisant la concurrence sur les marchés, elle encourage la compétitivité des entreprises, laquelle a une incidence sur le niveau de vie des citoyens.

¹²⁵ Avis du Conseil de la Concurrence du 21 septembre 2006, précité, p. 2 n° 3.

¹²⁶ Document de travail du livre vert, p. 8 n°5.

¹²⁷ Document de travail du livre vert, p. 8 n°7.

¹²⁸ Document de travail du livre vert, p. 9 n°11.

B- L'application de la réglementation des pratiques anticoncurrentielles par la sphère privée

1- Le Principe de l'application à la sphère privée

Selon la Commission européenne, « *tous les éléments des articles 81 et 82 du Traité sont directement applicables. Dès le début, les particuliers et les entreprises ont joué un rôle dans l'application des articles 81 et 82 du Traité. Ils interviennent dans l'application du droit des ententes par le biais des actions au civil qu'ils introduisent devant les juridictions nationales. [...]* Les règles du Traité peuvent également être utilisées pour les recours en injonction. De même, des dommages et intérêts pourront être accordés à quiconque aura subi un préjudice causé par une infraction aux règles sur les ententes »¹²⁹.

2- Les fondements textuels de l'application à la sphère privée

L'application des règles communautaires par la sphère privée peut prendre différentes formes : il peut s'agir d'actions en nullité, de recours en injonction afin de permettre la cessation de l'agissement illicite, et enfin d'actions en dommage et intérêts. L'applicabilité de l'article 101 du Traité en matière d'action en nullité ne semble pas poser de difficultés puisqu'il est précisé au §2 de ce même article que : « *Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit* ». Pour les autres actions, il semble falloir se référer à l'article 10 du Traité qui dispose que : « *Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ».

3- Les fondements jurisprudentiels de l'application à la sphère privée

De manière générale, la reconnaissance de l'application du droit communautaire par la sphère privée remonte à l'arrêt « *Van Gend & Loos* »¹³⁰ qui a posé le principe de l'effet direct du droit communautaire.

¹²⁹ Livre vert, p 4.

¹³⁰ Arrêt de la Cour du 5 février 1963, Affaire 26/62, *Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Administration fiscale néerlandaise*, Rec. 1963, p. 1.

L'applicabilité du droit communautaire, par la sphère privée, en ce qui concerne plus précisément les demandes en dommages et intérêts dues à des infractions au droit de la concurrence a notamment été énoncé dans l'arrêt « *Courage/Crehan* »¹³¹ de la Cour de justice des communautés européennes du 20 septembre 2001 qui disposait que « *la pleine efficacité de l'article 81 du Traité et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncé à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Un tel droit renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Dans cette perspective, les actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la communauté* ».

Paragraphe 2- Les différentes possibilités d'actions privées existantes

L'action privée en matière de droit de la concurrence peut prendre différentes formes, il peut s'agir d'action en nullité, de recours en injonction visant à faire cesser un agissement illicite. Ces actions, comme leur nom l'indique ont pour objectif de faire cesser ou de prononcer la nullité des accords ou décisions interdits par l'article 81 du Traité. Cependant, étant donné qu'elles ne permettent pas au consommateur d'obtenir réparation de son préjudice elles ne feront pas l'objet de plus d'explications. Le second type d'action pouvant être engagée par le consommateur, et c'est ce type d'action qui constituera le cœur de ce paragraphe, est l'action en réparation. Nous en étudierons les conditions (A) avant d'énumérer les actions individuelles (B) ou collectives (C) existantes.

A- Les conditions générales d'obtention de dommages et intérêt en cas de préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle

De manière générale, dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, fondée sur l'article 1382 du code civil, trois éléments doivent être prouvés : une faute, un dommage, et un lien de causalité. Dans le cas d'une action en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence il en est de même, il s'agira donc de faire la preuve de la violation d'une règle de droit de la concurrence, d'un dommage, et d'un lien de causalité.

¹³¹ Arrêt de la Cour du 20 septembre 2001, points 26 et 27, Affaire C-453/99, *Courage Ltd/Bernard Crehan*, Rec. 2001, p. I-6297

1- Une faute

Dans la plupart des États membres la faute est constituée par la violation d'une règle de concurrence, c'est le cas en France¹³². Cependant certains d'entre eux rajoutent un élément de faute distinct de celui d'infraction à une règle de droit de la concurrence mais également, notamment pour l'Autriche, l'Estonie et l'Allemagne, que la règle violée ait pour but de protéger le demandeur.¹³³

Quoiqu'il en soit, dans la plupart des cas, une entente contraire aux articles 101 du Traité et L-420-1 du code de commerce, ou un abus de position dominante contraire aux articles 102 du Traité et L.420-2 du code de commerce constituera une faute.

2- Un dommage

Outre la preuve de la faute, le consommateur s'il veut obtenir réparation devra prouver qu'il a subi un dommage. Ce dommage, dans les affaires antitrust, sera souvent un préjudice matériel qui correspond à un surcoût provenant de la différence entre le prix que le consommateur a réellement payé et celui qu'il aurait dû payer si l'atteinte à la concurrence n'avait pas eu lieu, ce que nous avons évoqué au sein de la première partie.

3- Un lien de causalité

Pour finir, une fois les deux éléments précédents prouvés, le consommateur devra établir un lien de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et son préjudice.

B- Les actions individuelles

En vertu d'un principe général, toute personne qui subit un dommage a le droit d'en obtenir réparation, ainsi pourra être mise en œuvre une responsabilité contractuelle ou délictuelle. Les actions individuelles intentées par des consommateurs peuvent avoir lieu sur le terrain civil et pénal, en fonction du dommage subi. Il est donc possible d'envisager qu'un consommateur ayant subi un

¹³² Document spécifique au droit français de l'étude Ashurst p. 10 – «Any breach of the law constitutes a fault Under 1382 Civ. Code. Therefore, it is sufficient that the victim of an anti-competitive behavior prove that French or Ec competition law has been breached. In that case, considération of négligence, intent and standart of care is not relevant in principle ». – disponible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>

¹³³ Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC compétition rules – p. 106 « récent judgments of régional courts in claims based on both EC and national competion law have denied damages to customers of global price cartels where the cartel was not directed towards bringing about the specific harm but merely at a général price increase affecting the entire market».

préjudice du fait d'une pratique anticoncurrentielle intente une action individuelle contre le professionnel à l'origine de son dommage, fondé sur l'article 1382 du code civil relatif à la responsabilité délictuelle. Cependant, comme il sera développé ultérieurement, il semble qu'une telle action ne soit pas vraiment rentable eu égard au faible dommage subi par le consommateur et à la puissance des entreprises défenderesses. C'est la raison pour laquelle, une action collective semble plus appropriée.

Une remarque doit toutefois être faite à l'égard des accords transactionnels. En effet, en dehors de la voie judiciaire, le consommateur, peut également choisir la voie amiable, car comme le disait Molière, parfois, « *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* »¹³⁴. Cependant, ici aussi, il semble que le déséquilibre entre le consommateur et le professionnel puisse constituer un frein à un tel accord.

C- Les actions collectives

Après avoir vu que le consommateur dispose d'actions lui permettant de défendre seul ses intérêts, il s'agit maintenant de voir quelles actions existent, afin de défendre les consommateurs de manière collective. Par action collective il faut entendre l'action permettant à plusieurs consommateurs victimes d'un même préjudice d'en obtenir réparation. Ces actions visant à la défense des intérêts collectifs des consommateurs peuvent être exercées par le ministère public ou par des associations de consommateur.

Les actions exercées par des associations de consommateurs sont soumises à une condition : il faut que l'association en question soit agréée. « *Pour être agréée, l'association doit être régulièrement déclarée. Elle doit avoir pour objet statutaire explicite la défense des consommateurs. Elle ne doit exercer aucune activité professionnelle. Enfin elle doit être représentative* »¹³⁵. Il existe deux sortes d'action collectives permettant de défendre les intérêts des consommateurs : l'une étant exercée dans l'intérêt collectif des consommateurs (1) – « *entendu au sens d'un intérêt qui se superpose aux intérêts individuels et qui ne se confond pas avec eux* » l'autre représentant les « *intérêts individuels groupés de plusieurs consommateurs* »¹³⁶ (2).

¹³⁴ Guy Raymond, « Droit de la consommation », Litec, p. 369 n° 752.

¹³⁵ Jean Calais-Auloy & Frank Steinmetz, « Droit de la consommation », Précis Dalloz, 7^{ème} éd. 2006, p. 641 n° 554.

¹³⁶ Jean Calais-Auloy & Frank Steinmetz, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 7^{ème} éd. 2006, p. 642 n° 555.

1- L'action dans l'intérêt collectif des consommateurs

Ces actions peuvent prendre deux formes, il peut s'agir d'actions en cessation¹³⁷, ces actions ne permettant pas au consommateur d'obtenir réparation, et d'actions civiles exercées par les associations de consommateurs¹³⁸. Ces actions étant soumises à une condition d'infraction pénale il est possible de se poser la question de leur applicabilité à un litige de concurrence¹³⁹. En effet, la sanction pénale prévue à l'article L.420-6 du code de commerce ne s'applique qu'aux personnes physiques ayant pris « *frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2* ». Il s'agit d'une incrimination visant les personnes physiques et qui semble être distincte des sanctions applicables aux entreprises elles mêmes.

Quoiqu'il en soit, quand bien même une telle action serait possible en matière de droit de la concurrence, elle ne permettrait pas au consommateur d'obtenir directement réparation de son préjudice puisque dans ce type d'action « *les dommages et intérêts sont alloués, non aux consommateurs individuellement lésés, mais à l'association, qui personnifie l'intérêt collectif* »¹⁴⁰. Il semble donc que les seules actions collectives permettant à un consommateur d'obtenir des dommages et intérêts dans une affaire antitrust soit l'action exercée par une association pour défendre les intérêts individuels groupés de ceux-ci, à savoir l'action en représentation conjointe.

2- L'action en représentation conjointe

Les actions en représentation conjointe sont régies par les articles L. 422-1 à L. 422-3 du Code de la consommation. Cette action consiste à « *demander réparation de plusieurs préjudices individuels ayant une origine commune, au moyen d'une seule action exercée par une association agréée qui représente les consommateurs lésés* »¹⁴¹. Les dommages et intérêts versés ne reviennent donc pas à l'association, mais aux consommateurs. Cette action en représentation conjointe a été largement commentée ces derniers temps dans l'actualité, du fait de l'introduction par l'association « UFC Que Choisir » d'une action visant à indemniser les consommateurs victimes de l'entente

¹³⁷ Article L. 421-6 du Code de la consommation.

¹³⁸ Article L. 421-1 du Code de la consommation.

¹³⁹ Document spécifique au droit français de l'étude Ashurst, p. 2, disponible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html> : « *Following a reform of French competition law in 1986, most of the criminal offences in competition matters were abolished. Since then, breach of national competition law is mainly a non-criminal issue* ».

¹⁴⁰ JEAN CALAIS-AULOY & FRANK STEINMETZ, « Droit de la consommation », Précis Dalloz, 7^{ème} éd. 2006, p. 643 n° 556.

¹⁴¹ JEAN CALAIS-AULOY & FRANK STEINMETZ, « Droit de la consommation », Précis Dalloz, 7^{ème} éd. 2006, p. 650 n° 560.

entre les trois opérateurs de téléphonie mobile français¹⁴², entente ayant été condamnée par l’Autorité de la concurrence dans une décision du 30 novembre 2005¹⁴³ au cours de laquelle une amende record de 534 millions d’euros leur avait été imposée.

Des cas de demandes en réparation d’un préjudice lié à une pratique anticoncurrentielle existent donc, mais dans la plupart des cas elles sont intentées par des entreprises victimes et non par des consommateurs. En effet, l’étude Ashurst relative au droit français, signale à propos des actions en représentation conjointe, qu’elle ne fait état d’aucune jurisprudence en la matière¹⁴⁴. Ce constat s’explique par les nombreuses difficultés auxquelles est confronté le consommateur dans ce genre d’affaires.

La commission dans son livre vert du 19 décembre 2005 sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante¹⁴⁵ a affirmé que « *l’objectif du présent Livre vert et du document de travail de la direction générale de la concurrence est d’identifier les principaux obstacles à la mise en place d’un système plus efficace pour les demandes d’indemnisation et de proposer différentes pistes de réflexion et d’action pour améliorer les actions en dommages et intérêts, que ce soient des actions de suivi (...) ou des actions indépendantes* »¹⁴⁶.

¹⁴² Article « La cour d’appel de paris refuse l’indemnisation groupée de milliers de consommateurs », disponible sur : www.conso.net

¹⁴³ Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, disponible sur le site internet de l’Autorité de la concurrence : www.autoritedelaconcurrence.fr

¹⁴⁴ Document spécifique au droit français de l’étude Ashurst, p. 7, note 28 : « *This could be explained by the requirement that an association must be duly authorised and by the fact that these actions are aiming at the protection of consumers interests, whereas competition cases for damages are mainly exercised by competitors* »

¹⁴⁵ Ci-après dénommé « Livre vert ».

¹⁴⁶ Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante – p. 4 – 1.3 Objectifs.

Section 2- Les difficultés tenant à la mise en œuvre de l'action privée en matière de pratiques anticoncurrentielles

Les difficultés relatives à la mise en œuvre de l'action privée sont de deux ordres, il s'agit des difficultés de forme (Paragraphe 1) et des difficultés de fond (Paragraphe 2)

Paragraphe 1- Les difficultés de forme

Il existe à l'heure actuelle très peu de mécanismes effectifs permettant à un consommateur d'obtenir réparation de son préjudice dû à une infraction au droit de la concurrence, et quand bien même il en existe ces mécanismes sont souvent très difficiles à mettre en œuvre par le consommateur. C'est la raison pour laquelle il nous faudra envisager les difficultés de forme liées aux actions individuelles (A), puis celles relatives aux actions collectives (B)

A- Les difficultés de mise en œuvre des actions individuelles

1- Le déséquilibre entre consommateurs et professionnels

L'une des difficultés majeure en matière d'action individuelle est l'« *asymétrie de puissance entre les grands groupes et les consommateurs multiples et isolés qui subissent individuellement des préjudices minimes qui globalement représentent des sommes considérables* »¹⁴⁷ En effet, les « *plaignants individuels, bien souvent, sont mal préparés face à des adversaires habituellement bien organisés et financièrement plus forts* »¹⁴⁸

2- Les difficultés d'accès à la justice¹⁴⁹

En dehors du déséquilibre de puissance précédemment énoncé, cette difficulté peut également être expliquée par la lenteur de la justice, le coût d'une telle action, ou encore par des « *raisons psychologiques* » tenant à la difficulté de savoir à qui s'adresser, la complexité de la procédure, et à l'ésotérisme du langage juridique.

¹⁴⁷ Avis du Conseil de la concurrence du 21 septembre 2006, p. 4 n°15.

¹⁴⁸ Conclusions de l'Avocat général, M. Jacobs, dans l'affaire C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund/République d'Autriche, point 47, disponible sur le site : <http://curia.europa.eu>

¹⁴⁹ J. CALAIS-AULOY & F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Dalloz, 7^{ème} éd. 2006, p. 570., n° 489.

3- Une faible incitation à agir pour des dommages et intérêts restreints

En matière de préjudice lié à une infraction aux règles concurrentielles, les consommateurs lorsqu'ils agissent seuls, n'ont souvent qu'un « *intérêt financier très limité* »¹⁵⁰ à agir. En effet, leur préjudice, souvent de faible ampleur, à échelle individuelle, les empêche, pour des raisons pratiques à agir en justice.

L'ancien président Jacques Chirac, dans son discours de vœux pour l'année 2005, avait d'ailleurs affirmé à ce propos que les consommateurs « *sont démunis parce que, pris séparément, aucun des préjudices dont ils sont victimes n'est suffisamment important pour couvrir les frais d'une action en justice* »¹⁵¹. La mise en place d'actions collectives, permettant aux consommateurs ayant subi un même dommage de se regrouper, serait certainement un moyen de lutter contre la faible incitation à agir individuellement.

Cependant, ces actions collectives, lorsqu'elles existent connaissent souvent, elles aussi, de difficultés de mise en œuvre.

B- Les difficultés de mise en œuvre des actions collectives

Nous envisagerons, dans un premier point les difficultés liées aux actions de groupe au niveau communautaire, puis dans un second point, celles relatives au niveau national.

1- Les difficultés liées aux actions collectives au niveau communautaire

a- La rareté et la diversité des actions collectives au niveau communautaire

Il ressort de l'étude menée par le cabinet Ashurst pour la commission, que des actions collectives existent bien dans les différents États membres, mais qu'elles se limitent souvent à des injonctions, tandis que les actions en dommages et intérêts sont beaucoup plus rares¹⁵². Quand bien même ces actions existent, elles font l'objet d'une grande variété. Cette diversité montre, qu'il existe au niveau communautaire, un manque de clarté évident, qui peut freiner le consommateur

¹⁵⁰ Avis du Conseil de la Concurrence du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles – p. 3 – n°9. – disponible sur le site : www.autoritedelaconcurrence.fr

¹⁵¹ J. Calais-Auloy & F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, p. 652. n° 561.

¹⁵² Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – p.42 « in several Member States, the power of representative organisations, consumer associations and other bodies to bring actions for injunctions is broader than the power of such entities to bring claims for damages ».

dans sa motivation à agir, et notamment le « consommateur transfrontière »¹⁵³ qui ne dispose pas d'action uniforme.

b- L'absence d'actions propres au droit de la concurrence

L'étude constate que différentes sortes d'actions collectives ont déjà été engagées dans les différents États membres, mais souvent dans des domaines autres que le droit de la concurrence. Le droit de la concurrence faisant l'objet de spécificités assez techniques, l'absence d'action propre à celui-ci, engendrant un manque de clarté, peut donc constituer un obstacle à l'aboutissement de telles actions.

2- Les difficultés liées aux actions collectives au niveau national

Au niveau national, il existe plusieurs actions collectives, celles intentées dans l'intérêt collectif des consommateurs et celles mises en œuvre dans l'intérêt individuel de plusieurs consommateurs. Les premières ne permettant pas au consommateur d'obtenir directement réparation du préjudice qu'il a subi, puisqu'elles ne concernent que l'intérêt collectif, nous nous attacherons aux secondes par le biais de l'action en représentation conjointe.

a- Les difficultés de mise en œuvre de l'action en représentation conjointe à une grande échelle.

L'action en représentation conjointe, destinée à « demander réparation de plusieurs préjudices individuels ayant une origine commune, au moyen d'une seule action exercée par une association agréée qui représente les consommateurs lésés »¹⁵⁴, doit remplir certaines conditions pour être recevable. L'association doit être mandatée par au moins deux des consommateurs concernés. Ce mandat doit se faire par écrit et aura pour conséquence que seuls les consommateurs, ayant donné ce mandat à l'association, seront représentés par cette dernière.

L'association qui souhaiterait agir a donc tout intérêt à recueillir le plus de mandats possibles afin de peser plus lourd face au professionnel qu'elle attaque. Pour ce faire, les associations doivent

¹⁵³ ANNE-MARIE DE MATOS, « Le consommateur transfrontière est-il effectivement protégé ? », in « La consommation transfrontière : quelle protection pour le consommateur », Atelier de la concurrence 2002, disponible sur le site internet : www.dgccrf.bercy.gouv.fr, « Il n'existe pas une législation unique de protection du consommateur transfrontière mais bien 15 législations qui cohabitent. Ces législations montrent des différences relativement importantes ce qui va conduire à des disparités également de protection ».

¹⁵⁴ JEAN CALAIS-AULOY & FRANK STEINMETZ – Droit de la consommation – Précis Dalloz – 7^o édition – p. 650 n°560.

donc passer par le biais d'appel public aux victimes, or cet appel ne peut, selon la loi du 18 janvier 1992 qui a instauré cette action, être effectué que par voie de presse écrite et non pas par l'intermédiaire de procédés audiovisuels. En effet, il a été considéré que cela pourrait porter atteinte à l'image de l'entreprise dont la responsabilité n'a pas encore été établie.

