

**Genèse du Droit à l'Action Privée en Réparation du Préjudice Concurrentiel:
Les Titulaires entre Présentiel et Distanciel.**

**Genesis of Right in the Private Lawsuit for Competitive Damage Compensation:
Right Holders Between Presence and Representation.**

Toufik MOKEDDEM *

Université Djillali LIABES, Sidi Bel Abbès, Algérie

t.mokeddem@gmail.com

Date de soumission : 03/05/2021 – Date d'acceptation : 23/05/2021 – Date de publication : 09/06/2021

Résumé L'action concurrentielle privée émanant des victimes des pratiques anticoncurrentielles, vient assurément en force pour combler l'action concurrentielle publique émanant des autorités publiques de concurrence : puisque la première se manifeste là où la seconde s'arrête : d'emblée il fallait faire le point sur ce concept de réparation de préjudice concurrentiel.

Il semblait donc nécessaire de montrer et /ou de démontrer, que le recours au juge via une action privée, est d'une importance primordiale pour arriver à l'efficacité de l'application du droit de la concurrence.

Cette étude s'accroît sur la mise en évidence des titulaires au droit à l'action concurrentielle privée.

Mots clés: Action privée – réparation - préjudice concurrentiel – concurrence - pratiques anticoncurrentielles - demandeurs.

Abstract: The private competitive action emanating from the victims of anti-competitive practices, undoubtedly comes to compensate the public competitive action emanating from the public competition authorities since the first occurs when the second stops. From the outset, it was necessary to focus on this concept of distribution of competitive damage.

Accordingly, It seemed necessary to show and / or demonstrate, that recourse to the judge via a private action is of paramount importance to arrive at the effectiveness of the application of the competition law.

This study focuses on highlighting the holders of the right in the private competitive action.

Keywords: private action – compensation - competitive damage – competition - anti-competitive practices - right holders.

* Auteur correspondant: Toufik MOKEDDEM.

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

Introduction :

Les actions civiles en réparation des préjudices concurrentiels intentées par les victimes des pratiques anticoncurrentielles constituent assurément l'une des modalités de mise en œuvre du droit de la concurrence.

Cette mise en œuvre est bel et bien partagée par les actions des autorités de concurrence donc les actions concurrentielles publiques.

D'emblée, c'est deux voies d'actions constituent deux contentieux radicalement différents : d'une part le contentieux subjectif, donc l'action concurrentielle privée, vise la protection des droits subjectifs des acteurs économiques tels que les entreprises concurrentes et les consommateurs.

D'autre part le contentieux objectif donc l'action concurrentielle publique qui de son côté—notamment à travers les procédures négociées en droit de la concurrence- a vocation à préserver le bon fonctionnement du marché en sanctionnant les outrages au droit de la concurrence.

En effet la dénonciation d'un cartel et l'action en justice de la victime d'une pratique anticoncurrentielle visent deux objectifs distincts : un objectif de sanction du comportement anticoncurrentiel et un objectif de réparation du préjudice, à cet égard la clémence a un domaine circonscrit à la sanction pouvant être prononcé par une autorité de concurrence, en revanche elle ne peut avoir d'effet sur la fonction réparatrice du dommage causé aux opérateurs et particuliers.

Indéniablement, l'action concurrentielle publique prônant et conquérant l'efficacité de ces fameuses procédures négociées, primera sur l'action concurrentielle privée, servant ainsi à la mise en écart de la réparation du préjudice concurrentiel.

Incessamment il sera tenté à travers ce chapitre, de soulever le problème lié à l'incidence des procédures négociées sur ces actions privées sollicitant la réparation du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles, traitées dans le cadre de ces procédures.

En suivant une certaine logique, nous pensons que malgré toute l'avancée de l'action concurrentielle privée, celle-ci est devancée par l'action concurrentielle publique : Autrement dit l'efficacité des procédures négociées passe devant et/ou au détriment de la réparation du préjudice.

