

Copie de secours de Projet de réponse DGCCRF au discussion paper de l'OFT après visa  
FA .doc 0024089  
Réf : courriel n°

Affaire suivie par Frédérique Daudret-John  
Bureau : B1  
Téléphone : 01 44 97 25 04  
Télécopie : 01 44 97 25 00  
Mél. : frederique.daudret-john@dgccrf.finances.gouv.fr

**OBSERVATIONS DE LA DGCCRF**  
**SUR LE « DISCUSSION PAPER » PUBLIE PAR L'OFT,**  
**« PRIVATE ACTIONS IN COMPETITION LAW :**  
**EFFECTIVE REDRESS FOR CONSUMERS AND BUSINESS »**

1. Le présent document réunit une série d'observations de la DGCCRF sur la question des actions privées menées pour le compte des consommateurs et des entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles, formulée à l'occasion de la présentation d'un *Discussion paper* par l'*Office of Fair Trading* britannique
2. Tant au niveau national qu'à l'échelon communautaire, la DGCCRF en charge de la régulation concurrentielle des marchés et de la protection économique des consommateurs, est amenée à réfléchir sur la place et le rôle de l'action privée contre les pratiques anticoncurrentielles à côté de l'action publique, régulatrice et répressive déjà existante. Une telle réflexion, dans le cadre français et au sein du Réseau européen des autorités de concurrence, englobe nécessairement un débat sur l'opportunité d'une action collective en tant que développement possible de l'action privée.
3. Ce sujet est d'autant plus d'actualité qu'une association de consommateurs a décidé, à la suite de la décision par laquelle le Conseil de la concurrence a condamné les trois opérateurs de téléphonie mobile français à une amende de 534 millions d'euros, d'entamer une procédure en représentation conjointe, à défaut de disposer d'une véritable procédure d'action de groupe.
4. Dans ce contexte, la DGCCRF travaille depuis le début de l'année 2005 sur les moyens destinés à permettre à des groupes de consommateurs et à leurs représentants de mener des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés. Ces réflexions ont conduit la DGCCRF à avoir une appréciation plus nuancée que celle exposée dans le Discussion Paper de l'OFT.
5. Le présent document analyse successivement le contexte international et européen des travaux sur les actions privées (I), distingue les axes principaux des propositions de l'OFT concernant les actions en représentation ( II) et fait le point sur les travaux préparatoires relatifs à l'action de groupe en France (III).

## L'état de la réflexion au niveau international et européen

6. Dans le cadre de l'OCDE, des débats se sont tenus depuis trois ans, à partir de l'expérience des Etats-Unis en la matière, sur les avantages et les inconvénients de favoriser les actions privées en réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles. Ces réflexions sur l'action privée en général ont conduit les pays membres les plus importants de l'OCDE à débattre de l'action de groupe qui constitue un développement possible de l'action en réparation.

7. Alors même que le droit de la responsabilité civile apparaît bien éloigné des préoccupations du Traité en matière de concurrence, le droit communautaire s'y intéresse également depuis de nombreuses années. Ceci s'explique par le fait que les actions privées sont désormais perçues, à côté de l'action publique, comme un instrument supplémentaire de lutte contre les pratiques les plus nocives. Les actions en indemnisation n'ont plus seulement une fonction réparatrice, mais aussi un caractère dissuasif permettant de renforcer l'effectivité du droit de la concurrence.

8. La question de la réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle a connu un regain d'actualité et d'intérêt à compter de l'arrêt de la Cour de Justice « *Courage* » du 20 septembre 2001 dans lequel la Cour a affirmé que toute personne devait au nom de l'effet utile du Traité pouvoir « *effectivement* » demander la réparation du préjudice que lui aurait causé un comportement restrictif de concurrence.<sup>1</sup>

9. C'est dans ce contexte que la Commission européenne a publié son Livre Vert le 21 décembre 2005, lançant ainsi le débat sur les moyens permettant de promouvoir au bénéfice des victimes, une véritable réparation des dommages causés par la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles.

10. Dans ce cadre, la Commission s'est logiquement intéressée à la question de la détermination des titulaires des actions en dommages et intérêts.

11. A cet effet, parmi les options proposées dans le Livre vert relatives à la défense des intérêts des consommateurs, la Commission envisage la mise en place de procédure permettant l'action collective des consommateurs. A cet égard, elle propose l'introduction d'actions de groupe dont les titulaires seraient les associations de consommateurs. Elle n'exclut cependant pas à ce stade les actions de groupe initiées directement par les consommateurs. Le Livre vert contient également une option permettant une procédure d'action collective pour les groupes d'acheteurs autres que les consommateurs finals. La Commission européenne a annoncé la publication d'un Livre Blanc avant la fin de l'année 2007.