Deux obstacles principaux semblent donc se poser quant à la mise en place d'une telle action lors de pratiques anticoncurrentielles. Premièrement, le fait de ne pas pouvoir utiliser la voie audiovisuelle pour recueillir le plus de consommateurs victimes d'un même préjudice peut constituer un frein à une telle action, en effet, certains consommateurs auraient pu participer à une telle action s'ils avaient été mis au courant de l'existence de celle-ci, ce qui aurait conféré une plus grande force à l'action. Deuxièmement, comme le précise les professeurs Calais-Auloy et Steinmetz dans leur ouvrage de droit de la consommation, « *l'obligation faite aux associations d'identifier les consommateurs lésés et de leur demander un mandat préalable rend l'action en représentation conjointe pratiquement inutilisable pour les dommages à grande échelle, touchant un grand nombre de consommateurs* ». ¹⁵⁵ Ce sont les raisons pour lesquelles, ces actions en représentation conjointe appliquées au domaine du droit de la concurrence semblent être limitées.

b- Des projets d'action de groupe inachevés

Les difficultés relatives à l'action en représentation conjointe énoncée précédemment, pourraient être résolues par la mise en place d'actions de groupe inspirées notamment des actions existantes aux Etats-Unis et au Canada permettant à un grand nombre de consommateurs victimes de se regrouper afin de voir leur préjudice indemnisé. La Commission relative à la refonte du droit de la consommation avait présenté un projet en 1990, tout comme un groupe de travail co-présidé par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ainsi que du directeur des affaires civiles et du sceau, qui en 2005, avait présenté un rapport proposant deux variétés d'actions de groupe. Concernant les obstacles à la mise en œuvre de telles actions, il a été relevé que la principale difficulté réside dans l'hostilité des entreprises à un tel mécanisme. ¹⁵⁶

¹⁵⁵ JEAN CALAIS-AULOY & FRANK STEINMETZ – Droit de la consommation – Précis Dalloz – 7^e édition – p. 651 n°561.

¹⁵⁶ JEAN CALAIS-AULOY & FRANK STEINMETZ – Droit de la consommation – Précis Dalloz – 7^e édition – p. 653 n°561.

Paragraphe 2- Les difficultés de fonds

Comme nous l'avons évoqué dans le second titre de la première partie, la réparation d'un préjudice subi par un consommateur dans le cadre d'une pratique anticoncurrentielle est relativement complexe. En effet, la première difficulté de fond rencontrée par le consommateur souhaitant intenté une action en réparation dans le cadre d'une pratique anticoncurrentielle, réside dans la reconnaissance de son préjudice, le dommage subi devant être direct et certain et le lien de causalité entre la faute commise par une ou des entreprises et son préjudice devant être établi.

Cependant, d'autres obstacles de fond à l'application du droit anticoncurrentiel par la sphère privée, ont été détectés par la Commission. Parmi ceux-ci on retrouve notamment : la question de la preuve (A), celle relative à la notion de faute (B), mais encore des interrogations concernant les dommages et intérêts (C).

A- Les difficultés en matière de preuve

1- Charge de la preuve et degré de preuve

Concernant la charge de la preuve, l'article 2 du règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du traité dispose à cet effet que « *dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 101 et 102 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 101, paragraphe 1, ou de l'article 102 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue* ».

Le fait que la charge de la preuve incombe au demandeur, en l'occurrence le consommateur, constitue un obstacle majeur à l'incitation à agir de ce dernier, qui rencontre souvent des difficultés tenant à l'accès aux preuves. .

2- L'accès aux preuves

Un autre obstacle à la mise en œuvre d'action privée dans le domaine du droit de la concurrence relève de l'accès aux preuves. En effet, la commission dans son livre vert dispose que « *les preuves pertinentes sont souvent difficilement accessibles et sont détenues par la partie à*

l'origine du comportement anticoncurrentiel »¹⁵⁷. La preuve de l'infraction à l'origine du dommage étant un élément déterminant pour le résultat de l'action, la difficulté d'accès à ces dernières constitue un obstacle majeur pour le consommateur qui souhaiterait intenter une action contre un professionnel.

3- La valeur probante des décisions des autorités nationales de concurrence

Dans de nombreux États membres les décisions des Autorités nationales de concurrence (ANC) n'ont pas de force contraignante à l'égard des juridictions saisies. L'action privée, qui ne peut se baser sur une décision ayant d'ores et déjà prouvé l'infraction d'une entreprise au droit de la concurrence, devra donc, pour aboutir, reprendre depuis le début tous les éléments permettant d'arriver à une telle conclusion. Cette perte de temps et de moyens semble constituer un frein à la mise en œuvre d'action privée dans le domaine de la concurrence.¹⁵⁸ Cependant, une nuance semble nécessaire. En effet, même si dans la plupart des États membres les décisions des ANC n'ont pas de force contraignante à l'égard des juridictions saisie d'une demande d'indemnisation pour infraction au droit de la concurrence, ces décisions peuvent tout de même être prises en compte comme un élément de preuve¹⁵⁹.

Au niveau national, les décisions de l'Autorité de concurrence ainsi que celles de la Commission européenne ne lient pas les juridictions, cependant, étant donné le niveau d'expertise de l'Autorité en matière de droit de la concurrence et ses larges pouvoirs d'investigation, ces décisions seront souvent retenues comme un moyen facilitant largement la preuve d'une infraction, voir même du lien de causalité entre l'infraction et le dommage subi¹⁶⁰.

Outre les difficultés de preuve lors d'action en réparation d'un dommage lié à des pratiques anticoncurrentielles, il existe d'autres obstacles tels que les questions relatives à la faute.

¹⁵⁷ Livre vert p. 5.

¹⁵⁸ Document de travail du livre vert – p. 15 n°36

¹⁵⁹ Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – p. 69 « All member states at least recognise that statements/décisions by a national competition authority, a national court or an authority from another EU Member State can be submitted as evidence in damages proceedings although most do not consider them as binding».

¹⁶⁰ Document spécifique au droit français de l'étude Ashurst p. 17 – « However, given the Council's level of expertise in competition matters and its wide investigative powers, courts are likely to consider a décision of the Council as critical evidence of the existence of an infringement. The same might possibly be said of décisions from national competition authorities from other EU Member States». – disponible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>

B- La nécessité de l'existence d'une faute

Dans le système français, contrairement aux systèmes développés au sein d'autres états membres, la violation d'une règle de concurrence constitue une faute. Le succès d'une action fondée sur l'article 1382 du code civil, visant à la réparation du préjudice subi par un consommateur du fait de l'infraction au droit de la concurrence par un professionnel, implique donc que soit prouvé : la violation d'une règle antitrust, un dommage, ainsi qu'un lien de causalité.

La faute étant constituée par la violation d'une règle anticoncurrentielle, nul n'est besoin de prouver la négligence du professionnel ou son intention frauduleuse. La simple preuve de l'infraction au droit de la concurrence suffit donc à remplir la condition de faute exprimée à l'article 1382 du code civil. L'obstacle lié à la nécessité d'une double preuve, qui existe dans d'autres États membres, ne semble donc pas s'appliquer au niveau national.

Cependant, même s'il n'a pas à faire la preuve d'une négligence ou d'une intention frauduleuse du professionnel, le consommateur souhaitant obtenir réparation de son préjudice doit tout de même faire état d'une violation des règles en matière de concurrence. Or, cela peut être difficile, en raison des difficultés auxquelles il doit faire face, notamment en ce qui concerne l'accès aux preuves, mais également du fait que les décisions des ANC et de la commission n'aient pas de valeur contraignante à l'égard des juridictions devant lesquelles il porte son action, ce que nous avons évoqués précédemment.

C- Les obstacles relatifs aux dommages et intérêts

Le consommateur qui arriverait à braver tous les obstacles liés à l'introduction d'une action en réparation de son préjudice dû à une infraction au droit de la concurrence, se verrait confronté à une nouvelle difficulté relative aux dommages et intérêts. Or, la question de l'obtention de dommages et intérêts est d'une importance primordiale, puisqu'il s'agit d'un élément décisif dans la motivation du consommateur à agir contre le professionnel à l'origine de son préjudice. Plusieurs points semblent poser problèmes : la question de la base de calcul des dommages et intérêts (1), la diversité des modèles économiques de calcul de ces derniers (2), et enfin, la prise en compte dans ce calcul de divers éléments tels que les intérêts ou les dommages et intérêts punitifs (3).

1- La base de calcul des dommages et intérêts

La question qui se pose ici, est de savoir si, pour définir le montant des dommages et intérêts, il convient de se fonder sur la notion de compensation ou sur celle de récupération d'un gain illicite¹⁶¹. La notion de compensation ou de réparation correspond à l'idée qu'il faut indemniser strictement le préjudice subi par la victime. Il s'agira donc d'une « *allocation en nature ou en numéraire d'un équivalent au préjudice subi* »¹⁶². La notion de récupération du gain illicite, quant à elle, renvoi à l'idée qu'il faut indemniser le préjudice subi par le consommateur en se basant sur le gain illicite réalisé par l'auteur de l'infraction. « *Dans ce cas, la réclamation du requérant ne porte pas sur la perte subjective subie, mais sur le gain illicite que le défendeur a tiré de l'infraction* »¹⁶³.

Cette solution, semble être plus attrayante pour le consommateur étant donné que le gain illicite réalisé par le professionnel contrevenant au droit de la concurrence est souvent plus élevé que le simple préjudice subi par le consommateur. En effet, selon le document de travail de la commission, « *il semble [...] qu'une simple compensation ou récupération de la perte ne suffise pas toujours pour inciter les victimes à porter une affaire antitrust devant les tribunaux* »¹⁶⁴.

En France et dans la grande majorité des états membres, le principe est que les dommages et intérêts sont déterminés sur la base du préjudice subi par la victime et non pas sur celle du gain illicite obtenu par le professionnel du fait de son comportement anticoncurrentiel. Cela constitue donc encore une fois un obstacle à la mise en œuvre d'une action privée. En effet, selon le Professeur Fasquelle « *pour réparer le préjudice, le juge a le choix entre deux attitudes. Soit, il applique de façon très classique le droit de la responsabilité civile. La réparation doit alors correspondre très exactement au préjudice subi. Soit, motivé par la volonté de sanctionner, il tient compte de la gravité de la faute et de l'enrichissement dont a bénéficié l'entreprise auteur de la pratique anticoncurrentielle. L'étude de la jurisprudence laisse clairement apparaître que le juge français a, jusqu'à présent, retenu la première de ces deux solutions. On en veut pour preuve une tendance qui consiste à désigner presque systématiquement un expert avant de fixer très*

¹⁶¹ Livre vert, p. 7, Dommages et intérêts.

¹⁶² Document de travail du livre vert, p. 41 n°114, Notion de compensation ou de réparation.

¹⁶³ Document de travail du livre vert, p. 42 n°115, Notion de compensation ou de réparation.

¹⁶⁴ Document de travail du livre vert, p. 41 n°112

précisément le montant de la réparation »¹⁶⁵.

Une exception à ce principe d'indemnisation stricte du préjudice peut toutefois être citée, il s'agit du cas de l'Allemagne, où l'autorité de concurrence peut ordonner à une entreprise ayant commis une infraction au droit de la concurrence de payer un montant correspondant au gain réalisé du fait de l'infraction, à titre de dommages et intérêts.

2- Un calcul de dommages et intérêts au cas par cas

La détermination des dommages et intérêts étant fait au cas par cas par le juge – « *Il n'existe pas [...] de méthode unique pour évaluer le montant des dommages et intérêts. Chaque expert, chaque juge aura une démarche propre* »¹⁶⁶ –, il semble difficile de se prononcer d'avance sur la réparation à venir. Cette incertitude peut constituer un frein à l'initiative privée en matière antitrust.

Une fois la base et la méthode de calcul déterminées, reste encore à savoir si certains éléments tels que des dommages et intérêts punitifs ou des intérêts doivent y être incorporés, afin de déterminer le montant final de la réparation.

3- L'inexistence de dommages et intérêts punitifs

En dehors de quelques États membres qui admettent des dommages et intérêts punitifs comme Chypre, l'Irlande et le Royaume Uni, le principe est celui de l'inexistence de ces derniers. Les dommages et intérêts punitifs ont un double but : ils sont alloués pour sanctionner le comportement anticoncurrentiel du défendeur, mais également pour le dissuader de le renouveler.

Dans la plupart des États membres ces dommages et intérêts sont considérés comme contraires à la politique publique, ce qui, en matière d'actions privées, peut constituer un obstacle.

En effet, l'octroi de tels dommages et intérêts pourrait inciter les consommateurs à agir, ces derniers pouvant alors espérer une indemnisation plus importante.

Cependant, la position au niveau national semble claire puisque le président du Conseil de la Concurrence lors de son audition par le groupe de travail relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles a affirmé qu'il ne faut pas « *faire de la*

¹⁶⁵ FASQUELLE, Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle, article précité.

¹⁶⁶ VOGEL, BLANCHOT, FASQUELLE, GALLOT : Le juge civil, le juge commercial et le droit de la concurrence, 1999, Atelier de la concurrence, Fasquelle : Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle

réparation du préjudice une sanction en adoptant des dommages à caractère punitif »¹⁶⁷.

Un dernier obstacle aux actions en dommages et intérêts des consommateurs victimes d'infractions au droit de la concurrence peut être souligné, celui relatif au moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts et à la situation de l'acheteur indirect.

D- Le moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts et la situation de l'acheteur indirect.

1- La notion d'acheteur indirect

« *Le moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts concerne le traitement juridique du fait qu'une entreprise qui effectue un achat auprès d'un fournisseur dont le comportement est contraire au droit de la concurrence a la possibilité d'atténuer sa perte économique en répercutant le surcoût subi sur ses propres clients* » : les consommateurs.¹⁶⁸ Toute la difficulté consiste alors pour le consommateur à prouver le préjudice qu'il a subi en faisant remonter cette preuve tout au long de la chaîne de distribution.

2 - La situation de l'acheteur indirect : le consommateur

Le consommateur victime d'une infraction au droit de la concurrence, bien que bénéficiant d'un droit à réparation, peut éprouver des difficultés à prouver le lien de causalité entre son préjudice et la faute commise par une entreprise à l'autre extrémité de la chaîne de distribution.

a- Le droit à réparation

La CJCE dans sa jurisprudence, a plusieurs fois affirmé le droit à réparation du consommateur dans des affaires de concurrence.¹⁶⁹ En effet selon cette dernière, « *tout particulier est en droit de se prévaloir en justice de la violation de l'article 81 (...) du traité* ». Cependant, pour se faire, le consommateur doit faire la preuve de la faute, du dommage, ainsi que du lien de causalité entre ces deux éléments. Or c'est cette dernière preuve qui peut engendrer des difficultés à l'égard du consommateur final.

¹⁶⁷ Avis du Conseil de la Concurrence du 21 septembre 2006, p. 4 n°15.

¹⁶⁸ Livre vert p. 8

¹⁶⁹ Affaire 127/73, BRT/SABAM, Rec. 1974 – Affaire C-282/95P, Guérin Automobiles/Commission, Rec. 1997 – Affaire C-453/99, Courage/Crehan, Arrêt du 20 septembre 2001.

b- Les difficultés de l'acheteur indirect

Selon le document de travail du livre vert de la commission « *le fait de permettre à toutes les parties en aval d'une infraction aux règles de concurrence de demander réparation engendre de nouvelles complexités, des désincitations et des frais plus élevés* »¹⁷⁰ Ces difficultés sont d'ordres différents : elles peuvent émaner du calcul du surcoût répercuté sur le consommateur final, ou encore de la baisse des dommages et intérêts accordés en bout de chaîne, et enfin de frais élevés dû à l'augmentation du nombre d'affaires soumises pour la même infraction.

Toutes ces difficultés et lacunes sont la preuve du « total sous-développement » qui règne en la matière, et de la nécessité de trouver des solutions appropriées afin de permettre aux consommateurs victimes d'infraction au droit de la concurrence, de mettre en pratique leur droit à réparation.

Section 3- Les solutions envisagées pour une meilleure efficacité de l'action privée en matière de pratiques anticoncurrentielles

Les difficultés précédemment énoncées, qu'elles relèvent de la forme des actions, ou de leur mise en œuvre pratique, existent depuis longtemps. Elles ont d'ailleurs fait l'objet de diverses études et projets, notamment au niveau national, depuis le discours de l'ancien Président Jacques Chirac relatif à l'introduction d'actions de groupe visant une meilleure protection des consommateurs.

Au niveau communautaire, la protection des consommateurs a été dès le départ une préoccupation essentielle, cependant l'idée de cette protection en matière antitrust n'est apparue concrètement que depuis 2005 avec la publication du livre vert suivi de son livre blanc relatif aux actions en dommages et intérêts des consommateurs victimes d'infractions au droit communautaire des ententes et des abus de position dominante.

¹⁷⁰ Document de travail du livre vert, p. 59 n°178.

Dans ces différents projets, des propositions concrètes, nationales ou communautaires sont faites afin de faciliter l'action privée. Nous étudierons dans un premier temps les différents projets relatifs aux actions de groupe (Paragraphe 1), avant de voir les propositions formulées par la Commission européenne concernant les difficultés de fond précédemment évoquées (Paragraphe 2).

Paragraphe 1– Les projets d'action de groupe

La protection du consommateur, qu'elle soit générale, ou relative au domaine du droit de la concurrence est une question primordiale, c'est la raison pour laquelle on retrouve à la fois des propositions nationales (A) énoncées à ce sujet, mais également des propositions communautaires (B).

A- Les projets d'action de groupe au niveau national

1- La multiplication des tentatives visant à l'instauration d'une action de groupe

Comme il a déjà été mentionné précédemment, de nombreuses tentatives visant à l'instauration d'une action de groupe calquée sur celles existantes aux Etats-Unis ou au Canada ont eu lieu au niveau national, notamment en réponse à « *l'échec de l'action en représentation* »¹⁷¹. On peut ainsi citer, le travail de la commission pour la refonte du droit de la consommation qui avait présenté un projet en 1990 et celui, plus récent, portée par un groupe de travail co-présidé par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ainsi que du directeur des affaires civiles et du sceau, qui en 2005, avait proposé un rapport proposant deux variétés d'actions de groupe.

Ainsi, en 2005, le gouvernement avait initié des travaux de réflexion sur l'avènement de la « *class action à la française* », avant d'exprimer ses réserves face à diverses propositions de loi. De même, le rapport de la commission ATTALI de janvier 2008 prévoyait en sa proposition n° 191 de mettre en place des actions de groupe. Mais rien de tangible n'a suivi derrière, nonobstant des engagements publics de garde des sceaux ...

Le Conseil de la concurrence, remplacé depuis par l'Autorité de la concurrence, s'était lui aussi prononcé en faveur de l'introduction d'une action de groupe en matière de concurrence dans un avis, en complément de ses propres missions de contrôle et de répression en tant qu'autorité de

¹⁷¹ GUY RAYMOND, Droit de la consommation, Litec, p. 389.

régulation.¹⁷²

2- Le rapport d'information de la Commission des lois au Sénat

Dans la continuité de son rapport d'information sur la responsabilité civile, la commission des lois du Sénat a constitué en son sein, en octobre 2009, un groupe de travail chargé d'étudier l'opportunité et les conditions de l'introduction de l'action de groupe en droit français.

