

Cycle de conférences de la Cour de cassation DROIT DE LA CONCURRENCE ET DROIT DE LA CONSOMMATION : COMPLÉMENTARITÉ OU DIVERGENCES?

3 juillet 2006

L'objet du droit de la concurrence est de protéger les consommateurs en maximisant leur surplus. En forçant les entreprises à baisser leurs coûts et leurs marges, le mécanisme concurrentiel joue au profit du consommateur. Mais pour que les effets bénéfiques de la concurrence se fassent sentir, encore faut-il que les consommateurs soient à même de récompenser les entreprises qui leur offrent le meilleur rapport qualité/prix et de « punir », en se détournant d'elles, les entreprises sous-performantes. Il n'est pas pour autant certain que les consommateurs bénéficient effectivement toujours de marchés plus concurrentiels et soient à même de choisir en toute connaissance de cause les meilleurs prestataires de services. Le droit des contrats se révèle-t-il être un moyen efficace de protection ? Une demande sociale de protection du consommateur (prix réglementé, prestation normalisée...) n'est-elle pas contradictoire avec la pleine mise en œuvre du droit de la concurrence ? Par ailleurs, les consommateurs sont aussi sensibles au risque d'être individuellement victimes d'une pratique abusive de leur fournisseur même si celui-ci ne dispose pas d'une position dominante au sens du droit de la concurrence. L'une des façons de prévenir ce risque est d'organiser la transparence des transactions. Mais du point de vue du droit de la concurrence, une trop grande transparence peut diminuer l'intensité de la concurrence. Au total, quels sont les recoupements et les divergences entre le droit des contrats, le droit de la consommation et le droit de la concurrence et entre l'approche consumériste et l'approche économique des marchés ?

RLC 667

Introduction

Par Guy CANIVET, Premier président de la Cour de cassation

Fondée sur la théorie économique démontrant que la préservation de la concurrence assure une allocation optimale des ressources rares et préserve le surplus du consommateur, le droit de la concurrence fait du consommateur, à de nombreux égards, le juge de paix de la mise en œuvre des concepts opérants de ce droit et est même, pour certains auteurs, « l'alpha et l'oméga de ce droit, celui vers lequel est orientée la compétition des entreprises, et celui qui la sanctionne par ses décisions » (Lucas de Leyssac C. et Parleani G. in « Droit du marché »).

Le consommateur est ainsi l'une des clefs de la détermination du marché pertinent, pour laquelle on s'attache à ses besoins, ses préférences et son comportement ; toute la pratique décisionnelle illustre cette affirmation, en droit communautaire comme en droit interne, que l'on pense à l'affaire dite des « bananes » à celle des « fromages » et qu'il s'agisse de biens de consommation courante ou de services plus sophistiqués comme en matière bancaire ; la méthode, en ce qui concerne la définition du marché pertinent, transcende les éventuelles différences d'approche du droit de la concurrence ; ainsi trouve-t-on dans la pratique décisionnelle de la Cour de justice des Communautés européennes la même approche du comportement du consommateur pour la détermination d'un marché du transport aérien touristique que dans les décisions des tribunaux américains.

Le consommateur est aussi celui dont l'intérêt est scruté, pour la définition des pratiques anti-concurrentielles elles-mêmes par exemple, certains types d'abus de domination, du fait de ventes liées ou de pratiques tarifaires spécifiques, spécialement pour évaluer s'il peut en être effectivement victime, à court, moyen, ou long terme ou si, au contraire, les pratiques dont se plaignent des concurrents peuvent, en réalité, se révéler efficaces économiquement et donc positives pour le consommateur, soit qu'elles lui garantissent de disposer de produits faciles à utiliser pour lesquels il a montré ou serait susceptible de montrer son appétence, soit qu'elles lui offrent également de bénéficier des avancées technologiques les plus prometteuses. Ceci est particulièrement vrai pour les pratiques qui concernent les secteurs à haute technologie, innovants, devenus si quotidiens et si indispensables en moins de 20 ans. Il n'est que d'observer les débats de l'affaire *Microsoft* pour voir à quel point la détermination de l'intérêt du consommateur, qui n'établit pas seulement au regard d'un niveau de prix, est cruciale pour l'appréciation du caractère illicite ou licite des pratiques reprochées à cet opérateur.

Rude tâche, à cet égard, des autorités de concurrence, puis des juges, consistant à se livrer dans ces domaines, à des analyses prospectives, comme dans le contrôle des concentrations, et qui conduit les uns et les autres à intervenir dans l'activité économique, en déterminant des modes de conduites, en fixant des obligations, en imposant des mo-

difications structurelles, bref, en régulant, à mille lieux, il faut le souligner, de la fausse vision d'un laisser-faire qui caractériserait la théorie libérale à l'origine du droit de la concurrence.

Le consommateur est aussi celui dont la mesure du préjudice, certes souvent difficile au plan individuel, n'en est pas moins un des outils de la détermination des pénalités financières venant sanctionner des pratiques illicites ; lorsque cela est possible, la mesure des profits illicites réalisés par exemple, par les cartels, donne une idée concrète des pertes subies par les consommateurs et dont tout l'objet du droit de la concurrence est de les empêcher.

Ainsi celui-ci est-il, aussi, un droit de protection du consommateur comme l'est le droit de la consommation. Certes, ce dernier, parce que son champ d'action se situe notamment dans la dimension contractuelle, s'attache, matériellement, à l'être juridique, plutôt qu'à l'agent économique, au contractant plutôt qu'au « consommant ». Le consommateur est pour le droit de la consommation un sujet de droit, dont la protection s'inscrit dans l'analyse d'un rapport de forces inégal, d'un risque contractuel asymétrique. Et c'est parce que cette protection s'inscrit dans le champ contractuel que celui-ci est le lieu d'expression du droit de la consommation et Monsieur le professeur Mainguy (ndlr : l'intervention de M. Mainguy n'est pas reproduite ci-après) nous indiquera si le droit des contrats constitue à cet égard un instrument efficace.

On observera néanmoins que le risque dont la protection vise à empêcher la réalisation est, au premier chef, un risque économique, s'agissant par exemple d'éviter le surendettement du particulier abusé par des crédits trompeurs ou la ruine de l'assuré mal protégé. En ce sens, le consommateur est bien un être économique pour le droit de la consommation. Par ailleurs, pour ce même champ du droit, le consommateur est aussi un être physique, qui peut encourir des risques pour sa sécurité, justifiant, là aussi, l'imposition de règles dans la conception, la fabrication et la distribution de produits et la définition de régimes de responsabilité spécifiques, constituant également une certaine forme de régulation de l'activité. Nous serons donc attentifs aux observations de Monsieur le professeur Mazeaud sur la question de savoir si le droit de la consommation est un droit social ou un droit économique.

D'où vient que malgré d'évidentes convergences dans les finalités du droit de la concurrence et du droit de la consommation, une certaine défiance réciproque persiste ?

Sans doute, le terme commun de consommateur masque-t-il des différences d'appréciation. Le consommateur est pour le droit de la consommation un individu réel, alors que pour le droit de la concurrence, même si l'on s'attache à son comportement concret, le consommateur est observé en tant qu'appartenant à une masse d'individus significative. Il n'y a pas, pour le droit de la consommation, de consommateur marginal. Peut-être pourrait-on même avancer au contraire qu'en cette matière, en fonction du niveau de protection que l'on veut accorder, c'est le consommateur le plus faible, le plus démuné, le plus susceptible d'être victime du déséquilibre contractuel présumé, qui n'est pas nécessairement ni le consommateur moyen, ni celui le plus représentatif au plan statistique, que la législation peut être amenée à envisager.

Bien que s'attachant l'un comme l'autre au consommateur concret, la perception de l'intérêt de ce consommateur n'est pas la même par l'un ou l'autre de ces deux droits et, par voie de conséquence, les outils de la protection de ce consom-

mateur apparaissent alors divergents. L'observation est particulièrement valable dans le secteur des professions libérales : là où le droit de la concurrence voit dans l'absence de publicité, la fixation de tarifs, ou certaines règles déontologiques, une atteinte à l'intérêt du consommateur, privé, par un exercice intensif de la concurrence, du service et des prix les plus avantageux, ce qui conduit à la sanction par exemple des barèmes d'honoraires, une vision consumériste de la même situation conduit à promouvoir ce type de pratiques, cette transparence étant alors de nature à garantir pour le consommateur un choix fondé sur un critère objectif, dès lors qu'il est dépourvu de la possibilité de comparer, sans démarches difficiles, et qu'il n'est pas apte à mesurer, *ex ante* et *in abstracto*, la qualité du service dont il a besoin. La question de l'asymétrie d'information est donc au cœur de la différence des « remèdes » envisagés pour la protection du consommateur. Sur cette question Monsieur Choné nous indiquera quels sont les enseignements de la théorie économique, tandis que Monsieur Bazot et Madame Mader débattront de l'adaptation ou non du droit de la concurrence aux besoins du consommateur.

Les voies de la compréhension mutuelle des disciplines et de leur interaction ont déjà été trouvées au plan organisationnel. Représentées au Conseil de la concurrence, les associations de consommateurs peuvent appréhender, évaluer et sanctionner les pratiques nuisibles au consommateur. L'administration est elle-même structurée pour que sa main droite n'ignore pas ce que fait sa main gauche et Monsieur Cerutti exposera sur ce point comment la cohérence des politiques de concurrence et de consommation est poursuivie et assurée.

Un autre outil de convergence des disciplines est très certainement constitué par l'organisation d'une indemnisation juste et efficace du consommateur victime, que ce soit de pratiques anti-concurrentielles que de pratiques condamnées par le droit de la consommation. Car il ne suffit certes pas que le dommage du consommateur soit pris en compte pour l'évaluation des pénalités financières infligées en cas de violation du droit de la concurrence pour que le consommateur soit rempli de ses droits et seule une action civile, dont on a depuis longtemps mesuré les embûches, les limites, mais aussi les avantages en matière de préjudice concurrentiel peut le permettre. La question de l'introduction de l'action de classe, dans des modalités tenant compte des effets pervers observés par des pays la pratiquant depuis longtemps est depuis près de 18 mois officiellement posée en France. Dans un environnement juridique renouvelé, les associations de consommateurs pourraient former un relais, auprès des consommateurs, des autorités de concurrence, en les constituant également en acteurs de l'application de ce droit dans sa dimension habituellement désignée comme relevant de l'action privée. Il est toutefois certain que si de nouveaux instruments devaient être mis en place pour augmenter l'effectivité du droit de la concurrence et de la consommation, ceci ne doit pas se faire au détriment de l'efficacité économique, qui est la garante de la préservation de l'intérêt du consommateur. La table ronde que Monsieur le Conseiller Jenny animera sur cette question permettra donc à nouveau de discuter de l'opportunité et de la pertinence de ces nouveaux instruments au regard des objectifs poursuivis.

Il reviendra à Monsieur le professeur Jamin, dans un rapport général de présenter les conclusions des travaux de cette après-midi que je vous remercie d'avoir accepté de mener.

>

Le Droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ?

Intervenant

Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas (*)

1. Monsieur le premier Président, Mesdames, Messieurs, je dois vous confesser que, dans un premier temps, à la lecture du sujet qui m'a été confié par les organisateurs de ce colloque, j'ai été soumis à la tentation... Pire encore à plusieurs tentations...

2. D'abord, la tentation très universitaire de « la pirouette », qui aurait consisté, ici, à prendre un air faussement contrit, pénétré et modeste, et à affirmer, la main sur le cœur, « je peux d'autant moins répondre à la question qui m'a été posée que je suis bien incapable d'en définir les termes. En bref, non seulement, identifier le droit de la consommation constitue une mission quasi impossible, mais encore, décrypter les concepts de droit social et de droit économique est une tâche qui excède mes compétences, d'autant plus qu'ils semblent avoir été appréhendés, dans l'esprit de ceux qui ont conçu cette demi-journée, comme des qualificatifs plus que comme des qualifications »...

Et vous me concéderez qu'il y avait de quoi succomber à une telle tentation. D'une part, le droit de la consommation paraît rétif à toute tentative de définition. Chacun s'accorde, en effet, à ne pas en limiter l'objet aux seules dispositions du Code de la consommation, étant entendu que certaines de ses règles ont trouvé refuge dans d'autres codes et que certaines de celles qui sont logées dans le Code de la consommation ont vocation à régir d'autres relations que celles entre professionnels et consommateurs. D'ailleurs, la lecture des ouvrages de droit de la consommation qui font autorité accrédite ce sentiment puisque leurs auteurs intègrent dans cette matière l'étude de règles abordées dans les ouvrages de droit des obligations, sans que leur dimension consumériste ne soit alors évoquée. La difficulté, sinon la vanité d'une telle entreprise, apparaît à la lumière des débats parfois extrêmement vifs que suscite l'insertion d'un corps de règles spécifiques dans le Code civil ou dans le Code de la consommation. Ainsi, la controverse à laquelle a donné lieu la transposition de la directive du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, dans le Code de la consommation ou dans le Code civil, illustre à merveille la porosité des frontières entre le droit commun des contrats et le droit spécial de la consommation, et suggère que la définition du droit de la consommation procède plus de considérations d'ordre politique que de technique juridique. Plus encore, elle révèle l'influence des groupes de pression sur la qualification de droit de la consommation, de même qu'une certaine confusion des esprits entre la question du champ d'application des règles consuméristes et celle de l'octroi du label de droit de la consommation, ce qui rend plus compliqué, sinon impossible, la mission qui consiste à définir celui-ci.

3. Quant aux concepts de droit social et de droit économique, d'autre part, la difficulté pour les définir n'est pas moindre. Certes, le premier, parce qu'il renvoie intuitivement aux règles qui régissent les relations entre les salariés et leurs employeurs, évoque l'idée d'un droit de protection du faible. Mais, un tel degré de généralité n'est guère édifiant et ne permet pas de détecter un critère propre au droit de la consommation, tant cette vocation protectrice est partagée par un nombre important de branches du droit. On songe, entre beaucoup d'autres, au droit de la concurrence dont, *a priori*, la dimension sociale est à cent lieues des objectifs qu'il poursuit, mais dont certaines règles, par exemple celles issues de la loi sur les nouvelles régulations économiques, ont pour objet la protection du professionnel dépendant et qui peuvent donc se réclamer d'une dimension sociale, raison pour laquelle, peut-être, certains spécialistes les ont baptisées de « petit » ou de « faux » droit de la concurrence.

Quant au concept de droit économique, très en vogue en doctrine et dans les milieux de l'édition, il souffre encore d'un certain déficit conceptuel, en dépit des très importants travaux qui lui ont été consacrés. Qu'il soit envisagé comme l'« ensemble des règles ayant pour objet l'activité économique » (Farjat G., Pour un droit économique, PUF, 2004, sp. p. 39), « la branche du droit qui concerne l'organisation de l'économie » (*ibid*, sp. p. 146), ou « le droit des organisateurs de l'économie » (*ibid*, sp. p. 40), ce concept, ainsi défini, embrasse tellement, lui aussi, que son étendue nous étouffe plus qu'elle ne nous éclaire, pour les besoins de notre cause, tout du moins...

Tant et si bien qu'il était décidément très tentant d'ironiser sur la question posée, en stigmatisant doctement les termes de son libellé pour mieux se défaire...

4. La seconde tentation contre laquelle j'ai dû lutter pour aborder ce sujet est celle du « manichéisme », laquelle consistait à mettre mes pieds dans les traces de la doctrine classique et à fustiger ce droit liberticide et contraire aux lois de l'économie que constitue le droit de la consommation. L'avantage de succomber à pareille tentation aurait évidemment été d'apporter une réponse claire et nette à la question posée. J'aurais pu, ainsi, en m'abritant derrière l'autorité des plus grands civilistes sonner la charge contre cette aide sociale aux contractants attardés que constitue le droit de la consommation. Il m'aurait suffi de m'abriter derrière la lumineuse pensée de Jean Carbonnier, Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, (excusez du peu !), lesquels écrivent dans leurs ouvrages respectifs que « le consommateur est un majeur que son contrat replace en état de mineur » (Carbonnier J., Droit civil, Les obligations, PUF, 2000, sp. n° 3) et que « le droit de la consommation tend à faire du consommateur un incapable majeur ou un éternel mineur. La tutelle généralisée, l'esprit de sécurité, le refus du risque sont la maladie mortelle des sociétés industrielles contemporaines. Le maternage étouffe l'esprit d'initiative » (Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., Les obligations, Defrénois, 2005, sp. n° 423). En somme, fort de ce sauf conduit doctrinal, la réponse à la question posée se serait imposée d'elle-même : le droit de la consommation, social par essence, est un droit liberticide et anti-économique, dérogeant au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui dresse d'insurmontables obstacles

(*) Le style oral de cette communication a été conservé.

au dynamisme et à la compétitivité de nos entreprises, et conduit au déclin fatal de notre économie nationale.

5. À l'inverse, il était tentant de succomber à la tentation du militantisme et d'entonner, fort de mon statut de représentant de « *l'improbable solidarisme contractuel* », pour reprendre une expression utilisée ici même par Laurent Aynès, il y a quelques semaines (« *Vers une déontologie du contrat* »), d'entonner un vibrant « *Vive le social!* ». J'aurais alors prêché, sans doute en pure perte, en vue de convaincre mon auditoire des vertus et des bienfaits de ce droit social, socialisant, qu'incarne le droit de la consommation, repart législatif et jurisprudentiel contre les outrances de la loi du plus fort. Droit conçu et exploité comme un remède contre l'inégalité contractuelle, comme un antidote contre la liberté unilatérale des professionnels, comme un vaccin contre les abus et les excès engendrés par la puissance économique des professionnels qui se soldent par des déséquilibres contractuels inadmissibles et par des risques inacceptables pour la sécurité des consommateurs.

Ainsi, j'aurais sans doute joué à merveille la partition attendue, au regard de mon pedigree, et rempli le rôle qui m'a été opportunément confié en provoquant un débat propre à nourrir cette docte manifestation scientifique en pugilat juridique...

6. Quitte à décevoir ou à rassurer, c'est selon, ceux qui ont sacrifié leur après-midi pour participer à nos travaux, je résisterai, à mon corps et mon esprit défendant à ces diverses tentations, qui certes présentent l'incontestable avantage, soit d'éluder la question posée, soit d'y apporter une réponse tranchée, mais une réponse aussi outrée que partielle, une réponse qui conduit à donner une vision tronquée du droit de la consommation, dont la diversité des sources et des objectifs contemporains ne peut sérieusement se satisfaire.

En somme, il apparaît très nettement aujourd'hui qu'il est parfaitement vain et superficiel de se focaliser sur une seule acception du droit de la consommation et qu'un examen objectif et attentif de sa structure, de sa substance et de son esprit conduit plutôt à l'envisager comme un droit tout à la fois social et économique, comme un droit qui vise, non seulement et évidemment, à protéger le consommateur, contre ses propres élans irréfléchis ou contre les pratiques déloyales de ses partenaires professionnels, mais aussi comme un droit qui envisage le consommateur comme un acteur de l'économie et qui tend alors à protéger la consommation, appréhendée comme un maillon de la chaîne de l'activité économique. Une telle démarche, qui conduit à douter du caractère exclusivement social ou économique du droit de la consommation, apparaît d'autant plus fondée, qu'aujourd'hui plus encore qu'hier, la spécificité et la singularité des différentes branches du droit ont très nettement tendance à s'atténuer, et que les frontières qui les séparent, dans une optique traditionnelle, ont, elles aussi, tendance à se relativiser et à se fluidifier, tant et si bien que les critères qu'incarnent les qualificatifs de « *social* » et d'« *économique* » ne se présentent plus désormais en termes d'opposition caricaturale, mais s'inscrivent plutôt dans un mouvement de convergence.

7. Aussi, pour répondre à la question posée et traiter le sujet qui nous a été proposé, on se placera dans une double perspective, laquelle semble susceptible d'apporter, sinon une réponse définitive et péremptoire, du moins quelques éléments susceptibles de nourrir notre réflexion commune.

En premier lieu, il convient d'envisager le droit de la consommation de façon isolée, indépendamment des autres branches

du droit avec lesquelles il entretient des relations plus ou moins poussées. Et dans cette perspective, le droit de la consommation se caractérise aujourd'hui par une certaine tension entre, d'une part, une vision humaniste et sociale, qui constitue, si l'on peut dire, sa marque de fabrique traditionnelle, et, d'autre part, une vision économique, moins habituellement mise en exergue. C'est sur cette dualité du droit de la consommation que nous nous arrêterons donc dans un premier temps.

En second lieu, il importe d'appréhender le droit de la consommation de façon globale, c'est-à-dire dans un environnement juridique plus large dont il ne constitue qu'un des maillons. Pris comme un élément du puzzle juridique qui sert aujourd'hui de toile de fond à l'activité économique et sociale, le droit de la consommation semble alors, dans une certaine mesure au moins, participer à un mouvement tendant à une certaine fusion, si ce n'est à une certaine unité des différentes branches du droit privé qui constituent le support juridique de l'univers économique et social dans lequel nous évoluons. C'est sur ce mouvement tendant à l'unité que nous nous arrêterons dans un second temps.

I. – LA DUALITÉ DU DROIT DE LA CONSOMMATION, ENVISAGÉ Isolement

8. Historiquement et traditionnellement, le droit de la consommation a été conçu et est pensé comme un droit animé par un esprit social, qui s'inscrit dans un rapport de forces et se traduit par l'impératif de protection du contractant faible qui lui est assigné. Mais, aujourd'hui, cette vision est trop réductrice et ne permet pas d'envisager ce droit dans sa plénitude. En effet, notamment en raison du renouvellement de ses sources, précisément de l'europanisation de son origine, il faut aussi mettre l'accent sur sa fonction de police économique. De sorte que, pour rendre compte désormais du droit de la consommation, il convient de l'envisager non seulement comme un droit social de protection du consommateur, mais encore comme un droit économique d'encadrement du marché et de protection de la consommation.

A. – La vision sociale traditionnelle

9. En premier lieu, la vision sociale du droit de la consommation peut s'entendre très classiquement à travers la protection qu'il met en place, au profit des consommateurs, contre les contrats d'adhésion et de sujétion. Entendons par là que ce droit spécial se présente comme une réaction contre la vision abstraite et désincarnée des relations contractuelles telle que la conçoit le droit civil, lequel envisage de façon formelle et utopique la liberté et l'égalité, racines d'une conception dogmatique des rapports sociaux, dans laquelle les individus sont envisagés comme irréfragablement libres et égaux, ainsi que les meilleurs juges de leurs propres intérêts. Pour sa part, le droit de la consommation prend en considération la réalité contractuelle, la situation économique concrète des parties, les inégalités de fait, les rapports de force, de puissance et de dépendance qui président à la conclusion, l'exécution et la rupture des contrats. Il envisage le contrat comme un facteur de risque patrimonial, un instrument de pouvoir et d'asservissement, dont il convient notamment, dans l'intérêt de la partie faible, de densifier la procédure du consentement, de canaliser l'exercice des pouvoirs que s'est octroyé le cocontractant du consommateur, de réglementer la durée, et de supprimer, au prix d'une intervention du juge, les déséquilibres excessifs qui n'ont pas d'autre justification que la domination économique du professionnel.

Au fond, le droit de la consommation s'efforce de restaurer une véritable liberté contractuelle au profit du consommateur

>

et de neutraliser l'inégalité économique, symbolisée par des clauses de pouvoirs qui accordent au contractant professionnel une emprise absolue sur la détermination du contenu contractuel, sur la vitalité et la pérennité du contrat, ainsi que sur les modalités de son exécution, les suites et les sanctions de son inexécution.

Les techniques de protection qu'il met en œuvre dans cette perspective de protection, qui se traduit essentiellement par un rééquilibrage des pouvoirs, sont connues et irriguent les différentes lois consuméristes entrées en vigueur depuis près de quarante ans. Au stade de la formation du contrat, elles sont fédérées autour d'un projet « *anti-contractuel* » destiné à conférer au consommateur un pouvoir de dire « *non!* », et à restaurer à son profit une véritable liberté contractuelle qui s'entend, non seulement d'une liberté de se lier par le biais de l'exigence d'obligations d'information pesant sur le professionnel, du recours au formalisme informatif et au formalisme *ad validitatem* et d'un délai de réflexion imposé au consommateur, mais encore d'une liberté de se délier, grâce au droit de rétractation discrétionnaire qui lui est parfois accordé et, indirectement par la règle de l'interdépendance des contrats qu'il conclut. Au stade du contenu du contrat, les règles protectrices du consommateur tendent à neutraliser les clauses qui emportent un déséquilibre contractuel significatif au profit du professionnel et se traduisent par un pouvoir accordé au juge en vue de priver de toute force obligatoire de telles stipulations, alors même que le consommateur y a adhérentes...

10. C'est peu de dire que cette première manifestation de la dimension sociale du droit de la consommation ne séduit pas tous les observateurs de la planète contractuelle. On lui reproche pêle-mêle de favoriser une protection artificielle, inefficace, coûteuse et excessive du consommateur, de porter des atteintes irréversibles à la liberté contractuelle et à la liberté de la concurrence, à la force obligatoire et à la sécurité juridique, et de ruiner la cohérence de notre droit des contrats. En particulier, cette protection paperassière serait une source inépuisable de chicane et, surtout, aurait fait preuve de son inanité avec les décisions qui condamnent le professionnel pour inexécution du devoir de conseil, en application du droit commun des contrats, alors même qu'il avait scrupuleusement respecté le formalisme informatif légal imposé par le droit spécial de la consommation (en ce sens, cf. par ex., Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212, D. 1995, jur., p. 621, note Piédelièvre S., Defrénois 1995, p. 1416, obs. Mazeaud D., RTD civ. 1996, p. 385, obs. Mestre J.).