12. A l'occasion d'une table ronde tenue à l'OCDE le 7 juin 2006 sur le thème des « *private remedies* », la Commission européenne<sup>(2)</sup> a apporté des précisions sur sa conception d'une action collective pour la défense des consommateurs. A cet égard, elle a clairement manifesté sa préférence pour une action des consommateurs par la voie d'associations de consommateurs ou autres entités qualifiées<sup>(3)</sup>. Elle a précisé qu'une action collective mise en œuvre directement par un groupe de consommateurs n'était pas

---

<sup>1</sup> Voir *Courage /Crehan*, affaire C-453/99, arrêt de la Cour de Justice du 20 septembre 2001, points 26 et 27.

<sup>2</sup> Voir « *Contribution of the Services of the European Commission DG Competition to OECD Roundtable Discussion on Private Remedies : Collective and representative action ; interface between public and private enforcement, Working Party N° 3, 7 June 2006* ».

<sup>3</sup> La Commission parle de « *representative action by consumer associations or other qualified entities* ».

envisagée du fait des risques de dérives tels que la perte par les consommateurs au profit des avocats du contrôle sur le procès <sup>(4)</sup>.

13. Si les Etats Unis disposent d'une large antériorité en matière d'action de groupe, il convient ici de rappeler qu'une réflexion a eu lieu ces dernières années outre-Atlantique sur les dérives qui ont résulté de la mise en œuvre des *class action*. Ces réflexions ont abouti à l'adoption d'une loi, « *The Class Action Fairness Act of 2005* », qui vise à aménager le régime juridique des actions de groupes pour en réduire les excès. <sup>(5)</sup>

14. S'agissant de l'évolution du système d'action de groupe aux Etats Unis, on signalera un récent arrêt de la Cour suprême américaine dans une affaire « *Twombly* »<sup>6</sup> dans lequel la Cour se prononce sur le niveau de preuve auquel les plaignants doivent satisfaire dès la phase préparatoire de la procédure d'action de groupe. Elle juge que les plaintes des consommateurs alléguant l'existence d'un partage géographique de marché entre les Baby Bells, opérateurs locaux de télécommunications issus du démantèlement d'ATT en 1984, ne sont pas étayées d'éléments suffisamment probants pour fonder une action de groupe. La Cour Suprême considère ainsi qu'une plainte en violation du droit de la concurrence doit franchir la ligne de partage entre le possible et le plausible (« *plausible grounds* »)<sup>7</sup> avant d'autoriser les procédures dites de « *discovery* ». En l'espèce, la Cour insiste sur la charge de la preuve incombant au plaignant, en particulier lorsque le comportement dénoncé peut autant relever de la collusion que du simple parallélisme de comportements.<sup>8</sup>

## **II- Les axes de réforme proposés dans le Discussion paper de l'OFT sur les actions en représentation**

### *a - Le contexte*

15. L'OFT a lancé une consultation informelle sur la manière de rendre effectif le droit pour les consommateurs et les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles d'obtenir réparation du préjudice causé. Cette consultation organisée par l'OFT s'inscrit dans le cadre de la réflexion lancée par la Commission européenne. Son « Discussion Paper » illustre le fait que la solution aux problèmes soulevés par la Commission européenne dans son Livre vert passe par une mobilisation des autorités nationales de concurrence sur la question de la défense des consommateurs, position depuis longtemps défendue par la DGCCRF.

16. L'objectif de ce « *Discussion Paper* » est de peser sur le débat en cours en Grande Bretagne et en Europe sur la question de savoir comment améliorer l'efficacité des actions en dommages et intérêts pour violation du droit antitrust.

---

<sup>4</sup> Voir article du professeur Combes, in RIDE 2006 « la possibilité pour les cabinets d'avocats de démarcher les victimes, par exemple sous forme de collecte en ligne de mandats de représentation, permet le développement d'un » marché « de l'action civile.

<sup>5</sup> la loi « *Fairness Act* » a pour principal objet de permettre au défendeur de demander le transfert d'une class action introduite devant le tribunal d'un Etat fédéral, vers une juridiction fédérale, cette dernière étant réputée moins propice aux plaignants.