Le 26 mai 2010, dans son rapport, au terme de plusieurs mois de travaux, ponctués par de nombreuses auditions des associations de consommateurs, des représentants des entreprises, des professionnels du droit, magistrats et avocats, des représentants de l'administration et d'universitaires, le groupe de travail estime nécessaire d'instituer une procédure d'action de groupe à la française, protégée des dérives des « class actions » américaines car encadrée par les principes de la procédure civile française et les règles déontologiques de la profession d'avocat.

a- Le principe de l'opt-in ou le régime de l'adhésion volontaire au groupe

Le groupe de travail désigné a souligné dans son rapport la complexité de mise en œuvre de l'action en représentation conjointe du fait de la gestion des mandats. Pour cette raison, le groupe de travail préconise que l'association puisse agir sans mandat. Toutefois, il lui appartiendra de soumettre au juge, au titre de l'action déclaratoire de responsabilité, un nombre limité de cas exemplaires qui définiront, au regard des préjudices qu'ils visent et des faits reprochés, les limites du groupe possible de consommateurs plaignants. Le modèle de l'action déclaratoire de responsabilité prévoit que le jugement sur la responsabilité précède la constitution du groupe. Il sera ensuite demandé au juge de vérifier la constitution de ce groupe sur la base de critères en fonction desquels une personne pourra être rattachée au groupe et des modalités de publicité qui seront utilisées pour informer les consommateurs intéressés. En tout état de cause, le principe devrait être celui de l'opt-in – régime de l'adhésion volontaire au groupe – et non celui de l'opt-out – régime de l'adhésion présumée.

¹⁷² Conseil de la concurrence., avis 21 sept. 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles

b- La protection élargie du consommateur

Le groupe de travail préconise que l'action de groupe recouvre l'ensemble du droit de la consommation, défini de manière large, y compris le droit boursier et financier.

c- Le choix d'un dispositif procédural attractif en termes de coût de financement

Le modèle procédural, envisagé par le groupe de travail, est organisé en deux phases. Dans la première, le juge se prononce sur la recevabilité de l'action et la responsabilité de l'entreprise. Dans la seconde, il statue – si le principe de la responsabilité est retenu et que les voies de recours sont épuisées – sur le montant des dommages et intérêts à verser aux membres du groupe.

Avec un tel dispositif, l'association bénéficiera, selon le groupe de travail, d'une procédure simple et peu coûteuse. En effet, elle ne sera pas confrontée à la gestion d'une masse de dossiers, le groupe de plaignants se constituant à l'issue de la première phase sur la base d'une adhésion volontaire et en fonction des modalités de publicité définies par le juge et dont la charge sera imputée à l'entreprise.

d- Le rejet des dérives de la « class action » américaine

Afin d'éviter toute dérive de cette action, les sénateurs recommandent que l'exercice de l'action de groupe soit réservées aux seules associations de consommateur agréées.

Par ailleurs, en cas de pluralité d'actions de groupe dans une même affaire, le groupe de travail préconise l'imposition aux associations de la désignation d'un « chef de file », notamment pour l'accomplissement des actes de procédures.

Le choix de la procédure reposant sur l'action déclaratoire¹⁷³ a pour but de reporter au plus tard possible la publicité susceptible d'être donnée à cette affaire. Cependant, le choix de cette procédure ne nous paraît pas suffisant à protéger, à lui seule, l'image de l'entreprise, tant il semble difficile d'exclure l'exploitation médiatique d'une telle affaire dès la saisine du juge au titre de l'action déclaratoire de responsabilité.

¹⁷³ Le modèle de l'action déclaratoire de responsabilité prévoit que le jugement sur la responsabilité précède la constitution du groupe

Le groupe de travail, qui estime que la médiation est « *la voie plus rapide et la plus efficace pour apporter au consommateur lésé la réparation qui lui est due* », a souhaité, sans la rendre obligatoire, l'intégrer dans la procédure « *comme une des options ouvertes aux parties* »¹⁷⁴. Ainsi, il est prévu que si la médiation conserve un caractère collectif, les victimes qui le souhaitent pourraient s'exclure de la procédure et engager leur propre action individuelle. Par ailleurs, il appartiendra au juge de s'assurer que les intérêts de l'ensemble du groupe auront été préservés, à défaut de quoi, il pourra refuser l'homologation de l'accord négocié. En tout état de cause, la médiation devrait rester facultative, laissant alors à l'association agréée la possibilité de demander au juge la fixation du montant de l'indemnisation de chacun des membres du groupe.

Le droit de la concurrence étant un droit très spécifique combinant analyse juridique et expertise économique, les rapporteurs ont donc préconisé que le juge civil puisse « *solliciter l'autorité régulatrice afin qu'elle apporte ses lumières sur des faits précis reprochés à une entreprise* »¹⁷⁵ Le juge saisi d'une action de groupe pourrait bénéficier de l'expertise de l'Autorité de la concurrence.

Enfin, les sénateurs recommandent une meilleure articulation entre la décision de l'Autorité de la concurrence et la décision du juge civil. En effet, ils préconisent, dans le cas où le juge serait saisi de manquements également soumis à l'examen de l'Autorité de la concurrence, que la priorité soit donnée à l'autorité régulatrice du fait de sa compétence spéciale : ainsi, le juge civil serait, dans ce cas, obligé de surseoir à statuer, dans l'attente de la décision de l'Autorité.

En revanche, les rapporteurs précisent que la décision rendue par l'autorité régulatrice ne liera pas l'appréciation du juge sur la responsabilité de l'entreprise à l'égard des consommateurs, « *même s'il est peu probable qu'elle s'en écartera en pratique* »¹⁷⁶ ; Cette précision ne nous paraît pas être un gage de sécurité juridique et elle est d'ailleurs contraire aux recommandations développées par la Commission européenne dans le cadre du Livre blanc qui nous allons étudier ultérieurement.

A la suite de ce rapport d'information, une proposition de loi "sur le recours collectif" a été déposée au Sénat le 9 février 2010 par Mme Nicole Bricq, M. Richard Yung et plus de quatre-vingt sénateurs ont rejoint cette proposition sur ce point.

¹⁷⁴ Cf. Rapp. Sénat, p. 79

¹⁷⁵ Cf. Rapp. Sénat, p. 85

¹⁷⁶ Cf. Rapp. Sénat, p. 85

M. Laurent Bêteille a été désigné rapporteur de ce texte le 12 mai 2010 et une discussion en séance publique a eu lieu le 24 juin 2010. Cependant, cette proposition a été rejetée. La commission des lois estime qu'elle permet d'avancer sur la question de la création d'une procédure d'action de groupe tout en soulignant qu'elle n'est pas compatible avec les conclusions du groupe de travail sur l'action de groupe publiées le 26 mai 2010.¹⁷⁷

Ainsi, l'initiative de la Commission des lois au Sénat a établi un rapport pertinent et très abouti, cependant la mise en œuvre des propositions formulées ne semble pas encore à l'ordre du jour. Cette initiative nationale s'inscrivait dans le cadre d'une démarche européenne que nous allons à présent développer.

B-Les projets d'action de groupe au niveau communautaire

Suite aux nombreuses difficultés relatives aux actions individuelles des consommateurs, la Commission estime « *qu'il existe un besoin évident de mécanismes permettant le regroupement des demandes d'indemnisation individuelles de victimes d'infractions aux règles de concurrence* »¹⁷⁸.

Aussi, en mai 2009, la Commission européenne avait avancé un projet de directive imposant l'instauration de l'action de groupe, permettant aux victimes d'une entente ou d'un abus de position dominante dans le marché intérieur d'être indemnisées du préjudice subi par les tribunaux nationaux, à tous les Etats membres.

Elle propose ainsi de combiner deux mécanismes : une « *action représentative* » et une « *action collective assortie d'une option de participation explicite* »¹⁷⁹.

1- La proposition d'action de groupe émanant du Livre blanc de 2008

a- Les conditions tenant à cette action

Selon l'article 4 du projet, les États membres devraient s'assurer que deux personnes ou plus, par exemple les consommateurs ou clients d'une des entreprises condamnées pour entente ou abus de position dominante, pourraient mener ensemble une action de groupe pour les dommages causés

¹⁷⁷ Cf Annexes

¹⁷⁸ Livre blanc, p. 4.

¹⁷⁹ Livre blanc, p. 4 & 5.

à leur encontre. Elle prévoit que les juridictions nationales seraient obligées de traiter cette action comme s'il s'agissait d'une action individuelle.

Toutefois, l'action de groupe ne pourrait être engagée qu'après une condamnation pour entente ou abus de position dominante d'une ou plusieurs entreprises. Cette condamnation devrait provenir de la décision d'une autorité compétente, par exemple en France l'Autorité de la concurrence ou d'un jugement d'une juridiction nationale. Par conséquent, le tribunal saisi d'une action de groupe n'aurait pas le droit de remettre en cause la condamnation pour entente ou abus de position dominante.

b- Les mécanismes des actions envisagées

α- Les actions représentatives

L'action représentative devrait donc être intentée par des « entités qualifiées » – associations de consommateurs, organismes publics, organisations professionnelles – qui agiraient au nom de victimes identifiées, dans la plupart des cas, ou identifiables¹⁸⁰.

β- Les actions collectives assorties d'une option de participation explicite

Les actions collectives assorties d'une option de participation explicite, comme leur nom l'indique, permettraient à plusieurs victimes d'un même préjudice de mettre en commun leurs demandes d'indemnisation individuelles, au sein d'une seule et même action, à condition qu'elles l'aient expressément décidé.

Cette solution dispose de nombreux avantages, en effet, elle permettrait de rendre le bilan coût/avantages d'une telle action beaucoup plus rentable, mais également de lui conférer un poids plus important permettant ainsi de rééquilibrer l'« asymétrie on the side of the plus faible »¹⁸¹. Ce projet de la Commission européenne avait ravivé le débat en France.

2- La mise à l'écart du projet à ce jour

Ce projet qui occupait depuis plusieurs années deux groupes de travail au sein de la

¹⁸⁰ Commission staff working paper accompanying the white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, [COM(2008)165 final], p. 18 n° 49.

¹⁸¹ NELLY KROES, Discours du 17 octobre 2005 à la cour de cassation, [SPEECH/05/613], disponible sur le site internet : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

Commission (un groupe concurrence et un groupe consommation), a été, d'après les déclarations de Viviane Reding, Commissaire à la Justice, temporairement mis à l'écart. L'argument essentiel mis en avant par Bruxelles réside dans les coûts importants que ce genre de recours collectifs représente pour les entreprises.

La mise à l'écart d'une telle initiative a beaucoup surpris, de nombreux pays européens ayant déjà entrepris d'intégrer dans leurs législations nationales le système des actions de groupe.

Cependant cette mise à l'écart ne serait que "temporaire" et une décision définitive ne sera prise qu'après examen des législations nationales des États membres et suite à une décision collégiale de la Commission.

Un an après, en novembre 2010, la Commission européenne a donc décidé de relancer une consultation publique sur les actions de groupe, dans la perspective d'une proposition législative en 2011. Nous en sommes à ce jour, à ce stade de consultation.

Paragraphe 2 – Les propositions de fond de la Commission européenne

Les propositions de fond énoncées ci-après suivent le plan précédemment développé relatif aux obstacles et difficultés de fond constituant un frein à la mise en œuvre d'actions privées dans le domaine de la concurrence. Il s'agira donc d'étudier les solutions proposées par la commission relatives aux preuves (A), aux dommages (B), à l'indemnisation (C), à la situation de l'acheteur indirect (D), et enfin, au coût des actions (E).

A- La facilitation de l'accès aux preuves

L'un des obstacles majeur lors d'actions privées dans le domaine du droit de la concurrence relève de l'accès aux preuves. Plusieurs solutions ont été avancées par la Commission à cet égard. La principale réside en la reconnaissance l'effet contraignant des décisions des ANC.

Afin de faciliter la preuve de manière générale et notamment celle de la faute, autrement dit de l'infraction, la commission propose que les décisions des ANC disposent d'un caractère contraignant à l'égard des juridictions nationales. Ce système existe déjà pour les décisions de la commission, puisque en vertu de l'article 16 §1 du règlement CE 1/2003, elles constituent une preuve irréfutable lors d'une action privée en dommages et intérêts. Il faut cependant préciser que le caractère contraignant accordé aux décisions des différentes ANC du REC, ne pourra être effectif,

qu'à condition que cette décision soit définitive¹⁸².

B- Les propositions concernant le dommage du consommateur

La quantification du dommage étant une condition préalable essentielle à l'octroi de dommages et intérêts, la commission a proposé différentes solutions visant à clarifier cette difficulté. Dans son livre vert, elle avait émise plusieurs possibilités visant à définir le dommage subi, la question étant principalement de savoir s'il fallait se baser sur le préjudice subi par le consommateur ou sur le gain illicite fait par le défendeur.

1- La quantification du dommage

Il semble que la solution retenue par la commission soit celle du préjudice subi par le consommateur. Une précision semble cependant, nécessaire en la matière. La commission est venue rappeler le principe posé par la Cour de justice dans l'affaire « *Manfredi* » selon lequel le droit à réparation englobe l'indemnisation du dommage réel, mais également le manque à gagner.

2- Projet de codification des types de dommages subis par les victimes d'infractions au droit de la concurrence

Une fois la notion de dommage, à prendre en compte dans les affaires antitrust, défini, une amélioration supplémentaire peut être faite. La commission propose, en effet, une sorte de codification des différents types de dommages pouvant être subis dans de telles affaires, puisqu'elle affirme que « *pour des raisons de sécurité juridique, et afin de sensibiliser les auteurs et victimes potentiels d'infractions, la Commission propose de codifier dans un instrument législatif communautaire actuel relatif aux types de dommages que les victimes d'infractions aux règles de concurrence peuvent se voir indemniser* »¹⁸³. En effet, une fois les dommages bien identifiés, il semble plus simple de calculer le quantum des dommages et intérêts correspondant.

¹⁸² Livre blanc, p. 7, « *Les juridictions nationales devant statuer sur des actions en dommages et intérêts concernant une pratique visée à l'article 81 ou 82 sur laquelle une ANC du REC a déjà rendu une décision définitive concluant à l'existence d'une infraction à ces articles, ou sur laquelle une instance en recours a rendu un jugement définitif confirmant la décision de l'ANC ou constatant elle-même une infraction, ne peuvent prendre des décisions qui iraient à l'encontre de cette décision ou de ce jugement* ».

¹⁸³ Livre blanc, p. 8.

C- Les propositions concernant les dommages et intérêts

La question des dommages et intérêts étant d'une importance cruciale dans les actions privées, puisqu'elle constitue un élément majeur dans l'incitation du consommateur à agir en justice, la Commission a étendu ses propositions sur plusieurs points : sur le principe de la réparation intégrale du préjudice subi (1), sur les méthodes visant à faciliter le calcul des dommages et intérêts (2), et sur la question des dommages et intérêts punitifs (3).

1- La réparation intégrale du dommage subi à sa valeur réelle¹⁸⁴

Comme il a déjà été mentionné précédemment, le dommage correspond à la fois au préjudice réel, mais également à la perte de chance, au manque à gagner. Les dommages et intérêts devront donc prendre en compte ces deux éléments.

2- Faciliter le calcul du *quantum* des dommages et intérêts

Afin de faciliter le calcul du montant des dommages et intérêts à allouer dans des affaires relatives au droit de la concurrence, la commission avait, déjà dans son document de travail relatif au livre vert, énoncé plusieurs méthodes pouvant servir de base de calcul ¹⁸⁵, certaines se fondant sur des modèles économiques complexes tandis que d'autres faisaient appel à des méthodes plus simples. La Commission s'était alors posée la question de savoir s'il ne valait pas mieux privilégier une méthode de calcul simple, moins longue et moins coûteuse, et permettre, parallèlement, aux juridictions nationales d'obtenir des conseils de la part de la commission par le biais de « *lignes directrices sur la détermination du montant des dommages et intérêts* »¹⁸⁶. La Commission dans son livre blanc reste favorable à cette position¹⁸⁷.

3- Les dommages et intérêts punitifs

Selon la Commission, le fait qu'il n'existe pas au niveau communautaire de réglementation précise quand à l'attribution de dommages et intérêts punitifs, implique que cette question doit être laissée à la discrétion des États membres, à la seule condition que l'octroi de tels dommages et

¹⁸⁴ Commission staff working paper accompanying the white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, [COM(2008)165 final], p. 59 n° 196, « *The principle of full compensation implies that Member States may not a priori fix any form of upper limit on the amount of compensation that the victim of a competition law infringement could effectly recover* ».

¹⁸⁵ Document de travail du livre vert, pp. 46/50.

¹⁸⁶ Livre vert, p. 8.

¹⁸⁷ Commission staff working paper accompanying the white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, [COM(2008)165 final], p. 61 n° 200.

intérêts ne soit pas constitutif d'un enrichissement sans cause.¹⁸⁸

D- La situation de l'acheteur indirect¹⁸⁹

Pour le consommateur, une des difficultés principales dans le cadre de l'action privée est de prouver un lien de causalité entre le dommage subi et la pratique anticoncurrentielle, d'autant plus, que dans la majorité des cas, il se situe à « *l'extrémité de la chaîne de distribution* » ce qui l'éloigne de l'infraction. Pour surmonter cet obstacle, la Commission propose un allègement de la charge de la preuve qui lui incombe et propose que « *les acheteurs indirects puissent se fonder sur la présomption réfragable que le surcoût illégal a été répercuté sur eux dans sa totalité* ».

E- Les propositions concernant le coût des actions privées

Le coût des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence constitue l'une des difficultés principales que subissent les consommateurs, et peut constituer un frein à l'introduction d'une telle demande, « *surtout lorsque leur assise financière est sensiblement moins solide que celle du défendeur* »¹⁹⁰. La Commission propose dès lors diverses solutions afin d'y remédier, notamment le fait de favoriser les accords transactionnels, mais également de plafonner les frais de procédure en matière d'actions en réparation pour infractions au droit de la concurrence (1), ou encore diverses solutions relatives aux règles procédurales des dépens (2).

1- Le développement des accords transactionnels et le plafonnement des frais de procédure en matière d'action en réparation pour infraction au droit de la concurrence

La solution relative aux accords transactionnels aurait pour avantage non seulement de réduire les frais afférant à une telle action, et ceux supportés par le système judiciaire, mais également de rendre une décision plus rapidement. La Commission estime qu'une autre solution permettant de réduire les frais, serait de laisser aux États membres la possibilité de plafonner ceux-ci dans les actions en réparation d'un préjudice dû à des pratiques anticoncurrentielles.

¹⁸⁸ Commission staff working paper accompanying the white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, [COM(2008)165 final], p. 68 n° 192.

¹⁸⁹ Livre blanc, p. 9

¹⁹⁰ Livre blanc, p. 10.

2- Les dépens

La règle selon laquelle, la partie qui succombe est condamnée aux dépens, qui existe dans la grande majorité des États membres, trouve son fondement dans la volonté d'éviter des demandes injustifiées. Elle peut néanmoins engendrer des difficultés pour le consommateur qui sera souvent découragé, alors même que son action est justifiée. Il convient donc de trouver un équilibre entre ces deux explications, afin d'éviter qu'un consommateur qui se verrait débouté de son action soit obligé de payer des frais « *jugés frustratoires, vexatoires ou autrement excessifs* »¹⁹¹. La Commission propose donc que les juridictions nationales puissent, dans certains cas justifiés et à un stade initial de la procédure, statuer sur les dépens afin de permettre au requérant même débouté de ne pas avoir à payer tous les frais de l'action.

L'ensemble des difficultés énoncées par la commission relatives à la mise en œuvre d'actions permettant à des consommateurs victimes d'infractions au droit de la concurrence d'obtenir réparation, ainsi que les solutions formulées à leur égard, mais également les nombreuses réactions qu'elles ont provoqué, prouvent le vif intérêt que suscitent ces questions, et le besoin toujours croissant de mettre en place des mesures adaptées permettant à l'ensemble des consommateurs de faire valoir leurs droits. Pour ce faire, la Commission semble vouloir aller plus loin qu'une simple possibilité laissée aux États membres de mettre en place de telles actions, ou même d'émettre de simples recommandations ou n'ayant qu'une valeur de « *soft law* ». Elle entend en effet, mettre en place une réelle législation communautaire, qui permettrait selon elle une application uniforme d'un cadre de protection minimale des consommateurs victimes, application qui serait alors en adéquation avec l'objectif d'un marché unique européen. Il semble que le processus soit en marche.