En outre, la sanction automatique parfois attachée au non respect des conditions de forme parfois prescrites par ce droit serait exploitée par des consommateurs peu scrupuleux qui l'exploiteraient pour échapper à leurs engagements contractés pour le coup en toute lucidité et emporterait donc une protection abusive des consommateurs de mauvaise foi (pour une illustration, cf. Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 2001, n° 98-22.964, D. 2002, comm., p. 71, note Mazeaud D.). Au fond, le droit de la consommation serait finalement affecté des mêmes vices et des mêmes défauts que le droit contractuel classique. Lui aussi serait fondé sur des postulats dogmatiques et pêcherait finalement par excès d'abstraction et de généralisation; en bref, le consommateur peut se prévaloir de ses règles protectrices, moins parce qu'il est en situation de faiblesse qu'en raison de son seul statut, indépendamment du point de savoir si il mérite d'en bénéficier. Et la tentation est grande alors d'affubler le droit de la consommation du label peu prestigieux de droit catégoriel, de droit de classe qui dans cette mesure n'aurait rien à envier au droit commun des contrats, droit savant bâti sur une utopie.

De plus, la protection offerte par le droit de la consommation, quand elle se solde par des mesures trop contraignantes pour les professionnels par le biais de contrats types dont ils doivent respecter la structure, voire la texture, par la prohibition de certaines clauses tendant à atténuer la responsabilité des professionnels, par l'insertion de certaines stipulations obligatoires, par le plafonnement des sanctions susceptibles d'être fulminées contre le consommateur, fleure bon le dirigisme économique le plus archaïque. L'uniformisation des pratiques contractuelles qui en découle entrave dangereusement le développement et le dynamisme de l'activité économique en figeant les capacités d'innovation et d'adaptation des opérateurs, et en altérant le jeu de la libre concurrence, ce qui en dernier ressort se retourne contre les consommateurs eux même.

11. Pour récurrentes qu'elles soient ces critiques supportent pourtant la réplique. D'abord, si contraignantes soient-elles pour les professionnels, les règles sociales du droit de la consommation ne sonnent pas nécessairement le glas du dynamisme économique et de la libre concurrence. Que ce soit celles qui restaurent au profit du consommateur une véritable liberté contractuelle en favorisant la transparence des offres émises par les professionnels ou en uniformisant la présentation des produits et des services, elles rendent en définitive la comparaison entre les prestations proposées par les opérateurs et stimulent donc le jeu de la concurrence (en ce sens, cf. Lucas C. de Leyssac, Parleani G., Droit du marché, PUF, 2002, p. 111 et 113). Ensuite, la jurisprudence n'est pas toujours aussi tatillonne qu'on le prétend un peu hâtivement dans le contrôle des conditions de forme; l'oubli d'un mot dans une mention manuscrite qui doit être reproduite telle que façonnée par la loi n'est pas systématiquement sanctionné par la nullité du contrat, prévue par celle-ci (en ce sens, cf. par ex., Cass. 1^{re} civ. 9 nov. 2004, n° 02-17.028, Defrénois 2005, p. 1035, obs. Piédelièvre S., RDC 2005, p. 403, obs. Houtcieff D.). En outre, la jurisprudence fait preuve d'une certaine mesure dans la lutte qu'elle mène contre les clauses abusives. C'est ainsi que pour s'en tenir aux arrêts rendus ces derniers mois par la Cour de cassation, on constate que celle-ci n'a pas décerné ce label à une clause de fixation unilatérale du prix par le professionnel, qui prévoyait en outre qu'en cas d'inexécution de ses obligations par le déposant consommateur, le dépositaire professionnel pourrait soit détruire le bien déposé, soit le vendre et s'approprier le prix (en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 03-13.779, RDC 2005, p. 726, obs. Fenouillet D.), pas plus qu'à une clause qui obligeait le consommateur à se soumettre à une procédure de conciliation avant d'exercer une action en justice (en ce sens, cf. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 03-13.779, préc.). Autant de décisions qui révèlent que la Cour de cassation n'hésite pas à faire preuve d'un certain libéralisme dans la mise en œuvre de ce droit social. Enfin, on ajoutera qu'aux dires même des professionnels le respect du droit de la consommation s'inscrit parfois dans la stratégie économique des entreprises qui opèrent sur un marché hautement concurrentiel, telle la téléphonie mobile. Telle entreprise ne se privera ainsi pas d'insister, dans sa communication à l'attention de clients potentiels, sur le fait que ses contrats comportent moins de clauses abusives que ses concurrents.

12. La vision sociale du droit de la consommation s'induit aussi du mouvement de collectivisation de la protection qu'il assure et dont on relèvera deux illustrations significatives. D'une part, et surtout, cette dimension collective procède des actions que le législateur consumériste a institué au profit de certaines associations de consommateurs, dont l'existence et

l'exercice renforcent sensiblement la protection de l'intérêt collectif des consommateurs. Ainsi, on peut d'abord évoquer l'action en défense de l'intérêt d'un ensemble de consommateurs qui ne sont pas individuellement identifiés, telle celle issue de la loi du 1^{er} janvier 1988 qui permet à certaines associations de consommateurs d'agir en réparation du préjudice causé l'intérêt collectif des consommateurs, en cessation d'un agissement illicite ou en suppression d'une clause abusive, stipulée dans les modèles de contrats habituellement proposée aux consommateurs. Il s'agit, comme l'a rappelé récemment la Cour de cassation d'une action à fin préventive qui se conjugue au futur, qui, en tant que telle, est donc irrecevable si le professionnel a supprimé la clause litigieuse avant la décision de justice, et qui, à la différence de la *class action*, ne vise pas à réparer les préjudices individuels subis par les consommateurs (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 03-13.779, préc.). Ensuite, il faut s'arrêter sur l'action en représentation conjointe par laquelle une association de consommateur peut agir en réparation des préjudices individuels subis par un groupe de consommateurs et causé par le fait dommageable identique d'un seul et même professionnel. Cette action ne doit pas, elle non plus être confondue avec la *class action*. Certes, les dommages intérêts sont versés aux consommateurs victimes, mais la recevabilité de cette action collective suppose au préalable que les consommateurs, pour le compte desquels l'association a agi, soient identifiés et que deux d'entre eux lui aient donné mandat en ce sens. En outre, elle ne profite qu'à ceux qui ont conféré le pouvoir de les représenter. Autant de raisons qui expliquent son très modeste succès pratique. Quant à la création d'« *Une class action à la française* », je ne me prononcerais pas sur une question (sur ce point, cf. l'article de C. Lucas de Leyssac, publié *infra*) dont on peut sans être devin prédire que son avenir dépendra moins de considérations d'ordre purement juridique que de la couleur politique du législateur qui aura à se prononcer sur son opportunité. Simple, pour rester dans la ligne de notre propos, on peut considérer que la réception en droit français d'un tel instrument de défense collective des consommateurs consacrerait une approche sociale de l'action en justice : véritable relais de l'action des pouvoirs publics en matière de protection des consommateurs, elle répondrait à une nécessité sociale en permettant l'indemnisation des dommages de masse subis par une collectivité de consommateurs qui rechignent à agir individuellement, en raison de la lenteur et du coût inhérents à toute procédure judiciaire.

13. D'autre part, ce mouvement de collectivisation ressort aussi de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 (JO 1^{er} févr.) tendant à conforter la confiance et la protection des consommateurs. Ce texte, en cas de contrat à durée déterminée tacitement reconductible, subordonne la reconduction du lien contractuel à l'exécution d'une obligation d'information imposée au professionnel, dont le non respect emporte une mutation du contrat renouvelé, qui devient alors à durée indéterminée, et permet au consommateur de le résilier unilatéralement, à tout moment. Cette protection du consommateur contre le renouvellement du contrat « à l'insu de son plein gré » est fondée sur le constat que « *la multiplicité des contrats de prestation de services conclus par les consommateurs leur impose une telle gestion de leurs durées respectives que [...] cette contrainte les empêche, en pratique, de connaître la date où ils pourront tenir en échec les différentes reconductions qui se profilent* » (Revet Th. et Mazeaud D., Éditorial, RDC 2005, p. 246). La raison d'être de cette obligation d'information qui pèse sur chaque contractant professionnel réside donc dans l'existence d'une pluralité de contrats conclus par son cocontractant

consommateur avec d'autres. Aussi, cette nouvelle obligation d'information lors de l'exécution du contrat s'inscrit, comme l'a finement relevé Judith Rochfeld « *dans une vision plus collective d'une masse contractuelle* » et réalise une « *collectivisation de la gestion du portefeuille contractuel* » (RTD civ. 2005, p. 478) des consommateurs.

14. La dimension sociale du droit de la consommation apparaît, en troisième lieu, avec une force particulière avec les lois successives sur le surendettement des ménages et des particuliers. Face à la crise économique, le législateur a mis en place des procédures de désendettement qui visent expressément à lutter contre la précarité et l'exclusion sociale dont sont menacés les débiteurs surendettés. S'ensuivent l'élaboration d'un véritable droit social des contrats, qui se traduit par une judiciarisation du contrat, et une socialisation du rapport d'obligation. Et c'est alors peu de dire que les impératifs traditionnels qui charpentent notre droit commun des contrats sont écartés par ce dispositif social qui vise à la réinsertion sociale des consommateurs victimes de surendettement. Pour traiter la situation de détresse à laquelle ceux-ci sont confrontés, la Commission de surendettement peut recommander ou le juge peut décider d'allonger très sensiblement le délai d'exigibilité des obligations qu'ils ont souscrites, d'alléger la charge de leurs dettes, en intérêt ou en capital, si ce n'est d'effacer purement et simplement leur passif contractuel. Ainsi, au nom de cette justice sociale, le consommateur surendetté se voit octroyer le droit de ne pas payer ses dettes et, plus encore, celui de ne plus en avoir. L'impératif de sauvegarde de la dignité des débiteurs en grande difficulté valait bien la substitution d'un droit contractuel de crise à notre droit commun des contrats, incapable d'assurer la justice sociale dont ceux-ci peuvent d'autant plus légitimement se prévaloir que l'endettement s'inscrit dans une logique économique qui l'intègre comme un paramètre essentiel de croissance collective et de prospérité individuelle. Preuve que la dimension sociale traditionnelle du droit de la consommation n'est pas exclusive d'une vision économique, vision contemporaine sur laquelle il convient désormais de s'arrêter.

B. – La vision économique contemporaine

15. C'est, en premier lieu, l'étude du droit communautaire qui convainc de la très forte portée économique que revêt, désormais, le droit de la consommation (sur le droit européen de la consommation, cf. entre autres, Bourgoignie T., L'impact du droit européen de la consommation sur le droit privé des états membres, in L'harmonisation du droit des contrats en Europe, *Economica*, 2001, p. 59; Calais-Auloy J., Un code européen de la consommation, in Vers un code européen de la consommation, Bruylant, 1998, p. 399; Picod F., Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection du consommateur, in Vers un code européen de la consommation, *op.cit.*, p. 73; Pizzio J.-P., L'application du droit primaire, in Vers un code européen..., *op.cit.*, p. 87). Certes, si l'on s'arrête à l'écume des dispositions des nombreuses directives communautaires qui peuvent être fédérées sous la bannière du droit de la consommation, on relèvera une grande parenté entre celles-ci et les lois internes qui composent cette matière. Dans les unes, comme dans les autres, les techniques de protection sont, en effet, identiques : obligations précontractuelles d'information, formalisme, transparence, délai de réflexion, droit de rétractation, lutte contre les déséquilibres contractuels significatifs, protection de la sécurité corporelle du consommateur, etc.

Mais il ne saurait être question, en vue de se prononcer sur sa dimension sociale ou économique, de s'en tenir à la lettre du droit communautaire de la consommation, tant son esprit et les finalités qu'il poursuit sont à cent lieues de la fonction

traditionnelle de cette branche du droit. Pour s'en convaincre, on rappellera, d'abord, que pour les pères de l'Europe et, plus précisément pour les auteurs du Traité de Rome, la protection des consommateurs était le cadet de leurs soucis. Ensuite, et fort logiquement, cette protection est envisagée par les autorités communautaires, au niveau européen, au mieux comme un moyen et non comme une fin en vue de l'établissement du marché unique, et au niveau national, comme une entrave potentielle à la réalisation du marché intérieur. En clair, la raison d'être des directives consuméristes réside dans la nécessité d'harmoniser les législations nationales tendant à la protection du consommateur qui sont, en raison de leur disparité, susceptibles de constituer des obstacles à la liberté de circulation des marchandises et des services, et des entraves à la liberté de la concurrence. L'objectif poursuivi par l'immense majorité des textes communautaires est donc bien plus de neutraliser les diversités nationales dans le but de promouvoir l'établissement progressif du marché unique que d'assurer la protection du consommateur. Dès lors, la politique européenne de protection du consommateur se présente comme un simple « *sous produit de la politique du marché intérieur* » (Bourgoignie Th., eod. loc., sp. p. 65). En somme, l'objectif poursuivi par le législateur européen, sous couvert de protection des consommateurs, consiste pour l'essentiel à neutraliser les distorsions de concurrence entre les professionnels au sein de l'Union européenne, que peuvent engendrer les législations consuméristes nationales, et « *faire en sorte que les consommateurs ne soient pas dissuadés de contracter avec des professionnels d'autres pays que le leur par crainte d'une protection inférieure* » (Paisant G., Le point sur les clauses abusives des contrats, in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 93, sp. p. 102). Ce qui explique que les institutions communautaires n'hésitent pas à condamner ceux des pays membres qui, sous couvert de protection des consommateurs, prennent des mesures qui ont pour objet ou pour effet « *une reconstruction artificielle des frontières et un cloisonnement des marchés* » (Ghozi A., La conformité, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation?*, *Economica*, 2002, p. 103, sp. p. 104). Au fond, en droit européen de la consommation, le consommateur est moins appréhendé comme un contractant présumé faible dont il importe d'assurer la protection que comme un agent économique, comme un opérateur qui occupe un rôle déterminant dans la réalisation du marché intérieur, parce qu'il est « *celui qui arbitre la compétition à laquelle se livrent les entreprises sur un marché intérieur de plus en plus intégré* » (Lucas de Leyssac C., Parleani G., *op.cit.*, sp. p. 103). Aussi, sa protection n'est elle logiquement conçue que comme un moyen de favoriser le développement des relations économiques intra communautaires.

En définitive, il apparaît donc très nettement qu'en droit communautaire de la consommation l'objectif économique, qu'implique la réalisation du marché unique, l'emporte de beaucoup sur l'objectif social de protection du consommateur.

16. Les « *europoptimistes* » répliqueront que c'est oublier que l'impératif de protection des consommateurs n'a cessé de croître au fur et à mesure de la construction européenne. Ainsi, depuis le Traité de Maastricht sur l'Union européenne, une véritable politique de protection du consommateur a été amorcée et repose sur une base juridique autonome, l'article 129A, aux termes duquel la Communauté doit contribuer à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs. Et les directives qui peuvent désormais être adoptées sur ce fondement textuel, devenu l'article 153 du Traité CE, ont pour seule finalité la dite protection, indépendamment de l'objectif de réalisation d'un marché intérieur unique (sur ce point,

cf. Th. Bourgoignie, eod. loc. sp. p. 66 et s.; Calais-Auloy J., Steinmetz F., *Droit de la consommation*, Dalloz, 2003, sp. n° 40 et s.; Pizzio J.-P., eod. loc., sp. n° 2 et 4). En outre, l'article 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne réaffirme qu'un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union (en ce sens, Picod Y., Bravo H., *Droit de la consommation*, Armand Colin, 2005, sp. n° 14).

Ce à quoi les « *eurosceptiques* » auront beau jeu de rétorquer que ces belles déclarations d'intention n'ont guère été suivies d'effet puisque, à de très rares exceptions près (par exemple la directive du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix de produits offerts aux consommateurs), les directives qui sont relatives droit de la consommation n'ont pas été prises sur le fondement de l'article 153 et, puisqu'elles sont toujours fondées sur l'article 94 du Traité CE, demeurent donc dans le giron de l'impératif de réalisation du marché unique par l'harmonisation des législations nationales des pays de l'Union. Ils ajouteront que certaines directives emblématiques, telles celles sur la responsabilité du fait des produits défectueux et les pratiques commerciales déloyales, sont des directives d'harmonisation maximale pour le bon fonctionnement du marché intérieur, qui impliquent, par conséquent, une transposition scrupuleuse par les États membres et qui s'opposent au maintien ou à l'introduction par ceux-ci de dispositions plus favorables aux consommateurs (sur ce point, cf. les observations de J. Raynard, in *RTD civ.* 2005, p. 746 et s.). Et ils dénonceront avec vigueur les récentes condamnations prononcées par la Cour de justice des Communautés européennes dont la France a été l'objet à propos de la transposition de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux (sur ces arrêts, cf. la très fine analyse de G. Viney, « *La réception du droit communautaire en droit français de la responsabilité* », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, 2003, p. 94), lesquelles emportent un sensible déficit de protection des victimes d'accident de la consommation, ébranlent les fondations de notre droit de la responsabilité civile et trahissent la vision exclusivement économique et mercantile qui irrigue le droit façonné par les autorités communautaires, dont l'objectif est manifestement bien plus de préserver les intérêts des fabricants professionnels confrontés à la concurrence européenne, dont il s'agit de favoriser l'égalité, plus que de protéger les consommateurs (en ce sens, cf. Lequette Y., *Vers un Code civil européen?*, in *Le Code civil*, p. 97 et s., *passim*).

17. Les « *euroobjectifs* », moins sévères et partiels pour apprécier la politique menée par les autorités communautaires en matière de protection des consommateurs, relèveront, d'abord, qu'assez paradoxalement les détracteurs du droit communautaire, dans ce domaine, ne sont pas les supporters les plus fervents du droit français de la consommation, qu'ils accusent de démanteler notre droit classique des obligations et de provoquer le déclin de notre économie. Allergiques au social à l'intérieur de nos frontières, zélés au-delà...

Ensuite, ils objecteront que, dans cette défaite du social et dans ce déficit de protection des consommateurs, les responsabilités sont pour le moins partagées entre le législateur européen et le législateur français. D'une part, lorsque les directives contiennent une clause minimale qui permet aux États membres, qui les transposent, d'adopter ou de maintenir des règles plus protectrices au profit du consommateur, le législateur français n'exploite pas toujours cette opportunité. À titre d'exemple, on rappellera qu'alors que la directive du 25 mai 1999 sur les ventes au consommateur et garanties liées aux produits de consommation est une directive d'harmonisation minimale, l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 constitue, pour l'essentiel, une transcription fidèle et sincère

du texte communautaire sans que le niveau de protection du consommateur ait été sensiblement augmenté (en ce sens, cf. Calais-Auloy J., Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité, RTD civ. 2005, p. 701, sp. p. 707 ; RTD civ. 2005, p. 486, obs. Leroyer A.-M.). Ainsi, entre autres, et sans revenir sur la question de l'extension du domaine *ratione personae* (à tous les contractants) et *ratione materiae* (à tous les biens corporels) du système conçu par la commission, le délai de prescription de l'action en garantie de conformité a été maintenu à deux ans, comme le prévoyait la directive, alors que la commission Viney, exploitant la liberté accordée par le texte communautaire aux législateurs nationaux, avait proposé de le porter à cinq ans. D'autre part, certaines directives ont parfois contribué à l'extension du domaine de la protection déjà institué par le législateur français et, ainsi, à renforcer la défense des intérêts des consommateurs. Ainsi, la directive n° 97/7/CE du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière des contrats à distance vise l'ensemble de ces contrats, et pas seulement les ventes à distance (JOCE n° L 144, 4 juin), auxquelles la loi française limitait jusqu'alors le bénéfice de ses dispositions protectrices. L'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, qui a transposé cette directive, a donc intégré cet élargissement du champ d'application des mesures protectrices des consommateurs à distance, lesquels doivent donc cette densification de leur protection au droit communautaire.

18. Enfin, pour ce qui concerne précisément, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, il est permis de ne pas partager toutes les critiques qui lui ont été adressées par la doctrine française, notamment à propos des ses arrêts condamnant la France pour transposition incorrecte de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux (sur ces critiques, cf. les auteurs cités, notes [26 et 27]). En ce qui concerne la franchise de 500 euros pour les dommages matériels que le législateur français avait supprimée, il est quelque peu excessif de soutenir que la condamnation qu'elle a suscitée constitue une atteinte au principe fondamental du droit français que constitue la règle de la réparation intégrale. D'abord, et sans que protestation vigoureuse s'ensuive, chacun sait que le législateur français lui-même a parfois pris des libertés avec ce principe. Ensuite, comme s'en est expliquée, ici même, Madame Viney (« La responsabilité civile dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Conférence, 7 juin 2006), ce principe est doté, en raison du pouvoir souverain des juges du fond dans sa mise en œuvre, d'une certaine part d'artifice. Enfin, si l'indemnisation intégrale des atteintes à l'intégrité physique constitue bien une valeur fondamentale de notre droit contemporain de la responsabilité civile, il n'en va pas de même pour l'indemnisation des atteintes aux biens, ainsi que le démontre, entre autres, les dispositions de la loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. Par ailleurs, en ce qui concerne la condamnation de la France à propos des dispositions qui ont pour effet de tempérer les effets néfastes pour les victimes de l'admission du risque de développement à titre de cause d'exonération de la responsabilité du fabricant, à savoir l'existence d'une option offerte à la victime entre les dispositions du droit national préexistant et celles de la loi de transposition, et l'exigence d'une obligation de suivi à la charge du fabricant, il convient de rappeler que là aussi les torts sont pour le moins partagés entre le législateur européen et le législateur national dans le déficit de protection dont sont aujourd'hui victimes les consommateurs français. Que l'on sache, le législateur français n'était nullement obligé d'admettre le risque de développement à titre de cause d'exonération, puisque la directive lui accordait le choix et certains législateurs européens

ont d'ailleurs refusé de lui faire produire un tel effet exonératoire ! Et une fois encore, on ne se souvient pas que ceux qui pourfendent aujourd'hui la Cour de justice, soient montés au créneau pour fustiger le législateur français d'avoir retenu le risque de développement comme cause d'irresponsabilité du fabricant et d'avoir ainsi délibérément privilégié l'intérêt économique des professionnels et la compétitivité des entreprises française sur la protection des consommateurs. Dieu sait pourtant si la question avait été débattue lors du vote de la loi de 1998 ! (sur ce débat, cf. Fauchon P., Droit communautaire et droit français : historique des difficultés d'intégration de la directive européenne du 25 juillet 1985, in Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits, PUF, 1998, p. 9 et s.). Quoiqu'il soit, la défaite du social qu'a emportée l'admission du risque de développement est essentiellement imputable au législateur français, qui a succombé aux arguments des milieux professionnels et économiques, sans que vacarme doctrinal s'ensuive, et il est un peu facile de morigéner la Cour de justice lorsque celle-ci fait voler en éclats les emplâtres que notre Parlement avait posé pour se donner bonne conscience. Pour conclure sur ce point, on peut aussi faire remarquer que la Cour de justice n'est pas, dans ses décisions, systématiquement défavorable aux consommateurs. Ainsi, sans qu'elle ait d'ailleurs croulé sous les vivas d'une doctrine si prompte à dénoncer ses dérives économiques et anti sociales, la Cour a sensiblement renforcé la protection des consommateurs en décidant qu'un juge national pouvait relever d'office le moyen tiré de la violation d'une règle d'ordre public de protection du consommateur, par exemple le caractère abusif d'une clause (CJCE, 27 juin 2000, affs. jtes C-240/98 à C-244/98, JCP E 2001, II, p. 1281, note Carballo Fidalgo M. et Paisant G.), alors que la Cour de cassation refuse, pour sa part, d'accorder au juge un tel pouvoir en cas de violation d'une règle revêtue de ce caractère, édictée par le droit de la consommation (en ce sens, cf. Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2002, n° 99-21.121, RDC 2003, p. 86, obs. Fenouillet D.).

19. Si l'on délaisse le droit communautaire et que l'on se concentre sur le droit interne, il est aisé de constater que cette fonction économique du droit de la consommation, et précisément la protection de la liberté de la concurrence, n'est pas absente des préoccupations du législateur consommériste français. Comme l'avait souligné le regretté Yves Serra, dans un colloque dont le thème était proche du nôtre, « des dispositions présentées comme destinées à protéger les consommateurs ont, en réalité, pour objectif essentiel de maintenir ou de restaurer le libre jeu de la concurrence » (« Présentation du thème », in Concurrence et consommation, Dalloz, 1994). Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut, d'abord, relever que les textes qui régissent la revente à perte, les ventes en liquidation, en soldes ou au déballage, les ventes avec primes, les envois forcés, le démarchage, entre autres, s'inscrivent à l'évidence aussi dans une perspective économique et tendent, pour une large part, à la protection des professionnels concurrents. Ensuite, la loi du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection des consommateurs, déjà évoquée, ne poursuit pas exclusivement des préoccupations d'ordre social. En même temps qu'il protège les consommateurs contre un enchaînement contractuel immaîtrisable, le législateur a manifestement entendu stimuler le jeu de la concurrence. Puisqu'ils peuvent désormais se délier d'un contrat à durée déterminée, en dépit de la clause de tacite reconduction qu'il comporte, quand le professionnel n'exécute pas son obligation contractuelle d'information, le consommateur pourra mettre en concurrence les différents professionnels qui évoluent dans le marché dans lequel s'inscrit le contrat, ce que la clause susvisée lui interdisait en pratique. Enfin, ultime illustration de ce phé-

>

nomène, cette même loi, dans ses dispositions relatives au crédit renouvelable, lesquelles garantissent une meilleure information du consommateur et permettent à l'emprunteur une sortie de crédit plus aisée, « *s'inscrit dans un mouvement d'encouragement de la consommation visant à promouvoir la croissance* » (Rochfeld J., obs. in RTD civ 2005, p. 480) et intègre la protection du consommateur « *à un objectif macro-économique de protection du marché* » (Ibid., p. 482).

Au fond, on le pressent, comme en droit communautaire, mais sans doute avec une intensité moindre, « *la protection du consommateur masque alors celle des concurrents* » (Ferrier D, Pratiques commerciales interdites ou réglementées : protection des concurrents ou des protection des consommateurs?, in Concurrence et consommation, préc., p. 111, sp. p.115) en droit interne.

En définitive, on pressent qu'une vision exclusivement sociale ou économique du droit de la consommation n'est plus de saison et qu'il faut plutôt raisonner, en dépit du libellé de notre sujet, en termes de dualité que d'opposition. Et l'observation du droit de la consommation, non plus de façon isolée, mais globalement, comme l'élément d'un ensemble plus vaste, comme un îlot de l'archipel juridique composé, par ailleurs, du droit commun des contrats et du droit spécial de la concurrence renforce ce sentiment. À tel point, que dans une certaine mesure au moins, c'est un phénomène d'unité qui peut être constaté.