<sup>6</sup> Voir US Supreme Court *Bell Atlantic Corp.v.Twombly*, 21 mai 2007

<sup>7</sup> La Cour Suprême a considéré: "A complaint must contain enough fact to raise a reasonable expectation that discovery will reveal evidence of illegal agreement"

<sup>8</sup>La Cour Suprême observe que " *the complaint rested on descriptions of parallel conduct without sufficient allegations of an actual agreement among the ILECs' noting that the pleadings mentioned no specific time, place, or person involved in the alleged conspiracies.*"

17. Sur la base des réponses à sa consultation, l'OFT a l'intention de faire des recommandations au Gouvernement britannique, lequel a déjà signalé son intention de travailler avec les autorités de concurrence et la Commission européenne pour identifier et éliminer les obstacles à la mise en place d'un système plus efficace pour les demandes d'indemnisation.

18. L'OFT considère que la plupart des conditions légales et structurelles pour une action privée efficace sont déjà en place en Grande Bretagne mais connaissent une application encore limitée s'agissant des infractions au droit de la concurrence. En conséquence, l'OFT estime que l'objectif actuel devrait être d'améliorer l'efficacité du système existant pour en permettre une mise en œuvre effective.

19. A cet effet, l'OFT dégage plusieurs axes qu'il considère comme essentiels dans la mise en œuvre de la réforme qu'il entend proposer :

- Permettre aux consommateurs et aux entreprises victimes de dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles d'en obtenir réparation tant par la voie d'une action directe devant le juge ( « *stand alone action* ») que par une action faisant suite à une action publique (« *follow on action* »)
- Permettre aux organismes agréés et représentatifs des intérêts des consommateurs ou des entreprises (« *responsible bodies representative of consumers and businesses*») d'introduire des actions en réparation pour le compte de victimes de pratiques anticoncurrentielles.
- Garantir une complémentarité harmonieuse entre les actions privées et l'action publique.
- Veiller à ne pas créer une culture du conflit judiciaire ( « *litigation culture* ») exposant les opérateurs à des coûts injustifiés.
- Promouvoir des mécanismes de conciliation efficaces permettant de régler le litige sans porter l'affaire devant le juge.
- Trouver le juste équilibre entre les demandes d'informations faites aux défendeurs nécessaires au règlement du litige tout en s'assurant que le procès n'est pas abusif.

#### ***b- L'action de groupe en représentation***

20. L'OFT consacre un développement important aux actions de groupe en représentation (« *representative actions* »).

21. En préliminaire, l'OFT souligne qu'il faut bien distinguer les actions en représentation (« *representative actions* ») des « *class actions* ». Les premières sont engagées par un organe (« *a body* ») représentant les intérêts de victimes identifiées selon des critères prédéterminés tandis que les secondes le sont par un requérant nommé (« *a named claimant* ») agissant au nom du groupe auquel il appartient.

22. Au niveau communautaire, l'OFT considère qu'il serait utile d'assurer un niveau adéquat de protection des victimes de pratiques anticoncurrentielles dans l'UE en élaborant un instrument communautaire qui « *exigerait des Etats membres de mettre en place des procédures collectives efficaces* » pour engager des actions privées. Le choix de la forme de ces actions collectives pourrait être laissé aux Etats membres.

23. Au niveau national, l'OFT rappelle que des dispositions ont déjà été prises pour réduire les difficultés auxquelles les consommateurs se trouvent confrontés pour agir en réparation des violations du droit antitrust. Par exemple, des corps spécifiques sont

autorisés à porter devant le « *Competition Appeal Tribunal* » ( CAT) des actions collectives faisant suite à une décision de l'OFT (« *follow on actions* »).

24. L'OFT considère qu'un système de « *representative actions* » devrait également présenter les principales caractéristiques suivantes :

- Une base statutaire pour les actions de groupe portées directement devant le juge (« *representative standalone actions* ») et une extension aux entreprises du champ des actions de groupe à la suite d'une action publique (« *follow on actions* »).
- Les représentants de l'action de groupe devraient être désignés par le Secrétaire d'Etat ou sur autorisation du Tribunal au cas par cas. En tout état de cause , un système d'action de groupe ne peut opérer efficacement que si les représentants du groupe portant l'action sont crédibles, fiables (« *reputable* ») et déterminés à agir pour les intérêts des personnes qu'ils représentent. (« *committed to acting in the interests of those they represent* »).

25. A cet égard, l'OFT rappelle qu'il avait émis dans sa réponse au Livre vert le souhait d'être agréé en tant que corps compétent (« *specified body in due course* ») pour mener des « *representative actions* ». Pour le moment, l'OFT considère toutefois que ses ressources doivent être concentrées sur son action publique et que la complémentarité entre le « *public enforcement* » et les « *private actions* » lui donnera en tout état de cause l'opportunité de mettre en oeuvre son expertise dans ce domaine.