Pour encadrer cette réflexion, il semblait nécessaire de faire d'abord le point sur le renforcement de l'action concurrentielle privée : Manifestant comme objet la réparation d'un préjudice concurrentiel collectif et consommériste résultant d'une violation du droit antitrust

D'emblée cet objet reste le même dans ce qui relève du droit algérien et ce qui relève des droits communautaire et français, mais il est à rappeler que la procédure algérienne est restée statique, dans le cadre du droit commun il n'y a pas vraiment une croissance textuelle

voire une légifération de textes distinguant le contentieux concurrentiel d'autres contentieux, par rapport à l'histoire d'avènement et de renforcement de l'action concurrentielle privée en droit communautaire, qui se répercute incessamment sur les droits nationaux des Etats membres de l'union européenne notamment le droit français.

En effet Il faut reconnaître que dans l'union européenne, la régulation de la concurrence est principalement assurée par les autorités publiques et le nombre d'actions civiles fondées sur le droit de la concurrence est relativement faible¹.

Or, le développement de l'action concurrentielle privée a pour origine la consécration du droit à réparation par la cour de justice².

Le droit à obtenir réparation a été reconnu aux victimes de pratiques anticoncurrentielles par la jurisprudence de la cour en dehors de toute mention expresse dans les traités.

En effet le droit à réparation n'a pas échappé à la construction jurisprudentielle audacieuse³ entreprise par la cour afin de combler l'insuffisance des dispositions du droit primaire à assurer la protection des individus.

Reconnaissant le rôle essentiel que peuvent jouer les individus dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, alors qu'elle a longtemps compté uniquement sur les actions publiques pour assurer le respect au droit de la concurrence et la diffusion d'une véritable (culture commune de la concurrence en Europe⁴), la commission a multiplié les initiatives afin d'inciter les victimes des pratiques anticoncurrentielles à saisir le juge national pour obtenir réparation de leur préjudice.

Le lien juridique entre les victimes et leurs représentants passe par le mandat, contrat nommé du Code civil, qu'il soit algérien⁵ ou français⁶.

Pour cette raison, il sera tenté de traiter ledit sujet d'abord du côté des titulaires en présentiel : Les demandeurs de réparation du préjudice concurrentiel (I) et ensuite, du côté des titulaires en distanciel : Les représentants et/ou assistants au sens collectif (II).

¹ Seulement 10% des actions sont civiles, alors que 90% sont des actions engagées par les autorités publiques, selon le Rapport Ashurst, study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 2004 (site de la commission)

² CJCE, 20 sept. 2001, Courage c/ Crehan, aff. C-453/99.

³ D. SIMON, «La légitimité du juge communautaire», in Sénat, l'office du juge, colloque, Palais du Luxembourg, 29 et 30 sept. 2006.

⁴ Comm. CE, communication de la commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, 2004/ C 101/03, p. 1.

⁵ Art. 1975 C. civ. alg

⁶ Art. 1984 C.civ.fr

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

I. LES TITULAIRES EN PRESENTIEL : Les demandeurs de réparation du préjudice concurrentiel

Les demandeurs en droit de la concurrence, peuvent être des consommateurs, c'est-à-dire des personnes physiques au sens du droit comparé ou même morales au sens in édité du droit algérien se procurant ainsi un bien ou un service dans le cadre d'une activité non professionnelle, ou des entreprises, c'est-à-dire a contrario des personnes morales ou physiques se procurant un bien ou un service pour se livrer à une activité professionnelle. Inévitablement, se pose la question du cernement de la qualité de victimes de pratiques anticoncurrentielles (1) et ensuite Le concept du consommateur dans l'action collective (2).

1. Victimes de pratiques anticoncurrentielles : Cernement de la qualité

Il faut signaler quand même, que dans le cadre du «private enforcement», le déséquilibre entre les victimes, se manifeste notamment sur deux points, le premier l'inégalité dans la qualité des victimes qui saisissent les juridictions civiles, le second au niveau international, le cas échéant si la pratique prohibée avait une portée internationale.