II. – LE DROIT DE LA CONSOMMATION ENVISAGÉ GLOBALEMENT : L'UNITÉ

20. Envisagée à l'aune des différentes branches du droit privé qui constituent le support juridique de l'univers économique et social dans lequel nous évoluons, la question qui nous est posée, en guise de sujet, doit être abordée dans une perspective différente de celle que nous avons retenue dans les développements qui précèdent.

En effet, si on appréhende le droit de la consommation dans ses rapports avec le droit commun des contrats et le droit spécial de la concurrence, un double phénomène se dessine en droit contemporain. En premier lieu, un remarquable phénomène de diffusion, hors de ses frontières naturelles, de l'esprit social qui, dans une large mesure, anime le droit de la consommation. En second lieu, un phénomène d'intégration du droit de la consommation, au côté du droit de la concurrence dans un ensemble plus vaste, que l'on dénomme droit du marché.

A. – La diffusion du « social »

21. L'observation des branches du droit positif que constitue le droit commun des contrats et le droit spécial de la concurrence laisse apparaître, dans une certaine mesure, que le « *social* » ne constitue plus le signe distinctif du droit de la consommation. Dans ces deux matières, on retrouve des marques des préoccupations sociales qui inspirent traditionnellement le droit de la consommation. Bon nombre de leurs règles actuelles reposent, en effet, sur le constat de l'inégalité économique qui préside à la conclusion du contrat, de l'impossibilité pour le contractant en situation de dépendance de négocier le contenu du contrat et de la maîtrise du contractant dominant sur le contenu, l'exécution et la pérennité du contrat. Cette contamination du droit commun du contrat et du droit de la concurrence par l'esprit social spécifique du droit de la consommation témoigne, sans doute, de ce que le champ d'application du droit de la consommation et, par conséquent, la propagation de ses mesures protectrices, repose sur un critère plus téléologique que dogmatique. Au fond, les règles sociales du droit de la consommation ont pour raison d'être la dépendance du contractant plus que son seul statut de consumma-

teur, ce qui justifie sans doute que les règles qui incarnent cet esprit se propagent au-delà de son cadre strict, à l'ensemble des contrats d'adhésion et de sujétion.

22. *De lege lata*, ce phénomène est, d'une part, aisément perceptible lorsqu'on s'arrête sur le droit commun des contrats, dont certaines dispositions sont mues par le souci de densifier la protection du consentement du contractant dominé et par le souci de lutter contre les déséquilibres contractuels inadmissibles, parce que disproportionnés.

Sans souci d'exhaustivité, on relèvera, d'abord, que la technique du formalisme informatif exploitée par le droit spécial de la consommation a été exportée, en droit commun par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière, dont les dispositions sont intégrées dans le Code monétaire et financier, et dont les règles protectrices ont vocation à bénéficier à toutes les personnes physiques ou morales, professionnelles ou non, qui font l'objet d'une opération de démarchage bancaire et financier. En outre, le formalisme ad validitatem utilisé par le législateur consumériste pour assurer la protection des consommateurs qui souscrivent un engagement, à titre de caution, dans le champ d'application des textes qui régissent le crédit à la consommation et le crédit immobilier a désormais été transposée en droit commun du cautionnement. Aujourd'hui, de même que la validité du cautionnement souscrit par un consommateur dans le champ d'application du droit spécial de l'endettement est soumise à la présence, dans l'acte sous-seing privé qui le constate, d'une mention manuscrite que le consommateur doit apposer, avant sa signature et qui doit reproduire, à la virgule près, la formule énoncée par le législateur, de même, en droit commun, « *Toute personne physique qui s'engage par acte sous-seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite* » (C. consom., art. L. 341-2, issu de la loi sur l'initiative économique du 1^{er} août 2003) imposée par la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique (sur laquelle, cf. Fenouillet D., RDC 2004, p. 304 et s.). Quoique insérée dans le Code de la consommation, cette règle qui soumet la validité du cautionnement souscrit au profit d'un créancier professionnel au respect d'une condition de forme, relève indiscutablement du droit commun.

Ensuite, les techniques destinées à différer la formation des contrats de consommation que constituent les délais de réflexion et les droits de repentir accordés notamment aux consommateurs de crédit immobilier et à la consommation et à ceux qui concluent un contrat à distance, ont elles aussi été exportées en droit commun des ventes immobilières par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbain, qui les exploite pour protéger l'acquéreur non professionnel d'un immeuble qui conclut une vente avec un vendeur, peu important que ce dernier soit lui-même professionnel ou non professionnel, autrement dit indépendamment du fait de savoir si la vente est soumise au droit commun ou au droit spécial de la consommation. De même, la loi déjà citée du 1^{er} août 2003 prévoit un délai de renonciation au profit de tous les investisseurs de produits financiers.

Autant d'illustrations de l'« *expansion du droit de la consommation qui exporte ses techniques hors de son champ de compétence* » (Bellivier F., obs. in RTD civ. 2001, p. 220) « *à savoir les rapports entre professionnels et consommateurs puisque deux particuliers contractant entre eux pourront s'y trouver soumis* » (Ibid., p. 219).

23. Cette propagation de l'esprit social inhérent au droit de la consommation se manifeste aussi dans l'extension du do-

maine de la lutte contre les déséquilibres contractuels excessifs, qui constitue un des traits marquants de notre droit contemporain des contrats.

Une première illustration de cette tendance commune réside dans l'exigence de proportionnalité (sur ce principe, cf. « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? », LPA 1998, n° 117) qui, outre le droit de la consommation, innerve le droit commun des contrats et le droit de la concurrence. Ainsi, en matière de cautionnement, aux termes de l'article L. 313-10 du Code de la consommation, un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit à la consommation ou de crédit immobilier, entrant dans le champ d'application du droit de la consommation, conclu par un consommateur, dont l'engagement était lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus. Puis, la réception de ce principe de proportionnalité a été opérée en droit commun par la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique. Désormais, l'article L. 341-4 du Code de la consommation dispose qu'« *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus [...]* ». Cette règle qui, en dépit de son insertion dans le Code de la consommation, relève du droit commun du contrat de cautionnement (en ce sens cf. Atias C., Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation. L'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable, D. 2003, p. 2620), illustre à merveille la diffusion de l'esprit social du la législation consumériste en droit commun, laquelle se traduit ici par une identité formelle qui reflète cette parenté d'esprit. Et ce souci de rééquilibrage des contrats d'adhésion et de sujétion, qui constitue la marque de la dimension sociale du droit de la consommation, s'est aussi propagé en droit de la concurrence, comme le révèlent certaines dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, qui tendent à assurer la protection des contractants contre des engagements disproportionnés, injustifiés ou sans intérêt (en particulier, l'article L. 442-6 du Code de commerce). Le petit droit de la concurrence, comme certains l'ont baptisé, protège, indépendamment, de toute atteinte à la concurrence, le professionnel dominé contre les pratiques de son partenaire qui abusant de sa situation de dépendance lui impose des conditions commerciales ou des obligations injustifiées, ou obtient de sa part un avantage commercial qui ne correspond à aucun service commercial rendu ou qui est manifestement disproportionné par rapport à la valeur de ce service. Cette protection des professionnels dépendants contre les déséquilibres contractuels excessifs, indépendamment de toute atteinte au libre jeu la concurrence, s'inscrit elle aussi dans ce phénomène de propagation du « social » qui n'est plus, on le constate, l'apanage exclusif du droit de la consommation.

Et c'est un constat identique qui peut être fait si on s'arrête sur la question de la protection des contractants contre les clauses abusives. Cette lutte contre les déséquilibres contractuels significatifs engendrés par des clauses imposées par un contractant en situation de force, inaugurée par le droit de la consommation, s'est désormais, elle aussi, étendue au droit commun des contrats et au droit de la concurrence. En droit commun, la Cour de cassation a exploité et rénové des notions classiques, comme la cause, pour protéger des professionnels contre des clauses limitatives de réparation (Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, Contrats, conc., consom., 1997, comm. n° 24, obs. Leveuveur L., D. 1997, jur., p. 121, note Sériaux A., somm., p. 175, obs. Delebecque P., Defrénois, 1997, p. 333, obs. Mazeaud D., JCP G 1997, I, p. 4002, obs. Fabre-Magnan M. et p. 4025, obs. Viney G. et JCP G 1997, II, p. 22881, obs. Cohen D., RTD civ. 1997, p. 418, obs. Mestre J., Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-17.974, RDC 2006, obs. Mazeaud D.) ou des clauses

de réclamation de la victime (Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1990, n° 88-12.863, JCP éd. G 1991, I, p. 3778, obs. Bigot J., Resp. civ. et assur. 1991, chron., p. 4, Groulet H., RTD civ. 1991, p. 325, obs. Mestre J.) qui ruinaient la cohérence interne du contrat dans lequel elles étaient stipulées, en le privant d'intérêt pour le créancier professionnel, ou s'est appuyé sur ces concepts nouveaux, tels l'obligation essentielle ou l'économie générale du contrat, pour neutraliser des clauses limitatives ou élusives de responsabilité (Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2004, n° 01-00.444, LPA 2006, n° 113, p. 16, note Grimaldi C., RDC 2005, p. 270, obs. Mazeaud D.), ou des clauses de divisibilité expresse (Cass. com., 15 févr. 2000, n° 97-19.793, D. 2000, somm., p. 364, obs. Delebecque P., Defrénois 2000, p. 1118, obs. Mazeaud D., RTD civ. 2000, p. 325, obs. Mestre J. et Fages B.), qui provoquaient un déséquilibre contractuel excessif. Et cette protection contre les clauses abusives, signe de la dimension sociale inhérente au droit de la consommation, a désormais gagné les rivages du droit de la concurrence, puisque, indépendamment de toute atteinte à la concurrence, sont annulables aux termes de l'article L. 442-6-6°-II du Code de commerce, les clauses qui prévoient au profit d'un producteur, d'un commerçant ou d'un artisan, la possibilité « - de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale; - d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation à des tiers des créances qu'il détient sur lui ».

Autant de dispositions du droit positif qui témoignent de la contamination du droit commun des contrats et du droit spécial de la concurrence par l'esprit social qui anime le droit de la consommation, à savoir la protection du contractant faible contre les déséquilibres contractuels qui n'ont pas d'autre raison d'être que l'inégalité et la dépendance qui caractérisent et fragilisent sa situation de partie à un contrat d'adhésion ou de sujétion.

24. Déjà très nettement perceptible, *de lege lata*, cette tendance à la diffusion de l'esprit social qui anime le droit de la consommation l'est peut être plus encore *de lege ferenda*, ainsi que le révèle très nettement l'examen de certaines règles de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. Destiné à redonner au Code civil le statut de droit commun du contrat, ce texte rapatrie dans ce Code, plusieurs règles qui avaient jusqu'alors leur siège dans le Code de la consommation et illustre ainsi parfaitement ce phénomène de propagation du « social », du droit de la consommation vers le droit commun. À ce titre, on relèvera d'abord, que cet avant-projet consacre la notion de contrat d'adhésion, défini par l'article 1102-5 comme étant « *celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance* ». Ensuite, en vertu de l'article 1122-2, « *la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, [...] lorsqu'elle n'a pas été négociée* ». En alignant désormais le sort des contractants professionnels, victimes de clauses abusives stipulées dans un contrat d'adhésion, sur celui des consommateurs, ce texte, conformément au dessein poursuivi par les promoteurs de l'avant-projet, rapatrie dans le droit commun du contrat, autrement dit dans le Code civil (futur), une règle qui était jusqu'alors édictée dans le seul Code de la consommation. Règle qui devient une règle générale de protection qui a vocation à s'appliquer en faveur de tous les contractants, victimes d'une clause abusive stipulée dans un contrat d'adhésion.

Autre manifestation de cette tendance, la règle de l'interprétation du contrat en faveur de la partie faible qu'énonce l'article 1140-1 de l'avant-projet. Jusqu'alors, une telle règle était

>

éditée dans le seul Code de la consommation (C. consom., art. 133-2, al. 2) et n'avait donc vocation à jouer qu'au profit du seul consommateur. Comme la précédente, elle est désormais vouée à intégrer le droit commun des contrats et pourra s'appliquer à tous les contractants en situation de faiblesse ou de dépendance, quel que soit leur statut, au jour de la conclusion du contrat.

25. Ces différents modes d'expansion du droit spécial de la consommation qui exporte ses techniques spécifiques de protection hors de son champ de compétence, emportent donc une diffusion de l'esprit social supposé être spécifique à celui-ci. Tant et si bien que la question de savoir si le droit de la consommation est un droit social ou un droit économique perd alors quelque peu de son acuité dans la mesure où manifestement cette dimension sociale ne constitue plus, que ce soit en droit positif ou en droit prospectif, la marque de fabrique, le signe distinctif de cette branche de notre droit. Autrement dit, les développements qui précèdent peuvent conduire à se demander si la véritable question qui se pose aujourd'hui n'est pas celle de savoir si notre droit des contrats, appréhendé *lato sensu*, est un droit social ou un droit économique.

26. Mais on peut, sans doute aussi, retenir une autre interprétation des éléments qui, en première lecture, nous ont conduit à constater cette diffusion du social dans toutes les branches de notre droit contractuel contemporain.

En effet, comme on l'a compris certaines règles qui relèvent du droit commun sont intégrées dans le Code de la consommation, alors qu'elles ont vocation à bénéficier à d'autres contractants que des consommateurs, et, inversement, que d'autres, qui sont d'essence et de facture consumériste sont, pour leur part, intégrées dans d'autres codes, non seulement dans le Code civil, mais encore dans le Code de la construction et de l'urbanisme, et dans le Code monétaire et financier.

Dès lors, il est tentant de considérer que la raison d'être de toutes ces règles protectrices réside moins dans le statut juridique ou dans la situation de faiblesse, présumée ou réelle du contractant qui en bénéficie, que dans la dangerosité du contrat, dans le risque patrimonial inhérent à la conclusion de l'acte qui pèse sur le contractant à qui l'offre de contracter est destinée. Impression confortée, par exemple, par la jurisprudence de la Cour de cassation qui, depuis les années 1990, admet, en théorie du moins, qu'un contractant professionnel peut se prévaloir des dispositions protectrices du droit de la consommation contre les clauses abusives, si il peut démontrer qu'il n'existe pas de rapport direct entre son activité professionnelle et le contrat dans lequel la clause litigieuse est stipulée. Preuve que le critère de l'application de ces règles protectrices ne réside pas dans le statut du contractant victime d'une clause abusive mais dans l'objet du contrat qu'il a conclu.

Autant de raisons pour se demander, comme l'a très finement fait Dominique Fenouillet si, au moins pour partie, l'objectif du droit de la consommation n'est pas aussi, voire surtout, d'encadrer les comportements des professionnels, de renforcer leurs devoirs, et de prévenir leurs abus lors de la conclusion des contrats qu'ils proposent et qui engendrent un risque patrimonial pour leurs cocontractants (Fenouillet D., *Commerce électronique et droit de la consommation ; une rencontre incertaine*, p. 955, sp. p. 967). Au fond, ne peut-on considérer que le droit de la consommation se caractérise par la mise en place d'une police contractuelle des comportements des professionnels (*Ibid.*, « *Cautionnement* », RDC 2003, p. 305, sp. p. 315) et plus encore n'est-il pas envisageable de rebaptiser le Code de la consommation en Code des professionnels,

voire le droit de la consommation de droit des professionnels (*ibid.*, p. 326).

Après ces réflexions spéculatives sur le phénomène de diffusion du « social » qui nous a conduit à constater l'invasion de l'esprit qui anime le droit de la consommation hors de ses frontières naturelles, il convient de s'arrêter sur une autre hypothèse qui est celle de l'intégration du droit de la consommation, au côté du droit de la concurrence, dans un ensemble plus vaste, à savoir le droit du marché.

B. – L'intégration dans le droit du marché

27. L'idée que je ne ferai que suggérer ici puisqu'elle a déjà été longuement et savamment développée par d'autres est celle selon laquelle le droit de la consommation et le droit de la concurrence font cause commune en vue d'un fonctionnement harmonieux et dynamique du marché (sur cette idée, cf. Lucas de Leyssac C., Parleani G., *op. cit.*, sp. p. 6, 85 et s., 115 et s., 140 et s.).

Dans cette perspective, on peut, dans un premier temps, remarquer que bien souvent « *la protection de la concurrence masque celle du consommateur* » (Ferrier D., art. préc. sp. p. 115), dans la mesure où les pratiques qu'il prohibe ou réglemente empêchent les consommateurs de faire normalement jouer la concurrence entre les professionnels. De multiples illustrations permettent de conforter cette hypothèse, qu'il s'agisse de la liberté des prix proclamée par l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1986, laquelle « *stimule les mécanismes du marché qui, en retour, favorisent les consommateurs* » (Pédamon M., *La liberté des prix et l'intérêt des consommateurs*, in *Concurrence et consommation*, p. 7 sp. n° 4), les règles relatives à l'information, l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, etc.

Dans un second temps, et de façon plus ample, on reprendra pour les besoins de la cause, les analyses particulièrement stimulantes de MM. Lucas de Leyssac et Parleani (*op. cit.*, *passim*), développées par ceux-ci dans leur ouvrage. Selon ces auteurs, il n'est plus aujourd'hui de saison d'opposer droit de la consommation et droit de la concurrence. Bien au contraire, il est plus réaliste de les appréhender comme les piliers du droit du marché, lequel s'entend comme le droit de l'économie de marché qui a pour vocation de régir l'activité des opérateurs sur le marché. Or, comme l'objectif poursuivi par ce droit est, pour une part importante, de permettre la meilleure allocation des ressources, le droit de la consommation est, en ce qu'il tend à la meilleure allocation des ressources individuelles, à l'intérêt particulier, ce que le droit de la concurrence est à l'intérêt général, puisqu'il vise à la meilleure allocation des ressources communes. Dès lors, le consommateur doit être protégé, en sa qualité de contractant présumé faible, qu'en tant qu'acteur du marché qu'il convient de placer dans la meilleure situation pour mieux consommer, qui en tant que tel se présente comme l'alpha et l'omega de la concurrence, celui vers lequel est orienté la compétition des professionnels et qui, par ses décisions, est en définitive l'arbitre de cette compétition et le garant du bon fonctionnement du marché.

28. Cette thèse suscite plusieurs observations. D'une part, comme le précisent les auteurs susvisés (*op. cit.*, sp. p. 5), la vision qui anime le droit du marché ne saurait se réduire à une appréhension exclusivement économique des acteurs qui participent au fonctionnement du marché. Il doit aussi intégrer des valeurs humaines et sociales pour ne pas constituer un droit désincarné exclusivement orienté vers la satisfaction matérielle des opérateurs et s'articuler autour des impératifs de liberté, de solidarité, de dignité. D'autre part, pour que ce droit du marché ne devienne pas un droit des marchands, il convient

qu'il organise des mécanismes efficaces de contre-pouvoirs au profit des consommateurs. Il importe que ceux-ci aient à leur disposition des instruments préventifs et curatifs qui leur permettent de jouer à armes égales avec les professionnels. Dans cette optique, on peut évidemment penser à introduire, en droit

français, une véritable action de groupe, de même que les dommages-intérêts punitifs... Mais ce sont, je crois, des questions qui seront évoquées plus tard lors de ce colloque, aussi je m'interdis d'empiéter sur les plates-bandes de ceux qui auront à croiser le fer sur ces points oh combien sensibles...

Services d'experts et « produits de confiance » : asymétries d'information et défaillances de marché

Intervenant

Philippe CHONÉ, Laboratoire d'économie industrielle (CREST-INSEE)

L'objet de cette présentation est de fournir quelques éléments de cadrage sur le fonctionnement des marchés en présence d'asymétries d'information. Conformément au thème général de cette conférence, l'accent sera mis sur des situations où les consommateurs finaux souffrent d'un désavantage informationnel par rapport aux vendeurs. Le déséquilibre provient de ce que les consommateurs ne sont pas familiers du bien ou du service en question et qu'ils doivent en partie se reposer sur les conseils du vendeur.

On peut citer de nombreux exemples : les services financiers (assurance, plan de retraite, etc.) ; le conseil fiscal ou juridique ; les réparateurs automobiles ; les agents immobiliers ; les médecins et autres professions médicales ; de nombreuses professions libérales (architectes, comptables, etc.) ; les taxis (un voyageur arrivant dans une ville inconnue ne sait pas si le chauffeur choisit la route la plus courte). Dans tous ces cas, le vendeur ne se contente pas de produire le service, il joue également un rôle d'expert vis-à-vis de l'acheteur, lequel doit, dans une certaine mesure, lui faire confiance. C'est pourquoi ces services sont dénommés dans la littérature économique sous le vocable de « produits de confiance » (« *credence good* »). Cette classe de biens s'ajoute à la typologie classique introduite par Nelson (toutes les références citées sont regroupées à la fin du texte) en 1970, qui distinguait les biens de recherche (« *search good* »), pour lesquels la découverte des caractéristiques du produit peut se faire par inspection avant l'achat et les biens d'expérience (« *experience good* ») pour lesquels la qualité du produit est découverte seulement après l'achat. Selon Darby et Karni (1973), les biens de confiance sont des services pour lesquels le vendeur en sait plus que le client sur la qualité dont celui-ci a besoin. En effectuant un diagnostic, l'expert peut connaître précisément la nature du problème auquel l'acheteur fait face (gravité du problème médical, nature de la panne d'un véhicule, etc.) et la qualité du traitement dont il a besoin. Le consommateur, en revanche, n'a pas accès à ces informations.

Dans la relation entre l'acheteur et le vendeur, il convient de bien distinguer deux asymétries d'information différentes. Une première asymétrie intervient au moment du diagnostic (*ex ante*) sur la nature exacte du besoin du consommateur. C'est elle qui permet à l'expert d'exagérer le coût ou la difficulté de la prestation (par exemple conseiller au client de changer le moteur de sa voiture alors que seul le remplacement d'une pièce suffirait). Le cas échéant, une seconde asymétrie d'information peut apparaître une fois que la prestation de service a été effectuée (*ex post*), dans le cas où le consomma-

teur n'est pas en mesure d'apprécier la qualité de la prestation qu'il a reçue. On verra plus loin que cette seconde asymétrie (quand elle existe) est défavorable, non seulement pour le consommateur, mais aussi pour l'efficacité économique globale. La définition des biens de confiance, *stricto sensu*, ne comprend que l'asymétrie *ex ante* ; l'asymétrie *ex post* peut, ou non, être présente, selon les cas.

Les biens de confiance donnent lieu à trois grands types de distorsion. Le consommateur peut être amené à :

- payer pour un travail qui n'était pas nécessaire (« *qualité excessive* ») ;
- payer pour un travail qui n'a pas été effectué (« *paiement excessif* ») ; ceci peut se produire lorsque le consommateur n'observe pas *ex post* le détail de la prestation reçue ;
- payer pour une prestation de service qui a effectivement été réalisée, mais ne pas obtenir un résultat satisfaisant (« *qualité insuffisante* ») ; ceci peut se produire lorsque l'expert n'est pas tenu par une clause de responsabilité qui l'oblige effectivement à fournir une qualité suffisante (par exemple à réparer la panne).

La littérature économique a cherché à répondre aux questions suivantes. Le déséquilibre informationnel entre le consommateur et l'expert se traduit-il « *seulement* » par un transfert de surplus du consommateur vers le vendeur ? Ou bien induit-il une perte de surplus collectif ? Le transfert de surplus vers le consommateur et/ou l'inefficacité sont-ils liés à l'exercice d'un pouvoir de marché de la part du vendeur ? Les distorsions peuvent-elles se produire même si la concurrence est parfaite ? Si la concurrence ne suffit pas à discipliner les vendeurs, quelles autres « *institutions* » peuvent y parvenir ? Après avoir présenté trois exemples (I), je donnerai quelques éléments d'analyse économique sur le fonctionnement des marchés en présence d'asymétries d'information (II). Je terminerai en mentionnant quelques instruments d'intervention publique susceptibles de remédier au déséquilibre informationnel et tenterai de préciser les coûts et les bénéfices de chacun de ces instruments (III).

I. – TROIS EXEMPLES DE MARCHÉS AVEC ASYMÉTRIES D'INFORMATION

A. – Les agents immobiliers

Levitt et Syverson (2005) observent que les incitations d'un agent immobilier ne sont pas parfaitement alignées avec celle du propriétaire qui vend son bien. En effet, seule une faible part (inférieure à 5 %, souvent de l'ordre de 1,5 %) du prix de la maison revient à l'agent immobilier, alors que celui-ci supporte l'intégralité des coûts de la vente (publicité, visite, etc.). Cet écart d'incitations pourrait induire l'agent à profiter de son avantage informationnel, qui consiste en une meilleure

connaissance du marché immobilier, pour pousser le propriétaire à céder son bien trop rapidement.

Pour tester cette hypothèse, les deux auteurs s'appuient sur le fait qu'il arrive aussi aux agents immobiliers de vendre leur propre maison. Ils sont alors en mesure de comparer le montant de la transaction et le temps pendant lequel le bien est resté sur le marché, selon que la maison vendue appartient, ou non, à l'agent immobilier.

Le principal résultat de l'étude est le suivant. Même après avoir contrôlé par de nombreuses caractéristiques de la maison et du quartier, on trouve que les maisons se vendent en moyenne 3,7 % plus cher quand elles appartiennent à l'agent immobilier (ce qui représente, au niveau du prix médian, un différentiel de 7 700 \$). Dans ce cas, elles restent sur le marché 9,5 jours de plus (soit 10 % plus longtemps).

En théorie, l'écart devrait être d'autant plus élevé que l'avantage informationnel de l'agent est important. Or cet avantage est grand quand les maisons en vente dans un quartier donné sont très hétérogènes (car les comparaisons sont alors plus difficiles à réaliser pour les vendeurs). Conformément à cette prédiction théorique, les auteurs trouvent, dans leurs données, que c'est précisément dans les quartiers hétérogènes que l'effet est le plus fort. Par ailleurs, l'étude constate que l'écart de prix et de durée de vente selon que la maison appartient, ou non, à l'agent immobilier s'est nettement réduit au cours du temps. Cette baisse peut s'expliquer par l'arrivée de l'Internet, qui a réduit l'asymétrie informationnelle en facilitant les comparaisons.