26. Il est essentiel que les Tribunaux gèrent de manière énergique et solide des actions de groupe portées devant eux. Les tribunaux anglais disposent déjà à cet égard de pouvoirs assez forts. Par exemple, ils peuvent prendre des mesures afin de s'assurer que les parties se focalisent sur les questions principales du litige et que la procédure de « *disclosure* » ne devienne pas pesante. L'OFT recommande néanmoins l'attribution de nouveaux pouvoirs aux tribunaux afin de régler certains aspects propres aux actions de groupe en matière de concurrence.

### *c- Les types d'actions de groupe*

27. L'OFT rappelle les deux catégories d'action de groupe : le modèle dans lequel le groupe est constitué des personnes ayant expressément adhéré à l'action (« *opt in* ») ; le modèle dans lequel le groupe est constitué d'individus présumés adhérer à l'action sauf manifestation expresse contraire (« *opt out* »). Il développe ensuite des arguments pour et contre chacun de ces modèles en mettant l'accent sur les points suivants.

28. L'OFT explique que le modèle de l'« *opt in* » a l'avantage de laisser l'individu décider s'il veut être inclus dans une classe et participer effectivement à l'action, mais qu'il présente par ailleurs l'inconvénient de laisser les consommateurs qui ne sont pas dans l'action de groupe sans moyen réellement efficace d'obtenir réparation. En d'autres termes, l'OFT juge préférable de « *forcer* » les consommateurs à être dans une action collective par le biais du modèle d'« *opt out* », plutôt que de laisser des dommages non réparés, faute d'action engagée par toutes les victimes.

29. Toutefois, l'OFT souligne que ce dernier type de procédure (« *consumers at large* ») pourrait être contraire à l'article 6 de la CEDH. Cette réserve pourrait cependant être levée en donnant la possibilité à chaque personne concernée de signifier qu'elle ne veut pas être liée par les résultats de l'action de groupe.

30. L'OFT fait également valoir que le choix d'un modèle (« *opt in* » ou « *opt out* ») n'est pas sans incidence sur la « *business compliance* ». Avec l'« *opt in* », l'entreprise n'est pas tenue de payer une compensation à hauteur du dommage causé à l'intégralité des consommateurs. En revanche l'« *opt out representative action* » maximise le risque financier pour les entreprises puisqu'elles seront redevables de la totalité des dommages causés par leur comportement anticoncurrentiel.

31. En termes de coût, l'OFT considère que le système de l'« *opt out* » est également plus efficace en ce qu'il diminue le nombre de procédures et les coûts fixes y afférant.

32. S'agissant de la publicité des « *representative actions* », l'OFT considère que le modèle de l'« *opt in* » peut fragiliser l'action car il oblige à identifier chaque requérant dès le début de la procédure. Pour contourner cette difficulté, l'OFT propose de prévoir la possibilité de donner aux consommateurs une opportunité ultérieure de se joindre à l'action à la suite d'un jugement déclaratoire de responsabilité et établissant le montant du surpris, l'action de groupe pouvait alors faire l'objet d'une publicité pour permettre à un nombre supplémentaire de plaignants de s'y joindre. Ce type de procédure en deux temps permettrait une initiation plus rapide de l'action, dans la mesure où il n'y aurait pas l'obligation de procéder dès le début de la procédure à l'identification d'un nombre suffisant de requérants.

33. L'OFT considère aussi que le choix du modèle « *opt out* » exige la mise en place d'un système efficace de gestion et de distribution des fonds résultant d'une action en représentation. Au cas où les indemnisations ne seraient pas complètement distribuées entre les différentes victimes, une option pourrait être de permettre au tribunal de statuer sur la destination des indemnités restantes. Ces fonds pourraient être affectés à des actions d'éducation des consommateurs faisant partie de la catégorie (« *cy pres*») ou à la recherche et au financement d'autres actions en représentation.

### III Les travaux préparatoires sur l'action de groupe en France

34. En France, la question de l'action en réparation de préjudices de masse, autrement nommée « *action de groupe* » ou « *action collective* » suscite depuis longtemps un débat riche et intense. Ce débat prend la forme de différents travaux préparatoires à l'adoption d'un dispositif législatif en la matière.