¹⁹¹ Livre blanc, P. 11.

Chapitre 2- L'impossibilité d'action du consommateur en matière de concurrence déloyale

Si le consommateur connaît de nombreuses difficultés à se voir indemnisé du préjudice subi dans le cadre d'une pratique anticoncurrentielle, sa situation en matière de concurrence déloyale est d'autant plus critique. En effet comme nous allons le voir dans le développement de ce chapitre, le consommateur ne peut agir en concurrence déloyale, et ne pourra agir que sur le fondement de la responsabilité contractuelle du professionnel afin de se voir indemnisé (Section 1). De nombreux auteurs, à l'instar du Professeur Jean Calais-Auloy jugent cette mise à l'écart du consommateur dépassé et se sont positionnés en faveur de l'ouverture de cette action aux consommateurs et pour la mise en place d'une véritable action de groupe par le biais de laquelle les associations agréées de consommateurs seraient habilitées à agir en concurrence déloyale (Section 2)

Section 1- L'action en concurrence déloyale, une action inutilisable par le consommateur

Le droit de la concurrence français fait figure d'exception vis à vis des autres droits européens, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, aucun texte spécifique ne régit la concurrence déloyale. Trouvent alors à s'appliquer les articles 1382 et 1383 du Code civil (Paragraphe 1). La seconde particularité du droit français reste que l'action en concurrence déloyale est dans notre conception, une action réservée, non utilisable par le consommateur (Paragraphe 2)

Paragraphe 1- Le mécanisme de l'action en concurrence déloyale

Nous reviendrons sur la notion d'action en concurrence déloyale (A), avant d'appréhender son mécanisme (B)

A- La notion d'action en concurrence déloyale

Notre système juridique est fondé sur la liberté du commerce et de l'industrie, et suppose donc la liberté de la concurrence. Cependant cette libre compétition comporte en elle-même ses propres limites. En effet, notre système est fondé sur le jeu de l'offre et de la demande, et lorsque

celle-ci se stabilise, les agents économiques mettent en œuvre tout effort pour conquérir et conserver la clientèle de l'autre.

Dès lors, si la liberté de la concurrence est totale, elle est susceptible d'engendrer la création de monopoles, d'ententes, ce qui aboutit à des situations dans lesquelles toute concurrence a disparu. Par ailleurs, en l'absence de tout contrôle, apparaissent et se développent des pratiques contraires aux « *loyaux usages du commerce* »¹⁹², si bien que le gagnant de la compétition qu'est la concurrence ne sera pas forcément le « meilleur », mais le moins scrupuleux.

Il est donc apparu nécessaire de protéger la concurrence elle-même, ainsi que les concurrents des pratiques déloyales des autres agents économiques. Si certaines de ces pratiques telles que les ententes, les abus de position dominante ou encore les concentrations, ont fait l'objet d'une intervention du législateur qui les a alors règlementé, ce que nous avons vu précédemment, d'autres n'ont fait l'objet d'aucune disposition particulière : c'est le cas de la concurrence déloyale.

D'ailleurs, le droit de la concurrence déloyale français se singularise par rapport à celui de nos pays voisins qui ont pour la plupart adopté, au cours de ces dernières années une législation spécifique en la matière. A ce titre, au moment où les instances européennes viennent de nous inviter à légiférer en matière de pratiques déloyales à l'égard de consommateurs (la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs a finalement transposé cette directive), on peut se demander s'il ne serait pas judicieux d'entreprendre une législation des dispositions concernant la concurrence déloyale.

C'est d'ailleurs sur ce sujet que s'était penché la Commission Canivet, proposant de « *mettre en perspective tout le droit des pratiques restrictives de concurrence et d'inscrire en exergue du Titre IV du Livre IV du Code de commerce les dispositions qui manquent à son rayonnement.* »¹⁹³

Cette proposition visant une fusion au sein d'un même titre entre le droit prétorien de la concurrence déloyale et le droit codifié des pratiques restrictives de concurrence n'a cependant pas été retenue.

¹⁹² M-L IZORCHE, Droit du marché et droit commun des obligations, RDTCo.1998, p.17

¹⁹³ Y.PICOD, Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Dalloz, 2006, p.359.

B- Une action fondée sur l'article 1382 du Code civil

L'action en concurrence déloyale est l'action en justice dont le but est de faire cesser et/ou d'obtenir la réparation d'un comportement constitutif d'une concurrence déloyale. Comme nous venons de le souligner, cette action n'est pas réglementée par la loi, il s'agit d'une création jurisprudentielle.

Aussi, pour assurer la loyauté de la concurrence et en l'absence de dispositions légales spécifiques, les tribunaux ont eu recours à la responsabilité délictuelle de droit commun, fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Il a toujours été reconnu par la jurisprudence que le dommage concurrentiel est licite. Ainsi, un agent économique ne saurait se plaindre du fait qu'un concurrent cherche à capter sa clientèle, puisqu'il n'a aucun droit privatif sur celle-ci¹⁹⁴. C'est donc seulement la faute, génératrice d'un préjudice, qui justifie l'intervention de la règle de droit, c'est-à-dire des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Paragraphe 2- L'action en concurrence déloyale, une action réservée

Si la possibilité d'action en concurrence déloyale est fermée aux consommateurs (A), c'est principalement en raison de l'absence d'une situation concurrentielle entre les consommateurs et l'entreprise fautive (B).

A- Une action fermée aux consommateurs et aux associations chargées de les représenter

L'action en concurrence déloyale est une action en responsabilité civile, visant à la cessation d'un trouble concurrentiel et à la réparation du dommage en résultant.

Ainsi, le principe paraît simple : l'action en concurrence peut être engagée par toute victime d'un préjudice concurrentiel. Le professionnel contre lequel sont dirigés les agissements déloyaux peut donc réclamer en justice la réparation du préjudice subit.

Le problème le plus fréquemment posé aux tribunaux consiste à déterminer si l'acte de concurrence déloyale cause un préjudice collectif et ainsi si certains groupements de défense peuvent être admis à agir. De ce point de vue le droit français distingue la situation des syndicats et organismes professionnels et celle des associations de consommateurs.

¹⁹⁴ Cour d'appel d'Amiens, 7 mai 1974, D.1975. 264, note J.C Fourgoux

En effet, il est admis depuis un certain temps que lorsque l'acte de concurrence déloyale cause un préjudice à une collectivité professionnelle - soit une branche professionnelle, soit encore un ensemble de professionnels recourant à un même procédé de distribution- les syndicats professionnels sont recevables à agir pour obtenir réparation du préjudice matériel ou moral que leurs adhérents ont subi collectivement.¹⁹⁵ Cette solution, qui n'est plus aujourd'hui sujette à débat, trouve son fondement dans l'article L.411-2 du Code du travail, aux termes duquel, les syndicats peuvent devant toute juridiction exercer tous droits réservés à la partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

Ainsi, il ressort de ces jurisprudences, que les concurrents ne sont pas les seuls à pouvoir intenter une action en concurrence déloyale.

C'est donc posé la question de savoir si les consommateurs, et tout particulièrement les associations de consommateurs, pouvaient eux aussi intenter une telle action contre une entreprise.

Actuellement, la conception française demeure que l'action en concurrence déloyale n'est ouverte qu'aux professionnels victimes d'agissements litigieux. Ainsi, les consommateurs, y compris leurs associations agréées, bien qu'ils puissent être victime des agissements déloyaux entre commerçants, ne sont pas fondés à exercer une action en concurrence déloyale.

Comme nous l'avons évoqué précédemment, la concurrence déloyale n'est pas régie par des textes spéciaux et les textes de droit civil trouvent à s'appliquer en la matière, notamment les textes de procédure civile. D'après l'article 31 du code de procédure civile, l'intérêt et la qualité pour agir sont deux conditions à l'action. Il est des situations dans lesquelles il ne suffit pas d'avoir un intérêt au succès ou au rejet d'une prétention pour se voir reconnaître le droit d'agir en justice.

Parmi les personnes pouvant se justifier d'un intérêt à agir, l'action ne va être ouverte qu'à certaines d'entre elles spécialement habilitées à cet effet.

Ce sont les cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention. L'action est ici « attitrée ». C'est dans cette hypothèse que la qualité pour agir apparaît comme une condition distincte de l'intérêt à agir.

Dans le cas présent, bien que l'intérêt à agir du consommateur en cas de concurrence déloyal soit évident et reconnu, la qualité à agir du consommateur est exclue.

¹⁹⁵ Cour d'appel Versailles, 17 mai 1994, jurisdata n°1994-042329 ; Cour d'appel Versailles, 10 mai 1995 ; Cour d'appel de Riom, 16 mars 2005, jurisdata n°2005-275111 ; Cour d'appel Paris, 5^{ème} ch., 20 avril 2005, jurisdata n°2005-272426

B- Les raisons de l'impossibilité d'action du consommateur en matière de concurrence déloyale

1- L'intérêt à agir, une condition satisfaite

Comme nous l'avons évoqué en première partie, la concurrence déloyale, en sus de causer un préjudice direct au(x) concurrent(s) de l'auteur de la pratique, porte également atteinte aux intérêts du consommateur.

Ce dommage causé au consommateur consiste le plus souvent en l'éviction d'un concurrent par la société se rendant coupable de concurrence déloyale ce qui se traduit pour le consommateur par la réduction du choix, la hausse probable des prix, et le recul de l'innovation.

Plus précisément, on peut en effet prétendre que certains actes de concurrence déloyale, en particulier ceux qui reposent soit sur une confusion de produits, soit sur un comportement parasitaire ou sur une désorganisation générale du marché, portent atteinte aux intérêts des consommateurs que leurs organisations sont chargées de défendre.

A titre d'exemple, il a d'ailleurs été reconnu qu'en ayant recours à des pratiques de publicité trompeuse, une entreprise a agi contre l'intérêt collectif des consommateurs, de sorte la Cour d'appel de Reims a reconnu que l'Union départementale des consommateurs était fondée à réclamer réparation du préjudice constitué par le sentiment qu'avoir été dupés :

« En ayant eu recours à des pratiques de publicité trompeuse pour faire naître l'illusion de la bonne affaire dans l'esprit des consommateurs, la société poursuivie a agi contre leurs intérêts collectifs et c'est dès lors à juste titre que l'union départementale des consommateurs a pu réclamer en leur nom, réparation du préjudice constitué par le sentiment qu'ils ont pu légitimement ressentir d'avoir été dupé, préjudice qu'il y a lieu de fixer à 10000 euros en l'espèce. »¹⁹⁶

Ainsi, le préjudice subit par le consommateur, connu et même reconnu par le juge. Par conséquent, l'intérêt du consommateur ou d'une association de consommateur ne fait plus de doute. Cependant, il en est autrement en ce qui concerne leur qualité à agir.

¹⁹⁶ Cour d'appel Reims, ch.civ., 6 septembre 2004; jurisdata n°2004-262559

2- Une absence de qualité à agir en raison d'une absence de situation concurrentielle

Comme nous l'avons évoqué, l'intérêt à agir ne suffit pas toujours pour intenter une action, et dans le cas présent, c'est la qualité à agir qui semble faire défaut au consommateur pour agir en concurrence déloyale.

L'entité qui agit en concurrence déloyale doit avoir la qualité pour agir. Cette qualité appartient à celui qui se prétend personnellement titulaire du droit allégué. L'entreprise victime de concurrence déloyale dispose donc, en toute logique, de cette qualité.

Mais il en est autrement pour le consommateur qui est une victime indirecte de l'acte de concurrence déloyale. La possibilité d'action du consommateur en concurrence déloyale est écartée en raison de son absence de qualité à agir.

Une certaine partie de la doctrine, à l'image Michel Pedamon, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas et la jurisprudence s'accordent pour affirmer que les consommateurs ne disposent pas de cette qualité.

Cette solution rigoureuse est justifiée par l'absence de situation concurrentielle entre le consommateur et la société qui a commis l'acte de concurrence déloyale. Seule la victime d'un préjudice concurrentiel est habilitée à agir en justice, et le consommateur ne subit pas un préjudice de cet ordre.

Cela s'applique également aux associations de consommateurs. En effet, ces dernières ne peuvent pas intenter de leurs propres chefs des actions en concurrence déloyale en prétendant défendre l'intérêt des consommateurs en raison du manque de concurrence entre elles et l'entreprise auteur de l'infraction.

Cette solution, pourtant bien qu'assise juridiquement est très critiquable.

Section 2- Une mise à l'écart du consommateur incohérente et vouée à évoluer

De nombreux auteurs regrettent le fait que les associations de consommateurs soient exclues du champ d'application des actions en concurrence déloyale. Mais au delà de critiquer cette absence de possibilité, ces mêmes auteurs soulignent également l'incohérence des motifs développés par la jurisprudence pour modifier cette mise à l'écart (Paragraphe 1)

Ainsi, des voix se sont élevées en faveur de l'édification d'une véritable législation en matière de concurrence déloyale; législation qui intégrerait, entre autre, la possibilité pour les associations de consommateurs d'agir sur le fondement de la concurrence déloyale (Paragraphe 2)

Paragraphe 1- Les incohérences tenant à l'impossibilité d'action des consommateurs en concurrence déloyale

L'impossibilité d'action du consommateur en concurrence déloyale est à ce jour vivement critiquée et ce pour trois raisons majeures. La première consiste en la disparition du critère de « situation concurrentielle » qui est pourtant opposée au consommateur comme un élément indispensable (A). La seconde incohérence réside dans le fait que l'action en concurrence déloyale tend de plus en plus vers la protection du consommateur (B). Enfin, il est fort aisé de constater que les actions dont dispose le consommateur à ce jour pour obtenir réparation d'un préjudice subit du fait d'un acte de concurrence déloyale, sont insuffisantes (C).

A- La situation concurrentielle, une condition remise en question

Alors que la situation de non concurrence entre l'entité coupable des pratiques et les associations de consommateurs semble justifier l'impossibilité d'action en concurrence déloyale de ces associations, on peut observer que cette situation de concurrence entre les parties n'est pas toujours exigée. Il y a donc une contradiction certaine au sein de la jurisprudence en matière de concurrence déloyale. Une contradiction, presque une injustice, qui joue donc en défaveur du consommateur.

En effet, notre jurisprudence, traditionnellement attachée à l'existence d'une clientèle commune, a assoupli sa position. Ainsi, la concurrence déloyale a été retenue à l'égard d'agents

économiques n'ayant pas de clientèle commune¹⁹⁷, ne serait-ce parce qu'ils se trouvaient à des niveaux différents dans la chaîne distribution¹⁹⁸.

Dans le même sens, la concurrence déloyale a été retenue à l'égard d'opérateurs n'ayant pas de clientèle du tout¹⁹⁹, tels que des associations, voire des organismes professionnels, lesquels ont vocations à saisir l'Autorité de la concurrence. Un arrêt de la chambre commerciale du 30 mai 2000 affirme même, de manière très explicite, que l'action en concurrence déloyale peut être mise en œuvre « *quel que soit le statut juridique de l'auteur de la faute alléguée* » et que la circonstance que la clientèle disputée par les opérateurs « *soit réputée celle d'un tiers au litige est indifférente pour accueillir une action en concurrence déloyale* »²⁰⁰

Un autre arrêt affirme d'ailleurs sans détour que la situation de concurrence entre les parties n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale.²⁰¹

Ainsi, il ressort de l'ensemble de la jurisprudence évoquée que la condition d'entité concurrente afin de pouvoir intenter une action en concurrence déloyale, n'est pas toujours respectée, et ce, visiblement fréquemment.

Ainsi, il apparaît désormais pour le moins critiquable de refuser l'accès ce type d'action aux associations de consommateurs. On est en effet en droit, à la lecture de ces arrêts, de se demander si l'argument principal avancé par la jurisprudence pour priver les associations de cette action est toujours valable.

A ce titre, il convient de rappeler que les législations de la plupart des pays européens refusent de subordonner l'application de l'action en concurrence déloyale à l'existence d'une situation de concurrence. C'est par exemple le cas de la loi suisse et de la loi espagnole²⁰² qui prévoit que « *l'application de la loi ne peut être soumise à l'existence d'un rapport de concurrence*

¹⁹⁷ Cour d'appel de Paris, 24 septembre 1996, D.1997, p.234, note Y.Serra

¹⁹⁸ Cour d'appel de Paris, 20 février 1992, D.1993, somm., p.155, obs.Izorche M,L ; Cour d'appel de Versailles, 12 février 1990, D,1990, p.264, note Y.Serra

¹⁹⁹ Cour de cassation, ch.comm., 8 novembre 1994, n°92-17,994, obs. Y.Serra

²⁰⁰ Cour de cassation, ch.com., 30 mai 2000, n°98-15.549,D.2001, p.2587, note Y.Serra, Contrat concurrence consommation.2000, comm.161

²⁰¹ Cour de cassation, ch.com., 21 novembre 2000, n°98-17.478, RJDA 2001, n°248; Cour de cassation, ch.com., 21 octobre 1997, n°95-20.233, RJDA 1998, n°237

²⁰² Y.PICOD, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, précité, p.367

*entre le sujet actif et le sujet passif de l'acte de concurrence déloyale. »*²⁰³

La plupart des pays de l'est ont d'ailleurs adopté cette position en abandonnant l'exigence d'un rapport de concurrence.

De plus, d'autres arguments semblent étayer la thèse selon laquelle est obsolète la jurisprudence refusant la possibilité d'intenter une action en concurrence déloyale à une association de consommateurs.

B- La prise en compte grandissante du consommateur en matière de concurrence déloyale

1- Action en concurrence déloyale et protection du consommateur

Le second argument tient au fait que bien souvent, l'action en concurrence déloyale contribue à « *protéger, au delà de l'intérêt des parties, le consommateur contre des comportements délictuels de marché* »²⁰⁴ Nous avons déjà évoqué l'exemple de la tromperie qui concerne aussi bien un concurrent que le consommateur trompé et le fait que la chambre commerciale de la Cour de Cassation a reconnu dans un arrêt en date du 8 novembre 1994²⁰⁵ qu'est déloyal l'acte qui trompe le consommateur.

Yves Picod, Professeur et Doyen de la Faculté de droit de Perpignan explique, lors de son intervention au cycle de conférences de la Cour de cassation sur la concurrence déloyale et les pratiques anticoncurrentielles, que la jurisprudence évoquée ci-dessus a été confirmée et cite un arrêt de la chambre criminelle du 9 mai 2007²⁰⁶ relatif aux paniers comparatifs. Dans les faits, un centre Leclerc exposait dans son magasin un caddy rempli de produits de consommation courante de son enseigne et un second rempli de produits de son concurrent. Une annonce indiquait que les prix des produits sous l'enseigne Leclerc étaient inférieurs aux autres. Les juges du fond n'avaient pas retenu l'action en concurrence déloyale du concurrent. La Cour de Cassation va alors censurer cette décision au motif que la publicité comparative ne pouvait être objective. Yves Picod cite

²⁰³ Cf article 3 LCD

²⁰⁴ Y.PICOD, Affinités ou divergences? L'approche juridique; Cycle de conférence déloyale de la Cour de Cassation - Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles- Revue Lamy de la concurrence; avril/juin 2008; n° 15; p.174

²⁰⁵ Cour de cassation, ch.comm., 8 novembre 1994, n°92-17,994, obs. Y.SERRA

²⁰⁶ Cour de cassation, ch.crim, 9 mai 2007, n°06.86-373

également un jugement du Tribunal de commerce de Paris du 16 mars 2007²⁰⁷ dans lequel les juges ont considéré que l'offre Triple play de France Telecom en contrepartie d'un forfait mensuel de 29 euros, sans précision de l'abonnement téléphonique de 15 euros par mois en complément, constituait un acte de concurrence déloyale. Yves Picod souligne alors que, dans les deux cas, l'action du concurrent protège le consommateur.