Ces résultats suggèrent que les agents immobiliers profitent de leur position d'expert pour inciter les propriétaires à vendre trop vite et à un prix trop faible. À la fin de leur étude, les auteurs se demandent pourquoi de meilleurs arrangements contractuels n'émergent pas et, en particulier, pourquoi un marché séparé de l'évaluation des maisons n'apparaît pas. Sur un tel marché, l'évaluateur serait indifférent au prix final. Les auteurs avancent une explication possible : la liaison constatée des deux prestations (l'évaluation du bien et la vente proprement dite) pourrait permettre un meilleur service et des économies de coûts de transaction, qui compenseraient la perte due au déséquilibre informationnel.

B. – Les médecins et l'hypothèse de la demande induite

Parmi les professions libérales, le secteur médical a beaucoup retenu l'attention des économistes, car les asymétries d'information y sont particulièrement fortes. De nombreux travaux ont cherché à tester ce qu'il est convenu d'appeler « l'hypothèse de la demande induite ». Cette hypothèse conjecture que, face à un choc négatif sur leur revenu, les médecins exploitent leur position d'expert pour maintenir leur revenu (ou en limiter la baisse) en cherchant à vendre des prestations plus coûteuses.

Pour vérifier l'existence de ce type de comportements, Gruber et Owing (1996) utilisent un choc indépendant du fonctionnement du marché : la forte baisse de la fertilité constatée aux États-Unis au cours de la période 1970-1982. Ce choc a exercé une pression à la baisse sur les revenus des gynécologues-obstétriciens. Ces derniers peuvent être tentés de remplacer des accouchements normaux par des accouchements par césarienne, qui leur sont mieux remboursés par les assureurs et qui, au surplus, ne demandent pas davantage de travail et ont l'avantage de pouvoir être programmés. Les auteurs constatent en effet une forte hausse du taux de césarienne sur la période. Pour tester le lien direct entre les deux phénomènes, ils s'appuient sur le fait que la fertilité n'a pas baissé dans tous les États américains à la même vitesse.

Leur résultat central est que c'est précisément dans les États où la fertilité a baissé le plus que le taux de césarienne a cru le plus. Toutes choses égales par ailleurs (c'est-à-dire en contrôlant pour l'état de santé de l'enfant et de la mère, l'âge de cette dernière, diverses caractéristiques de l'hôpital, etc.), la fertilité dans un État a une influence négative très nette sur la probabilité d'accoucher par césarienne. Les auteurs démontrent aussi que la relation négative entre fertilité et césarienne est plus forte pour les femmes qui disposent d'une bonne couverture d'assurance, qui sont précisément celles pour lesquelles l'incitation financière du médecin est la plus forte. Ces éléments ne disent rien sur la question de savoir si l'augmentation du taux de césarienne a amélioré les performances en matière de naissance ou si le taux de césarienne serait maintenant trop élevé. En revanche, ils mettent en évidence une réaction des médecins à la baisse de la fertilité, à savoir la sur-utilisation d'une procédure plus coûteuse en réponse à ce choc financier négatif. L'étude démontre toutefois que l'ampleur de cette réaction est modérée : en particulier, l'augmentation du taux de césarienne est loin de compenser la perte de revenu pour les médecins due à la baisse de la fertilité.

C. – Les réparateurs automobiles

Le *Department of Trade and Industry* (DTI) a réalisé une étude entre mars et juin 2002 portant sur un échantillon représentatif d'une centaine de garages au Royaume-Uni. L'étude a consisté à conduire des véhicules dans ces garages de manière anonyme (*mystery shopping*). Au préalable, les véhicules subissaient une inspection où étaient relevés tous les défauts qui devaient être rectifiés ou signalés d'après le carnet d'entretien et les normes du constructeur ; de plus, les inspecteurs introduisaient des défauts supplémentaires sur les voitures. Deux tiers des véhicules étaient conduits au garage par un homme, un tiers par une femme.

Les principaux résultats de l'étude sont les suivants : 40 % des garages ont manqué un élément qui aurait dû être réparé ; autrement dit, ces garages n'ont pas effectué une réparation incluse dans la prestation et pour laquelle le client avait donc payé. Les garages manquent plus fréquemment un élément quand le propriétaire est une femme (58 % contre 40 % pour les hommes). 17 % des garages ont effectués un travail considéré comme non nécessaire par les inspecteurs. Seulement 14 % des garages ont repéré tous les défauts introduits par les inspecteurs ; 17 % ont tout raté. 8 % des garages ont effectué des travaux sans approbation préalable (12 % pour les femmes, 6 % pour les hommes). Les garages indépendants facturent le même prix aux hommes et aux femmes, mais les concessionnaires facturent en moyenne aux femmes 50 £ de plus (pour un coût médian de 150 £). Seuls 57 % des garages ont fourni un devis précis. Enfin, seulement 29 % des garages montrent au client les pièces remplacées.

II. – LES ENSEIGNEMENTS DE LA THÉORIE ÉCONOMIQUE

L'article de Dulleck et Kerschbamer (2006) passe en revue la foisonnante littérature sur les biens de confiance. Afin d'identifier les grandes forces à l'origine de distorsions et d'en apprécier les effets en fonction des conditions de marché, ces auteurs introduisent un cadre stylisé de « produit de confiance », dans lequel les consommateurs font face à un problème (exemple : panne de voiture) qui peut être de deux types, mineur ou majeur. Le point clé est que les consommateurs ne connaissent pas le type de leur problème. Pour résoudre celui-ci, deux traitements sont proposés par le ou les experts, un traitement léger et un traitement lourd, plus coûteux : le

traitement léger ne résout que le problème mineur, le traitement lourd résout les deux problèmes (mais il est parfois inutile). Ce n'est que lorsque le prestataire choisit le traitement léger alors que le problème est majeur que celui-ci n'est pas résolu. Dans tous les autres cas, le problème est résolu, mais parfois au moyen d'un traitement inutilement coûteux.

L'utilité de consommateur intègre, en plus de la résolution de son problème, le prix de la prestation, ainsi que le prix du diagnostic : le consommateur peut en effet demander un diagnostic préalable, mais c'est lui qui en supporte le coût. Si le consommateur décide de demander plusieurs opinions, il supporte autant de fois le coût du diagnostic. Il ne le fera donc que si le coût du diagnostic n'est pas trop élevé. Dans le cas contraire (coût du diagnostic élevé), il y a, de fait, engagement d'acheter la prestation une fois le diagnostic effectué. Cet engagement de fait s'observe en pratique lorsqu'il existe de fortes économies de gamme entre diagnostic et traitement (par exemple, si un automobiliste a une pièce cassée dans sa boîte de vitesse, le mécanicien va le découvrir en démontant la boîte; il ne serait pas efficace que le client lui demande alors de la remonter sans la réparer. Dans cet exemple, le diagnostic est un produit dérivé du traitement).

Une deuxième caractéristique essentielle de l'environnement simplifié considéré par Dulleck et Kerschbamer est la vérifiabilité, ou non, de la qualité de la prestation par le consommateur. Le terme « *vérifiabilité* » signifie que le consommateur observe le traitement qu'il a reçu et peut le prouver devant un tribunal. Quand le consommateur n'observe pas le type de traitement qui lui est appliqué, autrement dit quand il observe seulement si son problème a été résolu ou non, l'expert peut lui faire payer le traitement lourd alors qu'il lui a administré le léger. En l'absence de vérifiabilité, il y a donc risque de « *paiement excessif* ».

La troisième caractéristique majeure de l'environnement est la mise en œuvre, ou non, de la responsabilité du prestataire en cas d'échec du traitement. Si le client peut punir fortement le prestataire en cas d'échec, il est assuré que son problème sera résolu (le cas échéant, par un traitement trop coûteux). Dans le cas contraire (absence de responsabilité de l'expert), la troisième distorsion mentionnée dans l'introduction, à savoir la « *qualité insuffisante* », risque d'apparaître.

A. – Avec vérifiabilité ou responsabilité

Même si la qualité est vérifiable par le client et même si le prestataire est responsable en cas d'échec, il reste, *a priori*, le risque de « *qualité excessive* » : l'expert pourrait appliquer le traitement lourd alors qu'il sait que le problème est mineur. En fait, il existe des conditions simples qui permettent d'exclure le risque de qualité excessive.

Le résultat essentiel de la théorie est en effet le suivant : si les consommateurs sont identiques *a priori* et s'ils sont liés, de fait, au prestataire qui a effectué le diagnostic, alors il suffit que la qualité soit vérifiable ou que les vendeurs soient responsables pour qu'il n'y ait pas distorsion à l'équilibre. Autrement dit, si les coûts de diagnostic sont élevés et si les consommateurs sont homogènes (au sens de la probabilité que leur problème soit majeur), alors l'une seulement des deux conditions vérifiabilité/responsabilité suffit à garantir que le vendeur fournisse la qualité appropriée (basse pour le problème mineur, haute pour le problème majeur). Un point important que ce résultat est valide indépendamment de la structure du marché, c'est-à-dire que l'expert dispose, ou non, d'un pouvoir du marché : dans un cas comme dans l'autre, le surplus collectif est optimal. Le pouvoir de marché éven-

tuel des experts influe bien entendu sur la répartition du surplus entre vendeurs et acheteurs, mais pas sur la valeur de ce surplus.

1) Qualité vérifiable : marge identique pour les deux traitements

Donnons rapidement l'intuition de ce résultat, en commençant par la situation où les consommateurs observent la qualité (et où ils sont liés au prestataire qui a fait le diagnostic). Dans ce cas, les experts recommandent, et effectuent, le traitement qui leur procure la marge la plus élevée. Il en découle que le surplus collectif est maximum quand les marges sont rigoureusement égales pour les deux traitements : dans ce cas, l'expert est indifférent entre les deux, et on peut raisonnablement supposer qu'il effectue le traitement approprié. C'est précisément ce qui se produit à l'équilibre, quelle que soit la structure de marché : en monopole, l'expert a intérêt à maximiser le surplus total, pour se l'approprier; si, au contraire, il y a concurrence entre les experts, la marge est nulle pour les deux prestations.

Si, au surplus, l'expert est responsable en cas d'échec, le risque de « *qualité insuffisante* » disparaît; il suffit alors que la marge sur le traitement lourd soit inférieure ou égale (et non plus égale) à la marge sur le traitement léger pour que le vendeur soit dissuadé d'appliquer le traitement lourd lorsqu'il est inutile. À titre d'illustration, c'est un peu ce que réalise la composante fixe du tarif des taxis; cette tarification implique que la marge sur les courses longues est plus faible que la marge sur les courses courtes et, ainsi, réduit l'incitation du chauffeur à choisir une route trop longue.

En pratique les consommateurs ne sont jamais homogènes. L'hétérogénéité des consommateurs (au regard de la probabilité que leur problème soit majeur) ne modifie pas l'analyse si les experts sont en concurrence : la marge reste nulle sur chaque traitement. En revanche, elle conduit, en présence d'un fort pouvoir de marché des vendeurs, aux inefficacités habituelles du monopole (exclusion des consommateurs les moins rentables si la discrimination est interdite, qualité inefficace appliquée à ces consommateurs lorsque la discrimination est possible). Mais ces distorsions ne sont pas spécifiques aux produits de confiance.

2) Qualité non vérifiable, mais prestataires responsables : prix identique pour les deux traitements

Passons maintenant à la situation où la qualité n'est pas observable (vérifiable) par le client, mais où l'expert est responsable en cas d'échec. Dans ce cas, l'expert recommande toujours la prestation la plus chère (les clients ne demandant pas une seconde opinion, par hypothèse) et effectue le traitement minimal nécessaire pour résoudre le problème (car il est responsable en cas d'échec). Tout se passe comme s'il n'y avait qu'un seul prix pour les deux traitements (et non plus une seule marge comme lorsque la qualité est observable), l'expert choisissant la qualité pour minimiser le coût. Il choisit donc le traitement léger quand le problème est mineur, le traitement lourd quand le problème est majeur. Ainsi, le surplus collectif est optimal quelle que soit la structure de marché; seul le partage de ce surplus, réalisé par le biais du prix commun aux deux prestations, dépend du pouvoir de marché des experts.

Le prix unique conduit à des subventions croisées entre catégories de consommateurs : les clients qui ont un problème mineur subventionnent (sans le savoir, puisqu'ils ignorent la gravité de leur problème) ceux qui ont un problème majeur. Si l'on suppose maintenant que le coût du diagnostic est rai-

>

sonnable, les clients sont tentés de demander un second diagnostic d'expert, pour le cas où leur problème serait mineur. Cela peut conduire à une spécialisation des experts qui cherchent à écrémer les consommateurs les plus rentables (ceux qui ont le problème léger) (lorsque la qualité est vérifiable par le consommateur, il n'y a pas d'incitation à écrémer les consommateurs ayant le problème léger. En effet, dans ce cas, les marges sont identiques sur les deux prestations). Par ailleurs, la recherche de plusieurs opinions entraîne souvent une duplication inefficace des coûts de diagnostic.

B. – Ni vérifiabilité, ni responsabilité : « lemons » et « quacks »

En résumé, et en simplifiant beaucoup, la vérifiabilité ou la responsabilité garantissent l'efficacité, indépendamment de l'intensité de la concurrence sur le marché. La situation la plus défavorable est évidemment celle où aucune de ces deux conditions n'est satisfaite : les consommateurs n'observent pas la qualité et les vendeurs ne peuvent pas être tenus pour responsables, ni pénalisés en conséquence, en cas d'échec du traitement. Dans ce cas, l'expert recommande toujours la prestation la plus chère (seul le maximum des deux prix compte pour lui) et effectue toujours la prestation légère, puisqu'il n'est pas responsable en cas d'échec. Il s'ensuit qu'à l'équilibre, seul le traitement léger est effectué ; le surplus collectif est donc réduit. Ce surplus peut même devenir négatif, auquel cas le marché disparaît, faute de demandeur. En effet, les consommateurs anticipent qu'ils ne recevront que la prestation légère ; si la probabilité que le problème soit grave est élevée ou si la valeur de la réparation n'est pas assez grande, ils s'abstiennent de participer au marché, et celui-ci s'effondre.

1) Le mécanisme akerlovien

Ce scénario extrême renvoie à un résultat général de la théorie économique : l'inefficacité des marchés quand l'information est asymétrique. C'est George Akerlov, dans son célèbre article sur les *lemons* (le terme familier *lemon* signifie en américain objet défectueux, qui ne vaut rien), paru en 1970, qui, le premier, a mis en évidence la défaillance des marchés quand la qualité du bien est une information privée du vendeur (cet apport de G. Akerlov a largement contribué à lui valoir le Prix Nobel. Il a reçu ce prix en 2001 conjointement avec Joseph Stiglitz et Michael Spence. Les trois auteurs ont été récompensés pour leurs analyses sur le fonctionnement des marchés en présence d'asymétries d'information). L'article d'Akerlov porte sur le marché des voitures d'occasion, mais le mécanisme s'applique à bien d'autres contextes, notamment aux marchés d'experts. Leland (1973) a appliqué le raisonnement aux médecins (il ne parle pas de *lemons*, mais de *quacks*, c'est-à-dire de charlatans).

Le mécanisme conduisant à l'inefficacité fonctionne schématiquement de la manière suivante. En l'absence de standards minimaux de qualité coexistent des experts de qualités très variables, des très qualifiés et des charlatans. Les consommateurs ayant des difficultés à distinguer les qualités relatives, les experts doivent tous vendre leurs services au même prix, indépendamment de la qualité. Le prix uniforme reflète donc la qualité moyenne sur le marché. Dans ces conditions, les experts les plus qualifiés, qui ont de meilleures alternatives d'emploi (c'est-à-dire un « coût d'opportunité » supérieur), peuvent ne pas être disposés à rester (ou à entrer) sur le marché, puisque le prix qu'ils y recevraient reflète une qualité moyenne inférieure à la leur. Le fait que les meilleurs experts se retirent du marché réduit la qualité moyenne, ce qui fait chuter le prix et peut provoquer une nouvelle érosion de la qualité. Ce cercle vicieux peut continuer jusqu'à ce qu'il n'y ait plus que des charlatans sur le marché. On retrouve, dans

un contexte différent, la loi de Gresham : « *la mauvaise monnaie chasse la bonne* ».

La défaillance ne va pas nécessairement jusqu'à l'effondrement du marché. De manière générale, l'asymétrie d'information distord la qualité vers le bas (la qualité est sous-optimale à l'équilibre). Il est important de noter que ce mécanisme fonctionne même dans un cadre de concurrence parfaite, où chaque acteur prend le prix comme donné. Autrement dit, le cercle vicieux d'Akerlov peut se produire en l'absence de pouvoir de marché. Pour décider s'ils entrent, ou non, sur le marché, les offreurs (les experts) comparent le prix à leur coût d'opportunité, ce qui détermine la qualité maximale du marché. Quant aux demandeurs, ils infèrent, à partir du prix d'équilibre du marché, la qualité moyenne des experts. C'est l'écart entre qualité moyenne et qualité maximale qui cause la distorsion. À l'équilibre, le prix et la qualité sont trop faibles. **En résumé** : s'il est difficile pour les acheteurs d'évaluer la qualité, les vendeurs de produits de bonne qualité ne peuvent pas demander un prix plus élevé pour la qualité supérieure et sont donc amenés à se retirer du marché, laissant derrière eux les *lemons*. Il ne s'agit pas d'un problème de concurrence, mais d'une défaillance structurelle liée au fait qu'il n'existe qu'un seul signal – le prix du marché, qui est unique, indépendant de la qualité – pour transmettre l'information sur deux variables pertinentes – la quantité et la qualité.

2) Validation empirique

La validation empirique de ce mécanisme est délicate. L'étude classique de Genesove (1993) trouve peu d'indices de la présence d'asymétrie d'information sur le marché de gros des voitures d'occasion aux États-Unis et conclut que les mécanismes de réputation et de garanties des voitures suffisent à transmettre assez d'information.

Une étude plus récente s'intéresse au marché des crèches aux États-Unis, sur lequel la qualité moyenne est considérée comme médiocre, si on la compare à celle qui prévaut dans les autres pays développés. Vu le caractère de « *bien public* » de ce service particulier, il s'agit d'un enjeu de société important. Une explication possible de cette qualité médiocre serait l'incapacité des parents à apprécier correctement la qualité du service de garde des enfants.

C'est ce que cherche à vérifier Mocan (2006). L'étude se fonde sur une base de données contenant deux éléments principaux : d'une part, une mesure directe de la qualité par des spécialistes (psychologues notamment), qui ont inspecté plusieurs centaines de crèches de manière approfondie ; d'autre part, une enquête auprès de 4 000 parents d'enfants fréquentant ces crèches, qui sont interrogés sur leur appréciation de la qualité. La comparaison des deux sources démontre que les parents sur-estiment la qualité des crèches et qu'ils utilisent des informations facilement observables (propreté du hall d'accueil, café et cookies offerts, ou non, quand ils déposent leur enfant, etc.) pour estimer des composantes inobservables de la qualité. Procédant à cette inférence, les parents se trompent (par exemple, les parents croient, à tort, que les crèches publiques sont de moins bonne qualité). L'étude, qui se demande si les consommateurs peuvent détecter les *lemons*, conclut plutôt par la négative. Elle démontre en tout cas que les parents n'apprécient pas bien la qualité. Or les établissements n'ont aucune incitation à produire une meilleure qualité, plus coûteuse, s'ils ne peuvent pas la faire payer plus cher. Ne restent alors que des crèches de faible qualité sur le marché.

Selon Mocan (2006), ce mécanisme pourrait en partie expliquer la médiocre qualité moyenne des crèches aux États-Unis. Le mécanisme mis en évidence suggère un remède évident :

faire connaître aux parents, quand elle existe, l'information recueillie par les observateurs experts indépendants.

III. – COMMENT REMÉDIER AU DÉSÉQUILIBRE INFORMATIONNEL ?

Les exemples cités plus haut démontrent que la nécessité pour les prestataires de maintenir leur réputation (notamment en cas d'achats répétés) ne suffit pas toujours à garantir une qualité optimale sur le marché. La théorie nous apprend par ailleurs que, pour obtenir une situation efficace, il suffit que l'expert soit responsable en cas de défaut de qualité ou que la qualité soit vérifiable par les consommateurs.

Si la responsabilité des vendeurs en cas de qualité médiocre est acquise en théorie (comme le dit la Fiche pratique de consommation de la DGCCRF sur les réparations automobiles : « *Le garagiste est soumis à une obligation de résultat : il est tenu de remettre en état de marche le véhicule qui lui a été confié.* »), elle est souvent difficile à mettre en œuvre en pratique, car il est difficile, voire impossible, de caractériser (au sens juridique) le défaut, notamment quand ses effets sont longs à apparaître ou sont partiels. Les mécanismes de garantie ne sont pas toujours efficaces. Dans le cas des réparations se pose en outre la question de la durée de la garantie. La durée doit être assez longue pour éviter des réparations insuffisantes, qui n'empêcheraient pas l'appareil de retomber en panne plus tard. A *contrario*, sur une longue période, l'appareil peut retomber en panne pour d'autres raisons, sans rapport avec le comportement de l'expert (à cela s'ajoute le problème de l'aléa moral du côté du client. Lorsque la performance de l'appareil dépend du comportement de l'utilisateur, une garantie de longue durée ne donne pas à ce dernier les bonnes incitations à entretenir correctement l'appareil). Dans le domaine médical, les garanties sont difficiles à mettre en œuvre pour les affections sans traitement adéquat ou lorsque le succès du traitement est aléatoire ou difficile à apprécier (par exemple, il est impossible de prouver la présence ou l'absence de douleur, ce qui peut entraîner des poursuites stratégiques et le développement d'une médecine défensive).

A. – Favoriser l'information des consommateurs

Un remède efficace consiste à rendre la qualité vérifiable, c'est-à-dire à éliminer l'asymétrie d'information *ex post* (une fois la réparation faite). L'idéal serait même de supprimer ou de réduire l'asymétrie au moment du diagnostic (*ex ante*), auquel cas le produit perdrait son caractère de « *produit de confiance* ». Le moyen privilégié pour réduire les asymétries est l'éducation et l'information des consommateurs. Les administrations et les associations de consommateurs sont actives dans ce domaine. Le développement de l'Internet et des forums de discussion contribue à l'information des consommateurs.

Pour revenir sur l'exemple des réparateurs automobiles, on peut citer la fiche pratique éditée par le *Department of Trade and Industry* : « *Be Garage Wise* », qui est disponible en ligne. Cette brochure, sous-titrée : « *Ne vous laissez pas mener en bateau quand vous conduisez votre voiture au garage* », indique notamment qu'un bon garage doit permettre au client d'inspecter les pièces remplacées. Ce conseil vise à réduire l'asymétrie *ex post* : éviter de payer pour des pièces non changées (paiement excessif). Il contribue à limiter le risque de qualité excessive, à la triple condition que le client soit capable de vérifier que : (i) la pièce qu'on lui montre provient bien de son véhicule; (ii) c'est bien la pièce qui lui est facturée; (iii) cette pièce méritait d'être changée. On retrouve ici le rôle très important du degré d'expertise des consommateurs (ainsi que de l'anticipation des experts sur l'expertise des clients). On sait que l'expertise des consommateurs est très hétérogène (l'OFT a réalisé en 2000 une enquête auprès de consommateurs qui

ont fait réparer leurs voitures dans les six mois précédents. 28 % des personnes interrogées déclarent ne pas savoir vérifier le niveau d'huile ou la pression des pneus de leur voiture). La brochure de l'OFT contient une section : « *Comment pouvez-vous être sûr que des réparations sont nécessaires ?* », qui vise à réduire l'asymétrie *ex ante*, en fournissant de nombreuses informations sur les freins, les pneus, l'échappement, les absorbeurs de choc, etc.

Un autre moyen d'améliorer l'information des consommateurs est de faciliter les comparaisons, en construisant des échelles nationales pour évaluer la qualité (l'OFT demandait la construction d'une telle échelle pour les garages automobiles) ou en éditant des temps moyens standardisés pour quelques réparations courantes. Évidemment, ce type d'information peut aussi faciliter la collusion des producteurs. On retrouve ici l'arbitrage bien connu sur la transparence des marchés, qui peut profiter ou nuire aux consommateurs, selon la nature précise de la pratique et les conditions de marché. Par exemple, la publication de prix recommandés par des associations professionnelles est généralement considérée comme une pratique néfaste. Dans sa Communication de février 2004 sur les professions libérales, la Commission européenne indique que la publication de données concernant les prix généralement appliqués par des parties indépendantes (comme les organisations de consommateurs) est préférable. Cette modalité de diffusion de l'information entraîne vraisemblablement moins de risques de distorsions pour la concurrence.

B. – Imposer des standards minimaux de qualité

Enfin, il peut être nécessaire d'imposer des standards minimaux de qualité. Des standards permettent, à prix donné, d'augmenter la qualité moyenne, donc d'augmenter la demande, et ainsi de réduire l'écart entre la qualité marginale et la qualité moyenne, qui, rappelons-le, est à l'origine de l'inefficacité. La question se pose alors de savoir qui doit déterminer le standard de qualité. Leland (1973) montre que si on laisse les producteurs déterminer eux-mêmes le standard (autorégulation), ils tendent en général à choisir une qualité trop élevée; un standard élevé leur permet en effet de réduire les quantités et de s'approprier une rente de monopole.

Si c'est un régulateur externe qui détermine le niveau d'exigence sur la qualité, il doit le faire avec pragmatisme. Parfois, la qualité est insuffisante et doit être améliorée. C'est le cas, d'après les études précitées de l'OFT, dans le secteur de la réparation automobile en Grande-Bretagne; d'où l'appel de l'OFT en faveur de l'amélioration de la formation des mécaniciens, notamment par le développement de l'apprentissage.