35. C'est notamment dans le domaine de la consommation que les réflexions se sont succédées dans le sens d'une amélioration des recours ouverts aux victimes de préjudices collectifs<sup>9</sup> afin de renforcer les droits des consommateurs, qui n'ont souvent qu'un intérêt limité à agir individuellement en justice pour régler des litiges portant sur des dommages d'un faible montant. Ces réflexions ont abouti en 1992 à l'introduction d'une action dite « en représentation conjointe » ouverte aux associations de consommateurs à des conditions très restrictives<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>Voir *Loi Royer de 1973, rapport 1983 de la Commission sur le règlement des litiges de la consommation, jurisprudence dite des ligues de défense, proposition de loi déposée en 1984, retirée, rapport au premier ministre en juillet 2003 en droit de la consommation, voir également Précis Dalloz procédure civile Guinchard n° 126.*

<sup>10</sup> *En matière de droit de la consommation, deux procédures de représentation d'intérêts collectifs en justice ont été adoptées par le législateur français : l'action collective des associations de consommateurs pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs instaurée par la loi du 5 janvier 1988 et l'action en représentation conjointe introduite la loi du 18 janvier 1992 permettant aux associations de consommateurs d'agir pour le compte de ces derniers. L'action collective introduite par la loi du 5 janvier 1988 (cf. art L. 421-1 du code de la consommation) est très éloignée de la class action à l'américaine car elle a pour but de réparer l'atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs par une infraction pénale. Les condamnations prononcées ne bénéficient donc qu'à l'association de consommateurs plaignante et non aux*

36. L'action en représentation conjointe n'ayant donné lieu qu'à un nombre très faible de contentieux<sup>11</sup>, le débat a perduré et a trouvé un regain d'actualité à partir du début de l'année 2005 avec la demande du Président de la République au Gouvernement de proposer une modification de la législation actuelle « pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés ». Parmi les missions confiées à la Ministre de l'Economie, des finances et de l'emploi le 12 juillet 2007 par le Président de la République, figure l'introduction des « class action ».

37. Les travaux préparatoires repris ci-après sont le rapport d'un groupe de travail ad hoc (a), les propositions de lois Chatel et Bricq-Yung (b), le projet de loi du gouvernement en faveur des consommateurs (c), et l'amendement du gouvernement étendant le champ de l'action de groupe aux pratiques anticoncurrentielles (d).

#### ***A - Le rapport du groupe de travail ad hoc sur l'action de groupe***

38. A la suite de la demande du Président de la République, le directeur général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes du Minefe et le directeur des Affaires Civiles et du Sceau de la Chancellerie ont créé un groupe de travail ayant pour mission de faire des propositions allant de l'amélioration du dispositif de l'action en représentation conjointe jusqu'à la mise en place de mécanismes nouveaux qui ouvriraient aux associations de consommateurs le droit d'agir, dans certains types de litiges, au nom d'un groupe de consommateurs, pour obtenir le respect des règles de droit et la réparation des préjudices individuels.

39. Le groupe de travail a étudié toutes les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une action de groupe, qu'il s'agisse de la recevabilité de l'action (qualité et intérêt à agir en justice), de la détermination de la juridiction compétente, des modalités de la procédure, des effets et conditions d'exécution de la décision, des voies de recours, ou du champ d'application de cette procédure.

40. De nombreuses auditions ont permis d'entendre des personnalités venues de tous horizons qui, par leur compétence et leur expérience, ont enrichi considérablement la réflexion menée par les membres du groupe.

41. Le rapport du groupe de travail a été remis le 16 décembre 2005 au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de la Justice. Il précise les axes d'une possible réforme, en laissant ouvertes les questions de la forme juridique d'une action de groupe et de son champ d'application.

42. S'agissant de l'introduction d'une procédure d'action de groupe dans le droit français, le rapport expose deux options : la première option, inspirée de la « class action » américaine et du recours collectif québécois, envisage une procédure en deux

---

*victimes elles-mêmes. De plus, la jurisprudence paraît admettre avec difficulté l'évaluation du préjudice collectif en raison de la difficulté d'en établir la preuve (voir sur ce point quatre arrêts de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> février 2005, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 2005, Dalloz 2005 p. 487 obs. C. Rondey).*

<sup>11</sup> Lors de son audition devant la Commission des lois du Sénat le 1<sup>er</sup> février 2006, M. Cerutti, Directeur général de la DGCCRF a rappelé que depuis 1992, seulement cinq actions en représentation conjointe avaient été enregistrées. Il a attribué, pour partie, l'insuccès de ce mécanisme au caractère limité de l'appel aux victimes en raison de l'absence de voie réellement efficace de collecte des mandats. En effet, le mandat ne peut être sollicité, ni par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, tract ou lettre personnalisée. En réalité seule la voie de presse est admise.

phases : la première phase porterait sur l'examen de la recevabilité de l'action <sup>(12)</sup>, la seconde sur le bien fondé de la demande d'indemnisation. La seconde option s'apparente à une action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse. Cette action se déroulerait également en deux phases. La première phase s'achèverait par une décision déterminant la responsabilité du professionnel dans un dommage touchant plusieurs consommateurs, suivie d'un sursis à statuer permettant aux victimes d'intervenir à l'instance. Il s'agirait d'un jugement déclaratoire. Une décision interviendrait dans la deuxième phase pour statuer sur la réparation du préjudice subi par chacun des intervenants à l'instance.