2- Action en concurrence déloyale et protection de l'intérêt général

Outre le fait de protéger le consommateur, il semblerait également que l'action en concurrence déloyale mise en œuvre par un concurrent protège l'intérêt général. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 mai 2007 a condamné, à l'initiative du syndicat de la librairie française, l'éditeur d'un site internet qui offrait un bon d'achat de 15 euros pour tout achat supérieur ou égal à ce bon.²⁰⁸ Les juges ont considéré dans cette affaire que l'offre était contraire à la réglementation relative aux prix des livres. « *L'action en concurrence déloyale vient ici en renfort de l'intérêt général puisque c'est de la défense d'un produit culturel qu'il s'agit.* »²⁰⁹

De même l'intérêt général est défendu lorsque les syndicats professionnels font condamner pour concurrence déloyale une société qui emploie irrégulièrement des salariés le dimanche²¹⁰. Même si l'on agit par le biais de la concurrence déloyale, ce n'est pas le seul intérêt des concurrents qui est protégé, mais également l'intérêt général.

Malgré la défense des divers intérêts que nous venons d'évoquer – l'intérêt des concurrents, des consommateurs et même l'intérêt général- l'action en concurrence déloyale n'est ouverte qu'aux seuls professionnels et aux syndicats professionnels. Pourtant l'ouverture de l'action déloyale aux associations de consommateurs, voire à certains organismes susceptibles d'incarner la défense de l'intérêt général, ramènerait un peu de cohérence dans le droit de la concurrence déloyale en permettant de « *mettre en harmonie le droit processuel avec les droits substantiels réellement*

²⁰⁷ Cour d'appel Paris, 16 mars 2007, n°RG 2007004540

²⁰⁸ Cour d'appel Paris, 23 mai 2007, n°RG 05/07433

²⁰⁹ Y.PICOD, Affinités ou divergences? L'approche juridique; Cycle de conférence déloyale de la Cour de Cassation - Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles- Revue Lamy de la concurrence; avril/juin 2008; n°15; p.174

²¹⁰ Cour de cassation, ch. Soc., 25 octobre 1994, n° 90-12.753, Bull. Civ. V, n°291

défendus »²¹¹ et rapprocherait le droit de la concurrence déloyale du droit des pratiques anticoncurrentielles que les organisations de consommateurs agréées peuvent dénoncées.

Ainsi, il est paradoxal de constater que l'action en concurrence déloyale tend de plus en plus à prendre en considération l'intérêt des consommateurs mais que cette action leur est fermée.

Le professeur Jean Calais Auloy s'est également prononcé concernant la prise en compte de l'intérêt du consommateur dans la jurisprudence en matière de concurrence déloyale, et son avis diverge quelque peu de celui d'Yves Picod. En effet, selon J. Calais Auloy, « *Il est vrai que la jurisprudence tend à admettre de plus en plus facilement l'existence d'un préjudice causé par la concurrence déloyale. C'est sans doute le signe que l'action sert plus, dans l'esprit des juges, à faire cesser une pratique déloyale qu'à réparer un préjudice: elle tend à devenir une action de type disciplinaire. Cela pourrait, à terme, permettre d'intégrer la protection des consommateurs dans les finalités de l'action en concurrence déloyale. Mais pour le moment, c'est toujours la protection des concurrents qui en est la finalité quasi exclusive. Les solutions servent parfois les intérêts des consommateurs, mais de façon indirecte.* »²¹²

C- L'inefficacité des actions actuellement utilisables par le consommateur

1- L'action individuelle

Un consommateur lésé par un acte de concurrence déloyale peut tenter une action contre le professionnel auteur de la pratique. Mais comme nous l'avons développé, il ne peut agir sur le fondement de la concurrence déloyale.

« *Si le consommateur est lésé, c'est parce qu'il a préalablement contracté* »²¹³ Ainsi, le consommateur peut agir afin d'obtenir la nullité du contrat, en soutenant par exemple que son consentement a été vicié par la confusion résultant de la pratique du professionnel.

Le consommateur, peut également demander des dommages et intérêts s'il prouve que la

²¹¹ Y.PICOD, Affinités ou divergences? L'approche juridique; Cycle de conférence déloyale de la Cour de Cassation - Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles- précité, p.174

²¹² J.CALAIS-AULOY, « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Dalloz, ed 2006, p.62

²¹³ J.CALAIS-AULOY, « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, précité

faute du professionnel lui a causé un préjudice. Cependant, la faute ne peut être constituée par un manquement à la loyauté concurrentielle, il doit s'agir d'une faute commise dans l'exercice du contrat: il s'agit donc d'une responsabilité contractuelle, et non délictuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil.

Cependant, le consommateur lésé refuse bien souvent d'agir en justice, car contrairement au concurrent qui défend la rentabilité de son entreprise, le préjudice subi par le consommateur est minime.

2- L'action dans l'intérêt collectif

Comme nous l'avons évoqué concernant les pratiques anticoncurrentielles, les associations de consommateurs agréées peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile concernant le préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs²¹⁴ et peuvent agir en cessation de tout agissement illicite au regard des directives européennes²¹⁵. Ces actions visent donc des pratiques faisant l'objet de textes spécifiques: des textes prévoyant des sanctions pénales ou des textes transposant des directives européennes. Cependant, la théorie de la concurrence déloyale ne repose sur aucun texte, ni français, ni européen. Ainsi, les associations de consommateurs ne sont pas autorisées à agir dans l'intérêt collectif en se fondant sur l'article 1382 du Code civil.

L'article L.421-7 du Code de la consommation prévoit une ultime solution pour les associations de consommateurs. En effet, cet article dispose que *« les associations mentionnées à l'article L. 421-1 peuvent intervenir devant les juridictions civiles et demander notamment l'application des mesures prévues à l'article L. 421-2, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs*

²¹⁴ Cf article L.421-1 du Code de la consommation : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. Les organisations définies à l'article L. 211-2 du code de l'action sociale et des familles sont dispensées de l'agrément pour agir en justice dans les conditions prévues au présent article. »

²¹⁵ Cf article L.421-6 du Code de la consommation: « Les associations mentionnées à l'article L.421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4 de la directive 2009/22/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée. Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. »

d'une infraction pénale. »

L'infraction à un texte support de sanction pénale n'est plus ici exigée, mais il ne s'agit que d'une possibilité d'action par voie de demande incidente. La réparation du préjudice causé par un acte de concurrence déloyale pourrait peut être demandée par l'association de consommateurs, mais cette demande devrait se greffer sur la demande initiale d'un ou plusieurs consommateurs, ce qui ne s'est jamais produit à ce jour.

3- L'action en représentation conjointe

L'action en représentation conjointe est ouverte aux associations agréées lorsque plusieurs consommateurs ont subi des préjudices individuels qui ont été causé par le fait d'un même professionnel et qui ont une origine commune²¹⁶. On peut donc imaginer que ce préjudice pourrait résulter d'un acte de concurrence déloyale, cependant, l'action en représentation conjointe connaît très peu de succès du fait que l'association doit obtenir mandat des consommateurs lésés. En matière de concurrence déloyale, cette possibilité n'a d'ailleurs jamais été exploitée.

Devant le constat de l'ensemble des insuffisances et des incohérences que nous vous venons d'énoncer, une grande partie de la doctrine considère qu'il serait opportune de légiférer en matière de concurrence déloyale.

Paragraphe 2– La volonté d'une législation en matière de concurrence déloyale

Yves Picod souligne le fait qu'il est difficile d'expliquer pourquoi le Code de commerce serait uniquement réservé au droit des pratiques dites anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence. Selon lui, des dispositions législatives en matière de concurrence déloyale introduite dans le Titre IV du Livre IV du Code de commerce « *permettraient de mieux mettre en perspective les pratiques restrictives figurant sous ce même titre et de montrer dans quelle démarche ou volonté politique particulière elles s'inscrivent* »

La Commission Canivet avait déjà proposé en 2005 de faire figurer dans un chapitre préliminaire des dispositions sur la concurrence déloyale comme l'ont déjà fait la législation

²¹⁶ Cf article L.422-1 du Code de la consommation

allemande ou espagnole. La Commission avait d'ailleurs proposé de renommer le titre IV du Code de commerce – De la transparence des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées - et avait opté pour « *De la loyauté et de la transparence dans les conditions de vente et de coopération commerciale* ». La concurrence déloyale aurait donc été placée au centre de ce dispositif. Cependant les propositions de la commission Canivet n'ont pas été retenues par la loi du 2 août 2005.

Dans la plupart des pays voisins, la concurrence déloyale a connu une consécration législative. Il ressort de l'étude de ces mise en place, que l'instauration d'une législation en matière de concurrence déloyale a été bénéfique : elles ont « *permis de donner au juge des directives plus précises sur les méthodes sanctionnées et les intérêts protégés, sans pour autant le priver d'une marge d'appréciation très large dans sa confrontation avec les situations concrètes .* » Le droit de la concurrence déloyale serait donc plus fonctionnel.

De nombreux auteurs sont d'accord sur le fait que cette nouvelle législation devrait prévoir, entre autre, une extension du champ d'application de la concurrence déloyale (A) et un élargissement de l'action aux consommateurs (B).

A- Étendre le champ d'investigation de la concurrence déloyale

La loi espagnole du 10 janvier 1991 sur la concurrence déloyale est l'exemple même d'une conception étendue de la concurrence déloyale. Elle recouvre en effet tous les actes qui lèsent à la fois les intérêts de l'agent économique, les intérêts du consommateur et l'intérêt général, regroupant ainsi des comportements qui relèvent chez nous tantôt des pratiques restrictives ou déloyales, tantôt de la concurrence déloyale.

Ainsi, selon le professeur M.L Izorche, l'action en concurrence déloyale doit pouvoir être mise en œuvre à propos de toutes fautes, qu'elle soit intentionnelle ou pas, commise dans le cadre de l'exercice de la liberté de concurrence. A titre d'exemple, la tromperie peut concerner aussi bien un concurrent qu'un consommateur.

La seconde condition de cette extension du champ de la concurrence déloyale passerait par la suppression de l'obligation d'une situation de concurrence pour intenter une action en concurrence déloyale. Comme nous l'avons vu précédemment, de nombreux pays ont déjà pris ce parti et la commission Canivet avait d'ailleurs fait une proposition dans ce sens. En effet, la commission qui étudiait le réécriture de l'article L.440-2 du Code de commerce déclarait que « *les*

règles énoncées dans le chapitre deux du titre quatre du livre quatre du Code de commerce qui ont pour but d'assurer des comportements de marché [...]ne font pas obstacles à une action fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil destinée à prévenir ou à réparer les conséquences des comportements délictuels des agents économiques sur le marché, qu'ils soient ou non en situation de concurrence, tels que le dénigrement, les actes destinés à créer une confusion ou une désorganisation ou encore des agissements parasites »

Ainsi, l'ensemble de ces propositions vont toutes dans le même sens, vers un élargissement de la possibilité d'action du consommateur en concurrence déloyale.

B- L'élargissement de l'action en concurrence déloyale au consommateur

Comme il a été développé antérieurement, nous nous trouvons en présence d'un paradoxe. En effet, l'action en concurrence déloyale tend à prendre en compte l'intérêt des consommateurs, et les conditions conduisant à l'impossibilité d'action de celui-ci sont remises en question, mais, dans le même temps, l'action en concurrence déloyale n'est utilisable ni par les consommateurs, ni par les associations chargées de les représenter.

1-L'ouverture de l'action en concurrence déloyale au consommateur, une option soutenue par de nombreux auteurs

Le professeur Yves Serra soutenait l'idée d'un élargissement de la fonction de l'action en concurrence déloyale qui ne serait plus étroitement limité à la seule protection des intérêts individuels des concurrents victimes. Selon lui, les consommateurs et l'intérêt général devraient pouvoir se prévaloir d'une telle action : « *Il est incontestable aujourd'hui que les raisons d'être de cette action [en concurrence déloyale] ne se situent pas seulement au niveau de la protection des concurrents, mais résident aussi dans la prise en considération de l'intérêt des consommateurs et du fonctionnement du marché.* »²¹⁷

Cette idée a été poursuivie et enrichie par le professeur Yves Picod, qui se livre, dans le Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, à un « *Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale* », insistant sur les intérêts pratiques et théorique de ce droit et se prononçant

²¹⁷ Y.SERRA, Le droit français de la concurrence, Armand Colin, 2003, n°244

en faveur de l'ouverture de l'action aux consommateurs et en faveur des dommages et intérêts punitifs.

Sur ce premier point, les professeurs Yves Serra et Yves Picod, sont rejoints par le Professeur Jean Calais-Auloy qui démontre dans les Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, comment la théorie de la concurrence déloyale pourrait servir les intérêts des consommateurs à condition que le droit d'agir soit élargi aux associations agréées de consommateurs et que soit instituée l'action de groupe.

Pour le Professeur Jean Calais-Auloy, un double élargissement du droit d'agir au profit des associations de consommateurs serait à souhaiter. Concernant l'intérêt collectif des consommateurs, il serait selon lui bienvenu que « *les associations puissent agir en justice sans qu'il soit nécessaire qu'un texte spécifique ait été enfreint* ». Concernant l'intérêt individuel des consommateurs, il serait judicieux, selon Jean Calais-Auloy, « *qu'une action de groupe soit instituée, permettant aux associations d'agir sans mandat préalable, pour le compte des consommateurs lésés.* »²¹⁸.

Malgré l'absence de situation concurrentielle entre l'association et l'entreprise, la déloyauté envers les consommateurs serait considérée comme une faute, au même titre que la déloyauté envers un concurrent. En effet, selon Jean Calais-Auloy, la notion de déloyauté est assez large pour « *être utilisée en droit de la consommation* ».

2- Les apports de la loi LME en matière de loyauté des professionnels envers le consommateur

La loi du 3 janvier 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs a transposé dans le Code de la consommation la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. En la matière, l'exigence de la loyauté est bien mise en perspective par le chapitre préliminaire sur les pratiques commerciales déloyales énonçant qu'elles sont interdites et définissant la notion de pratique déloyale.²¹⁹

Tant en droit français (article L.121-1 du Code de la consommation) qu'en droit communautaire (Directive n°2005/29/CE du Parlement et Conseil européen, 11 mai 2005, article 5),

²¹⁸ J. CALAIS-AULOY, « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA, précité, p.67

²¹⁹ Cf Art. L.120-1 code de la consommation : « Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. »

une pratique est loyale à deux conditions : tout d'abord, la pratique doit être conforme à la diligence attendue du professionnel, ce qui renvoie implicitement aux règles de déontologie, aux usages et aux pratiques licites.

Ensuite, elle ne doit pas altérer ou être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen, c'est à dire normalement informé et raisonnablement attentif. La loi du 4 août 2008 prend de son côté en considération le comportement moyen de certains groupes vulnérables ou de catégories particulières de consommateurs.

Pour qu'il y ait infraction, il faudra d'abord qu'il y ait une pratique commerciale. Selon la directive, il faut entendre par pratique commerciale *“toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs”* (art. 2, d). La notion de pratique commerciale pourra s'appliquer à toutes les manières de faire qui figurent dans la liste noire annexée à la directive : messages publicitaires, fausses offres gratuites, publireportages, offres limitées, envoi forcé, loteries... Elle visera, certes, la publicité, mais pas seulement. On peut imaginer par exemple un bon de commande mal rédigé ou contenant des informations inexacts.

Jusqu'ici le comportement déloyal du professionnel ne pouvait être poursuivi que dans le cadre de la concurrence déloyale par un autre professionnel, le consommateur étant exclu de cette action et ne pouvant agir que par le biais des dispositions spécifiques du droit de la consommation (publicité trompeuse, abus de faiblesse) ou à travers le droit commun des obligations.

Ces nouvelles dispositions constituent une illustration du rayonnement du Code de la consommation hors de son domaine naturel, les dispositions de l'article L.121-1 I, concernant les pratiques commerciales trompeuses par action, bénéficient aux professionnels comme aux consommateurs. Ce dispositif tisse donc un nouveau lien entre le droit de la consommation et la théorie de la concurrence déloyale.

Toutefois, seules les pratiques commerciales trompeuses par action peuvent s'appliquer aux relations consommateur- professionnel comme aux relations entre deux professionnels. En effet, l'article L.121-1 II condamnant les pratiques commerciales trompeuses par omission ne s'appliquent pas dans les relations entre professionnels, ce qui signifie qu'un concurrent ne peut pas agir en en

cas d'omission trompeuse. Le droit de la concurrence déloyale et le droit de la consommation sont donc encore complémentaires en attendant une réforme inspirée du droit espagnol sanctionnant tout acte déloyal lésant les intérêts du concurrent, des consommateurs ou de l'intérêt général, un projet d'ailleurs soutenu par le professeur Yves Picod.

Contrairement à ce qui était espéré par de nombreux auteurs, le législateur a transposé la directive européenne mais n'a pas profité de l'occasion pour élargir la possibilité d'action en concurrence déloyale aux associations de consommateurs. Le consommateur peut donc agir par le biais des pratiques commerciales déloyales mais ne peut toujours pas agir en concurrence déloyale en dénonçant un acte déloyal commis par un professionnel vis à vis d'un concurrent ni obtenir réparation d'un préjudice résultant d'une telle pratique.

Ceci peut d'ailleurs paraître incohérent car, à titre d'exemple, la confusion « *avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent* » est désormais sanctionné au titre des pratiques commerciales déloyales, peut donc être dénoncée par les consommateurs, et, constitue dans le même temps, l'acte de concurrence déloyale le plus courant. Ainsi, pourquoi ne pas libéraliser l'action du consommateur en concurrence déloyale ?

En conclusion, on peut affirmer que le consommateur est un sujet protégé par le droit de la concurrence. Cette protection découle principalement du bon fonctionnement du marché qui profite au consommateur, la concurrence entre les opérateurs économiques étant assurée. L'application du droit de la concurrence protège en outre le consommateur de nombreux préjudices.

Cependant, alors que cette étude devait porter exclusivement sur la protection du consommateur par le droit de la concurrence, il est apparu évident qu'au delà d'être un sujet protégé, le consommateur demeure un élément, un concept utilisé par le droit de la concurrence.

Inséré dans les textes de concurrence, l'intérêt du consommateur représente tantôt un critère d'exemption, tantôt un indice de l'efficacité d'une pratique sur le marché. Il apparaît donc que la protection du consommateur ne semble pas constituer une des préoccupations principales du droit de la concurrence.

En effet, il existe une certaine incohérence entre la volonté de protection du consommateur dont se prévaut parfois le droit de la concurrence d'une part, et l'impossibilité d'action du consommateur en concurrence déloyale ou le refus de la mise en place d'une véritable action de groupe en droit français d'autre part.

Tantôt mis en avant, la protection du consommateur est ici mise à l'écart, d'où la nécessité d'un droit séparé de la consommation, dont l'objet est d'assurer une protection effective du consommateur dans ses relations avec le professionnel et de la mise en place d'une action de groupe digne de ce nom afin que le consommateur puisse lutter, à armes égales, avec les professionnels dans le cadre de manquement aux règles de concurrence et voir, enfin, son préjudice réparé.