Dans d'autres cas, les restrictions d'entrée, en principe destinées à empêcher l'entrée de prestataires incompetents, sont excessives. Comme l'indique la Communication de la Commission précitée (cf. aussi Fluet (2001)), il convient d'abaisser le niveau des exigences à l'entrée lorsqu'elles sont disproportionnées et de supprimer les domaines réservés quand la compétence de la profession est manifestement surdimensionnée par rapport à la tâche réservée. Dans un rapport paru en 2005, Pierre Cahuc et Francis Kramarz ont donné de nombreux exemples de réformes permettant un accès équitable aux métiers et aux professions et d'adapter les réglementations ne protégeant pas le consommateur : augmenter le nombre de taxis, créer un corps d'infirmiers vétérinaires, supprimer le *numerus clausus* des kinésithérapeutes, etc. Enfin, sur certains marchés, il peut être utile, pour réduire les asymétries d'information qui pénalisent les consommateurs, d'instaurer un contrôle de qualité indépendant et de développer des outils tels que certification, accréditation et labels de qualité.

>

Références

- Akerlov, George (1970), « *The Market for Lemons : Quality Uncertainty and the Market Mechanism* », *Quarterly Journal of Economics* 84 (3) : 488-500
- Cahuc, Pierre et Francis Kramarz (2005), *De la Précarité à la Mobilité : Vers une Sécurité Sociale Professionnelle*, Rapport au Ministre d'État, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion Sociale, La Documentation Française
- Commission Comm. CE, 9 févr. 2004, Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales
- Darby, Michael et Edi Karni (1973), *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, *Journal of Law and Economics* 16 (1) : 67-88
- Department of Trade and Industry (2002) *Car Servicing and Repairs, Mystery Shopping Research*, <http://www.dti.gov.uk/files/file28064.pdf>.
- Department of Trade and Industry, « *Be Garage Wise* », en ligne sur le site du DTI, <http://www.dti.gov.uk/files/file28053.pdf>
- Dulleck, Uwe et Rudolf Kerschbamer (2006), *On Doctors, Mechanics and Computer Spe-*

- cialists : The Economics of Credence Goods*, *Journal of Economic Literature* Vol. XLIV : 5-42 (Mars 2006)
- Fluet, Claude (2001), *Le système professionnel : un cadre d'analyse*, Office des professions du Québec, Mars 2001
- Genesove, David (1993), *Adverse Selection in the Wholesale Used Car Market*, *Journal of Political Economy* 101 (4) : 644-665
- Gruber, Jonathan et Maria Owings (1996), *Physician Financial Incentives and Cesarean Section Delivery*, *Rand Journal of Economics* 27 (1) : 99-123, Printemps 1996
- Leland, Hayne (1979), *Quacks, Lemons, and Licencing : A Theory of Minimum Quality Standards*, *Journal of Political Economy* 87 (6) : 1328-1346
- Levitt, Steven et Chad Syverson (2005), *Market Distortions When Agents Are Better Informed : The Value of Information in Real Estate*, document de travail NBER 11053, janvier 2005
- Mocan, H. Naci (2006), *Can Consumers Detect Lemons? Information Asymmetry in the Market for Child Care*, document de travail NBER 8291, à paraître dans *Journal of Population Economics*
- Nelson, Philip (1970), *Information and Consumer Behavior*, *Journal of Political Economy* 78 (2) : 311-329

Le droit de la concurrence constitue-t-il une réponse adaptée aux besoins des consommateurs ?

Intervenants

Alain BAZOT, Président de l'UFC-Que Choisir
Reine-Claude MADER, Consommation, Logement et Cadre de Vie, Membre du Conseil de la concurrence

Alain BAZOT

Je remercie le Premier Président de la Cour de cassation, M. Guy Canivet ainsi que M. Frédéric Jenny d'avoir initié cette conférence sur un thème qui touche à la protection juridique et économique des consommateurs.

Je les remercie aussi de nous avoir invités à intervenir aujourd'hui. Je fais cette précision car il arrive que la parole des associations de consommateurs ne puisse se faire entendre sur des questions d'ordre économique et qui les intéressent pourtant en premier lieu. C'est une première manière, positive, si l'on peut dire, de reconnaître notre intérêt à agir sur ces questions concurrentielles qui semblent impliquer seules les entreprises entre elles.

L'analyse des besoins des consommateurs par le prisme du droit de la concurrence m'a conduit à identifier quatre axes de réflexion. Le droit de la concurrence et la dynamique des services et des prix (I), le droit de la concurrence et les exceptions sectorielles (II), le droit de la concurrence compatible avec des dispositifs « socio-économiques » d'accompagnement (III), le droit de la concurrence et la réparation (IV).

I. – LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LA DYNAMIQUE DES SERVICES ET DES PRIX

Le droit de la concurrence a pour fonction première d'encadrer et de faire sanctionner les pratiques anticoncurrentielles des professionnels. Il n'est pas besoin d'insister pour comprendre que l'intérêt du consommateur est, peut-être en second temps ou par ricochet, impliqué dans ces relations.

Deux situations doivent être distinguées :

– le cas où tout un secteur met en œuvre des pratiques condamnables : c'est par exemple le cas des marges arrière

abusives appliquées par l'ensemble des centrales d'achat et dont l'effet inflationniste avait été justement relevé par la commission présidée par le Président Canivet ;

– le cas où un professionnel met en œuvre seul, ou à quelques-uns, une pratique participant d'un acte de concurrence déloyale : comme l'absence de factures de la part d'une grande surface lors de l'achat de sucre par certains viticulteurs et destiné à une surchaptalisation. Le vin frelaté ainsi vendu trouble la concurrence et trompe le consommateur... Dans les deux cas, le droit de la concurrence permet de sanctionner une situation où le consommateur, sans être la cible de premier plan, est néanmoins une victime certaine.

Plus généralement, la concurrence permet en effet, s'il fallait encore le dire, de tirer vers le haut le rapport qualité prix des biens et services proposés.

Le fait de disposer d'une structure de marché « ouverte » et sans pratique abusive rentrant dans le champ du droit est sans doute une condition nécessaire mais non suffisante de la concurrence.

Dans la pratique, le consommateur peut être placé dans une situation de choix sous optimal, irrationnel, quasi arbitraire. La concurrence étant un processus, une dynamique, la collection des consommateurs se trouve alors dans l'incapacité « d'activer la concurrence », de la faire jouer dans un processus continu.

Dans ces situations, le droit de la concurrence répond imparfaitement au besoin des consommateurs.

L'asymétrie d'information par rapport au professionnel, le degré et la qualité de l'information en général sont essentiels. Il est préjudiciable sans doute de faire de cette question un enjeu seulement individuel : choisir de manière éclairée, alors que l'enjeu collectif, concurrentiel, est majeur.

Les niveaux des coûts de sortie sont aussi fondamentaux et très pervers car souvent informels et cachés. Ces coûts ont l'immense avantage pour les professionnels de rendre plus captif le consommateur ou, autrement dit, d'abaisser artificiellement l'élasticité du prix de la demande.

Sans vouloir ici devant vous stigmatiser un secteur plutôt qu'un

autre, le cas des banques est exemplaire : nous pensons que sur le segment de la banque de détail, il existe une pacification tacite entre les banques qui s'exprime notamment par le fait qu'aucune ne cherche à exploiter commercialement son avantage comparatif sur le prix d'un ou de plusieurs services. Les consommateurs, nous l'avons montré, M. Philippe Nasse vice-président du Conseil de la concurrence l'a aussi expliqué dans un rapport fort instructif remis au ministre de l'Économie en 2005, sont dans l'incapacité d'activer la concurrence par le manque d'information pertinente, une opacité de l'information et l'existence de coûts de sortie extrêmement élevés.

Cette carence finalement trop peu prise en compte ou trop lointainement prise en compte par le droit de la concurrence est particulièrement préjudiciable aux consommateurs dans les secteurs concentrés où, sans pouvoir les qualifier juridiquement de dominance collective, des comportements parallèles non explicables par le marché se développent au préjudice des consommateurs.

Bien que relevant du droit de la consommation ou du Code monétaire et financier en l'espèce, ces questions d'information sont éminemment concurrentielles et le droit de la concurrence, si l'on peut dire, les sous-estime.

L'équilibre de la relation contractuelle, la loyauté des pratiques relatives à l'information pré-contractuelle est aussi un corollaire de la concurrence. Effectivement, tout vice du consentement, toute publicité de nature à induire en erreur constituent une atteinte au jeu normal de la concurrence en ce qu'elle atteint le professionnel concurrent.

Je suis donc de ceux qui n'opposent pas le droit de la consommation à celui de la concurrence : pour preuve, la publicité comparative est traitée dans le Code de la consommation bien que concernant aussi les relations entre professionnels.

II. – LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LES EXCEPTIONS SECTORIELLES

Disposer du meilleur rapport qualité/prix pour, *in fine*, maximiser son surplus (intérêt) n'est pas l'unique besoin du consommateur.

Les besoins de sécurité et d'indépendance du professionnel (notaire, huissier) ont amené le législateur à exempter certains secteurs des règles classiques de la concurrence. Le droit de la concurrence peut donc paradoxalement être un droit de la non concurrence.

Je dois l'avouer, je n'ai pas de réponse toute faite et unilatérale sur la question. Un certain nombre de considérations pointées par la Commission européenne dans sa communication du 9 février 2004 tend à montrer une surprotection de ces secteurs au détriment de l'intérêt des consommateurs. Tout en relativisant certains arguments de la Commission, il semble assez indiscutable que certaines professions profitent en effet de l'effet d'aubaine procuré par la réglementation pour maximiser une rente par le biais par exemple des recommandations tarifaires. Ces recommandations en réalité jouent davantage la fonction d'un prix plancher que d'un prix plafond au-delà duquel la majorité des professionnels fixe leur prix ! (Les huissiers de justice par exemple) La conclusion que je tire de cet exemple est qu'il est doublement désavantageux pour le consommateur d'avoir à faire à une profession exempte des règles de la concurrence et insuffisamment encadrée et contrôlée.

Sur cette question en général nous ne ferons pas l'économie d'un examen, d'un traitement au cas par cas, profession par profession.

III. – LE DROIT DE LA CONCURRENCE COMPATIBLE AVEC DES DISPOSITIFS « SOCIO-ÉCONOMIQUES » D'ACCOMPAGNEMENT

Nous le savons, le marché s'il est parfait autorise une allocation la meilleure qui soit des ressources. Mais nul n'est parfait ! L'une des imperfections possible du marché est l'exclusion du marché d'une partie des consommateurs.

La question ou le besoin exprimé ne tient plus aux conditions de délivrance du bien ou du service mais à son accès.

La prochaine signature le 6 juillet de la convention AERAS devant permettre l'accès à l'assurance des consommateurs avec un risque aggravé de santé est un exemple de dispositif socio-économique venant cohabiter au sein du marché de l'assurance. Vous le savez peut-être, nous avons milité aussi, il y a quelques mois, pour l'introduction d'un vrai service universel bancaire, SUB, qui à la demande de la CLCV, avait d'ailleurs fait l'objet d'un avis du Conseil de la concurrence indiquant sa compatibilité avec le droit de la concurrence.

Il importe ainsi que le droit de la concurrence puisse laisser la souplesse nécessaire à la mise en œuvre de tels dispositifs lorsqu'ils sont nécessaires.

IV. – LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET LA RÉPARATION

Le droit de la concurrence et le Conseil de la concurrence exercent une fonction de régulation *ex-post* c'est à dire « *quand le mal est fait* » et subi par les consommateurs.

Compte tenu des délais classiques plutôt longs de l'instruction, en dehors des mesures conservatoires assez rarement prises par le Conseil, le droit de la concurrence se trouve ainsi, dans son application, en décalage avec le rythme de la vie économique et celui des affaires. La nécessité d'une célérité a historiquement expliqué bien des règles spécifiques au droit commercial et aux règles de procédure devant les tribunaux de commerce

Mais surtout un droit sans procédure adaptée pour sa mise en œuvre est un droit affaibli. L'introduction dans le Code de procédure civile de l'action collective permettrait de donner au droit de la concurrence une force de dissuasion qui lui manque encore.

Par ailleurs, je suis pour ma part très favorable au développement que joue et pourrait jouer encore le Conseil par les avis qu'il rend. Très récemment nous avons demandé à ce que le Conseil puisse donner un avis sur les conditions de passation des marchés de l'eau qui ont lieu tous les 20 ou 15 ans. C'est une façon intelligente de faire jouer au droit de la concurrence un rôle de régulation *a priori* et dans l'intérêt du consommateur.

De fait, le droit de la concurrence, d'un droit davantage porté sur la régulation *ex-poste* deviendrait également un droit de la régulation *ex-ante*, dissuasif et donc préventif.

Le meilleur des droits reste encore celui dont on n'a pas à réclamer son application au juge.

Reine-Claude MADER

I. – CE QUE VEULENT LES CONSOMMATEURS

L'approche de la concurrence n'est pas la même selon qu'elle est le fait, des théoriciens, des spécialistes ou des consommateurs.

Pour les premiers, il s'agit d'éliminer toutes les entraves au développement du marché ce qui doit permettre que se dégage un prix *optimum* à la production comme à la distribution.

Pour les consommateurs, ils l'apprécient en fonction de la différence des prix qu'ils constatent tant pour les produits que pour les services.

>

Ainsi, dans une enquête sur la consommation réalisée en juin 2005 par le CREDOC : 80,3 % des personnes interrogées ont répondu à la question « à votre avis, la concurrence entre les entreprises présente-t-elle plutôt des avantages ou plutôt des inconvénients pour les consommateurs ? », que la concurrence était plutôt favorable aux consommateurs ; 58,9 % pensant qu'elle fait baisser les prix ; 16,2 % qu'elle conduit à une offre plus diversifiée ; 6,9 % qu'elle permet la création d'emploi ; 5,9 % qu'elle redonne des chances aux petites entreprises ; 4,6 % qu'elle permet le développement de nouveaux services et 2,8 % qu'elle crée plus de croissance.

Sachant que le satisfecit vis-à-vis de la concurrence ne doit pas faire oublier que 16,9 % de l'échantillon de personnes interrogées sont défavorables à la concurrence parce qu'elles pensent qu'elle détruit les emplois (26,6 %), favorise les entreprises étrangères (17,3 %), favorise la baisse des prix (14,4 %), réduit la qualité des produits (12,4 %), favorise les grosses entreprises (9,2 %), provoque des litiges avec les consommateurs ; or c'est dans cette frange de la population, en progression depuis plusieurs années, que l'on trouve les consommateurs qui intègrent des critères sociaux, éthiques, environnementaux, font leurs choix en intégrant leurs paramètres personnels et ne se décident pas exclusivement en fonction du prix, sauf à y être tenus par des impératifs économiques. Pour eux, en fait, la concurrence est nuisible à la politique économique et sociale telle qu'ils la conçoivent. L'attitude de ces consommateurs devant la concurrence doit être d'autant plus prise en compte que ce sont eux qui se sont opposés et s'opposent encore à l'ouverture des marchés nationaux, européens et mondiaux.

Les Associations de consommateurs sont représentatives de ces différentes sensibilités, elles n'ont pas, de ce fait, toutes la même approche de la politique de la concurrence ; pour nous, à la CLCV, nous considérons que cette dernière a toute sa place mais qu'elle doit être régulée car elle n'est pas à être un objectif en elle-même.

II. – LA MANIÈRE DONT LES CONSOMMATEURS APPRÉCIENT LA CONCURRENCE

Pour les consommateurs qui veulent profiter de la concurrence, cela implique qu'ils puissent comparer les produits, le contenu des offres, les prix ; ce qu'ils n'ont pas l'impression de pouvoir faire du fait de la segmentation des marchés, de la différenciation systématique des offres, de leur brièveté, et à l'absence de transparence notamment sur les prix.

À cet égard, les réclamations très nombreuses des consommateurs concernant la téléphonie mobile et les fournisseurs d'accès à Internet, alors même que seuls 5 % d'entre eux considèrent qu'il n'y a pas suffisamment de concurrence sont très démonstratives. Ils mettent en cause la publicité agressive des offres, par ailleurs difficilement comparables au niveau qualité/prix auxquelles succèdent très rapidement d'autres offres que le contrat qu'ils ont souscrit les lient pour une durée souvent longue. En fait, ils ont l'impression d'être des dupes. Ils en oublient que l'ouverture du marché de la téléphonie à la concurrence a fait baisser les prix de manière non négligeable.

La distanciation des consommateurs par rapport aux effets de la concurrence est encore plus forte pour les secteurs non marchands. Par exemple, les bénéfices tirés par la collectivité de l'application du droit de la concurrence aux marchés publics passés dans le cadre des appels d'offres lui échappe car très éloignés de ses préoccupations quotidiennes. Ce n'est d'ailleurs qu'à travers quelques affaires scandaleuses

que l'attention du public est attirée sur la nécessité de veiller au fonctionnement des marchés dans des domaines comme ceux des travaux publics, or en tant que contribuables, utilisateurs, ils ont un intérêt certain à une application très stricte des règles du droit de la concurrence dans ce secteur comme dans les autres.

Pour se convaincre de cette approche, il suffit de voir que ce sont les décisions qui touchent le domaine de la grande consommation, l'internet à haut débit, la téléphonie mobile, les produits hi-fi, pour ne prendre que les plus récentes, qui ont donné une visibilité accrue aux décisions du Conseil de la concurrence qui, par ailleurs, traite une centaine d'affaires par an, sans que cela soulève beaucoup de commentaires sauf des spécialistes.

Une chose est certaine, même si les consommateurs ne comprennent pas l'ampleur du champ d'application du droit de la concurrence qui est, il faut le souligner, très technique, et ne sont pas toujours en mesure d'en apprécier l'importance, il est incontestable que son application les sert, comme d'ailleurs il sert les entreprises qui ont un comportement vertueux et sont pénalisées par les pratiques anti-concurrentielles de certaines de leurs concurrents.

III. – L'INDEMNISATION DES PRÉJUDICES SUBIS PAR LES CONSOMMATEURS

L'une des manières d'intéresser les consommateurs aux questions de la concurrence qu'on leur reproche souvent de négliger serait de faire en sorte qu'ils puissent être dédommés des préjudices qu'ils subissent lorsque les règles n'en sont pas respectées.

Certes, le Conseil de la concurrence peut infliger des amendes calculées en fonction de la gravité des faits, aux entreprises qui contreviennent aux dispositions du droit de la concurrence. Les consommateurs, pour ce qui les concerne, ne reçoivent aucune indemnisation du préjudice qu'ils ont subi et il y a lieu de réparer cette injustice.

Cette idée n'est pas isolée, elle est partagée par d'autres associations de consommateurs en France et en Europe, ce qui a amené la Commission européenne, soucieuse des conditions d'indemnisation des victimes des pratiques anti-concurrentielles à lancer une consultation pour « étudier » les conditions dans lesquelles elles peuvent être indemnisées, même si cette initiative soulève de nombreuses réactions, parfois hostiles, nous espérons qu'elle aboutira prochainement.

Pour notre Association, cela passe par la mise en place d'une procédure collective, seule de nature à permettre le règlement du contentieux de masse qui résulte de la non application du droit de la concurrence.

IV. – LE RÔLE DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS

Il est parfois fait reproche aux associations de consommateurs qui peuvent saisir les autorités de la concurrence de ne pas le faire plus souvent, voire systématiquement : il faut savoir que ce n'est pas si simple, certes même si elles peuvent à partir, des plaintes qu'elles reçoivent, des enquêtes, des études qu'elles réalisent, relever un certain nombre de faits qui les amènent à penser qu'il y a des dysfonctionnements dans le secteur en question : Il reste qu'elles se heurtent à de nombreuses difficultés lorsqu'il s'agit de réunir les preuves qui leur incombent de fournir pour étayer, livrer leurs constats et leurs présomptions, alors que c'est très facile pour un concurrent. De ce fait, elles hésitent à agir, voire même y renonce, ce qui est regrettable du point de vue de l'intérêt général.

En conclusion, pour répondre à la question posée, je dirais que le droit de la concurrence, qui n'a pas été construit pour la protection des consommateurs, comme l'a été le droit de la consommation, la sert dans la mesure où il concourt à

l'assainissement du marché dont les consommateurs subissent dans une large mesure la loi car s'ils sont au centre de l'économie, ils sont loin, comme cela a été dit, d'en être les rois.

Comment mieux intégrer la politique de concurrence et la politique de la consommation

Intervenant

Guillaume CERUTTI, *Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*

Deux avertissements préalables :

1) le titre proposé par les organisateurs invite à une vision dynamique, non strictement juridique ou économique, de la question des relations entre consommation et concurrence. Je vous présente ici un point de vue personnel destiné à alimenter les débats ;

2) par politique de la consommation, on entendra « *consommation* » au sens consumériste, davantage qu'au sens macro-économique.

Ceci étant posé, voilà la réponse que je vous propose : Le consommateur est de plus en plus au cœur de la politique de la concurrence (I) ; en revanche, la concurrence n'est pas encore totalement au cœur des préoccupations des consommateurs français (II). La poursuite du processus de rapprochement peut passer par différents canaux (III).

I. – LE CONSOMMATEUR EST DE PLUS EN PLUS AU CŒUR DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

Dans le classique débat entre surplus du consommateur et surplus global, le droit et la pratique français ont tranché en faveur du premier, et cela dans chacune des branches du droit de la concurrence, l'approche consumériste occupe aujourd'hui une place de choix dans le droit pratique de la concurrence.

A. – Le droit et la pratique français ont clairement tranché en faveur du surplus du consommateur s'agissant de l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles

En témoignent par exemple :

- la formulation de l'article L. 464-1 du Code de commerce faisant référence explicite à l'intérêt des consommateurs pour fonder des mesures conservatoires ;
- la proportion importante des secteurs économiques relatifs à la consommation des ménages dans les saisines ministérielles, les systèmes de distribution notamment ;
- la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence qui évalue le dommage à l'économie à due proportion de la hausse des prix de détail résultant des pratiques y compris quand celles-ci sont mises en œuvre sur des marchés amont. À cet égard, la décision (frappée de recours) concernant les opérateurs en téléphonie mobile est exemplaire. 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 90, une dépense nouvelle pour les ménages, qui a pris dans leur budget une part non négligeable, et du fait que la concertation en cause a facilité la mise en place par les opérateurs de mesures préjudiciables aux consommateurs. Le passage d'une approche formaliste à une approche par les

effets permet de mieux prendre en compte l'intérêt du consommateur dans la mesure où elle permet des pratiques qui lui bénéficient mais qui auraient été interdites au titre de l'approche formaliste : prix prédateurs, ventes liées.... C'est tout l'enjeu des discussions actuelles autour de l'article 82 CE que de finaliser cette évolution.

B. – Il en va du reste de même pour l'analyse des concentrations alors même que celle-ci a une dimension structurelle et préventive

Le test français de contrôle des concentrations vise à appréhender les risques de relèvement des prix défavorables au consommateur résultant du comportement concurrentiel des entreprises agissant de manière indépendante sur le marché ainsi que les risques de restriction de l'offre directement préjudiciable au consommateur.

Les gains d'efficacité mis en avant par les entreprises pour justifier leur rapprochement ne sont pris en compte que dans la mesure où une partie d'entre eux sont transférés au consommateur ; ceci figure clairement dans les lignes directrices sur les concentrations de la DGCCRF.

C. – Enfin, s'agissant des pratiques restrictives de concurrence, l'évolution récente des dispositifs est favorable au consommateur

Le nouveau mode de calcul du seuil de revente à perte issu de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 est destiné à neutraliser l'impact négatif de la hausse des marges arrières sur les prix de revente des produits. La principale raison qui a conduit à cette modification est donc d'essence consumériste.

II. – LA CONCURRENCE N'EST PAS ENCORE TOTALEMENT AU CŒUR DES PRÉOCCUPATIONS DES CONSOMMATEURS FRANÇAIS

A. – Les facteurs positifs de l'intégration

1) Le consommateur fait de plus en plus jouer la concurrence

Le comportement des consommateurs a évolué et traduit l'adoption de réflexes induits par l'existence de la concurrence : comparer les prix, solliciter des devis, être attentif au contenu des offres.

Ceci est d'autant plus vrai que les achats du consommateur sont de moins en moins cantonnés aux frontières de son pays et que les potentialités offertes par Internet conjuguées à l'existence d'une monnaie unique au sein de l'Union européenne démultiplient les possibilités de comparaison des offres. Le consommateur joue, donc, un rôle grandissant d'arbitre qui incite les professionnels à se concurrencer pour mieux capter ses intentions d'achat et les concrétiser.

Le rôle d'animation de la concurrence par le consommateur a, aussi, été renforcé avec le développement des produits ou services de type « *low cost* » ; le discount a, ainsi, accueilli en moins

de 5 ans environ 3 millions de nouveaux consommateurs prêts à acheter au plus bas prix. Si ce phénomène a d'abord été présent dans le domaine de l'alimentaire, il s'est rapidement étendu à d'autres secteurs, notamment les compagnies aériennes. Le phénomène « *low cost* » a obligé les professionnels directement concurrencés à tenir compte de l'engouement des consommateurs pour ce type de produits ou services dans leur stratégie de vente.

2) Le droit de la consommation favorise l'exercice de la mise en concurrence par les consommateurs

La dimension « *concurrence* » est présente dans un certain nombre de réglementations consuméristes :

Cette dimension est tout d'abord présente dans l'obligation qui pèse sur les professionnels *d'informer le consommateur sur les prix et les conditions de vente* des produits ou des services.

L'ensemble des textes pris sur le fondement de cette obligation (arrêté sur les prix à l'unité de mesure, arrêté sur les prix dans les hôtels/restaurants, arrêtés relatifs à l'information sur les prix chez certains prestataires de service tels que les coiffeurs, la réparation à domicile...) facilite les comparaisons entre offres concurrentes.