43. Le rapport présente également l'alternative consistant à améliorer le dispositif actuel de l'action en représentation conjointe.

44. Le rapport ne privilégie aucune option et a donc laissé le débat ouvert sur la forme que devrait recouvrir une action de groupe, mécanisme d'action collective qui rencontre encore des oppositions ou à tout le moins du scepticisme.

45. Aucune position unanime n'a été trouvée non plus sur les autres questions communes aux deux nouveaux types d'actions envisagés, telles que la question du champ d'application de cette procédure et celle de la qualité pour agir.

46. Concernant le champ d'application, certains ont fait valoir que l'action collective devrait pouvoir être exercée quelle que soit la nature du litige et ainsi prendre en compte le droit de la consommation mais aussi les droits de l'environnement, de la santé, de la concurrence, financier et boursier. D'autres se sont prononcés pour un champ d'application limité au code de la consommation, avec pour inconvénient que celui-ci ne concerne pas tous les cas dans lesquels le consommateur a subi un dommage.

47. Certains ont enfin plaidé pour une position intermédiaire accueillant l'action de groupe pour la réparation des préjudices de nature économique, subis par des consommateurs du fait d'un même professionnel, à l'occasion d'actes de consommation fondés sur la vente ou l'offre de vente de produits ou sur la prestation ou l'offre de prestation de services. Ainsi, seuls les préjudices économiques subis par des consommateurs seraient concernés, à l'exclusion des préjudices corporels, des dommages sanitaires, etc. pour lesquels il existe déjà des mécanismes spéciaux de responsabilité qui procèdent d'une logique d'indemnisation spécifique et fonctionnent de manière autonome.

48. En outre, le groupe de travail a souligné la nécessité d'intégrer la réparation des préjudices issus des pratiques anticoncurrentielles dans le champ d'une future action de groupe, dans la mesure où les effets de ces pratiques peuvent affecter les intérêts économiques des consommateurs.

49. En ce qui concerne la qualité pour agir, la plupart des associations de consommateurs ont marqué leur préférence pour que l'action de groupe ne puisse être introduite que par des associations de consommateurs agréées au niveau national. Au contraire, d'autres représentants des consommateurs ainsi que les représentants de la profession des avocats, ont considéré que cette procédure devait être ouverte à toute personne physique et morale.

50. Ce rapport a donné l'occasion à la Commission des lois du Sénat de procéder à des auditions <sup>(13)</sup> afin d'informer sur les enjeux juridiques et pratiques de l'introduction

---

<sup>12</sup> L'examen de la recevabilité de l'action porte sur la qualité du requérant, son identité, sur la connexité ou la similarité des préjudices, sur l'existence d'un moyen sérieux.

<sup>13</sup> Cf. rapport d'information de la Commission des lois du Sénat sur les « class action », n° 249, séance du 14 mars 2006.

d'un mécanisme d'actions de groupe en droit français, tant au regard des intérêts des consommateurs que de ceux des entreprises.

51. La Commission des lois dans son rapport d'information note que les personnes entendues ont fait apparaître des positions souvent tranchées s'ordonnant pour l'essentiel autour d'une ligne de partage entre les représentants des consommateurs et les représentants des entreprises : les premiers attachés pour la plupart à l'introduction d'une forme d'action nouvelle permettant de leur assurer une indemnisation effective, les seconds réfractaires à une telle évolution des procédures, quelle que soit la forme de l'action envisagée, compte tenu de ses effets sur la compétitivité des entreprises.

52. Le rapport sur l'action de groupe a fait l'objet d'une consultation publique au début de l'année 2006. De nombreux points de vue ont à nouveau été recueillis. Le Conseil de la concurrence a fait valoir sa position dans un avis du 21 septembre 2006<sup>14</sup>.

### ***B - Les propositions de loi d'avril 2006***

53. En avril 2006, deux propositions de loi concernant les recours collectifs ont été déposées devant l'Assemblée nationale et le Sénat.