Annexes



CONCURRENCE ET PROTECTION DES CONSOMMATEURS

THEMES DEVELOPPES:

- **LE DROIT ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE VISENT A MAXIMISER LE BIEN-ETRE DU CONSOMMATEUR**
- **LA DEFENSE DE LA CONCURRENCE ET LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS SOUVENT CONFIES A LA MEME AUTORITE**
- **LES ORGANISATIONS DE CONSOMMATEURS ONT UN ROLE IMPORTANT A JOUER DANS LA CREATION D'UNE CULTURE DE LA CONCURRENCE**

LE DROIT ET DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE VISENT A MAXIMISER LE BIEN-ETRE DU CONSOMMATEUR

- L'objectif d'un droit moderne de la concurrence est d'accroître l'efficacité dans l'intérêt des consommateurs
- Dans le cadre du droit européen, par exemple, le consommateur est prioritaire
- L'Ensemble de principes et règles de l'ONU sur la concurrence cite le bien-être des consommateurs dans ses objectifs

LA DEFENSE DE LA CONCURRENCE ET LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS SOUVENT CONFIES A LA MEME AUTORITE

- De nombreuses Lois de la concurrence incluent aussi des questions de protection des consommateurs;
- Dans les pays ayant des lois spécifiques sur les deux sujets, l'application des deux est souvent la responsabilité d'une seule autorité;
- Idéalement, le droit de la concurrence devrait être complété par un droit des consommateurs

LES LOIS DE LA CONCURRENCE INCLUENT SOUVENT DES QUESTIONS DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS

- A part les avantages indirects des lois de la concurrence pour les consommateurs vus plus-haut, ces lois comportent souvent des clauses spécifiques de protection des consommateurs comme:
 - L'obligation d'affichage des prix;
 - L'interdiction des prix imposés par le fabricant;
 - L'interdiction de la pratique des « prix d'appel »;
 - L'interdiction des systèmes de « ventes pyramidales »;
 - Des clauses concernant la publicité mensongère, etc.

LORSQUE DEUX LOIS DISTINCTES EXISTENT, ELLES SONT SOUVENT CONFIEES A UNE MEME AUTORITE

- Certaines sont chargées de l'application du droit de la concurrence ET du droit de protection des consommateurs: ex. la FTC aux Etats-Unis, l'OFT au Royaume-Uni;
- Parfois, la même autorité se charge encore de l'application d'autres lois comme le Droit de la propriété intellectuelle: ex. l'INDECOPI, au Pérou;
- Mais dans de nombreux pays des autorités spécifiques sont responsables de l'application de chacune des lois: ex. en Allemagne, le Bundeskartellamt a la charge exclusive de la concurrence.

**IDEALEMENT, LE DROIT DE LA CONCUR-
RENCE DEVRAIT ETRE ACCOMPAGNE D'UN
DROIT SEPRE DE LA CONSOMMATION**

- Le Droit des consommateurs inclut de nombreuses questions qui sont étrangères au Droit de la concurrence, comme:
- La santé et la sécurité des consommateurs;
- La contrefaçon et la publicité mensongère;
- Les infractions sur les poids et les mesures;
- Le surendettement des consommateurs;
- Les tribunaux de litiges pour de petits montants.

**LES ORGANISATIONS DE CONSOMMATEURS
ONT UN ROLE IMPORTANT A JOUER DANS LA
CREATION D'UNE CULTURE DE LA
CONCURRENCE**

- Les avantages de la concurrence pour les consommateurs ne sont pas évidents pour le grand public dans l'ensemble;
- Les organisations de consommateurs doivent être convaincues des avantages de la concurrence pour pouvoir créer une conscience de la base;
- Les Organisations de consommateurs ont un rôle essentiel a jouer pour créer une véritable « culture de la concurrence » auprès du public

LES AVANTAGES DE LA CONCURRENCE NE SONT PAS TOUJOURS EVIDENTS POUR LE GRAND PUBLIC

Les consommateurs se sentent menacés par la mondialisation et l'ouverture des marchés:

- **La pratique du dumping ou à l'opposé, des prix trop élevés;**
- **La concurrence internationale risque de faire disparaître des pans entiers de l'économie nationale et en restructurer d'autres;**
- **Avant de bénéficier de la concurrence en tant que consommateurs, les employés craignent de perdre leur emploi;**
- **Il est dur d'admettre de souffrir à court terme pour des avantages hypothétiques à long terme.**

LES ORGANISATIONS DE CONSOMMATEURS DOIVENT D'ABORD ETRE CONVAINCUES DU BIEN-FONDE DE LA CONCURRENCE

Afin de pouvoir être à même de créer une culture de la concurrence les Organisations de consommateurs doivent d'abord clarifier certaines questions-clés:

- **Elles doivent être formées et se convaincre que la concurrence ne va pas faire disparaître des emplois sans en créer plus dans des secteurs de pointe;**
- **Que la concurrence ne va pas dégrader les conditions de travail et faire baisser les salaires dans l'ensemble, mais accroître les revenus;**
- **Que l'ouverture des marchés couplée avec un Droit de la concurrence ne va pas éliminer des pans entiers de l'industrie locale, mais développer de nouveaux créneaux beaucoup plus rentables.**

LE ROLE DES ORGANISATIONS DE CONSOMMATEURS EST ESSENTIEL POUR CONVAINCRE LE GRAND PUBLIC

- **On a beaucoup parlé de la « promotion de la concurrence » par les autorités de la concurrence, y compris en assurant la transparence des décisions et la formation des autorités publiques, des entreprises et des juges et des médias;**
- **Mais il est essentiel de soutenir ces efforts par la base, c'est-à-dire en s'associant aux organisations de consommateurs pour former des formateurs aptes à créer une saine « culture de la concurrence » parmi le public.**



MERCI DE VOTRE ATTENTION

philippe.brusick@gmail.com

www.prbrusick.org

La politique de la concurrence et la politique de la protection des consommateurs

#3/November 08

Il existe une convergence entre les objectifs de la politique de protection des consommateurs et la politique de la concurrence. L'objectif principal du droit et de la politique de la concurrence est de maintenir et de promouvoir la concurrence comme moyen d'assurer la distribution efficace des ressources dans une économie afin d'accéder à:

- *Un meilleur choix possible en terme de qualité*
- *Des prix les plus bas possibles*
- *Un stock suffisant pour les consommateurs*

Autrement dit, la promotion de la concurrence n'est qu'un moyen pour atteindre ces objectifs. Manifestement, la maximisation de l'intérêt des consommateurs devient une préoccupation principale. La politique de la concurrence fait fonctionner le marché et protège le consommateur d'une quelconque déception. Ce sont également les deux buts importants de la protection des consommateurs.

Ainsi, les objectifs finals des deux politiques sont, à la base, identiques. Pourtant la politique de concurrence est une politique plus proactive qui inter alia tente de promouvoir l'intérêt du consommateur tandis que la politique de protection des consommateurs est plus réactive. Elle protège les intérêts des consommateurs et assure l'accès aux moyens de contester les abus. Bien sur, la politique de protection des consommateurs contient également certains éléments proactifs. A cet égard les deux politiques sont fortement complémentaires puisqu'elles ont l'intérêt du consommateur comme objectif commun.

L'intérêt du consommateur - Perspectives diverses

Le sens de l'intérêt du consommateur varie selon des groupes différents. Ceux qui sont relativement riches et ont les moyens d'acheter tout le confort matériel sont davantage concernés par la gamme et le choix des biens et des services. Pour ceux qui ont des problèmes pour joindre les deux bouts, le souci principal n'est pas le choix mais plutôt l'accès aux biens et aux services. De manière générale, le premier aspect s'applique aux pays développés tandis que les pays en développement sont davantage concernés par le deuxième aspect dans l'administration de leurs politiques de concurrence et de protection des consommateurs. Il ne faut pas perdre de vue cette dimension de l'intérêt du consommateur lorsqu'on examine les liens entre les deux politiques. Du point de vue d'un pays en développement le rôle joué par les deux politiques dans la progression du développement et dans la réduction de la pauvreté devient le point principal pour comprendre le lien entre les deux.

Défense des consommateurs, concurrence, compétitivité et développement

La politique de la concurrence encourage une allocation et une utilisation efficace des ressources, ce qui est généralement rare dans les pays en développement. Cela signifie également plus de production, des prix inférieurs et davantage de bien-être du consommateur. D'ailleurs, avec une meilleure production, une hausse de l'emploi dans l'économie est probable. Evidemment la concurrence pourrait entraîner, souvent à court terme, des licenciements dans certains secteurs. Mais un système social compétent peut neutraliser cet effet.

Une bonne politique de la concurrence ainsi qu'une bonne loi peuvent réduire les barrières à l'entrée du marché et créer un environnement qui favorise l'esprit d'entreprise et la croissance des PME. Cela a des implications positives pour le développement car les petites entreprises et l'activité entrepreneuriale encouragent la croissance de l'emploi. La fragilité de l'emploi est considérée

comme une des causes majeures de la pauvreté dans les pays en développement.

Il existe deux approches au développement. La première concerne la réalisation des besoins vitaux minimums des individus, enlevant les causes de la pauvreté et la marginalisation. Elle se concentre sur des problèmes tels que le chômage et le système de santé. La deuxième approche au développement concerne les progrès technologiques récents, l'exportation, l'industrialisation, l'avantage de concurrence pour offrir plus de choix etc. L'essentiel est l'amélioration et le maintien de la compétitivité.

La politique de la protection des consommateurs fait partie de la stratégie qui relève de la première approche, alors que la concurrence est partie intégrale de la deuxième approche, même s'il existe des chevauchements significatifs. Pourtant, il faut noter que les deux approches ne sont pas alternatives, plutôt deux instruments qui doivent être utilisés simultanément.

La politique de la concurrence joue un rôle important dans le développement de la compétitivité et de la concurrence. Le déclin de la performance économique au Royaume Uni (et en l'Europe) a engendré beaucoup de débats quant à la réponse appropriée. Les Livres Blancs britanniques sur la compétitivité sont le résultat de la reconnaissance du déclin relatif du RU et identifient dix domaines de la politique qui jouent sur la compétitivité. Un des ces domaines est la politique liée aux marchés justes et ouverts. De même, le Livre Blanc de l'Union Européenne a relevé quatre domaines d'action prioritaire et l'un d'eux est l'assurance des marchés libres et justes.

Une allocation efficace des ressources mène à une hausse de la compétitivité, avec pour résultat, une croissance et un développement amélioré. Cela exige des politiques industrielles et commerciales saines, accompagnées d'une politique et un droit de la concurrence approprié. De même un régime robuste de protection des consommateurs évite le relâchement directionnel et rend plus efficaces et compétitives les firmes en termes de qualité et de prix. Les pratiques d'exploitation sont relativement répandues dans les pays en développement et constituent un obstacle majeur à la

compétitivité. Cela peut être équilibré si les consommateurs sont suffisamment équipés.

Ainsi, la compétitivité et le développement sont tous les deux nécessaires afin de promouvoir l'intérêt du consommateur dans le long-terme. Ensemble, la politique de la protection des consommateurs et la politique de la concurrence englobent la compétitivité et le développement comme but principaux, bien que la politique de la concurrence s'intéresse davantage aux problèmes de compétitivité et la politique de la défense des consommateurs s'intéresse davantage aux problèmes de développement.

Consacré par les Principes Directeurs des Nations Unies Pour la Protection du Consommateur et par la Charte des Consommateurs Internationaux, le droit aux besoins essentiels est un élément essentiel de la politique de la protection des consommateurs. L'adoption par le gouvernement d'un cadre réglementaire permettant d'assurer cela, ce qui représente une partie intégrale de la politique de concurrence, joue également un rôle majeur dans l'assurance du droit aux besoins essentiels. Par exemple, la mise en place d'un service universel obligatoire pour les Fournisseurs de services afin qu'ils assurent aux consommateurs pauvres et défavorisés des services à un prix abordable, même s'ils absorbent une perte.

Concurrence et l'intérêt du consommateur - Les limites

Pourtant il faut noter que, même dans les pays développés, la politique de la concurrence n'agit pas seulement pour promouvoir une concurrence maximale et donc un choix maximal. L'obsession de la promotion du choix pourrait être contre-productive, menant à une inefficacité dans l'économie, surtout lorsque les biens et services concernés ont tendance à être homogènes ou lorsqu'il y a des externalités de réseau.

Par exemple, la recherche sur la concurrence dans la vente sur le marché de l'électricité du Royaume Uni démontre que, pour les petits consommateurs d'électricité, la concurrence dans la vente a été un "désastre économique". Alors que le prix en gros de l'électricité a été réduit de 35% depuis 1999 et que le prix payé pour génération par les grands

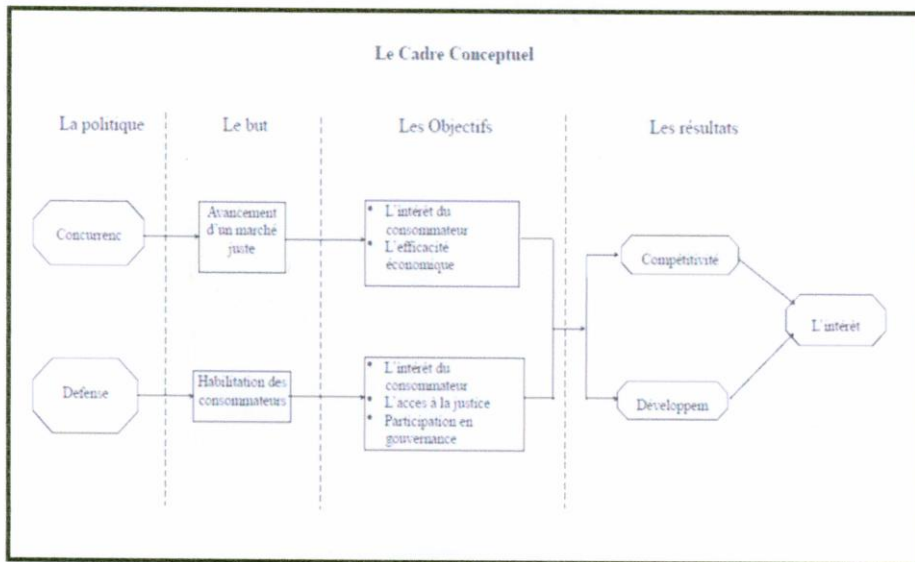
consommateurs a diminué de 22%, l'étude souligne que le prix payé par les petits consommateurs a augmenté de 5%. Cela est dû à une multiplication d'infrastructures concurrentes et une perte d'économies d'échelle dont les coûts sont finalement absorbés par le consommateur.

Conclusion

l'interaction entre la politique de la concurrence et la politique de la protection des consommateurs est donc souvent complexe. Il est question de compromis et de trouver un juste équilibre. Ainsi, il est important de rassembler la politique de la concurrence et la protection des consommateurs dans un cadre intégré. Certains pays, notamment l'Australie, ont tenté de telles stratégies. Une approche similaire est même identifiée aux Etats-Unis où la Federal Trade Commission s'intéresse

également à la concurrence et aux questions de protection des consommateurs. Bien sur, cela n'implique pas nécessairement que ces deux questions soient réglées par une seule et unique agence. Cela nécessite suffisamment de coordination et de congruence.

Malheureusement, dans la plupart des pays développés, un tel effort n'existe pas. En fait, beaucoup de pays ont adopté un droit de la concurrence suite à des pressions externes, alors qu'un régime de protection des consommateurs reste encore à mettre en place puisqu'il y a peu de pressions externes dans ce domaine. Néanmoins, les pays ne devraient pas ignorer ce point car l'impact et le résultat de la politique et du droit de la concurrence resteront incomplets sans un régime efficace de protection des consommateurs.



© CUTS. This Viewpoint Paper is written by Verity McGivern and Mosadeq Sahebodin for CUTS Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, D-217, Bhaskar Marg, Bani Park, Jaipur 302 016, India. Ph: 91.141.228 2821, Fx: 91.141.228 2485, Email: mailto:c-cier@cuts.org, Website: www.cuts-ccier.org





***L'action de groupe à la française :
parachever la protection des consommateurs***

Commission des lois du Sénat

RAPPORT D'INFORMATION

de MM. Laurent Béteille, sénateur de l'Essonne (U.M.P.)
et Richard Yung, sénateur des Français établis hors de France (Soc.)

Qui n'a jamais été confronté, dans un acte de consommation de la vie quotidienne, à un petit litige de quelques euros resté sans solution malgré plusieurs relances du service consommateurs du professionnel concerné ? Mais qui, dans ce cas, a engagé une action devant la justice pour obtenir réparation de son préjudice ? Pour quelques euros, la grande majorité des consommateurs n'engage aucune procédure : la lourdeur et le coût d'un procès les en découragent. Et pourtant, il arrive que ces petits préjudices matériels se répètent pour des milliers, voire des millions, de consommateurs. Notre droit et notre système judiciaire n'offrent actuellement aucun mécanisme satisfaisant pour assurer, par la mutualisation des coûts de la procédure, la juste réparation des dommages à laquelle ont droit les consommateurs.

Dans la continuité des auditions publiques de 2006 et de son rapport d'information sur la responsabilité civile en 2009, la commission des lois du Sénat a constitué en son sein, en octobre 2009, un groupe de travail chargé d'étudier l'opportunité et les conditions de l'introduction de l'action de groupe en droit français, composé de deux co-rapporteurs, l'un issu de la majorité et l'autre de l'opposition.

Au terme de plusieurs mois de travaux, ponctués par de nombreuses auditions des associations de consommateurs, des représentants des entreprises, des professionnels du droit, magistrats et avocats, des représentants de l'administration et d'universitaires, le groupe de travail estime **nécessaire d'instituer une procédure d'action de groupe à la française, protégée des dérives des « class actions » américaines car encadrée par les principes de la procédure civile française et les règles déontologiques de la profession d'avocat.** Outre une protection effective accrue des consommateurs, cette procédure nouvelle permettrait de prendre en compte les évolutions tant européennes qu'internationales en matière d'action collective.

Les raisons d'introduire l'action de groupe dans le droit français

Trois raisons justifient de créer une procédure d'action de groupe. La protection du consommateur en droit français est lacunaire, parce qu'elle laisse des préjudices de faible montant sans réparation, du fait du déséquilibre entre leur montant et le coût d'une action individuelle devant la justice.

En outre, les craintes légitimes d'une dérive à l'américaine de l'action de groupe et d'une atteinte à la compétitivité des entreprises peuvent être apaisées par la reprise des garanties procédurales du droit français qui rendent impossibles ces errements. Enfin, le contexte européen et international est favorable à la création d'une telle action de groupe, alors que les initiatives en ce sens se multiplient dans les pays voisins de la France comme au niveau communautaire.

Les recommandations du groupe de travail

➤ Ouvrir dans un premier temps le champ de l'action de groupe en la limitant à certains types de dommages

Pour le groupe de travail, le champ de la consommation constitue, par excellence, le domaine de l'action de groupe. S'y ajoute le droit de la concurrence, pour les pratiques qui lésent des consommateurs et certaines infractions au droit financier et boursier.

En dehors des nécessités de l'action de groupe, le groupe de travail en appelle à l'application des principes généraux du droit de la responsabilité civile, de façon à limiter tout risque d'abus. Compte tenu de la finalité de l'action, elle viserait les seuls litiges contractuels imputables à un professionnel, ayant causé un préjudice matériel et relevant du juge judiciaire. Toutefois, pour des raisons d'équité et de commodité pratique, il n'a pas été retenu de plafonner le montant des préjudices pouvant faire l'objet d'une action de groupe. Toute innovation méritant évaluation, l'action de groupe justifierait de revêtir dans un premier temps un caractère expérimental.

➤ **Réserver la conduite de l'action de groupe à des associations agréées, intervenant devant des tribunaux de grande instance spécialisés**

Pour éviter la multiplication d'actions abusives, le groupe de travail a souhaité que les associations de consommateurs exercent un rôle de filtre des actions de groupe, en détenant le monopole de leur introduction, devant quelques tribunaux de grande instance spécialisés désignés pour traiter ces contentieux de masse.

Pour pouvoir exercer cette compétence, les associations devraient justifier d'un agrément renforcé, de façon à ce que les pouvoirs publics soient assurés de leur compétence et de leur représentativité. En cas de pluralité d'associations, l'une d'entre elles devrait jouer le rôle de chef de file.

➤ **Instituer une procédure en deux phases : une déclaration de responsabilité suivie, après publicité et constitution du groupe, d'une décision sur l'indemnisation**

La première phase de l'action consisterait, après vérification de la recevabilité de l'action afin d'écarter les actions abusives, en un jugement sur le principe de la responsabilité de l'entreprise, sur la base de cas exemplaires présentés par l'association, sans nécessité d'avoir recours au mandat de plusieurs consommateurs.