L'objectif est le même pour les dispositions du Code de la consommation qui ont trait au contenu des offres. Il en est ainsi des offres préalables de crédit à la consommation dont la présentation est uniformisée afin de permettre aux emprunteurs de comparer utilement les taux proposés (à partir d'un taux effectif global dont le mode de calcul et l'assiette sont légalement définis). On peut également mentionner les réglementations à double vocation, celle de protéger à la fois le consommateur et le professionnel. Il en est ainsi des dispositions du Code de la consommation qui ont pour but de lutter contre les pratiques commerciales déloyales ; par exemple la publicité mensongère. Autre exemple, la loi n° 2005-882 du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services ou encore la perspective de transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 (ndlr : JOUE 11 juin 2005, n° L 149) relative aux pratiques commerciales déloyales telles que l'omission trompeuse ou les pratiques agressives.

Enfin, citons un troisième type de dispositions, celles protégeant le consommateur de certaines méthodes de vente *qui sont en elles mêmes limitatives de concurrence* : le démarchage à domicile en est un exemple. Le droit donné au consommateur de se rétracter dans un délai de 7 jours conjugué à l'interdiction faite au professionnel pendant ce délai de réclamer une quelconque somme d'argent ou de procéder à la livraison d'un produit ou à l'exécution d'un service, permet de protéger le consommateur contractant dans un contexte non concurrentiel, certes, momentané, mais lourd de risques.

B. – D'autres éléments jouent un rôle moins positif dans la prise de conscience par le consommateur des bienfaits de la concurrence

1) Le bilan encore nuancé de l'ouverture à la concurrence de secteurs anciennement sous monopole

Exemple : le secteur des télécommunications. D'un côté, comme le rappelait Mario Monti dans son intervention du 22 octobre 2004 ayant pour thème « *Une concurrence pour l'intérêt du consommateur ?* » entre 1998 et 2003, la facture de téléphone des appels nationaux par le biais de lignes fixes a diminué de près de 13 %. D'un autre côté, c'est dans ce secteur que l'on compte aujourd'hui le plus grand nombre de plaintes de consommateurs ayant trait à la qualité du service (31 000 plaintes vers la DGCCRF en 2005).

C'est cette situation qui explique que les consommateurs demandent aujourd'hui, par le biais de leurs associations, une ré-

glementation ou une organisation de la transparence des transactions dans certains secteurs, dont l'effet protecteur peut parfois être à la limite des règles de concurrence. J'y reviendrai.

2) Une certaine méconnaissance des effets de la concurrence sur l'économie

C'est ce que révèle un sondage réalisé à la demande de la DGCCRF par le CREDOC à la mi 2005.

Certes, à la question « *À votre avis, la concurrence entre les entreprises présente-t-elle plutôt des avantages ou plutôt des inconvénients pour le consommateur ?* » 80,3 % des personnes interrogées ont répondu que la concurrence présentait plutôt des avantages, 13,9 % plutôt des inconvénients et 5,8 % ne savaient pas.

Plus précisément, à la question « *Quel est le principal avantage de la concurrence pour le consommateur ?* », la majorité des consommateurs répond que la concurrence fait baisser les prix (58,9 %). Mais les réponses aux autres questions amènent à nuancer ce constat. Ainsi, à la question « *Selon vous, dans quel secteur, n'y a-t-il pas assez de concurrence ?* » 53,1 % des interrogés répondent qu'ils ne savent pas.

Par ailleurs, pour un certain nombre de consommateurs, la concurrence présente le risque de détruire des emplois.

L'une des clés de ce décalage tient à l'horizon économique du consommateur qui lui empêche de mesurer l'ensemble des avantages macro-économiques de la concurrence : l'effet sur les prix est plus rapidement perceptible, l'effet positif sur la croissance et l'emploi n'est pas forcément immédiat.

L'une des missions de l'administration est donc de se livrer à une pédagogie sur les vertus à long terme de la concurrence.

III. – LA POURSUITE DU PROCESSUS D'INTÉGRATION : ÉTAT DES LIEUX DES MOYENS ENVISAGEABLES

A. – Le rôle de l'administration

1) L'intervention dans des secteurs où existe une asymétrie de situation défavorable aux consommateurs

Je voudrais ici dire un mot pour réagir aux propos de Philippe Choné sur les asymétries d'informations dont le consommateur peut être victime, pour indiquer que la plupart des situations d'asymétrie dans lesquelles le droit de la concurrence ne profite pas au consommateur sont justement celles pour lesquelles l'administration intervient :

- les prix des taxis sont régulés ;
- les frais de clôture de compte bancaire ont été ramenés à 0 par les banques à la suite d'un travail entamé sous l'égide du gouvernement ; il s'agit là de barrières invisibles plus que tarifaires ;
- une régulation est envisagée pour les temps d'attente aux centres d'appels téléphoniques ;
- le dispositif de lutte contre les clauses abusives a été renforcé : depuis une ordonnance du 1^{er} septembre 2005 (ndlr : Ord. n° 2005-1086, 1^{er} sept. 2005, JO 2 sept.), l'administration peut demander aux juridictions civiles ou administratives la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat proposé ou destiné au consommateur.

Il est vrai qu'il arrive que les pouvoirs publics soient eux mêmes tiraillés entre concurrence et consommation, voire prisonniers de certaines hésitations (exemple de la parapharmacie où malgré deux avis unanimes du Conseil national de la consommation, diverses oppositions ont jusqu'à présent empêché d'autoriser la vente de certains produits hors officine qui bénéficiaient pourtant largement aux consommateurs). Dans le même ordre d'idée, mieux protéger les intérêts du consommateur c'est aussi *s'attacher dans les secteurs nouvel-*

lement ouverts à la concurrence à définir des dispositions en faveur des consommateurs. Il s'agit d'ailleurs, désormais, d'un objectif fixé par le Traité des Communautés européennes qui en son article 153 prévoit la prise en compte d'un niveau élevé de protection des intérêts des consommateurs dans la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne.

À cet égard, un exemple significatif pour illustrer ces propos peut être tiré de la préparation de l'ouverture des marchés nationaux de fourniture d'électricité et de gaz aux particuliers. En effet, la directive communautaire de 2003 qui prévoit une telle ouverture au 1^{er} juillet 2007 comporte, en annexe, un dispositif d'information et de protection des consommateurs. Au plan national, la protection des consommateurs « d'énergie » sera essentiellement assurée par l'adoption prochaine de dispositions législatives et réglementaires encadrant les obligations d'information précontractuelle du fournisseur d'énergie à l'égard du consommateur ainsi que les conditions de conclusion et d'exécution du contrat de fourniture d'énergie. Sont également envisagées des mesures tendant à protéger les consommateurs vulnérables.

2) Améliorer la culture de concurrence des consommateurs

- encourager le développement d'outils aidant le consommateur dans son rôle d'arbitre de la concurrence; les essais comparatifs publiés par certaines revues consuméristes sont un outil précieux à cet égard;

- veiller à ce que les associations de consommateurs disposent des moyens nécessaires à leur action; soutenir, à cet égard l'INC, dans son rôle de formation et de diffusion de l'expertise à l'intention des membres de ces associations;

- veiller à ce que les autorités de concurrence jouent un rôle pédagogique en ce domaine.

3) L'approche intégrée dans la conduite des enquêtes par l'administration

La DGCCRF a mis en place depuis 2005 une directive nationale d'orientation qui détermine chaque année des priorités sectorielles d'enquête, appréhendées sous le double angle du respect de la concurrence et de la protection économique des consommateurs. Il existe, en effet, des liens étroits entre ces différentes missions et la DGCCRF se trouve bien placée pour appréhender les problèmes rencontrés sur les marchés et faire face aux problèmes dont nous saisissons les consommateurs. Ainsi en 2006, nos priorités portent sur plusieurs secteurs où les deux aspects, concurrence et consommation, sont examinés : les relations fournisseurs-distributeurs; les secteurs des réseaux; les banques et les assurances; les transports....

Une plainte d'un consommateur sur le plan de la consommation peut, bien souvent, cacher un problème de structure concurrentielle du marché. De la même manière, les normes de qualité qui nous sont soumises pour avis sont examinées sous l'angle des effets potentiels d'éviction qu'elles pourraient avoir vis à vis des entreprises pour lesquelles il serait trop coûteux de se conformer à ces normes.

B. – Le rôle des associations de consommateurs

1) saisine du Conseil par les associations de consommateurs

Les consommateurs sont acteurs de la concurrence par le biais des associations de consommateurs qui ont la possibilité de saisir le Conseil de la concurrence à titre consultatif ou contentieux. Ces dernières années, les associations de consomma-

teurs ont été particulièrement actives dans des secteurs très sensibles pour la protection économique du consommateur :

- saisine de l'UFC-Que Choisir du 22 février 2002 qui a amené le Conseil, qui s'était lui-même auto-saisi, à condamner, pour entente, 3 opérateurs de la téléphonie mobile au paiement d'une amende de 534 millions d'euros (décision frappée de recours en appel);

- saisine pour avis du Conseil de la concurrence par La Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie sur les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée la mise en place d'un service universel bancaire et sur la compatibilité de telles obligations avec les règles de concurrence;

- saisine du Conseil de la concurrence notamment par l'UFC-Que Choisir des pratiques mises en œuvre par la société Lyonnaise des Eaux dans le secteur de l'eau potable en Ile de France. (L'UFC-Que Choisir ainsi que les autres saisissants faisaient valoir que la société précitée abusait de la position dominante qu'elle détenait sur le marché de la production d'eau en ayant notamment proposé des prix en forte hausse ou trop élevés par eux-mêmes).

2) Autres actions des associations de consommateurs

Le rôle des associations de consommateurs est d'autant plus effectif qu'au delà de leur pouvoir de saisine du Conseil de la concurrence, elles peuvent également agir pour obtenir une réparation dans l'intérêt collectif des consommateurs ou faciliter la réparation individuelle des préjudices des consommateurs. Le regroupement de 10 000 plaintes de consommateurs grâce à un site Internet spécifiquement mis en place par l'UFC-Que Choisir à la suite de la condamnation par le Conseil de la concurrence des opérateurs de téléphonie mobile traduit à l'évidence sa volonté d'obtenir la réparation individuelle des préjudices subis par les consommateurs au delà de la condamnation prononcée par le Conseil.

3) Limites de ce rôle

- excessif morcellement des associations françaises de consommateurs et sensibilité inégale aux questions de concurrence. Certaines associations ont une origine syndicale (conflit d'intérêts entre consommateur et salarié?);

- approche modérée des vertus de la concurrence. Exemple des débats sur la réforme de la loi Galland (voir à cet égard la position ambiguë des associations très attachées au commerce de proximité), et sur la fin du monopole du 12 sur les renseignements téléphoniques, décriée par certaines associations.

C. – Le rôle du juge

La possibilité qui pourrait être accordée au consommateur/particulier d'obtenir des réparations pour les dommages qu'il a subi du fait de pratiques anticoncurrentielles s'inscrit dans l'actualité des travaux de la Commission européenne et des réflexions nationales.

Dans son Livre vert consacré aux actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, elle évoque l'exercice d'un tel droit par les particuliers. Elle s'appuie, notamment, sur un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, l'arrêt *Courage* contre *Crehan* (n^olr : CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99, *Courage c/ Crehan*, Rec. CJCE, I, p. 6297). La Cour de justice voit dans l'exercice d'un tel droit un moyen de renforcer « le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence,.... de décourager les accords ou pratiques... »

susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence... De contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté ». La mise en œuvre d'une telle procédure pourrait également avoir pour avantage de développer une culture de la concurrence auprès du consommateur. En effet, elle sous-tend une implication directe du consommateur *qui devrait avoir pour conséquence de rendre plus réelle la politique de la concurrence*. Je vous renvoie également à l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 7 juin

2006 suite à un recours de 8 banques contre la Commission à la suite de l'intervention d'un parti politique autrichien (ndlr : TPICE, 7 juin 2006, affs. jtes T-213/01 et T214/01, Österreichische Postsparkasse c/ Commission).

Je pense cependant qu'on ne peut pas traiter la question de l'intervention du consommateur au plan civil en matière de concurrence sans aborder plus généralement la question des moyens d'action collective du consommateur.

C'est le sujet de la prochaine table ronde et je ne vais pas le développer.

De nouveaux instruments sont-ils utiles ou nécessaires pour permettre aux consommateurs de faire respecter le droit de la concurrence et le droit de la consommation

Animée par Frédéric JENNY, Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation

Intervenants

Joëlle SIMON, Docteur d'État en Droit, Directeur des affaires juridiques Mouvement des Entreprises de France (MEDEF)

Gaëlle PATETTA, Directeur Juridique de l'UFC-Que Choisir

Claude LUCAS DE LEYSSAC, Professeur à Paris I, Avocat au Barreau de Paris, Cabinet DS Avocats

Joëlle SIMON

Le débat qui nous réunit aujourd'hui est celui de l'effectivité du droit, question importante s'il en est.

Des premiers échanges de cette conférence, je retire l'impression que certains concluent un peu vite à l'ineffectivité de ce droit.

Aussi, avant d'aborder la question des nouveaux outils qui pourraient, selon certains, permettre d'améliorer cette effectivité, souhaiterais-je m'attarder quelques minutes sur le postulat de départ de cette réflexion.

I. – LE POSTULAT : UN DROIT INEFFECTIF ?

Il est nécessaire de rappeler un certain nombre de données incontestables :

– **tout d'abord**, il faut savoir raison garder : 90 % de litiges de la consommation sont réglés directement à l'amiable avec le professionnel concerné et c'est une étude de la Commission européenne de 2004 qui l'indique (European Union Citizens and Access to Justice, European Commission, October 2004) ;

– **ensuite**, en ce qui concerne le contentieux de la concurrence, l'étude réalisée par le cabinet Ashurst, pour le compte de la Commission européenne, sur le contentieux en responsabilité pour violation des articles 81 et 82 du Traité, fait certes état d'un nombre relativement faible de contentieux dans les différents États membres. Mais on n'y trouve aucune donnée précise démontrant qu'il y ait des cas qui ne trouvent pas réparation, **et surtout** l'étude ne peut, par définition, prendre en compte les cas réglés en dehors des tribunaux. Ainsi, par exemple, au Royaume-Uni 95 % de toutes les procédures civiles se règlent hors des tribunaux. Il ne faut pas négliger non plus le rôle des

injonctions et des actions en nullité pour assurer l'efficacité du droit de la concurrence, ces actions n'étant pas prises en compte dans le Livre vert qui ne traite que des actions en réparation ;

– **enfin**, en ce qui concerne le pourcentage de contentieux qui ne serait pas réglé à l'amiable, on ne peut laisser dire que les dispositifs existants sont inefficaces.

Lors des auditions réalisées le 1^{er} février dernier au Sénat par la Commission des lois (« *Class actions* ». Eléments du débat. Une journée d'auditions publiques de la Commission des Lois – Les rapports du Sénat n° 249, 2005-2006, p. 5 et s.),

M. Valette, Vice-président du Tribunal de grande instance de Paris a souligné le bon fonctionnement de l'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives.

Quant à l'échec de l'action en représentation conjointe, les causes méritent, sans doute, d'être nuancées.

Je cite encore M. Valette lors de la même audition « *sans doute n'intéressait-elle pas les différentes parties qui auraient pu l'exercer* ».

Contrairement à ce qui est couramment affirmé, les formalités exigées sont légères : contenu minimal du mandat, collecte qui ne paraît pas si complexe si l'on se réfère à des exemples récents. Mais il est vrai que, reposant sur le mandat, elle peut engager la responsabilité des mandataires....

Quant à l'action en réparation du préjudice collectif causé aux consommateurs, les tribunaux n'hésitent plus à accorder des dommages et intérêts substantiels.

Enfin, les associations de consommateurs peuvent saisir le Conseil de la concurrence.

Voici les quelques précisions que je souhaitais apporter à titre liminaire. Ceci ne signifie pas, bien évidemment, que le dispositif soit parfait, sinon nous ne serions sans doute pas réunis autour de cette table pour en discuter. Par ailleurs, nul ne conteste la nécessité de réparer les dommages causés par un comportement fautif. Mais faut-il pour autant introduire en droit français, une action de groupe, du type class action ou recours collectif québécois ?

II. – DE NOUVEAUX INSTRUMENTS SONT-ILS UTILES OU NÉCESSAIRES ?

Faut-il une action en groupe en droit français ? Est-ce inéluctable ? Le débat n'est pas nouveau, puisqu'il revient sur la table périodiquement depuis maintenant 23 ans.

Nous n'en sommes pas persuadés pour un certain nombre de raisons que je souhaiterais rappeler rapidement :

Tout d'abord, il est important de rappeler que la class action s'est développée aux États-Unis comme instrument de régulation dans un contexte où la réglementation est moins importante.

La situation est différente en Europe, lors des auditions précitées, M. Robert Badinter l'a d'ailleurs souligné : « *seule existe pour l'instant une économie de marché contrôlée et régulée* ».

Ensuite, je suis frappée par la confusion permanente, dans ce débat, entre réparation et sanction. Certes, j'entends bien que la sanction n'est pas totalement absente du droit de la responsabilité et qu'à l'inverse, la réparation n'est pas étrangère à la sanction de comportements anticoncurrentiels, le dommage à l'économie étant l'un des éléments à la fixation du montant de l'amende.

Mais, si l'on se situe dans cette optique de sanction, il existe déjà l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs qui permet aux associations de jouer le rôle de « *procureur privé* ».

Or, c'est bien cet objectif de sanction qui sous-tend l'action de groupe en cas de préjudice dit « *diffus* », c'est-à-dire trop minime pour être réparé au niveau individuel, de même que les dommages et intérêts punitifs que certains souhaiteraient voir introduits en droit français (cf. Avant-projet de réforme du droit des obligations [C. civ., art. 1101 à 1386] et du droit de la prescription [C. civ., art. 2234 à 2281], Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 sept. 2005, p. 162 et s.).

On s'éloigne alors de l'objectif affiché de réparation.

Par ailleurs, une personne privée ne sera jamais à même de défendre l'intérêt général, elle défend toujours des intérêts particuliers, même s'ils sont catégoriels.

Le MEDEF estime donc nécessaire de maintenir un dispositif de régulation administrative efficace. Certains diront que ceci est contradictoire avec notre discours en faveur d'une diminution du rôle de l'État mais, en fait, il n'en est rien. En effet, le MEDEF n'a jamais contesté l'intervention de l'État dans ses missions régaliennes où il doit jouer pleinement le rôle qui est le sien.

De plus, l'action de groupe risquerait de nuire à l'efficacité des programmes de clémence que les autorités de concurrence considèrent comme un moyen très utile pour lutter contre les cartels.

Quelle entreprise prendrait, en effet, le risque de reconnaître sa participation dans une entente, en sachant que cette reconnaissance de responsabilité pourrait servir de base à une action de groupe et priver ainsi de tout intérêt la procédure de clémence.

Comment l'action privée des associations devant les tribunaux judiciaires s'articulerait-elle avec celle du Conseil de la concurrence ? **Enfin**, on nous dit que notre système juridique est totalement différent du système américain : pas de jurys populaires, pas de discovery, pas de *contingency fees*... et que, par conséquent, nous sommes à l'abri des dérives constatées dans ce pays.

Nous n'en sommes pas convaincus pour plusieurs raisons. S'il est incontestable que notre système juridique est différent, cela ne nous protège pas pour autant des abus.

En premier lieu, les partisans les plus convaincus de l'action de groupe estiment que pour être efficace, l'action de groupe doit se dérouler comme aux États-Unis ou au Québec, avec

une phase dite de certification ou d'autorisation à l'issue de laquelle a lieu la publicité et une phase à l'issue de laquelle le tribunal se prononce sur la responsabilité du défendeur.

Or, ce système favorise le chantage à la transaction.

La transaction, c'est bien l'objectif poursuivi, nous dit-on. Certes, les entreprises sont favorables à la transaction, si elle résulte d'une appréciation libre des chances de succès, mais pas si elle est obtenue sous la pression médiatique.

L'exemple de la Suède pour laquelle on dispose aujourd'hui d'un peu de recul, le confirme, puisqu'on y constate des dérives à l'américaine.

En second lieu, il n'y aurait de système réellement efficace qu'avec l'*opt out*. Or, l'*opt out* constitue une atteinte aux droits des parties : de la défense tout d'abord, puisqu'on ne peut demander à un défendeur de se défendre contre un plaignant anonyme ; des demandeurs anonymes ensuite : ce système peut conduire à ce que des justiciables se trouvent liés par une décision dont ils ont ignoré l'existence.

Il est intéressant, à cet égard, de noter que, lors de l'enquête précitée de la Commission européenne, une majorité de consommateurs européens se sont prononcés contre l'*opt out*.

De plus, la plupart des juristes qui se sont exprimés sur ce sujet estiment que ce dispositif serait contraire à la Constitution (Guinchard S., Une class action à la française, D. 2005, p. 2180 et s. ; Rapport sur l'action de groupe, remis le 16 décembre 2005 à MM. Thierry Breton, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Pascal Clément, ministre de la Justice, Garde des Sceaux, p. 32 ; Convention européenne des droits de l'homme – droit au procès équitable –).

Plus généralement, la mise en place d'une action de groupe justifierait, aux yeux de certains, des atteintes au principe de notre procédure civile (« *Nul ne plaide par procureur* », ce qui signifie que le représentant ne peut occulter le représenté et principe de l'autorité relative de la chose jugée, principalement) protecteurs des justiciables que l'on balaie un peu vite, nous semble-t-il, d'un revers de la main. C'est une approche extrêmement dangereuse que celle d'une vision sélective des droits de la défense.

Les droits de la défense ne se divisent pas, on ne peut accepter qu'ils soient envisagés « *en situation* », comme le proposent certains.

On nous dit également que la déontologie des avocats français nous protégerait de tous les excès nord-américains. Ici encore, nous n'en sommes pas totalement convaincus. Il suffit de voir avec quel enthousiasme le Conseil national des barreaux a accueilli la perspective de l'introduction en droit français d'une action de groupe. L'interdiction du pacte de *quota litis* nous paraît pouvoir être contournée aisément par une demande d'un honoraire minimal purement symbolique.

Cette pratique pourrait certes en principe être condamnée par les commissions disciplinaires des barreaux, mais il est peu probable qu'elles soient saisies dans ce cas puisque le défendeur n'aura jamais connaissance de cette information.

Enfin, l'action de groupe est inadaptée à répondre aux attentes des consommateurs. Ce que recherche le consommateur, c'est d'obtenir satisfaction rapidement et à moindre coût. Contrairement à ce que l'on veut laisser croire aux consommateurs, ces procédures sont longues et complexes, comme toutes les procédures mettant en cause de multiples parties et le consommateur en sort rarement gagnant.

En pratique, ce sont les avocats ou les associations qui en tirent profit soit matériellement, soit sur le plan de l'image. En revanche, les entreprises sont souvent victimes de chantages à la transaction ou d'opérations de déstabilisation de la part de concurrents peu scrupuleux. Par ailleurs, les dommages causés à l'image sont souvent irréversibles.

D'aucuns semblent penser que seuls les grands groupes seront visés par de telles procédures, c'est inexact, les PME le

>

seront également, il ne faut pas occulter ce point car elles sont sans doute moins bien armées pour se défendre dans ce type de contentieux.

Par ailleurs, l'administration de la Justice n'en est pas facilitée pour autant.

L'action de groupe simplifie le problème « à l'entrée » mais on retrouve tout naturellement le nombre de plaignants à la sortie avec les difficultés inhérentes à la vérification des créances et à l'allocation des dommages dont on parle peu.

Qui va assumer ces fonctions ? l'entreprise ou l'association, sous contrôle du juge ? un tiers ? le juge ? On peut regretter qu'à la différence de ce qui se passe dans d'autres pays, aucune étude d'impact sur le fonctionnement de la Justice n'ait été réalisée.

Enfin, aucune étude ne démontre que le développement du contentieux sera bénéfique pour l'économie en général et pour les consommateurs en particulier. N'oublions pas qu'une judiciarisation excessive de l'économie a un coût et il est évident que celui qui en supportera le coût final sera le consommateur.

Gaëlle PATETTA

Notre association a tranché depuis de nombreux mois cette question de la nécessité ou non de créer de nouveaux instruments pour faire respecter le droit de la concurrence et la consommation.

Ce n'est un mystère pour personne, nous nous sommes abondamment exprimés sur la nécessité de créer une véritable action de groupe en France.

Tout le monde s'accorde aujourd'hui à constater l'ineffectivité des droits reconnus aux consommateurs, tant en raison de la multiplication des violations massives de ces droits par les professionnels que de l'ineffectivité des instruments à la disposition des consommateurs et de leurs associations pour faire respecter ces droits.

La massification de notre économie avec la multiplication des contrats d'adhésion a profondément changé le visage du contentieux.

En l'état actuel du droit, lorsqu'une pratique professionnelle porte préjudice à plusieurs consommateurs dans des termes similaires, tous ne peuvent en espérer réparation, à moins que chacun ne saisisse la justice pour son propre compte, indépendamment des autres avec un encombrement des tribunaux à la clé.

En pratique le consommateur renonce à son action, sachant que les frais engagés (coût informationnel, déplacements, honoraires...) dépassent la plupart du temps le montant estimé du préjudice individuel. Cette inaction n'a jamais été palliée par les modes de saisines simplifiées des tribunaux.

Certes le droit autorise une juxtaposition d'actions individuelles jointes dans une même instance mais cette juxtaposition est synonyme de lourdeurs, de difficultés voire d'impossibilité de gestion pour ceux qui ont la charge de ces dossiers ainsi que pour le tribunal.

Les moyens judiciaires à la disposition des associations sont inadaptés :

Les associations disposent de l'action en représentation conjointe dont on parle beaucoup comme étant la solution idéale pour régler les problèmes actuels moyennant quelques aménagements. Mais cette procédure même revue, n'a rien d'une action de groupe et elle ne pourra jamais en tenir lieu. Il s'agit simplement d'une procédure par laquelle l'association en lieu et place de l'avocat se charge de collecter des mandats des consommateurs et de juxtaposer les dossiers individuels qu'elle déposera au tribunal.

Là encore la gestion de ces dossiers individuels est impossible dès lors que le nombre de consommateurs victimes est important. Faciliter le mode de recueil des mandats des consommateurs ne règlera pas le problème de l'impossibilité matérielle de gestion des dossiers.