Quant au premier, l'inégalité entre les victimes se manifeste par rapport à la qualité de requérants,

En effet il faut d'abord mettre le point sur l'identification des victimes potentielles : qui sont les victimes des pratiques anticoncurrentielles, certainement en matière de droit de la concurrence, celles-ci ne constituent pas une entité homogène, bien au contraire la diversité règne.

D'emblée, les consommateurs sont généralement les premières victimes qui nous passent par l'esprit, en outre les concurrents et aussi les clients en tant que consommateurs intermédiaires, le tout représente forcément un ensemble hétérogène.

Or, ces victimes sont plus à même de saisir les juridictions civiles pour obtenir réparation de leur préjudice, ce qui laisse incessamment apparaître une certaine inégalité entre elles.

En effet il ressort de la pratique (française) que toutes ces victimes ne saisissent pas le juge civil pour obtenir des dommages et intérêts, les entreprises d'une certaine envergure qui disposent de services juridiques voire, des départements juridiques ne vont pas se faire prier pour saisir les juridictions compétentes afin d'obtenir réparation⁷, dès lors on est déjà en plein contentieux entre professionnels.

En revanche ce n'est nullement le cas d'autres victimes telles que les PME et les consommateurs, d'ailleurs en 2007 il n'y a qu'une décision impliquant un consommateur⁸.

⁷ L. IDOT, Un pas en avant significatif pour renforcer l'effectivité des actions privées en droit des actions anticoncurrentielles, *prec.*, p. 1383.

⁸ CA Paris, 14^e ch. B, 1^{er} juin 2007, SA France Telecom /c M. Jean Christian P., n^o 06/21059.

A cet égard des études ont montré que les requérants avaient majoritairement la qualité de professionnels⁹

Le second point concerne plutôt l'internalisation des litiges : à cet égard les infractions aux règles de la concurrence telles que les ententes et abus de position dominante, ont généralement une portée au-delà du territoire d'un seul Etat.

Or, si on fait simple et court, les victimes sont ceux qui peuvent demander réparation pour violation du droit de la concurrence, sont ceux qui ont un intérêt direct et personnel à agir :

Ils peuvent être concurrents directs, donc des victimes directes, mais également consommateurs, qui sont, de leur part, des victimes indirectes des pratiques anticoncurrentielles, n'ayant pas de liens directs avec ces pratiques mais ils en subissent quand même les conséquences finales.

Or, les victimes de pratiques anticoncurrentielles, qu'elles soient des consommateurs ou des entreprises, sont toutes liées par un dénominateur commun qui est un préjudice concurrentiel consumériste, il demeure que ce critère est suffisant pour identifier un intérêt à agir mais insuffisant pour analyser si la procédure d'action collective en droit de la concurrence répond aux attentes de ces publics.

D'emblée, l'objectif est l'effectivité du droit de la concurrence et la préservation du marché, il est important de tenir compte des particularités, non seulement du contentieux en matière de concurrence, mais aussi des motivations des acteurs du marché dans une action en justice suite à une atteinte au droit de la concurrence.

2. Le concept du consommateur dans l'action collective

Dans ce contexte, il apparaît que la définition du consommateur est celle qui pose le moins de difficulté: En Algérie, bien que le concept d'un vrai recours collectif fait défaut notamment en matière de processus, le législateur dispose clairement que le consommateur au sens large est « *toute personne physique ou morale qui acquiert, à titre onéreux ou gratuit, un bien ou un service destiné à une utilisation finale, pour son besoin propre ou pour le besoin d'une autre personne ou d'un animal dont il a la charge.* »¹⁰.

Il est à signaler tout de même que le législateur algérien dans ce texte ci-dessus, s'est contenté de l'acquisition comme critère de l'obtention de la qualité de consommateur, alors même que l'utilisation peut être déterminante comme critère de sélection¹¹.

⁹ R. AMARO, le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, préc., p. 92 s.