Cette procédure serait donc simple et peu coûteuse pour l'association, qui ne serait pas confrontée à la gestion d'une masse de dossiers.

Ce jugement serait susceptible des voies normales de recours. Une fois passé en force de chose jugée, il ferait l'objet de mesures de publicité décidées par le juge, à la charge du professionnel reconnu responsable, afin de le faire connaître aux victimes potentielles et de constituer le groupe avec celles qui le souhaitent, sur la base d'une adhésion volontaire (« *opt in* »).

La seconde phase serait celle de l'indemnisation, soit dans le cadre d'une médiation entre l'association et le professionnel se concluant par une homologation par le juge, soit par la détermination par le juge du montant de l'indemnité pour chaque consommateur, soit par la définition par le juge d'un schéma d'indemnisation (critères de liquidation, mode de calcul...) à appliquer à chaque cas individuel. La réparation pourrait être effectuée, si cela s'y prête, en nature.

➤ **S'appuyer sur les dispositifs existants pour limiter les coûts de la procédure et financer les actions de groupe**

Le dispositif conçu par le groupe de travail ne nécessite pas la mise en place de mécanismes supplémentaires de financement des associations, de type fonds de soutien aux actions de groupe. Il y aurait prise en compte de la réalité du travail fourni par l'association et son conseil juridique au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les deux phases de la procédure.

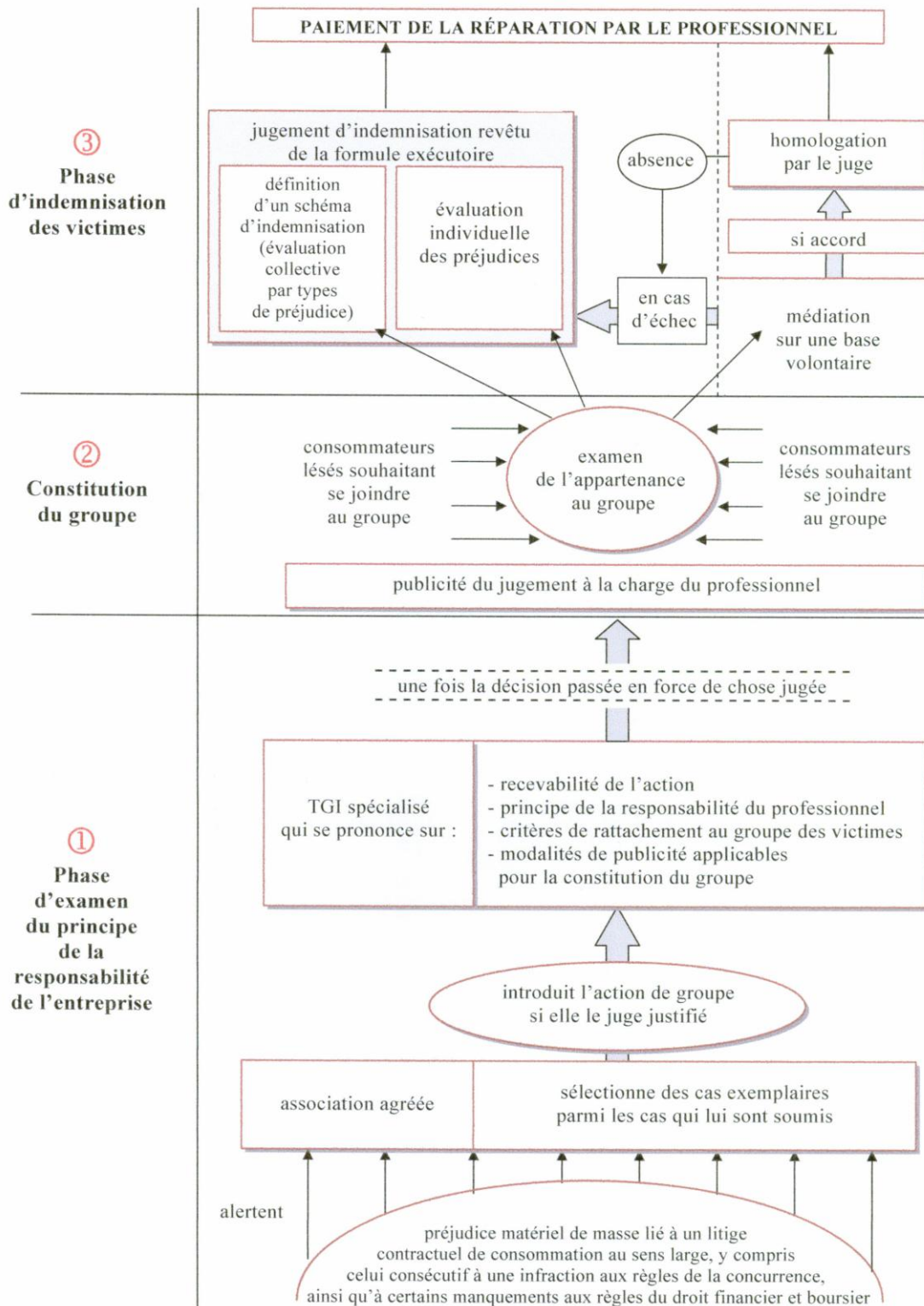
Le groupe de travail exclut toute modification, dans le cadre des actions de groupe, des règles déontologiques des avocats, en particulier, en matière de rémunération.

➤ **Dans les domaines où intervient une autorité régulatrice, articuler la procédure d'action de groupe avec les décisions de cette autorité**

Dans le domaine de la concurrence comme dans le domaine boursier, le juge saisi d'une action de groupe doit tenir compte des prérogatives de l'Autorité de la concurrence ou de l'Autorité des marchés financiers.

Dans ces conditions, soit l'autorité est reçue à l'action civile comme *amicus curiae* lorsqu'elle n'a pas été elle-même saisie des mêmes faits, soit le juge sursoit à statuer lorsque l'autorité est appelée à rendre une décision sur les faits.

Schéma de la procédure d'action de groupe proposée





Vous êtes ici : [Travaux parlementaires](#) > [Rapports](#) > [Rapports d'information](#)

L'action de groupe à la française : parachever la protection des consommateurs



L'ACTION DE GROUPE EN DROIT COMPARÉ

(tableau établi à partir de l'étude de législation comparée sur les actions de groupe^{86(*)})

| | Allemagne | Angleterre | Italie | Pays-Bas | Portugal | Suède |
|------------------------------|---|------------------------|---|------------------------|------------------------|------------------------|
| Domaine d'application | Demande de dommages et intérêts à la suite d'informations financières erronées ou de l'inexécution d'un contrat conclu en application de la loi sur les acquisitions et | Toutes actions civiles | Demande relative au respect des droits des consommateurs et utilisateurs et victimes de pratiques commerciales déloyales et de comportements anticoncurrentiels | Toutes actions civiles | Toutes actions civiles | Toutes actions civiles |

| | | | | | | |
|---|--|--|--|---|---|--|
| | les OPA | | | | | |
| Nombre de demandeurs | Au moins 10 requêtes engagées selon la procédure modèle, les demandeurs ayant saisi le juge du fond | Au moins un demandeur ayant déjà saisi le juge, s'il existe ou risque d'exister des actions individuelles ayant le même objet | Pas de minimum | Un accord entre les demandeurs et les défendeurs définit le groupe | Pas de minimum | Au moins une personne |
| Entrée dans le groupe système opt in (la personne doit adhérer au groupe) système opt out (toute les personnes y ayant intérêt font partie du groupe sauf demande contraire) | Système d'opt in | Système d'opt in Les parties ayant déposé une demande individuelle demandent à s'inscrire sur un registre spécial Le juge peut fixer des critères d'adhésion au groupe et/ou un délai pour adhérer | Système d'opt in L'acte d'adhésion doit être déposé dans les 120 jours de l'ordonnance de recevabilité de la demande de constitution du groupe Le juge détermine les critères d'adhésion | Système d'opt out | Système d'opt out | Système d'opt in |
| Tribunal compétent | Tribunaux spécialisés | Tribunaux de droit commun | Tribunaux spécialisés | Tribunaux spécialisés | | Tribunaux de droit commun |
| Contenu de la demande adressée au juge | Demande formulée en termes similaires (nature du litige, nature des actions individuelles déposées ou à venir) | Demande formulée en termes similaires (nature du litige, nature des actions individuelles déposées ou à venir) | Pas de précisions spéciales dans la demande | Demande formulée en termes similaires (nature du litige, nature des actions individuelles déposées ou à venir) L'accord conclu avant la saisine du tribunal est annexé | Pas de précisions spéciales dans la demande | Demande formulée en termes similaires (nature du litige, nature des actions individuelles déposées ou à venir) |

| | | | | | | |
|---|--|---|---|--|---|---|
| Cas d'irrecevabilité de la demande | Pas de conditions particulières | <ul style="list-style-type: none"> - Si les éléments fondant la demande ne sont pas connexes ou communs - Si cette procédure n'est pas la plus adéquate | <ul style="list-style-type: none"> - Si la demande est manifestement infondée, - s'il existe un conflit d'intérêt, - Si les droits individuels au soutien de l'action diffèrent, - Si le demandeur est incapable de gérer l'intérêt du groupe | Pas de conditions particulières | S'il existe un doute manifeste quant à la possibilité d'obtenir gain de cause | <ul style="list-style-type: none"> - Si l'action est injustifiée - Si la personne n'est pas la plus appropriée pour gérer la demande - Si les éléments fondant la demande ne sont pas connexes ou communs - Si cette procédure n'est pas la plus adéquate |
| Publicité de la demande | Utilisation des nouvelles technologies | Modalités laissées à la libre appréciation du juge | Publicité par le ministère du développement économique | Possibilité d'utiliser la presse | Modalités laissées à la libre appréciation du juge | Courrier individuel ou tout autre moyen |
| Décision du juge | La cour supérieure statue sur les principes et renvoie aux juges du fond la détermination de la réparation | Statue sur le principe Peut fixer le montant global avec des clés de répartition entre les demandeurs ou renvoyer au juge du fond pour une détermination individuelle du préjudice | Détermine le préjudice et fixe le montant | Décision d'homologation de l'accord entre les parties sauf : - si le montant n'est pas raisonnable, - en cas de doute quant au paiement effectif, - si les intérêts des personnes ne sont pas garantis, - si la fixation de l'indemnité n'est pas indépendante | Fixe un montant global ou individualisé et les modalités de paiement | - 103 - Détermine le préjudice et fixe le montant |
| Recours contre | Aucun | Recours | Appel de | Recours en | | - Recours |

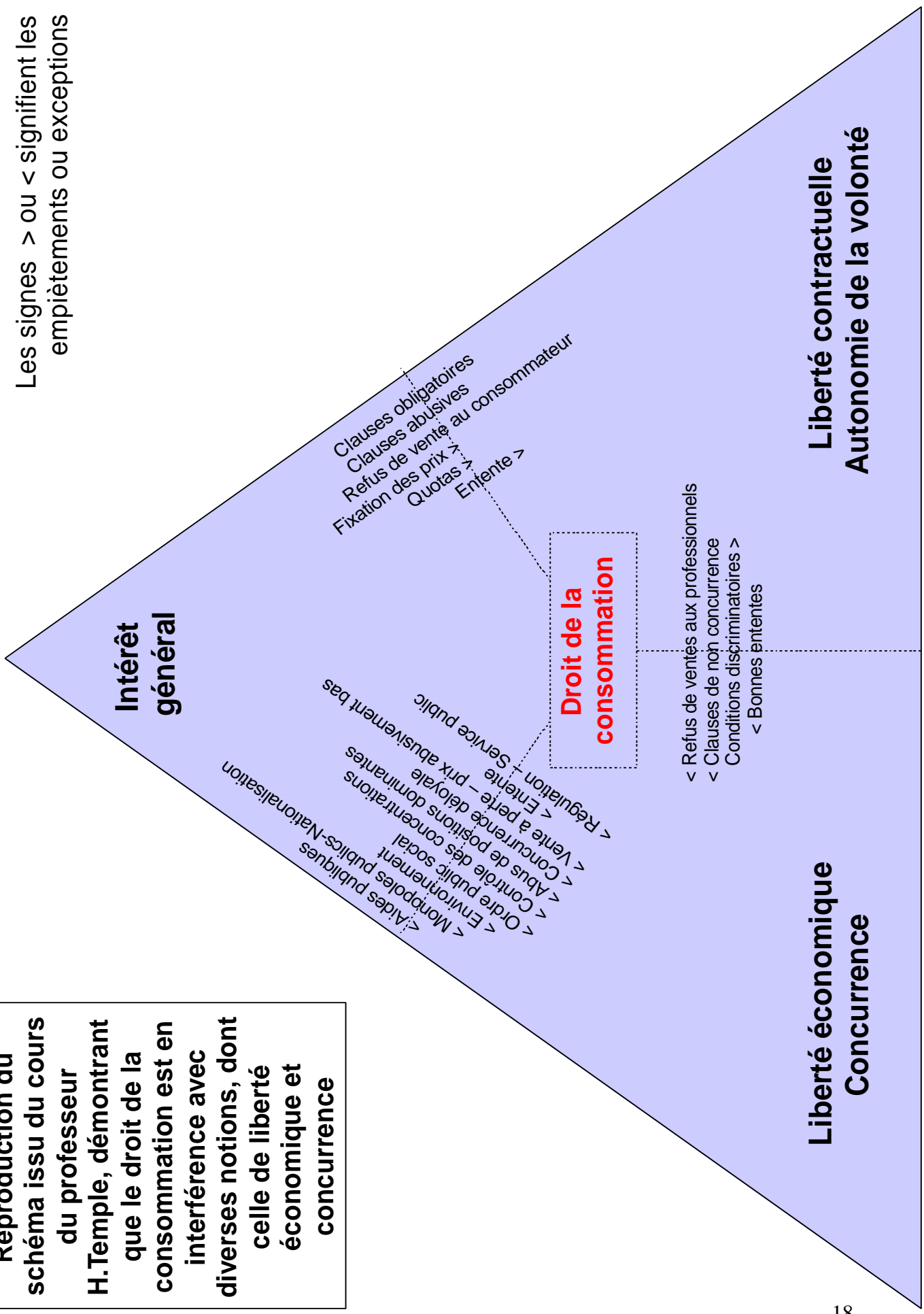
| | | | | | | |
|------------------------------|---|---|--|---|---|--|
| la décision | recours contre la décision de la cour supérieure La décision peut être considérée comme un modèle qui lie les autres tribunaux | après autorisation du juge La décision peut être considérée comme un modèle qui lie les autres tribunaux | l'ordonnance de recevabilité | cassation | | collectif - ou à titre individuel si le jugement porte atteinte à ses droits |
| Effets de la décision | Effets limités aux seules personnes ayant adhéré au groupe | Effets limités aux seules personnes ayant adhéré au groupe | Effets limités aux seules personnes ayant adhéré au groupe | La décision ne s'applique pas aux personnes ayant manifesté une volonté de ne pas adhérer au groupe | La décision ne s'applique pas aux personnes ayant manifesté une volonté de ne pas adhérer au groupe | Effets limités aux seules personnes ayant adhéré au groupe |

* ⁸⁶ Étude de législation comparée n° 206 (mai 2010) sur les actions de groupe, élaborée à la demande de vos rapporteurs par le service des études juridiques du Sénat.



Reproduction du schéma issu du cours du professeur H. Temple, démontrant que le droit de la consommation est en interférence avec diverses notions, dont celle de liberté économique et concurrence

Les signes > ou < signifient les empiètements ou exceptions



Bibliographie

Ouvrages généraux

- Jean CALAIS-AULOY & Henri TEMPLE, *Précis de droit de la consommation*, DALLOZ, 8^{ème} édition, 2010
- Linda ARCELIN, *Droit de la concurrence, Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PRESSES UNIVERSITAIRES DE RENNES, 2009
- Daniel MAINGUY, Jean-Louis RESPAUD et Malo DEPINCE, *Droit de la concurrence*, LITEC, 2010
- Yves PICOD & Hélène DAVO, *Droit de la consommation*, SIREY, 2010
- Louis VOGEL, *Droit français de la concurrence*, LAWLEX, 2006
- Y.SERRA, *Le droit français de la concurrence*, ARMAND COLIN, 2003
- Marie-Laure IZORCHE, *Droit du marché et droit commun des obligations*, RDTCO.1998, p.17
- *Mémento Concurrence-Consommation*, LGDJ, Edition Francis Lefebvre, 2010
- J. B. BLAISE, *Droit des affaires, commerçants, concurrence et distribution*, LGDJ 2009
- Jean CALAIS- AULOY & Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd. 2006
- GUY RAYMOND, *Droit de la consommation*, LITEC, 2011

Ouvrages spéciaux

- Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, DALLOZ 2001
- Jean CALAIS-AULOY, *Etude du droit de la consommation*, DALLOZ 2004, *le comportement du consommateur dans la définition du marché par Guy CANIVET* p.227

- *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, DALLOZ, édition 2006
- Alain BIENAYME, *Principes de concurrence*, Economica, 1998

Jurisprudence

- Décision n°05-D-65 du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile
- Arrêt du 12 décembre 2006 de la Cour d'appel de Paris sur l'affaire de la téléphonie mobile
- Décision n°C-3/37.990 de la Commission européenne du 13 mai 2009 sur l'affaire Intel
- Avis de l'Autorité de la concurrence 10-a-26 du 7 décembre 2010 dans le secteur de la distribution alimentaire
- La décision de l'Autorité de la concurrence n°11-SOA-01 du 30 juin 2011 dans le secteur de la distribution automobile
- Avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-04 du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Télécom
- Avis du Conseil de la concurrence n° 97A23 du 15 octobre 1997 relatif au projet de regroupement des activités de gestionnaire de réseaux de contrôle technique automobile de la société MAAF Assurances et de l'association DEKRA
- Avis 02-A-07 du Conseil de la Concurrence du 15 mai 2002 relatif à l'affaire SEB/MOULINEX
- CJCE 25 octobre 1977, Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co.KG c/ Commission, aff. 26/76, Rec. CJCE 01875, att. 20, affaire. Metro I.
- Avis du Conseil de la Concurrence du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles – p. 3 – n°9.
- Cour d'appel Reims, ch.civ., 6 septembre 2004; jurisdata n°2004-262559
- Cour de cassation, ch.com., 30 mai 2000, n°98-15.549, D.2001, p.2587, note Y.Serra, *Contrat concurrence consommation.2000*, comm.161

Articles de revues

- L.DONNEDIEU DE VABRE TRANIE, *Un droit de la concurrence: pour quoi faire?*, *Revue Contrats, concurrence, consommation*, 2006, chronique 22

- Guy CANIVET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ?* Revue LAMY Droit de la concurrence, octobre/décembre 2006
- Daniel FASQUELLE, *Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Revue Droit de la Concurrence n°1-2006
- Yves PICOD, *Affinités ou divergences? L'approche juridique*, Cycle de conférence déloyale de la Cour de Cassation - Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles- Revue Lamy de la concurrence, avril/juin 2008, n°15
- David BOSCO, *Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante*, Petites affiches, 3 juillet 2008, n°133
- M.MOTTA, *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004
- M.MALAUURIE-VIGNAL, « *Une discrimination tarifaire non justifiée par des contreparties réelles est-elle constitutive d'une pratique abusive ? - Différence d'analyse entre droit et économie ou un consommateur pris à partie par le droit de la concurrence* », Contrats Concurrence Consommation n° 7, Juillet 2007, étude 10

Sites internet

- <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>
- <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/>
- <http://www.senat.fr/>
- <http://www.europea.eu>
- <http://www.quechoisir.org>
- <http://www.dalloz.fr/>
- <http://www.lexisnexis.fr/>
- <http://www.lexcellis-avocats.fr/>
- <http://www.avocats-fourgoux.com/>
- <http://www.economie.gouv.fr/>