Les associations ont également la possibilité d'agir dans l'intérêt collectif des consommateurs. Cette procédure a cependant des limites que les trois affaires suivantes illustrent parfaitement :

1. Nous avons engagé en 2001 une procédure contre un opérateur de téléphonie mobile pour l'augmentation illicite de son forfait d'abonnement, nous avons obtenu une décision très favorable des tribunaux dont la presse s'est fait abondamment l'écho mais qui n'a pas pu être directement utilisée par les autres abonnés.

Or, le comportement du professionnel aurait mérité une sanction exemplaire : il y avait 400 000 abonnés à ce forfait, le préjudice individuel pour chaque abonné était de l'ordre de 18 euros alors que le bénéfice frauduleux retiré par le professionnel s'élevait lui à 7 320 000 euros (TGI Nanterre, 15 oct. 2001 ; CA Versailles, 16 mai 2002).

Nous avons obtenu 1 524 euros de DI au titre du préjudice à l'intérêt collectif et les deux consommateurs joints à notre action, 100 euros.

2. Nous avons saisi les tribunaux en 2003 au sujet de la commercialisation de CD audio présentant un vice caché. En raison des mesures techniques de protection destinées à empêcher la copie, ces CD ne pouvaient être lus sur tous les matériels et notamment des auto-radios. La Cour d'appel de Versailles a constaté qu'il y avait bien vice caché et qu'il y avait donc une diminution de la valeur d'usage des CD (TGI Nanterre, 2 sept. 2003 ; CA Versailles, 15 avr. 2005). 9 euros de réduction du prix ont été accordés au consommateur. 1 million de CD se trouvaient potentiellement affectés de ce défaut ; 9 millions d'euros auraient dû être restitués par l'entreprise. 10 000 euros nous ont été alloués à titre de réparation du préjudice à l'intérêt collectif.

3. Dernier exemple, la récente décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 sanctionnant l'entente des opérateurs de téléphonie mobile. Nous avons créé un site Internet afin d'aider les consommateurs à calculer leur préjudice. Nous leur avons également proposé de se joindre à la procédure que nous avons engagée dans l'intérêt collectif. Malheureusement, cette possibilité d'intervention dans notre procédure ne bénéficiera qu'à une infime portion des 20 millions d'abonnés sur la période de 2000 et 2002 (un peu plus de 10 000 dossiers seront joints).

Comment les autres consommateurs feront-ils valoir leur droit à réparation ?

Ces exemples démontrent que la procédure engagée au titre du préjudice porté à l'intérêt collectif des plaignants ne permet pas une réparation des préjudices individuels.

Les dommages et intérêts que nous obtenons en réparation du préjudice à l'intérêt collectif sont très éloignés du bénéfice frauduleux retiré par le professionnel ou du préjudice subi par les victimes.

Nos actions n'ont donc pas de réel effet dissuasif. Les professionnels préfèrent aller en procédure plutôt qu'indemniser tous les consommateurs victimes amiablement car la sanction financière prononcée par le tribunal est toujours inférieure à ce que leur a rapporté la pratique frauduleuse.

La logique juridique est déconnectée de la réalité économique. Il est donc tout à fait clair pour nous qu'il est nécessaire de créer de nouveaux instruments.

L'instrument le plus utile est pour nous l'action de groupe. Cette procédure par laquelle une personne ou entité agit seule en justice pour le compte de toutes les autres victimes de ce même professionnel, sans que ces dernières soient dans l'obligation de se manifester avant que la décision ne soit rendue, est l'instrument idéal de régulation.

L'action de groupe avec option d'exclusion présente un triple avantage :

- elle permet un réel accès des victimes à la justice garantissant ainsi une réparation effective à l'ensemble des consommateurs lésés par des pratiques abusives ou illicites ;

- elle évite les difficultés de gestion à la fois pour le demandeur et pour le tribunal, en effet les membres du groupe ne se font connaître qu'à l'issue de la procédure et non pas en amont ;

- enfin elle a un réel effet dissuasif sur le professionnel puisqu'il est contraint de restituer la totalité du bénéfice frauduleux ou illicite qu'il a retiré de la pratique.

Certains objecteront des obstacles constitutionnels ; sans entrer dans le détail je me permettrai de citer en conclusion une personnalité qui fait autorité dans ces murs : le premier président, Mr Guy Canivet « *si la conviction est acquise que, dans la hiérarchie des valeurs, doit être placé au premier rang le principe selon lequel tout dommage doit être réparé, alors les obstacles doivent être levés* ».

Finalement les choses sont assez simples : un instrument utile et nécessaire pour permettre aux consommateurs de faire respecter le droit de la concurrence et le droit de la consommation est parfaitement envisageable, il faut juste la volonté politique de l'intégrer dans notre droit.

Claude LUCAS de LEYSSAC

Le « *droit du marché* » examine les rapports juridiques qui s'établissent entre tous ceux qui interviennent sur le marché, entre tous les opérateurs qu'il s'agisse des entreprises ou des consommateurs, opérateurs inégaux certes, mais également indispensables au fonctionnement du marché. L'idée qui sous-tend la démarche est qu'en examinant du même point de vue le droit de la concurrence et le droit de la consommation, droits autrefois distingués, voire opposés, on parviendra à améliorer la compréhension des phénomènes économiques et sociaux de marché, et partant la qualité du droit qui les régit.

Le trait le plus marquant des rapports qui se nouent sur le marché est sans aucun doute leur caractère collectif. Il a été longtemps occulté par le droit, peut-être parce que l'aboutissement du mécanisme de marché est un rapport individuel : le contrat formé grâce au marché ; mais certainement aussi parce que la société française éprouve des difficultés à installer des rapports collectifs, tandis que le droit français se méfie des actions collectives.

Dans cette perspective, le projet de créer en droit français une action de groupe correspond à la nature collective des rapports de marché (I), et ne paraît pas, en ce domaine, se heurter aux objections nombreuses qui ont été avancées pour y faire échec (II). C'est pourquoi on est amené à s'interroger sur les raisons qui pourraient expliquer la lenteur du processus (III).

I. – LA NATURE COLLECTIVE DES RAPPORTS DE MARCHÉ

Ce caractère collectif résulte d'abord de ce que l'offre s'adresse à une collectivité de demandeurs, consommateurs ou non, ou que la demande s'exprime le plus souvent vers une collectivité d'offres.

Dans une moindre mesure, il résulte aussi de ce que les offreurs sont en concurrence, et que par conséquent les décisions concernant les rapports de marché doivent leur être également applicables. Si les règles émanant de la loi ou du règlement sont d'applicabilité générale, il n'en va pas de même des règles qui résultent de décisions judiciaires qui n'ont d'autorité qu'entre les parties.

Cette prise en compte de la dimension collective est d'autant plus nécessaire qu'elle est le seul moyen d'instaurer sur le marché l'équilibre indispensable à son bon fonctionnement entre des entreprises puissantes et bien conseillées et des consommateurs impuissants s'ils ne sont pas regroupés.

Cette dimension collective est encore très mal prise en compte par le droit du marché.

Il est vrai que le droit de la concurrence permet aux associations de consommateurs comme aux organismes professionnels de saisir le Conseil de la concurrence ; c'est un progrès. En droit de la consommation, l'action en suppression des clauses abusives est bien octroyée à des collectivités de consommateurs, mais son résultat n'est pas opposable à la collectivité des entreprises en concurrence : la décision ne concerne que les parties. D'où de possibles distorsions de concurrence. Il en va de même des décisions du Conseil de la concurrence, à la suite d'une saisine par une association de consommateurs : elles ne s'imposent pas aux entreprises non parties à l'instance. Il n'est pas question d'imposer à une autorité de concurrence de mettre en cause l'ensemble des opérateurs, mais il devrait être possible aux entreprises d'appeler en intervention forcée leurs concurrents. Ce n'est pas inimaginable devant les juridictions, vu les termes de l'article 331 du NCP. Mais rien ne le permet devant le Conseil de la concurrence. Certes il peut spontanément appeler en la cause tous les opérateurs d'un secteur ; La Cour d'appel aussi ; mais il ne serait pas inutile que, de leur côté, les entreprises aient cette faculté. Il faut surmonter la méfiance traditionnelle du droit français pour ce type d'action car le ministère public ne peut plus, faute de moyens, assurer, dans tous les domaines, la défense de l'intérêt général. Or nul ne discute aujourd'hui qu'il est d'intérêt général que le marché fonctionne le mieux possible. En matière de concurrence et de consommation, le caractère collectif des rapports existant sur le marché appelle des actions en justice collectives pour la police du contenu juridique du contrat : c'est l'action en suppression des clauses abusives. Il appelle aussi une police de l'inexécution du contrat : c'est l'action de groupe qui est l'objet de cette table ronde.

II. – LA FAIBLE PORTÉE DES OBJECTIONS SOULEVÉES PAR LES OPPOSANTS

Le projet d'une telle action, lancé par le président de la République lui-même, a été limité aux rapports de consommation. On oubliera donc, ici, les objections qui tiennent à l'élargissement éventuel du domaine de cette action.

Il lui a été opposé très rapidement des arguments de fort calibre, d'ordre constitutionnel. À ce propos, j'observerai simplement que ce type d'argument juridique cache mal la volonté politique qui les arme. Le Conseil d'État avait invoqué le principe de séparation des pouvoirs pour modifier le projet d'ordonnance de 1986 et s'auto-restituer la connaissance des recours dirigés contre les décisions du Conseil de la concurrence. On sait ce que le Conseil constitutionnel a fait de l'argument lors de son examen de la loi dite d'Ornano... La réalité économique et sociale d'aujourd'hui et de demain ne peut pas être gouvernée par l'extension de principes juridiques secrétés par la société d'hier à d'autres propos, même et surtout si ces principes sont rattachés aux plus hautes

>

sources du droit ; car alors c'est qu'ils datent. La question est de savoir s'il existe ou non une volonté politique de changement, et visiblement la réponse n'est pas claire...

Quel doit être le titulaire de l'action de groupe ? Puisqu'il s'agit d'équilibrer les rapports de marché, les raisons qui ont milité pour réserver aux associations de consommateurs la police des clauses abusives ou l'action en représentation conjointe doivent conduire au même résultat.

La question dite de « *l'opt in* » ou de « *l'opt out* », me paraît être une fausse question. Le droit français connaît déjà un système « *d'opt in* » avec l'action en représentation conjointe. On sait qu'elle a été paralysée par l'interdiction de toute publicité de l'article L. 422-1, alinéa 2, du Code de la consommation. Il n'est pas douteux que l'efficacité de l'action passe par « *l'opt out* », ou par tout autre système qui permettrait de donner un caractère véritablement collectif à l'action. C'est pourquoi les adversaires du principe même de l'action se cachent en défenseurs de « *l'opt in* » !

Les craintes exprimées par les opposants à l'action de groupe peuvent être facilement apaisées par quelques précautions. L'organisation d'un contrôle du juge dès le départ sur le sérieux de l'action, et la fixation par lui des modalités de publicité (phase de certification). Sur la question de la répartition des sommes, on peut comprendre l'inquiétude des magistrats. Pourquoi ne pas la laisser aux associations sous le contrôle du juge auquel elles devront rendre compte des opérations et des difficultés ?

J'évoquerai enfin, et plus longuement, le dernier argument des opposants dont il ne faut pas négliger la force parce qu'il est mythique : il s'agit des abus éventuels des avocats ou plus exactement des entreprises d'avocats. Dans le seul but de s'enrichir aux dépens de la collectivité, elles vont créer des contentieux artificiels et confisquer aux consommateurs le résultat éventuel des procédures par des honoraires astronomiques. Et les opposants de s'appuyer sur des exemples effrayants. Ils oublient simplement que ces abus qui ont d'ailleurs conduit à une remise en cause du droit américain en cours à l'heure actuelle, se sont déroulés aux États-Unis.

En France, il n'y a pas eu, et il n'y aura pas de Ralph Nader parce que le droit ne le permet pas :

i) Le démarchage est un délit pour les avocats.

ii) Le pacte de « *quota litis* » leur est interdit, ce qui empêche de prévoir que le client ne paiera rien s'il n'y a pas de résultat. C'est un frein efficace puisque le plaideur doit accepter le risque de payer sans rien gagner.

iii) La partie des honoraires qui peut être fixée par référence au résultat de l'action peut être révisée par le juge s'il les estime excessifs.

iv) Enfin, le juge n'est pas tenu de condamner la partie perdante à payer l'intégralité des frais d'avocat. L'article 700 du NCPC prévoit qu'il « *tient compte de l'équité* ». Il n'y a donc pas de risque que la facture des avocats constitue l'essentiel de la condamnation pécuniaire. Tous les praticiens connaissent la prudence des juges français dans le maniement de l'article 700 !

Pourtant, toutes ces excellentes raisons juridiques paraissent ne pas suffire à apaiser les inquiétudes sur ce thème des abus des avocats. Pourquoi ? Parce que ce thème est mythique... et que les règles de droit sont impuissantes face aux mythes.

Souvenez-vous !!! Le mythe a déjà été évoqué en droit de la concurrence lors du vote de la première loi *d'Ornano*. L'un des arguments utilisés à la tribune de l'Assemblée Nationale avait été que le transfert de compétence au profit de la Cour de Paris ne profiterait qu'à quelques gros cabinets d'avocats pari-

siens... qui encombreraient artificiellement le rôle de la Cour. Je ne suis pas certain qu'il n'y ait que des gros cabinets parisiens qui se présentent devant la première chambre H, mais je suis certain que l'importance de l'apport de la jurisprudence de la Cour au droit de la concurrence établit que le contentieux n'avait rien d'artificiel.

Quant au risque d'exténuer les entreprises par un usage immodéré de la nouvelle action, il suffit de constater combien l'usage de l'action en suppression des clauses abusives a été modéré pour présumer que les associations de consommateurs ne se laisseront pas aller à une débauche d'actions. On peut même estimer que la possibilité donnée aux consommateurs de faire condamner les entreprises peu sérieuses sera favorable aux entreprises vertueuses qui bénéficieront ainsi de la police de l'exécution des contrats assurée par les associations de consommateurs.

III. – LES AUTRES CAUSES POSSIBLES DE LA LENTEUR DU PROCESSUS

On peut comprendre que les entreprises françaises voient d'un mauvais œil une action qui les menace directement ; mais, une telle opposition ne suffit pas à expliquer la lenteur du processus. Ce ne serait pas la première fois que le législateur voterait une loi condamnée par un groupe de pression.

La faiblesse des arguments opposés à la création d'une action de groupe conduit à se demander si la quasi paralysie du processus ne provient pas, comme souvent en France, d'une lutte souterraine pour le pouvoir économique ou plutôt pour le pouvoir sur l'économie. Et en recherchant qui perdrait du pouvoir avec l'avènement de cette action, on ne voit qu'une victime : l'administration.

Les associations de consommateurs ne parviennent pas à donner aux Français la fibre collective qui leur fait malheureusement défaut en la matière comme en d'autres domaines, syndicaux notamment. Il en résulte qu'elles sont faibles ce que déplorent, ici comme ailleurs, beaucoup d'observateurs. Cette faiblesse impose à l'administration de s'ériger en incontournable arbitre des questions de consommation. Elle conserve donc un certain pouvoir sur le marché par le relais du droit de la consommation.

L'éventuelle difficulté qu'aurait l'administration française à se retirer du jeu des marchés représente un autre point commun entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence. Tout se passe comme si elle continuait de considérer que le fonctionnement des marchés est une chose trop sérieuse pour qu'on la laisse aux opérateurs !

En droit de la concurrence, certains membres de l'administration avaient annoncé que la libéralisation des prix résultant de l'ordonnance de 1986 conduirait à de véritables cataclysmes économiques. Vingt ans après les opérateurs n'ont toujours rien remarqué de cataclysmique, mais on continue tout de même de gonfler la baudruche que représente le titre 4 du livre 4 : toujours plus gros et toujours aussi inefficace...

En droit de la consommation, on a toujours été réticent à donner aux associations de consommateurs les moyens d'exercer les responsabilités qui sont les leurs dans une économie de marché. Que l'on songe à la dérision que constituait l'action en représentation conjointe !

Si cela traduit bien une lutte pour le pouvoir économique, il n'est alors qu'une seule solution démocratique : aider à la création des contre-pouvoirs que ne sont pas encore les associations de consommateurs sur le marché, en leur donnant les moyens d'acquiescer le poids qu'elles n'ont malheureusement pas.

Et pourquoi aussi ne pas s'inspirer du droit de certains pays étrangers en créant un Conseil de la concurrence *et de la consommation*? Ce serait le moyen de réconcilier le droit des forts, le droit de la concurrence, avec le droit des faibles, le

droit de la consommation, pour en faire un droit qui ne serait plus ni des forts ni des faibles, ni de droite ni de gauche, mais seulement un droit plus efficace pour des marchés plus efficients.

Rapport de Synthèse

Par **Christophe JAMIN**, Professeur des universités à Sciences Po (Paris), Membre de la Chaire Régulation

Sans conteste, le conseiller Frédéric Jenny a pris un double risque en me demandant de bien vouloir prononcer puis rédiger un rapport de synthèse à l'issue de cette riche (et finalement assez mouvementée) demi-journée de réflexion commune sur les rapports entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation.

Primo, je me demande depuis longtemps (mais sans trop le dire) s'il revient vraiment à un universitaire de prononcer des rapports de synthèse. Synthétiser les propos multiples, divers, voire contradictoires tenus au cours d'un colloque revient peu ou prou à y mettre de l'ordre en essayant de présenter le tout sous la forme d'un ensemble assez cohérent (voyez la définition que donne le *Robert* du mot « *synthèse* »). Je sais que mes collègues adorent cela, car ils estiment pour la plupart qu'il s'agit là d'une des fonctions essentielles de la doctrine : mettre de la cohérence là où elle ne serait qu'inapparente. Par tempérament peut-être, mais aussi par admiration pour une autre catégorie de juristes (récemment, Jamin Ch., *Demogue et son temps - Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2006, vol. 56, p. 5 sq.), j'aurais plutôt tendance à penser qu'un universitaire doit plutôt jouer le rôle inverse : celui de démolisseur de certitudes, d'inlassable questionneur, en un mot d'impossible synthétiseur. Bref, le dernier mot ne devrait jamais lui revenir ! Mais enfin, puisqu'il le faut et que je n'ai pas su résister à une invitation qui m'honore, je me plierai aux canons de l'exercice... Il faudra néanmoins que chacun garde en mémoire que je ne suis pas vraiment un élève doué pour le consensus.

Secundo, si comme à peu près tous les civilistes aujourd'hui je connais un peu de droit de la consommation et de droit de la concurrence parce que l'un et l'autre innervent et souvent renouvellent les mécanismes fondamentaux du droit des obligations, je ne suis pas vraiment un spécialiste de l'angle pluridisciplinaire retenu qui allie droit et économie. Néanmoins cette absence de qualité, je pense la partager avec la plupart d'entre nous. Du moins de ce côté-ci de l'Atlantique, je ne connais à peu près personne qui soit à la fois pleinement juriste et pleinement économiste. Je suis donc comme les autres, pleinement juriste si l'on veut, mais très incomplètement économiste, même si certains collègues économistes tentent de m'initier à la matière depuis maintenant plus de dix ans. Avec un succès à dire vrai mitigé, puisque j'en suis venu à soutenir en ces lieux prestigieux qu'un juriste n'avait pas beaucoup à dire à un économiste, - même s'il s'agissait plutôt, dans mon esprit, d'une critique adressée aux juristes (Jamin Ch., *Que répondre à Eric Brousseau? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste)*, *LPA* 2005, n° 99, p. 54 sq.)... C'est donc sous cette double réserve méthodologique que je me lance dans l'exercice pour vous dire ce qui m'a dès l'abord frappé en consultant l'intitulé de notre colloque : son côté très *air du temps*. D'une part, la confrontation des branches du droit dans une logique binaire est à la mode. Voyez la publication récente d'un atelier de la concurrence consacré aux rapports entre le droit de la concurrence et le droit de l'environnement

(Droit de l'environnement et droit de la concurrence, *Les ateliers de la concurrence*, 6 juill. 2005, *LPA* 2006, numéro spécial, n° 119). D'autre part, cette confrontation doit être pluridisciplinaire (il n'y a plus un colloque digne de ce nom qui ne le soit pas), en ce sens qu'elle ne mobilise pas seulement le droit mais aussi une science sociale, en l'occurrence l'économie.

De ce double trait, je tire immédiatement deux enseignements. D'abord, le droit est aujourd'hui censé se mesurer à l'économie beaucoup plus qu'à la sociologie. Il y a vingt ans, nous aurions été dans la situation inverse. Grandeur et misère de la sociologie juridique française qui se voit aujourd'hui supplantée par une économie qui a d'ailleurs l'habileté d'emprunter largement à la sociologie en mettant désormais l'accent sur les études empiriques. Reprenez les propos de Philippe Choné : ceux-ci n'ont rien d'abstrait (reproche souvent adressé aux économistes) ; ils s'appuient tous sur des études très concrètes. Peut-être faut-il y voir l'influence du très en vogue *Behavioral Law & Economics* (sur lequel, la synthèse de C. R. Sunstein [ed.], *Behavioral Law & Economics*, Cambridge UP, 2000)... Ensuite, il me semble que cette double confrontation (entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation, entre le droit et l'économie) constitue le signe que nous sommes pleinement entrés dans l'ère d'une conception conflictuelle du droit, dont les juristes continentaux mesurent encore assez mal la portée : non seulement le droit n'y est plus réputé autonome, mais encore il ne peut plus y avoir de compréhension totalisante, englobante, voire harmonieuse de ce droit fondée sur un principe directeur ; désormais plusieurs logiques s'affrontent et doivent se concilier, de façon essentiellement instable et provisoire. Ce n'est exactement ni du droit vivant ni du droit flou, mais un droit mouvant et conflictuel (d'autres parleraient peut-être plus volontiers de *conflicting considerations*). Bienvenu donc dans un monde juridique définitivement angoissant, alors que la majeure partie des citoyens le suppose rassurant... La preuve ? On ne sait pas aujourd'hui si cette double confrontation aboutit à des « *complémentarités* » ou à des « *divergences* », selon les termes de l'alternative qui nous est proposée, voire à un rapport hiérarchique entre le droit de la concurrence et le droit de consommation.

Au premier regard et en m'écartant de l'alternative proposée, j'aurais tendance à dire que nous sommes dans ce rapport hiérarchique. Au fond, dès le premier exposé, *c'est le droit de la consommation qui est tenu de se justifier* : droit social ou droit économique ? Pour sa part, le droit de la concurrence serait exonéré de cette tâche : il serait *par essence* un droit économique... Avec cette idée qui, je crois, sous-tend notre réunion : si le droit de la consommation relève du droit social, nous sommes plus certainement dans une logique de divergence, alors que nous sommes autorisés à parler de complémentarités dans le cas inverse.

L'ennui, c'est que je ne sais pas vraiment ce qu'est le droit économique, pas plus que je ne saurais dire ce qu'est le droit social. Sur le marché des idées, les définitions de l'un et l'autre

>

pullulent et celles que proposent leurs auteurs n'ont bien souvent rien de très convergent !

Dans une perspective marxiste, on peut ainsi considérer que le droit de la consommation comme le droit de la concurrence relèvent de la *raison marchande* et qu'en ce sens tous deux sont des droits économiques. Mais à l'inverse et à l'instar de Denis Mazeaud, on peut aussi affirmer que le droit de la consommation a pour fonction de panser les plaies de cette raison marchande, d'en contenir la toute puissance, et qu'en ce sens il relève plutôt du droit social. Mais alors, ne pourrait-on pas tenir le même raisonnement pour le droit de la concurrence : n'a-t-il pas eu à l'origine pour fonction de contenir la toute puissance du marché aux fins très politiques de laisser accroire aux citoyens américains qu'ils vivaient dans une société où les chemins de la prospérité étaient ouverts à tous, puisqu'elle réservait à chacun l'accès à des opportunités économiques (sur ce thème, Prieto C., Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de la concurrence, D. 2006, p. 1604) ? Bref, n'a-t-il pas eu pour fonction de promouvoir l'harmonie sociale ? Le droit de la concurrence : un droit social au même titre que le droit de la consommation ? Encore faut-il accepter cette fonction du droit social. Si l'on soutient par exemple que celui-ci constitue simplement un instrument propre à égaliser la concurrence entre les entreprises (sur ce thème, Pélissier J., Supiot A. et Jeammaud A., Droit du travail, Dalloz, 22^e éd., 2004, n° 32, p. 43) et que le droit de la consommation vise précisément cet objectif, le droit de la consommation et le droit de la concurrence, qui est le plus souvent appréhendé comme un mode de régulation de la compétition entre les entreprises, se rejoindront une nouvelle fois sous la rubrique d'un droit social conçu différemment, mais dont les frontières avec le droit économique seront néanmoins un peu brouillées...

Pour ne pas embrumer les esprits en jouant indéfiniment avec de multiples définitions, mieux vaut abandonner cette question qui pêche peut-être par son dogmatisme excessif. C'est d'ailleurs ce choix que n'a pas hésité à formuler très sagement Denis Mazeaud dès son introduction. Néanmoins, je me demande s'il n'a pas ensuite indirectement répondu à cette question en nous expliquant que si le droit de la consommation était à l'origine animé d'un esprit social, il jouait aujourd'hui un rôle de police économique, plus spécialement sous l'influence du droit communautaire. Avant de revenir sur ce thème en fin d'exposé pour nous dire que le droit de la concurrence et le droit de la consommation relèveraient à la fois du droit social et du droit économique, la fusion se faisant sous la rubrique englobante du droit du marché auquel Claude Lucas de Leyssac a consacré un ouvrage novateur il y a quelques années (Lucas de Leyssac C. et Parléani G., Droit du marché, PUF, 1^{re} éd., 2002).

Refusons donc l'alternative entre le droit social et le droit économique dans laquelle le conseiller Jenny a tenté de nous enfermer. Acceptons de placer le droit de la consommation et le droit de la concurrence sous une même rubrique. Nous leur trouverons de ce fait quelques points communs, quelques éléments de convergence, susceptibles de caractériser ce droit du marché.