¹⁰ Art 3 de la loi n° 09-03 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes (modifié et complété).

¹¹ V. l'art. 3, 2^{ème} de la loi n° 04-02 du 23/01/2004, fixant les règles applicables aux pratiques commerciales qui dispose que le consommateur est : « *toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise, à des fins excluant tout caractère professionnel, des biens ou des services mis en vente ou offert* ».

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

En outre le législateur algérien, par rapport à son homologue français se distingue notamment en ouvrant une brèche pour la doctrine en immisant surtout les personnes morales qui peuvent jouir de la qualité de consommateur.

Incessamment il est à évoquer qu'il n'y a aucune précision concernant la nature juridique de cette personne morale !! Publique ou privée, commerciale ou civile ... aucune détermination, devant la disette des dispositions afférentes au texte algérien.

Nonobstant ce fait inédit, le réalisme juridique voire le bon sens juridique interpelle un certain concept relevant que la personne morale ne peut être qu'à but non lucratif et ne peut apparaître que comme une personne physique, puisqu'elle ne cherche qu'à subvenir aux besoins semblables d'une personne physique.

Encore le législateur algérien précise qu'il ne s'agit pas de deux poids de mesure donc c'est de même que ce soit acquisition à titre onéreux ou à titre gracieux, et sur ce il est à signaler que le législateur différencie le contrat de consommation par rapport à d'autres contrats communément connus, bien que le processus de consommation traduit en contrat de consommation peut prendre plusieurs formes notamment un contrat bilatéral au sens de l'article 55 du code civil algérien, un contrat unilatéral au sens de l'article 56 du même code, un contrat de vente, un contrat de promesse de vente... etc. peu importe la nature de ce contrat, puisque le législateur algérien a porté plutôt tout intérêt au concept du consommateur cette personne fragilisée susceptible d'être protégée, en somme c'est la devise voire le principe qui dépasse toutes les transactions matérielles et/ou financières assujetties à n'importe quelle appellation afférente à n'importe quel contrat.

En France, ce n'est pas tout à fait pareil¹². Le consommateur au sens du droit français est : « (...) toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »¹³.

Reconnaissant ainsi l'exclusion des personnes morales y compris les entreprises que celles-ci soient d'une grande ou petite envergure.

D'emblée notons que le consommateur peut recevoir le qualificatif d'acheteur direct ou indirect. Le terme « acheteur »¹⁴ recouvre les deux espèces de victimes en droit des pratiques anticoncurrentielles. Il inclut à la fois l'entreprise et le consommateur.

Il n'est pas synonyme d'entreprise ou de consommateur même si l'acheteur indirect est le plus souvent un consommateur et l'acheteur direct une entreprise¹⁵.

¹² Stéphane PIEDELIEVRE, Droit de la consommation, Paris, Economica, 2008, p. 13 et s.

¹³ Art. Liminaire du code français de la consommation.

Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565

¹⁴ D'ailleurs concernant le droit algérien, ce n'est qu'à la sortie de la loi 89-02 du 07/02/1989 relative aux règles générales de la protection du consommateur (abrogée), que le législateur algérien a adopté cette appellation, avant cette date on utilisait le terme courant en droit civil d' « acheteur ».

¹⁵ À ce sujet, v. supra au par. 9.

Toufik MOKEDDEM

Quoi qu'il en soit le législateur algérien ainsi que son homologue français n'ont pas à s'inquiéter de cette problématique de la définition du consommateur car ils désignent une association de consommateurs comme repr ésentante exclusive des groupes¹⁶.

Il y a peu à craindre qu'un professionnel puisse agir par cette voie. Au final, le critère n'est pas tant celui de l'activité professionnelle ou non mais du préjudice subi.

Toutefois, le préjudice du consommateur détermine sa qualité à agir plus que sa place dans le marché

On peut se poser la question : Faut-il aboutir à la même conclusion pour les entreprises?

En somme, cela reviendrait à dire que l'entreprise peut être membre d'un recours collectif sous forme d'actions privées concurrentielles du moment qu'elle a subi un préjudice.