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION..... | 2 |
| <i>Section 1 - Le consommateur et la concurrence, deux notions économiquement liées</i> | <i>3</i> |
| <i>Section 2 - Le consommateur et la concurrence, deux notions juridiquement liées</i> | <i>5</i> |
| PARTIE 1 - Le consommateur comme sujet protégé par le droit de la concurrence..... | 9 |
| TITRE 1- L'inévitable protection du consommateur par le droit de la concurrence | 9 |
| Chapitre 1 - Le consommateur, victime des atteintes à la concurrence | 10 |
| Section 1- Le préjudice subit par le consommateur | 10 |
| Paragraphe 1- Le préjudice découlant des pratiques anticoncurrentielles | 10 |
| A- Le préjudice résultant d'une entente anticoncurrentielle..... | 10 |
| 1- La notion d'entente anticoncurrentielle | 10 |
| 2- Les effets négatifs d'une entente sur le consommateur | 12 |
| B- Le préjudice résultant d'un abus position dominante d'un opérateur sur le marché..... | 14 |
| 1- La notion d'abus de position dominante | 14 |
| 2- Les effets négatifs d'un abus de position dominante sur le consommateur ... | 15 |
| Paragraphe 2 - Le préjudice découlant des autres principales atteintes a la concurrence | 17 |
| A- Le préjudice découlant d'une opération de concentration..... | 17 |
| 1- La notion de concentration d'entreprises | 17 |
| 2- Les effets négatifs d'une opération de concentration sur les consommateurs | 18 |
| B- Le préjudice subit du fait de la concurrence déloyale..... | 20 |
| 1- La notion de concurrence déloyale..... | 20 |
| 2- Les effets négatifs de la concurrence déloyale sur le consommateur | 22 |
| Section 2- La complexe reconnaissance de ce préjudice..... | 23 |
| Paragraphe 1- Les exemples de reconnaissance d'un préjudice pour le consommateur | 23 |

| | |
|---|----|
| A- L'exemple de l'affaire des opérateurs de téléphonie mobile | 23 |
| 1- <i>Résumé de l'affaire des opérateurs de téléphonie mobile</i> | 23 |
| 2- <i>Le dommage avéré causé aux consommateurs</i> | 24 |
| B- L'exemple de l'affaire Intel..... | 26 |
| 1- <i>Résumé de l'affaire Intel</i> | 26 |
| 2- <i>Le dommage reconnu causé aux consommateurs</i> | 27 |
| Paragraphe 2- Les difficultés liées à l'établissement du préjudice des consommateurs | 28 |
| A – Concernant la démonstration de leur préjudice | 28 |
| 1- Au niveau national, un dommage direct et certain | 28 |
| 2- L'établissement du lien de causalité | 29 |
| B – Concernant l'évaluation de leur préjudice | 29 |
| 1- La difficulté de quantification des dommages | 29 |
| 2 – La complexité de l'application effective des méthodes de calcul du préjudice | 31 |
| Chapitre 2- Le consommateur, bénéficiaire final du système juridique concurrentiel | 32 |
| Section 1 - L'objectif d'efficacité économique poursuivi par le droit concurrence | 33 |
| Paragraphe 1- La recherche du bon fonctionnement du marché..... | 33 |
| Paragraphe 2- La recherche du surplus du consommateur | 34 |
| A- La notion de surplus..... | 34 |
| B- L'effet du droit de la concurrence sur le surplus des consommateurs | 35 |
| Paragraphe 1- Le rôle de ces influences politiques et sociales | 36 |
| A- L'émergence d'une différence d'idéologie entre le droit antitrust américain et le droit de la concurrence français | 36 |
| B- La reconnaissance d'objectifs politiques divergents de l'efficacité économique | 37 |
| Paragraphe 2- La démonstration de ce double objectif économique et politique | 38 |
| A- L'exemple de la réglementation des concentrations | 38 |
| B- L'effet de ce double objectif pour le consommateur | 39 |

| | |
|--|-----------|
| TITRE 2 – La légitime prise en compte du consommateur par le droit de la concurrence..... | 40 |
| Chapitre 1- La considération du consommateur par le législateur et les autorités ... | 40 |
| Section 1- Des textes de concurrence incluant des questions de protection du consommateur | 40 |
| Paragraphe 1- L'exemple concernant l'information du consommateur..... | 41 |
| Paragraphe 2 - L'exemple de la réglementation sur les pratiques restrictives de concurrence | 42 |
| Paragraphe 3- L'exemple de la réglementation du prix d'appel | 43 |
| Section 2- Des lois de concurrence au service de la protection du consommateur | 44 |
| Paragraphe 1- L'exemple de la loi Châtel, loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs..... | 45 |
| A- La modernisation des relations commerciales dans l'intérêt du consommateur | 45 |
| 1- L'apport de la loi Châtel dans ce domaine | 45 |
| 2- L'évolution de la réglementation portant sur les relations commerciales..... | 46 |
| B- Vers une meilleure protection du consommateur | 47 |
| 1- <i>Des mesures relatives au secteur des communications électroniques</i> | <i>47</i> |
| 2- <i>Des mesures relatives au secteur bancaire</i> | <i>47</i> |
| 3- <i>Des mesures relatives à la vente de biens et fourniture de prestations de services à distance</i> | <i>48</i> |
| 4- <i>Les autres mesures afférentes aux consommateurs.....</i> | <i>48</i> |
| 5- <i>L'habilitation du gouvernement à procéder à l'adaptation de la partie législative du code de la consommation</i> | <i>49</i> |
| Paragraphe 2 – La nécessité d'un droit séparé de la consommation | 49 |
| A- L'apparition d'un droit de la consommation autonome..... | 49 |
| B- La nécessité de ce droit due au constat de questions non abordées par le droit de la concurrence | 50 |
| Chapitre 2- Des autorités traitant de la défense de la concurrence et de la protection des consommateurs | 51 |
| Section 1- Les organisations compétentes en matière de droit de la concurrence et de droit de la consommation | 51 |
| Paragraphe 1- Le système américain de la « Federal trade commission » | 51 |

| | |
|--|----|
| A- Le bureau de protection des consommateurs | 52 |
| B- Le bureau de la concurrence | 52 |
| Paragraphe 2- La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes | 53 |
| A- La DGCCRF, un organisme atypique | 54 |
| B- Les objectifs de la DGCCRF | 54 |
| 1- <i>La régulation concurrentielle des marchés</i> | 54 |
| 2- <i>La protection économique et la sécurité des consommateurs</i> | 55 |
| Section 2- La politique de l'Autorité de la concurrence, une politique au bénéfice du consommateur. | 56 |
| Paragraphe 1-L'avis 10-a-26 du 7 décembre 2010 dans le secteur de la distribution alimentaire..... | 56 |
| A- Le constat dressé par l'Autorité de la concurrence, constat négatif le consommateur | 56 |
| B- Le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs répondant aux préoccupations de l'Autorité de la concurrence ... | 58 |
| Paragraphe 2 - La décision n°11-SOA-01 du 30 juin 2011 dans le secteur de la distribution automobile | 58 |

| | |
|--|-----------|
| PARTIE - 2 Le consommateur comme instrument du droit de la concurrence..... | 62 |
|--|-----------|

| | |
|---|-----------|
| TITRE 1- La mise en avant du consommateur dans les justifications de comportements portant atteinte à la concurrence | 62 |
|---|-----------|

| | |
|---|-----------|
| Chapitre 1 – L'intérêt du consommateur, critère de justification des atteintes à la concurrence..... | 63 |
|---|-----------|

| | |
|---|-----------|
| Section 1- Le mécanisme des exemptions des pratiques anticoncurrentielles et le consommateur | 63 |
|---|-----------|

| | |
|---|----|
| Paragraphe 1- La justification des pratiques anticoncurrentielles | 64 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| A- Les justifications de l'entente anticoncurrentielle | 64 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 1- <i>Le cumul du droit français et du droit communautaire</i> | 64 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 2- <i>Les exemptions catégorielles et individuelles</i> | 66 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| B- La justification de l'abus de position dominante | 68 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 1- <i>L'interdiction des abus de position dominante reconnue par le droit français et le droit communautaire</i> | 68 |
| 2- <i>La divergence du droit français et communautaire quant à la justification de l'abus de position dominante</i> | 68 |
| Paragraphe 2- Le rôle du consommateur dans la justification des pratiques anticoncurrentielles | 69 |
| A- Le critère de l'amélioration du progrès économique et le consommateur | 70 |
| 1- <i>Le constat de gains d'efficacité exigé par le droit communautaire</i> | 70 |
| 2- <i>L'amélioration du progrès technique exigée par le droit français</i> | 71 |
| B- Le critère du partage du profit avec les « utilisateurs » | 72 |
| 1- <i>Le partage du profit avec les utilisateurs exigé par le droit français</i> | 72 |
| 2- <i>Le partage du profit avec les consommateurs requis par le droit communautaire</i> | 73 |
| Section 2- Le mécanisme de compensation des opérations de concentration et le consommateur | 74 |
| Paragraphe 1- Le système français de compensation des opérations de concentration | 75 |
| A- Le rôle du consommateur dans le système français de compensation..... | 75 |
| 1- <i>Le contrôle des opérations de concentration</i> | 75 |
| 2- <i>Les éléments retenus pour la compensation de l'opération</i> | 76 |
| B- L'intérêt du consommateur, un gain d'efficacité reconnu par l'Autorité de la concurrence | 78 |
| 1- <i>L'affaire TDF/Bouygues Telecom</i> | 78 |
| 2- <i>L'affaire Dekra/ MAAF Assurances</i> | 79 |
| 3- <i>L'affaire SEB/Moulinex</i> | 79 |
| Paragraphe 2- Le système communautaire de compensation des opérations de concentration | 80 |
| A- Le contrôle européen des opérations de concentration | 80 |
| B- La traditionnelle position défavorable de la Commission vis-à-vis des gains d'efficacité | 82 |
| 1- <i>La difficile reconnaissance des gains d'efficacité</i> | 82 |
| 2- <i>La dichotomie entre le contrôle des ententes le contrôle des concentrations</i> | 82 |
| C- L'adoption progressive de la méthode du bilan économique..... | 84 |
| Chapitre 2 – L'intérêt du consommateur, indice de l'efficacité économique d'une atteinte à la concurrence | 86 |

| | |
|--|------------|
| Section 1- L'intérêt du consommateur, une notion complexe et largement utilisée par le droit de la concurrence | 86 |
| Paragraphe 1 - L'intérêt du consommateur et le progrès économique, deux notions aux contours imprécis | 86 |
| A- La confusion entre protection de l'intérêt du consommateur et protection de l'intérêt général..... | 87 |
| B- L'amalgame entre le progrès économique et sa propre répartition | 88 |
| Paragraphe 2 - L'intérêt du consommateur comme outil d'analyse de la situation d'une entreprise sur le marché | 90 |
| A- L'utilisation de l'intérêt du consommateur dans le cadre de l'établissement du progrès économique | 90 |
| B- La confusion entre l'intérêt du consommateur et le comportement concurrentiel attendu dans le cadre de la répartition du progrès économique | 92 |
| | |
| Section 2- L'exemple de l'utilisation de l'intérêt du consommateur dans le système de la règle de raison. | 93 |
| Paragraphe 1- Le système de la règle de raison | 94 |
| A- La règle de raison en droit communautaire | 94 |
| B- La règle de raison en droit français | 94 |
| Paragraphe 2 - Le rôle attribué au consommateur dans le domaine de la règle de raison..... | 95 |
| A- Le rôle du consommateur dans l'application communautaire de la règle de raison à des accords de distribution sélective | 95 |
| 1- <i>L'affaire Metro</i> | 95 |
| 2- <i>Les besoins du consommateur, révélateurs de l'existence d'un marché spécifique</i> | 96 |
| B- Le rôle du consommateur dans l'application nationale de la règle de raison à des ententes horizontales..... | 97 |
| | |
| TITRE 2 – La mise à l'écart du consommateur quant à sa possibilité d'action..... | 99 |
| | |
| Chapitre 1- L'action des consommateurs comme instrument de lutte contre les comportements anticoncurrentiels | 100 |
| | |
| Section 1- La mise en œuvre de l'action privée en matière de pratiques anticoncurrentielles..... | 100 |

| | |
|--|------------|
| A- La distinction entre action publique et action privée | 101 |
| 1- <i>La définition de l'action privée</i> | 101 |
| 2- <i>L'action privée comme complément du dispositif propre à l'action publique</i> | 101 |
| B- L'application de la réglementation des pratiques anticoncurrentielles par la sphère privée | 103 |
| 1- <i>Le Principe de l'application à la sphère privée</i> | 103 |
| 2- <i>Les fondements textuels de l'application à la sphère privée</i> | 103 |
| 3- <i>Les fondements jurisprudentiels de l'application à la sphère privée</i> | 103 |
| Paragraphe 2- Les différentes possibilités d'actions privées existantes | 104 |
| A- Les conditions générales d'obtention de dommages et intérêt en cas de préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle | 104 |
| 1- <i>Une faute</i> | 105 |
| 2- <i>Un dommage</i> | 105 |
| 3- <i>Un lien de causalité</i> | 105 |
| B- Les actions individuelles | 105 |
| C- Les actions collectives | 106 |
| 1- <i>L'action dans l'intérêt collectif des consommateurs</i> | 107 |
| 2- <i>L'action en représentation conjointe</i> | 107 |
| Section 2- Les difficultés tenant à la mise en œuvre de l'action privée en matière de pratiques anticoncurrentielles | 109 |
| Paragraphe 1- Les difficultés de forme | 109 |
| A- Les difficultés de mise en œuvre des actions individuelles | 109 |
| 1- <i>Le déséquilibre entre consommateurs et professionnels</i> | 109 |
| 2- <i>Les difficultés d'accès à la justice</i> | 109 |
| 3- <i>Une faible incitation à agir pour des dommages et intérêts restreints</i> | 110 |
| B- Les difficultés de mise en œuvre des actions collectives..... | 110 |
| 1- <i>Les difficultés liées aux actions collectives au niveau communautaire</i> | 110 |
| 2- <i>Les difficultés liées aux actions collectives au niveau national</i> | 111 |
| Paragraphe 2- Les difficultés de fonds..... | 113 |
| A- Les difficultés en matière de preuve | 113 |
| 1- <i>Charge de la preuve et degré de preuve</i> | 113 |
| 2- <i>L'accès aux preuves</i> | 113 |
| 3- <i>La valeur probante des décisions des autorités nationales de concurrence</i> | 114 |

| | |
|--|------------|
| B- La nécessité de l'existence d'une faute | 115 |
| C- Les obstacles relatifs aux dommages et intérêts | 115 |
| 1- <i>La base de calcul des dommages et intérêts</i> | 116 |
| 2- <i>Un calcul de dommages et intérêts au cas par cas</i> | 117 |
| 3- <i>L'inexistence de dommages et intérêts punitifs</i> | 117 |
| D- Le moyen de défense portant sur la répercussion des surcoûts et la situation de l'acheteur indirect. | 118 |
| 1- <i>La notion d'acheteur indirect</i> | 118 |
| 2 - <i>La situation de l'acheteur indirect : le consommateur</i> | 118 |
| Section 3- Les solutions envisagées pour une meilleure efficacité de l'action privée en matière de pratiques anticoncurrentielles | 119 |
| Paragraphe 1– Les projets d'action de groupe..... | 120 |
| A-Les projets d'action de groupe au niveau national | 120 |
| 1- <i>La multiplication des tentatives visant à l'instauration d'une action de groupe</i> | 120 |
| 2- <i>Le rapport d'information de la Commission des lois au Sénat</i> | 121 |
| B-Les projets d'action de groupe au niveau communautaire..... | 124 |
| 1- <i>La proposition d'action de groupe émanant du Livre blanc de 2008</i> | 124 |
| 2- <i>La mise à l'écart du projet à ce jour</i> | 125 |
| Paragraphe 2 – Les propositions de fond de la Commission européenne..... | 126 |
| A- La facilitation de l'accès aux preuves..... | 126 |
| B- Les propositions concernant le dommage du consommateur | 127 |
| 1- <i>La quantification du dommage</i> | 127 |
| 2- <i>Projet de codification des types de dommages subis par les victimes d'infractions au droit de la concurrence</i> | 127 |
| C- Les propositions concernant les dommages et intérêts | 128 |
| 1- <i>La réparation intégrale du dommage subi à sa valeur réelle</i> | 128 |
| 2- <i>Faciliter le calcul du quantum des dommages et intérêts</i> | 128 |
| 3- <i>Les dommages et intérêts punitifs</i> | 128 |
| D- La situation de l'acheteur indirect | 129 |
| E- Les propositions concernant le coût des actions privées..... | 129 |
| 1- <i>Le développement des accords transactionnels et le plafonnement des frais</i> | |

| | |
|--|-----|
| <i>de procédure en matière d'action en réparation pour infraction au droit de la concurrence</i> | 129 |
| 2- <i>Les dépens</i> | 130 |
| Chapitre 2- L'impossibilité d'action du consommateur en matière de concurrence déloyale | 131 |
| Section 1- L'action en concurrence déloyale, une action inutilisable par le consommateur | 131 |
| Paragraphe 1- Le mécanisme de l'action en concurrence déloyale | 131 |
| A- La notion d'action en concurrence déloyale | 131 |
| B- Une action fondée sur l'article 1382 du Code civil | 133 |
| Paragraphe 2- L'action en concurrence déloyale, une action réservée..... | 133 |
| A- Une action fermée aux consommateurs et aux associations chargées de les représenter | 133 |
| B- Les raisons de l'impossibilité d'action du consommateur en matière de concurrence déloyale..... | 135 |
| 1- <i>L'intérêt à agir, une condition satisfaite</i> | 135 |
| 2- <i>Une absence de qualité à agir en raison d'une absence de situation concurrentielle</i> | 136 |
| Section 2- Un mise à l'écart du consommateur incohérente et vouée à évoluer ... | 137 |
| Paragraphe 1- Les incohérences tenant à l'impossibilité d'action des consommateurs en concurrence déloyale | 137 |
| A- La situation concurrentielle, une condition remise en question..... | 137 |
| B- La prise en compte grandissante du consommateur en matière de concurrence déloyale | 139 |
| 1- <i>Action en concurrence déloyale et protection du consommateur</i> | 139 |
| 2- <i>Action en concurrence déloyale et protection de l'intérêt général</i> | 140 |
| C- L'inefficacité des actions actuellement utilisables par le consommateur | 141 |
| 1- <i>L'action individuelle</i> | 141 |
| 2- <i>L'action dans l'intérêt collectif</i> | 142 |
| 3- <i>L'action en représentation conjointe</i> | 143 |
| Paragraphe 2– La volonté d'une législation en matière de concurrence déloyale ... | 143 |
| A- Étendre le champ d'investigation de la concurrence déloyale..... | 144 |
| B- L'élargissement de l'action en concurrence déloyale au consommateur..... | 145 |

| | |
|--|-----|
| 1- <i>L'ouverture de l'action en concurrence déloyale au consommateur, une option soutenue par de nombreux auteurs</i> | 145 |
| 2- <i>Les apports de la loi LME en matière de loyauté des professionnels envers le consommateur</i> | 146 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| <u>CONCLUSION</u> | 149 |
|--------------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------|------|
| <u>ANNEXES</u> | 1-18 |
|-----------------------------|------|

| | |
|--|---|
| 1- Powerpoint « Concurrence et protection des consommateurs » par Philippe Brusick, Ancien chef des politiques de la concurrence et de la protection des consommateurs de la CNUCED..... | 2 |
|--|---|

| | |
|--|---|
| 2- La politique de la concurrence et la politique de la protection des consommateurs, document de la CUTS International (Consumer Unity & Trust Society) | 8 |
|--|---|

| | |
|--|----|
| 3- Rapport d'information de la Commission des lois au Sénat « L'action de groupe à la française : Parachever la protection de consommateurs..... | 11 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 4- Reproduction d'un schéma issu du cours du professeur Henri Temple..... | 18 |
|---|----|