Au cours de notre table ronde, Claude Lucas de Leyssac a ouvert une première piste en ce sens, en insistant sur la dimension collective des rapports juridiques au sein du marché. En leur qualité de droits du marché, le droit de la concurrence et le droit de la consommation visent moins les individus qu'une collectivité. Ce sont *des droits du collectif* (pour ne pas parler de droits collectifs qui nous mèneraient bien vite au collectivisme qui est ici hors de propos).

Le second élément de convergence ou de complémentarité, je l'ai trouvé dans le titre de l'intervention de Guillaume Ce-

rutti sur l'intégration de la politique de la concurrence et de la politique de la consommation. Le double emploi du mot *politique* ne semble pas avoir posé la moindre difficulté, alors qu'il me paraît loin d'être anodin. Ce mot fait du droit de la consommation et du droit de la concurrence *des droits résolument politiques*.

Reprenons ces deux éléments : droits du collectif et droits politiques, qui constituent à mes yeux deux énormes points de convergence entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Deux points de convergence qui démontrent peut-être que ces deux droits appartiennent à la même famille, celle du droit du marché.

I. – LA DIMENSION COLLECTIVE DES DROITS DE LA CONCURRENCE ET DE LA CONSOMMATION

Cette première dimension intéresse bigrement le civiliste que je suis. En effet, elle avait précisément incité mes prédécesseurs du début du XX^e siècle à expulser le droit du travail (j'allais dire le droit social) de la sphère du droit civil, car son caractère délibérément collectif aurait fait exploser les catégories traditionnelles (et individualistes) du droit civil, au nombre desquelles figure le droit commun du contrat. Il fallait que ce droit commun, fût-il réformé sous l'influence du droit social, demeurât individualiste (sur ce thème, Jamin Ch. et Verkindt P.-Y., Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX^e siècle, in N. Kasirer [dir.], Le droit civil, avant tout un style?, éd. Thémis, 2003, p. 103 sq.). Or voici que, dans un esprit différent, le droit du collectif revient aujourd'hui en force par le biais du droit de la concurrence et du droit de la consommation.

Le fait que le droit des contrats ne prenne pas en charge le collectif, que les civilistes n'aient pas voulu qu'il le prenne en charge, me faisait donc attendre avec beaucoup d'intérêt la communication de Daniel Mainguy. L'enjeu de la question n'était pas mince : un droit de facture résolument individualiste peut-il efficacement protéger les consommateurs et la concurrence ? Selon que l'on répondait à cette question plus ou moins par l'affirmative, le droit de la consommation et le droit de la concurrence auraient été réputés plus ou moins utiles ou légitimes et l'on pouvait encore repousser l'intrusion du collectif... Or que nous a dit Daniel Mainguy ? D'abord et avant tout que le droit des contrats ne constitue pas un moyen efficace de protection des consommateurs et de la concurrence pour cette bonne et simple raison qu'il ne s'y intéresse pas ! Exemple jurisprudentiel emblématique : l'affaire dite de la restitution en nature des cuves. Avec un bémol néanmoins : le droit des contrats est somme toute assez fluctuant ; il absorbe, intègre, digère, transforme des considérations propres aux autres branches du droit que sont les droits de la concurrence et de la consommation. Dernier avatar de cette logique : la prise en compte (à mon sens bien timide) de la contrainte économique s'agissant du vice de violence. Une logique à vrai dire ancienne. Souvenons-nous que les premiers arrêts rendus au XIX^e siècle sur l'abus des droits portaient sur les contrats de louage d'ouvrage (les ancêtres des contrats de travail) et qu'il n'a pas fallu bien longtemps pour que la théorie de l'abus des droits n'imbibe le droit commun du contrat. Nous rejouions donc à peu près la même scène à quelques décennies de distance. Et de la même façon, cette influence exercée par des droits plus collectifs ne changerait pas vraiment la nature du droit des contrats qui ne deviendrait pas pour autant collectif. Pour protéger efficacement les consommateurs, voire la concurrence, le droit des contrats serait donc loin de suffire et il faudrait en revenir à notre droit collectif.

On peut y revenir en se préoccupant au premier chef de la protection des consommateurs. C'est la question qui était po-

sée à Reine-Claude Mader et Alain Bazot : le droit de la concurrence peut-il efficacement les protéger ? Telle qu'elle était formulée et compte tenu des personnes auxquelles elle était posée, je me demande si l'on n'attendait pas des deux représentants des consommateurs qu'ils contribuassent à légitimer le droit de la concurrence, – un droit qui n'est après tout pas si vieux que cela dans notre pays et dont la charge idéologique n'est pas appréciée de tous (et supposément des consommateurs). De fait il l'a été, fût-ce avec nuance. Oui, le droit de la concurrence (et plus largement la concurrence) peut être une réponse adaptée aux besoins des consommateurs. J'ai entendu Alain Bazot prendre l'exemple du coût des services proposés par les banques pour plaider en faveur d'un accroissement des règles de la concurrence. Des règles dont il a regretté qu'elles interviennent trop en aval (*ex-post*) et insuffisamment en amont (*ex-ante*). Non, le droit de la concurrence ne suffit pas. Le même Alain Bazot a, cette fois, pris l'exemple du service bancaire universel pour demander que certains dispositifs soient extraits du marché. Quant à Reine-Claude Mader, elle a reproché à ce droit de la concurrence d'être souvent trop éloigné des préoccupations des consommateurs. Ce qui rejoignait indirectement les propos introductifs du premier président Canivet. Celui-ci n'avait-il pas affirmé que le droit de la concurrence perçoit le consommateur comme un moyen, alors que le droit de la consommation s'adresse au consommateur réel ? Néanmoins Reine-Claude Mader nous a fait aussi comprendre qu'elle était convaincue des bienfaits du droit de la concurrence, même s'il fallait souvent se faire pédagogue auprès des membres des associations de consommateurs dont la pente naturelle irait plutôt en sens inverse... Et de vanter les vertus d'une concurrence exacerbée à propos des contrats de fourniture d'eau ou de louer l'action du Conseil de la concurrence s'agissant des avocats et de leurs barèmes d'honoraires.

Mais ce travail de légitimation plus ou moins destiné à démontrer que le droit de la concurrence sert concrètement les intérêts des consommateurs n'était au fond qu'une mise en bouche par rapport au moment fort de cette journée que nous attendions tous avec impatience. En l'occurrence, notre débat sur les fameuses actions de groupe auxquelles on fait parfois un assez mauvais procès en les qualifiant d'emblée de *class actions*. Débat qui a mis aux prises Guillaume Cerutti, Joëlle Simon, Gaëlle Patteta et Claude Lucas de Leyssac. Débat le plus actuel, le plus épineux, le plus passionnel !

Le collectif est évidemment au cœur des actions de groupe. Et c'est d'ailleurs cela qui pose problème : *sommes-nous en mesure d'accepter ce surgissement extrêmement violent de l'intérêt collectif – et non plus vraiment de l'intérêt général – dans les rapports économiques ?*

En écoutant Joëlle Simon, je songeais moins au repoussoir que serait une américanisation du droit, réelle ou prétendue, dont elle nous a parlé (les avocats étant d'ailleurs peut-être les seuls entrepreneurs auxquels le MEDEF dénie le droit de s'enrichir...) qu'aux vieux débats sur l'émergence du droit syndical (1884) ou des conventions collectives (1919). Parce qu'il était aussi un droit du collectif et malgré ses énormes ambiguïtés bientôt dénoncées par les juristes marxistes, le droit social qui s'est construit entre ces deux dates était en mesure de remettre en question la toute puissance du patronat de l'époque, celui-ci n'ayant bien souvent en face de lui que des ouvriers isolés. Contre la conception révolutionnaire du droit (celle de 1789) et son modèle anti-corporatiste et individualiste, ce droit social a pourtant fini par émerger et il est vrai que le monde a changé, que les rapports sociaux n'ont plus été les mêmes et pas forcément pour le meilleur. Joëlle

Simon a donc amplement raison de s'inquiéter en voyant s'avancer vers elle, c'est-à-dire vers les entrepreneurs, non plus des consommateurs isolés mais la classe consumériste, un peu à l'image de ce que fut la classe ouvrière !

Et elle a d'autant plus raison de s'inquiéter que les rapports de la Banque du Monde (qui me paraît être la plus exacte traduction de *World Bank*), les fameux et traumatisants rapports *Doing Business* obligent désormais nos systèmes juridiques à être les plus attractifs possibles. Ce qui, vous l'admettrez avec moi, est intellectuellement assez rude : alors que notre esprit démocratique nous faisait percevoir le droit comme un instrument de limitation de la toute puissance, un instrument au service des plus faibles (reliions les pages crépusculaires de Ripert sur le régime démocratique et le droit civil moderne), voici que *Doing Business* nous somme de faire du droit un instrument au service des plus forts destiné à rendre les règles de notre système économique désirables afin qu'ils viennent y investir (sur ce thème, cf. Cohen D., Du choix des critères d'évaluation à une conception de la fonction du droit, in Canivet G., Frison-Roche M.-A. et Klein M. [dir.], Mesurer l'efficacité économique du droit, LGDJ, 2005, p. 96-97) ! Or, sous cet aspect, les actions de groupe ne sont pas forcément très désirables, car elles risquent d'obérer et les finances et l'image de certaines entreprises localisées dans notre beau pays. Et elles le sont à mon sens d'autant moins qu'elles pourraient s'inscrire dans un triangle de feu, l'horreur juridique pour le MEDEF : actions de groupe, pactes de *quota litis* (que la Cour de cassation n'est plus très loin de valider en refusant de contrôler la proportion entre l'honoraire de résultat et la rémunération des prestations effectuées, même si elle exerce depuis longtemps son contrôle sur le montant des honoraires) et dommages-intérêts punitifs (que certains juristes veulent introduire en droit français dans un avant-projet de réforme du droit des obligations) !

Dans cet esprit, les actions de groupe sont-elles vraiment défendables ? J'ai beaucoup entendu dire en leur faveur qu'elles devaient avoir pour fonction de mieux indemniser les consommateurs, ce qui serait un bien. Je ne suis pas vraiment convaincu de la pertinence de l'argument, du moins si les actions de groupe doivent être limitées à des dommages de faible montant (ce que laisse discrètement entendre l'article 13 de l'avant-projet de loi en faveur des consommateurs en prévoyant un seuil fixé par décret en Conseil d'État pour le montant des demandes). Les chiffres que nous a communiqués Gaëlle Patetta n'étaient d'ailleurs pas très élevés. Est-ce que 9 ou 18€ (voire 60€ dont on parle aujourd'hui en matière de téléphonie mobile) de plus ou de moins gonfleront vraiment nos porte-monnaie de consommateurs ? Je n'en suis pas vraiment sûr. Il suffit de regarder le faible nombre de victimes québécoises qui réclament le montant des indemnités qui leur sont dues à la suite de l'exercice d'actions de groupe, du moins quand ce montant est faible, pour se convaincre de leur désintérêt...

Si la finalité indemnitaire des actions de groupe m'apparaît assez secondaire, en revanche ces actions me semblent avoir pour *fonction principale d'engendrer un contentieux objectif destiné à faire respecter la règle de droit* par certaines entreprises qui les violent plus ou moins délibérément, tout en réalisant parfois de substantiels profits tout à fait illégalement. En d'autres termes, les actions de groupe constituent l'*instrument des sociétés qui croient en leurs règles juridiques*, celles-ci ayant alors vocation à être appliquées. Parce que ces actions sont rattachées à un puissant système de croyance dans les vertus du droit, on peut comprendre que les Américains en fassent un usage massif, mais on peut aussi penser que cela nécessite chez nous un travail d'acclimatation, la place que les individus (et les entreprises) réservent au droit n'étant pas tout à fait la même. >

Surgit en outre une question : ce contentieux objectif peut-il être pris en charge par les associations de consommateurs, voire par les consommateurs eux-mêmes ou par d'autres que les seuls consommateurs, alors qu'il est traditionnellement dévolu à l'Administration dans notre système juridique ? La question vraie, gênante, cruciale, la voici : *sommes-nous en mesure d'accepter que le contentieux objectif soit partiellement pris en charge, de manière décentralisée, par des corps intermédiaires* ? Dans son vibrant plaidoyer en faveur des actions de groupe, Claude Lucas de Leyssac ne l'a pas posée différemment en parlant de lutte de pouvoirs. En dépit des propos rassurants de Guillaume Cerutti qui ne voit aucun inconvénient à des actions conjuguées ou parallèles ou complémentaires de l'Administration, des associations de consommateurs et du juge, cette Administration est-elle vraiment prête à abandonner une partie de son pouvoir au profit de ces corps intermédiaires que sont les associations de consommateurs ? Bien plus, le MEDEF est-il prêt à voir cette Administration perdre son pouvoir, ce qui priveraient les représentants des entrepreneurs d'un dialogue privilégié avec elle ? Car nous avons bien entendu Joëlle Simon prendre la défense de l'Administration sur ce point, ce qui est assez topique de la part d'un syndicat dont je pensais (certainement à tort) qu'il était plutôt méfiant à l'égard de tout ce qui venait de l'État...

Pour répondre à autant de questions, pour savoir si les actions de groupe sont vraiment défendables, pour savoir s'il faut croire en nos règles et confier leur défense à des corps intermédiaires au rebours de notre tradition, je voudrais aborder notre sujet sous un angle légèrement différent des intervenants en ne regardant décidément pas du côté des États-Unis et en ne m'interrogeant pas sur les bienfaits de la décentralisation ou de la légitimité politique des corps intermédiaires, mais en revenant brièvement sur le solidarisme juridique mentionné tout à la fois par Denis Mazeaud et Daniel Mainguy (sur lequel récemment, Courdier-Cuisinier A.-S., *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006).

Celui-ci apparaît à la charnière des XIX^e et XX^e siècles, à un moment où une fraction de la population conteste violemment le développement du capitalisme. Le solidarisme juridique est alors inventé pour tranquilliser la classe ouvrière et la réconcilier tout à la fois avec la république et la révolution industrielle et urbaine en marche. L'État est désormais autorisé à intervenir dans les rapports privés pour tâcher de rééquilibrer les forces en présence. C'est ce qu'on appellera la *socialisation du droit*. De très nombreux juristes libéraux, voire conservateurs, y verront le moyen d'éviter le socialisme (sur ce courant intellectuel, l'emblématique Charmont J., *La socialisation du droit* (leçon d'introduction d'un cours de droit civil), *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 380 sq.). Et l'on comptera au nombre de ses réalisations emblématiques la remise en cause de la conception la plus classique de l'autonomie de la volonté, la théorisation progressive de l'abus des droits ou encore l'invention de la fameuse théorie du risque en matière de responsabilité civile.

Sommes-nous dans une situation comparable aujourd'hui, qui appellerait un même effort de légitimation du capitalisme ? Il ne faut pas être grand clerc pour voir qu'une large fraction de la population française n'est pas franchement adepte des conceptions les plus libérales d'une économie capitaliste et mondialisée. Beaucoup d'individus se méfient de l'extrême puissance de certaines grandes entreprises et souffrent de leur propre impuissance à leur égard (sur ce thème, Kellerhals J., Modak M., Perrin J.-F. et Sardi M., *L'éthique du contrat* (du rapport entre l'intégration sociale et la morale juridique populaire), *L'année sociologique* 1993, p. 125 sq.). Reine-Claude Mader nous a rappelé qu'à son sens les consommateurs avaient été très sensibles tout à la fois au sort désavantageux que leurs réservaient les sociétés de télépho-

nie mobile et à l'action conjuguée des associations de consommateurs et de l'Administration pour lutter contre certaines pratiques tarifaires. Introduire les actions de groupe en droit positif français ne pourrait-il pas alors être un moyen (parmi d'autres) pour rétablir un certain équilibre et donc mieux faire accepter ce capitalisme par la masse des individus ou encore pour *restaurer la confiance dans l'économie de marché*, cette confiance dont on nous rebat les oreilles à longueur de colonnes aux fins de justifier l'instauration des *class actions* à la française, même (voire surtout) dans des organes de presse peu suspects de gauchisme (récemment, Ph. Escande, *Vive la concurrence!*, *Les Echos*, 11 juill. 2006, p. 11; Herold S. et Armondon H., *Vite, des « class actions » pour rendre justice à toutes les victimes!*, *Le Figaro*, 22 août 2006, p. 15) ?

Le troc ne pourrait-il donc pas être de même nature qu'au début du XX^e siècle où les classes laborieuses bénéficièrent des importants avantages du solidarisme juridique en contrepartie d'une adhésion plus grande au développement du capitalisme industriel ? Les détracteurs des actions de groupe ne pourraient-ils pas plutôt s'emparer de leur introduction en droit français pour procéder à un même troc et faire de ces actions un instrument de promotion d'un capitalisme vertueux ? Ne pourraient-ils pas – et je songe ici au MEDEF – se les approprier pour tenter de restaurer la confiance dans un capitalisme de services en plein développement ?

Laissons aux acteurs que nous avons entendu aujourd'hui le soin de débattre de la pertinence de cette stratégie. Du moins est-ce de cette manière qu'à mon sens la question doit être posée plus qu'en termes d'indemnisation intégrale des dommages, de lutte de pouvoirs et de nécessaire respect de la règle de droit (que je situe plus volontiers du côté des effets des actions de groupe que des causes de leur admission). Néanmoins je veux bien admettre que posée en ces termes, la question se réduit à un pari et qu'il n'est absolument pas certain que l'admission des actions de groupe instaurera cette confiance. Je comprends donc parfaitement l'opposition exprimée au nom du MEDEF par Joëlle Simon, quand je ne la partage pas (mais peut-être pas pour les mêmes raisons qu'elle) : après tout, la politique solidariste des années 1900-1930 n'a pas empêché la montée en puissance du socialisme, pas plus qu'elle n'a transformé les citoyens français en zélés du capitalisme et de ses vertus, même si l'émergence de l'État-providence qui en est issue a peut-être contenu l'ampleur de la contestation. J'apprécierai donc assez que les partisans des actions de groupe me démontrent un peu plus avant que leur introduction en droit français permettra l'éclosion de cette fameuse société de confiance...

En revanche, il est une chose dont je suis sûr au moment où j'écris ces lignes, c'est que le chapitre IV du titre I de l'avant-projet de loi destiné à renforcer la représentation des consommateurs ne constitue pas vraiment une révolution et qu'il est fort probable qu'elle ne changera à peu près rien à l'état du droit positif, ne serait-ce que parce que les associations de consommateurs auront bien du mal à financer les actions de groupe nouvelle manière... Feu le doyen Ripert avait peut-être tort : dans nos régimes démocratiques, l'activisme législatif ne joue pas toujours en faveur des masses réputées les plus faibles et les groupes de pression les plus efficaces ne sont pas ceux qui en émanent, en dépit des propos du prince qui nous gouverne. À ce stade, je m'aperçois que mon propos a très nettement dévié vers des considérations politiques, qui ne doivent certes pas être étrangères aux préoccupations des juristes (encore et toujours, G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil*, LGDJ, 2^e éd., 1948, spéc. n^o 5, p. 8-10), mais qui m'entraînent sur le second versant de ma synthèse ou prétendue telle : la dimension assurément politique que partagent le droit de la concurrence et le droit de la consommation.

II. – LA DIMENSION POLITIQUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE ET DE LA CONSOMMATION

Ces deux branches du droit n'avancent pas masquées. Guillaume Cerutti nous a longuement entretenu de l'intégration des *politiques* de concurrence et de consommation.

Je crois qu'il faut le relever, car il n'est pas si fréquent chez les juristes de lier étroitement politique et droit. Certes, on parle peut-être d'une politique de la famille qui aboutit à l'édification d'un droit de la famille et il est assez usuel de lier le droit pénal à des choix de politique criminelle, mais on ne parle guère de politique pour caractériser le droit des obligations ou le droit des sûretés. J'irai même jusqu'à dire que de nombreuses branches du droit se sont classiquement forgées sur l'affirmation de leur apolitisme, fût-ce pour des raisons stratégiques. En notre domaine, la dimension politique est au contraire affirmée dès l'abord : le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont clairement, explicitement, au service d'une politique. Mais attention ! Le mot ne manque pas ici d'une certaine ambiguïté : ces deux droits disposent certes d'un lien affiché avec une conception politique de la société – ils expriment tous deux une certaine manière de réguler le libéralisme –, mais l'emploi du mot signifie aussi que ces deux droits sont censés aboutir à des résultats précis. En ce sens, ce mot véhicule une conception du droit qui l'assimile un peu à de l'ingénierie sociale (*social engineering*). Une conception politique qui serait donc paradoxalement apolitique...

Très significativement, Guillaume Cerutti nous a dit qu'en matière de concurrence et de consommation, il fallait avoir une démarche *dynamique* et pas seulement juridique. Comme si le droit abandonnait son caractère statique, voire qu'il n'était plus tout à fait du droit au sens classique, dès l'instant qu'il était mis au service d'une politique volontariste destinée à lui faire produire certains résultats. Et de nous préciser alors que les politiques de la consommation et de la concurrence étaient de plus en plus intégrées, essentiellement parce que le consommateur était de plus en plus au cœur des préoccupations de la politique concurrentielle. Et de soutenir à son tour que les consommateurs et leurs associations représentatives devaient mettre la concurrence au cœur de leurs préoccupations. C'est d'ailleurs ce qui m'a le plus frappé dans les propos du directeur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes : sa défense argumentée d'un accroissement de la concurrence réputé favorable aux intérêts des consommateurs, en parfaite conformité avec le sens de la question qui avait été posée plus tôt à Alain Bazot et Reine-Claude Mader. Plaidant pour que les associations de consommateurs jouent un rôle pédagogique en ce sens, il pouvait alors accepter un certain partage du pouvoir en soutenant que la poursuite du processus d'intégration des politiques de concurrence et de consommation devait passer par l'action conjuguée de son Administration, des associations de consommateurs et du juge.

J'ai d'ailleurs cru déceler dans son propos le fil rouge de ce colloque, du moins à mes yeux : *le droit de consommation et le droit de la concurrence ne seront convergents ou complémentaires qu'à la condition que ce droit de la consommation ne se construise pas en opposition à la logique du marché et de ses bienfaits*. Les conditions de cette convergence ? Le gommage d'une éventuelle opposition idéologique entre ces deux droits (qui placerait le premier du côté du droit social et le second du côté du droit économique) et l'acceptation des vertus de la concurrence par les associations de consommateurs et leurs adhérents (d'où la question posée à leurs représentants).

J'ai aussi retrouvé dans les propos de Guillaume Cerutti la part du volontarisme qui appartient certes à la haute fonction

publique, mais aussi à des branches du droit censées remplir des objectifs et aboutir à des résultats précis (puisque'ils sont précisément au service d'une politique). À ce titre, le droit de la consommation et le droit de concurrence sont certainement *des droits optimistes*. Ce qui est un peu une nouveauté pour un civiliste, par atavisme plutôt moins conservateur (malgré Ripert) que fortement sceptique sur la capacité du droit à réaliser des objectifs bien précis, le droit civil et le progrès ne faisant plus bon ménage depuis les premières années du XX^e siècle. Cela dit, j'ai appris aujourd'hui que les civilistes n'ont pas l'apanage du scepticisme. Certains économistes ne le sont pas moins qu'eux. En ce sens, Philippe Choné nous a délivré une magnifique leçon de scepticisme. S'appuyant sur les célèbres travaux consacrés par son éminent collègue Akerlof au marché des véhicules d'occasion, il nous a certes rappelé que les marchés non régulés étaient inefficaces dans des situations d'asymétrie d'information pour légitimer l'existence d'une régulation juridique. Mais énumérant ensuite les orientations possibles de cette régulation, il nous en a systématiquement montré les limites. La responsabilité du vendeur en cas de défaut de son produit ? Certes, mais il est parfois difficile de caractériser ce défaut, en même temps qu'un système de garantie se révèle souvent malaisé à mettre en œuvre. Fixer des standards *minima* de qualité ? Oui, mais qui les choisira ces standards ? Et peut-on vraiment faire confiance aux professionnels pour qu'ils les fixent par le biais de la fameuse autorégulation ? Assurer enfin la vérifiabilité de la qualité du produit ou du service par le consommateur en éliminant l'asymétrie d'information tout à la fois *ex-ante* et *ex-post*, du moins quand elle existe (ce qui ne serait pas si souvent le cas) ? Cette élimination peut certes avoir ses vertus, mais il ne faut pas oublier que les experts sont fréquemment en mesure d'anticiper le degré d'expertise des consommateurs.

En dépit de tous nos efforts et quelles que soient nos politiques, qu'elles soient volontaristes, dynamiques ou optimistes, les quelques études empiriques à notre disposition nous laissent donc assez nettement penser que le garagiste arnaquera toujours un peu son client, le médecin son patient ou sa patiente (pensons aux obstétriciens) et l'agent immobilier son mandant (sur ces exemples et quelques autres, le *best seller* de Levitt S.-D. et Dubner S.-J., *Freakonomics – A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*, HarperCollins, 2005). Un constat qui nous rappelle – nous, c'est-à-dire les juristes, mais aussi les administrateurs – à notre devoir de scepticisme, du moins de modestie : n'attendons pas trop du droit, ne croyons pas trop aux vertus du droit de la concurrence et du droit de la consommation et n'hésitons pas à regarder vers d'autres lieux pour améliorer la situation des consommateurs. En écoutant Philippe Choné nous parler un moment de leur nécessaire éducation pour limiter l'ampleur des asymétries d'information, mais aussi Marie-Claude Mader nous dire qu'il fallait leur apprendre à devenir des sujets autonomes, mon esprit vagabond se remémorait la période révolutionnaire (encore une fois, celle de 1789). Il fut un temps où les Idéologues pensaient que c'est l'éducation et non la contrainte juridique qui faisait les bons citoyens. Faut-il que nous nous fassions nous aussi un peu Idéologues en laissant le droit de côté, parce que ce droit nous en connaissons somme toute les limites ? Peut-être... mais il faudrait aussi ne pas oublier qu'en 1804, le Code Napoléon a fini par prendre le pas sur des fêtes nationales destinées à éduquer le peuple. Ce qui signifierait que l'éducation connaît elle aussi ses limites et que le recours à la contrainte de la règle juridique n'est peut-être pas vain. Bref, ne croyons donc pas trop aux vertus de nos droits de la concurrence et de la consommation, mais n'en désespérons pas pour autant ! ♦