La procédure civile et la notion d'intérêt à agir répondent positivement à cette question. Il serait injustifiable de refuser l'action en réparation de l'entreprise victime d'un préjudice concurrentiel. Dès lors qu'elle a un intérêt à agir, l'entreprise doit avoir accès au juge.

En revanche, il paraît nécessaire d'expliquer en quoi une entreprise n'est pas un consommateur et comment le droit de la concurrence la con çoit, pour déceler si la procédure de recours collectif s'applique correctement à l'entreprise, notamment à la PME.

En effet, si on se focalise sur la conception qualitative de l'entreprise et de la PME, La notion d'entreprise est polyandrique, elle « épouse la cause des sciences qui l'utilise »¹⁷.

C'est une notion mall éable que le législateur aborde ponctuellement dans des lois sans jamais chercher à la définir.

L'objectif est d'adapter la notion à la matière qui l'utilise. L'entreprise est d'abord une notion économique et utilitaire¹⁸. Ses formes sont d'ailleurs multiples.

Si l'on parle des PME, il s'agit d'une catégorie d'entreprises correspondant à une réalité différente de l'entreprise de taille plus importante.

Nous nous sommes donc intéressés aux caractéristiques de la PME en tant que destinataire particulier de notre étude au même titre que le consommateur.

Comme il est anormal que le droit ne tienne pas compte des caractéristiques des PME alors qu'elles constituent le cœur du tissu économique¹⁹, nous considérons que le recours

¹⁶ Art 23 de la loi 09-03 algérienne, et l'art. L. 423-1 c.consofr.

¹⁷Charlaine BOUCHARD, Droit et pratique de l'entreprise, Tome 2 : Entrepreneurs et sociétés de personnes, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2007, p. 151.

¹⁸ Id. p. 152 : « La réalité est que le mot entreprise est polysémique et l'institution pluriforme et pluridimensionnelle ».

¹⁹Charlaine BOUCHARD, (dir.), Droit des PME, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2011, p. VII.

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

privé doit tenir compte des spécificités de la PME pour contribuer à la correction de cette faiblesse du droit économique.

En réalité, la PME peut être définie de deux manières : soit qualitative, soit quantitative.

La méthode quantitative utilise des variables telles que le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires. Ces aspects ne nous sont d'aucune aide dans notre objectif de définition et d'adaptation du recours collectif.

La méthode qualitative est incontournable. L'effectivité d'une disposition autorisant le recours collectif de la PME est compromise si le législateur ne s'interroge pas sur l'adéquation de la procédure avec son destinataire.

L'autonomie décisionnelle, la présence d'un entrepreneur, l'indépendance (financière), la présence sur des marchés locaux et régionaux, la non-dominance sur le marché, la flexibilité et l'adaptation sont autant de critères qualitatifs désignant la PME²⁰.

La typologie francophone Julien et Marchesnay²¹ résume ces critères sous les acronymes PIC et CAP.

La PME est caractérisable avec quatre mots qui désignent ses objectifs : la pérennité, l'indépendance financière, la croissance et l'autonomie. Les acronymes regroupent ces mots et établissent deux profils de PME.

Parmi ces critères, les deux plus intéressants en droit de la concurrence sont la non-dominance sur le marché et l'autonomie décisionnelle.

Dans la Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises²², la Commission européenne prend en compte le critère quantitatif pour définir les PME. Elle combine à la fois l'effectif de l'entreprise, le chiffre d'affaire et le total du bilan.

Ces deux derniers critères, qualifiés de financiers, permettent d'établir la situation de l'entreprise par rapport à la concurrence.

Au regard de la concurrence, la non-dominance sur le marché suppose un risque de représailles plus élevé, lequel peut nuire in fine à la croissance de l'entreprise et son incapacité à obtenir une indemnisation en raison de son faible pouvoir de marché²³.