54. La proposition de loi « visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs en France » présentée à l'Assemblée nationale par le député Luc Chatel (ci-après la « Proposition Chatel ») retient une procédure en deux étapes dont la première est consacrée à l'examen de la recevabilité et la seconde à l'allocation des dommages intérêts. La proposition Chatel est toutefois plus élaborée que les propositions du rapport du groupe de travail en ce qu'elle cumule les deux modes de constitution du groupe (*opt in* et *opt out*) pour certaines instances. En effet, ce texte prévoit qu'« *en cas d'instance pour laquelle le montant du préjudice individuel allégué est supérieur à un montant défini par décret en Conseil d'État, seul le consommateur qui se serait manifesté sera partie à l'instance* » (mécanisme de l'*opt in*). On peut dès lors en déduire que tout consommateur victime de la pratique anticoncurrentielle en cause est présumé adhérer à cette action (mécanisme de l'*opt out*) en deçà dudit montant fixé par décret. Il convient de signaler que l'action collective ne serait pas, à la différence du système en vigueur aux Etats-Unis, formée directement par le consommateur victime, mais par la voie d'une association de consommateurs légalement agréée.

55. La proposition de loi « sur le recours collectif » déposée au Sénat, notamment par Nicole Bricq et Richard Yung (ci-après la « Proposition Bricq-Yung ») semble plus proche de l'action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse. A la différence de la proposition Chatel, la proposition Bricq-Yung oblige toute association agréée de consommateurs à être mandatée « par au moins deux des personnes ou des consommateurs concernés » afin d'engager un recours collectif.

56. De nombreux membres de la communauté juridique et économique et du monde des affaires se sont exprimés parmi lesquels le Premier Président de la Cour de Cassation<sup>15</sup>. Celui-ci a notamment considéré que l'introduction d'une action collective était inéluctable et que ce type d'actions était la meilleure solution pour régler les problèmes d'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. Selon le Président Canivet, il ne faut pas que cette action exclue certains contentieux tels que ceux relatifs à l'environnement, la

---

<sup>14</sup> Cf Avis du Conseil de la concurrence du 21 septembre 2007 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles

<sup>15</sup> Voir La Tribune, 16 mai 2006, Guy Canivet, premier Président de la Cour de Cassation « Introduire l'action collective est une évolution inéluctable ».

concurrence et la santé publique. Il a également considéré qu'il fallait permettre aux consommateurs d'engager des actions collectives sans passer par le biais d'associations agréées. Sur le type de système qu'il serait préférable d'introduire, le premier Président de la Cour de Cassation a expliqué qu'il était favorable au dispositif québécois, dans lequel le juge, dans une première phase, autorise ou refuse l'introduction de l'action collective avant que ne débute, lors d'une seconde phase, un vrai débat contradictoire entre les parties. Le Premier Président de la Cour de Cassation a rejeté le mécanisme de « *l'opt out* », considérant que ce mécanisme était trop éloigné de notre système juridique en ce qu'il reviendrait à opposer une décision de justice à une personne qui n'a pas voulu délibérément y participer. Enfin, sur la nature des dommages et intérêts, il a considéré qu'il ne fallait pas faire de la réparation du préjudice une sanction en adoptant des dommages à caractère punitifs.

### **C - Le projet de loi du gouvernement en faveur des consommateurs**

57. L'ensemble de ces éléments de réflexion ont conduit le gouvernement à élaborer un projet de loi visant à introduire, dans le code de la consommation, une nouvelle possibilité d'action en justice, dénommée action de groupe, en complément des différentes actions déjà ouvertes aux associations de consommateurs.

58. Ce projet de loi a été présenté en Conseil des Ministres et déposé à l'Assemblée nationale le 8 novembre 2006. Toutefois, ce document n'a pas été débattu.

59. Le dispositif proposé prévoit qu'une telle action est introduite exclusivement par les associations de consommateurs agréées au plan national. On se situe ici dans le cadre d'une « *representative action* » au sens du discussion paper de l'OFT dans la mesure où l'action ne peut être introduite que par un organisme fiable et reconnu. Ainsi, à l'instar de l'OFT, le gouvernement a considéré que l'introduction de l'action de groupe devait être réservée à des organismes présentant des garanties de représentativité.

60. L'objet de l'action concerne « *la réparation du préjudice matériel, ayant pour origine commune l'inexécution ou la mauvaise exécution par un même professionnel de ses obligations contractuelles nées d'un contrat afférent à une vente de produits ou une prestation de services* ». Cette action pourra être introduite pour les litiges d'un montant inférieur à un plafond qui sera fixé par décret. Le plafond initialement envisagé était de 2000 euros.