²⁰ Denis J. GARAND, « De la nécessité de définir clairement l'entrepreneur et sa PME », dans C. BOUCHARD, op.cit., note 421, p. 26 et s.

²¹ Une autre typologie est celle de Louis-Jacques Fillion (2000), v. id. 425 2003/361/CE, JOUE L. 124/36 du 20.5.2003.

²² 2003/361/CE, JOUE L. 124/36 du 20.5.2003

²³ Ce dernier aspect était évoqué par M. Bruno Lasserre, Président de l'autorité française de la concurrence, v. supra, au par. 9.

Toufik MOKEDDEM

Ces questions amènent à s'interroger sur la manière dont le droit de la concurrence perçoit l'entreprise en général et la PME en particulier.

En le silence du droit de la concurrence sur sa conception de la victime ne passe pas inaperçu, en droit français, l'entreprise est avant tout un critère d'applicabilité du droit de la concurrence. Parce que telle activité est qualifiable d'entreprise au sens du droit de la concurrence, elle est soumise à ses règles.

Le droit de la concurrence se place toujours du point de vue du responsable d'une violation du droit de la concurrence, il n'adopte jamais le point de vue de la victime.

En Algérie, l'action de groupe, menée par une association de protection de consommateurs peut s'appuyer sur le droit de la concurrence, ceci lorsqu'un ou plusieurs consommateurs ont subi des préjudices individuels, causés par le fait d'un même intervenant et ayant une origine commune²⁴.

Juste que la tâche s'avère rude pour les victimes quant à la définition du préjudice concurrentiel et surtout quant à l'établissement de la responsabilité en prouvant préalablement le lien de causalité entre l'auteur et le préjudice dans un cadre concurrentiel qui relève du droit de la concurrence

De même en France, Les litiges visés sont ceux « *ayant pour cause commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles : 1° À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ; 2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* »²⁵.

La règle de l'article L. 423-1 du code de la consommation est sans ambiguïté L'acheteur professionnel est exclu du recours qui ne s'adresse qu'aux consommateurs.

Ce n'est ici que par le truchement du code de la consommation que le droit de la concurrence est concerné par la victime de pratiques anticoncurrentielles et seul le consommateur est visé

En effet, selon les caractéristiques qualitatives de la PME, le consommateur peut sans crainte se regrouper et céder de son autonomie décisionnelle à un représentant dans un recours collectif. En revanche, une entreprise de type PME peut-elle être représentée par un consommateur ? Peut-elle renoncer à son autonomie décisionnelle ? Peut-elle accepter d'être présente dans un recours collectif sans un minimum de garanties contre des représailles commerciales ? Le représentant d'un groupe d'entreprises ne doit-il pas présenter des compétences autres que le représentant classique dans un recours collectif ? Il apparaîtra à la

²⁴ Art 23 de la loi 09-03.

²⁵ Art. L. 423-1 c.conso.

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

lumière de ces questions qu'il faut s'interroger sur les adaptations du recours collectif aux particularités qualitatives de l'entreprise victime de pratiques anticoncurrentielles.

3. Le cas de L'Union Européenne : Une victime comme les autres

Quand l'Union européenne peut se constituer partie civile dans une action en réparation, il n'y a qu'un seul constat qu'on peut en tirer, l'action concurrentielle privée voire, le «private enforcement» a franchi un palier !

En effet Dans un arrêt rendu le 6 novembre 2012, la CJUE a jugé que la Commission européenne peut intenter devant une juridiction nationale et au nom de l'Union européenne une action en réparation du préjudice subi par l'Union à la suite d'un comportement anticoncurrentiel constaté par la Commission.

Le droit à réparation est reconnu à l'Union, comme à toute personne justifiant d'un préjudice subi, dès lors qu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et la pratique prohibée²⁶.

En l'espèce, La Commission européenne, en qualité de représentant de l'Union européenne, avait saisi le tribunal de commerce de Bruxelles (rechtbank van koophandel Brussel) d'une demande en réparation à l'égard de huit sociétés appartenant aux quatre principaux groupes de fabricants européens d'ascenseurs (Otis, Kone, Schindler et ThyssenKrupp).