61. Le texte prévoit que la procédure se déroule en trois phases.

62. Dans une première phase, le juge statue sur la responsabilité du professionnel au vu des éléments fournis par l'association de consommateurs demandeuse et les entreprises mises en cause. A ce stade, les consommateurs ne sont pas partie à l'action. C'est l'association de consommateurs qui porte l'action sans qu'il soit nécessaire d'identifier les consommateurs victimes. En pratique, le demandeur, du fait de sa mission quotidienne de défense des intérêts des consommateurs, aura préalablement recueilli de la part des victimes des informations et des plaintes qui permettront au juge d'apprécier les faits. Dans sa décision, le juge sursoit à statuer sur la liquidation des préjudices individuels des consommateurs et leur impartit un délai pour adresser au professionnel concerné une demande d'indemnisation. En outre, il fixe la date à laquelle l'affaire sera rappelée devant lui pour statuer sur les demandes d'indemnisation non satisfaites. La décision rendue contiendra enfin des mesures de publicité adéquates permettant d'informer les consommateurs concernés de l'existence du jugement déclaratoire de responsabilité.

63. Dans une seconde phase non judiciaire, comme indiqué dans le jugement déclaratoire de responsabilité, les victimes peuvent, individuellement, présenter une demande d'indemnisation au professionnel responsable. Dans ce cas, le professionnel est tenu de faire une offre au consommateur, accompagnée d'un chèque. Si le consommateur accepte l'offre, il obtient ainsi immédiatement la réparation de son préjudice. Si le

professionnel estime la demande non fondée, il en informe le consommateur par lettre motivée.

64. Dans une troisième phase, si aucune offre régulière d'indemnité n'a été faite dans le délai imparti ou si l'offre proposée par le professionnel est manifestement insuffisante, c'est le juge qui fixe l'indemnité allouée à la victime. Il peut en outre condamner d'office le professionnel à verser à titre de pénalité au consommateur une somme au plus égale à 50% de cette indemnité. A l'expiration du délai de sursis à statuer, le juge statue sur les demandes d'indemnisation non satisfaites, selon une procédure simplifiée, sans audience ni représentation obligatoire. Des tribunaux de grande instance spécialement désignés seront rendus compétents en matière d'action de groupe.

65. Les préjudices corporels et extracontractuels, notamment ceux résultant de pratiques anticoncurrentielles, étaient hors du champ d'application de cette action de groupe.

#### **D - L'amendement gouvernemental étendant le champ de l'action de groupe aux pratiques anticoncurrentielles**

66. A la suite de ces divers débats, le gouvernement a considéré qu'il fallait permettre aux victimes de pratiques anticoncurrentielles de bénéficier de l'action de groupe. Aussi, un amendement a été présenté par le gouvernement étendant le champ du texte à la réparation de préjudice matériel ayant pour origine « *la violation par une ou plusieurs entreprises des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles prévues par le titre deuxième du Code de commerce et par les dispositions des articles 81 et 82 du traité de Rome* ».

67. L'exposé des motifs faisait valoir que cette action serait ouverte lorsque la victime des pratiques anticoncurrentielles est le consommateur par exemple dans le cas d'entente horizontale sur les biens de grande consommation ; d'entente verticale tendant à augmenter le prix payé par le consommateur ou d'abus de position dominante visant à empêcher un concurrent de pénétrer le marché ou à exclure un concurrent.

68. L'action contribuerait à renforcer l'efficacité de la régulation concurrentielle en faisant du consommateur un allié des autorités de la concurrence.

69. L'action pourra être engagée directement devant le juge ou en se fondant sur une décision préalable définitive des autorités nationales ou communautaires de concurrence ou des juridictions pénales ou civiles.

70. Ces actions peuvent contribuer à une meilleure reconnaissance du droit des consommateurs à obtenir une réparation du préjudice qu'ils ont subi du fait de pratiques anticoncurrentielles. Elles peuvent également réduire l'asymétrie entre la capacité d'agir des entreprises souvent constituées de grands groupes et celle des consommateurs, par nature isolés, qui subissent des préjudices au plan individuel minimes mais qui, globalement, représentent des sommes considérables.

71. Ces actions peuvent contribuer à renforcer l'efficacité de la régulation concurrentielle en faisant de la victime et particulièrement du consommateur un véritable acteur et un allié des autorités publiques dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, notamment les cartels qui sont les plus dommageables et à assurer l'effectivité du droit de la concurrence.

## CONCLUSION

72. En conclusion, l'appréciation qu'il convient de porter sur le Discussion Paper de l'OFT est très positive en ce que ce document reprend plusieurs propositions figurant au projet de loi déposé au Parlement et amendé; il représente en tout état de cause un excellent document de référence pour les débats à poursuivre sur le même thème dans le cadre de l'espace juridique national et qui pourraient trouver rapidement une traduction législative.