Elle demandait que ces sociétés payent à l'Union Européenne la somme provisionnelle de 7 061 688 euros (hors intérêts et dépens de procédure) au titre du préjudice subi par l'Union du fait du cartel des ascenseurs, sanctionné par décision du 21 février 2007²⁷.

Le tribunal de Commerce de Bruxelles pose alors des questions préjudicielles à la CJUE. D'abord afin de savoir si la Commission pouvait être compétente pour représenter l'UE et cela sans mandat ? Ensuite, afin de savoir si l'article 47 de la [Charte] et l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, qui garantissent le droit de toute personne à un procès équitable ainsi que le principe corollaire selon lequel nul ne peut être juge dans sa propre cause, ne s'opposent pas à ce que la Commission agisse d'abord comme autorité de la concurrence et sanctionne le comportement incriminé après avoir mené elle-même l'enquête, et, dans un deuxième temps, prépare la procédure d'indemnisation devant une juridiction nationale et décide de l'engager, alors que le même membre de la Commission est responsable des deux questions, qui sont liées et cela d'autant plus que la juridiction nationale saisie ne peut pas s'écarter de la décision de la sanction²⁸?

²⁶ CJUE, 6 novembre 2012, aff. C-199/11, Otis e.a.

²⁷ Commission CE, d.éc. C(2007) 512 final, 21 févr. 2007, relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE, aff. COMP/E-1/38.823 – Ascenseurs et escaliers mécaniques

²⁸ SIMON Denys, « Statut contentieux de la Commission devant les juridictions nationales. Procès équitable » Europe n°1, Janvier 2013.

Toufik MOKEDDEM

La CJUE répond que, dans chacun des Etats membres, la Communauté possède la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par les législations nationales; elle peut notamment acquiescer ou aliéner des biens immobiliers et mobiliers et ester en justice.

À cet effet, elle est représentée par la Commission. De même, selon la CJUE, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux qui assure dans le droit de l'Union la protection conférée par l'article 6 paragraphe 1 de la CEDH et consacre le principe de protection juridictionnelle effective ne s'oppose pas à ce que la Commission intente, au nom de l'Union, devant une juridiction nationale, une action en réparation du préjudice subi par l'Union à la suite d'une entente dont la contrariété à l'article 81 CE ou à l'article 101 TFUE a été constatée par une décision de cette institution.²⁹

Ainsi, la Commission montre l'exemple, et en tant que victime d'un cartel, n'hésite pas à intenter une action en réparation du préjudice subi et se voit reconnaître le droit d'agir devant le juge national seul apte à lui accorder des dommages et intérêts.

La Commission peut aller devant le juge national pour demander des dommages et intérêts comme n'importe quel autre consommateur intermédiaire ou final peut le faire.

LES TITULAIRES EN DISTANCIEL : Les représentants et/ou assistants au sens collectif

Lorsque la victime d'une pratique anticoncurrentielle se fait représenter dans le cadre d'un recours collectif, il est nécessaire que le représentant soit capable de mener à bien sa mission dans l'intérêt de tous.

Le choix du représentant est ainsi une question décisive de l'effectivité de l'action privée collectivisée.

Cette relation juridique qui se noue entre la victime et le représentant ressemble plus ou moins à un mandat : bien que juridiquement il ne s'agisse pas de ce concept que ce soit en droit algérien ou français et pourtant, le représentant agit pour le compte des victimes.

Ce mandat est double, il existe un mandataire à l'instance, la victime qui va représenter le groupe, et un mandataire dans l'instance, l'avocat qui va porter la procédure devant les tribunaux, de concert avec le représentant du groupe.

Pour l'avocat, il s'agit d'un mandat ad litem classique, en ce sens son mandat n'est pas fictif.

Dans ces conditions, un phénomène d'agence peut se produire. Le phénomène d'agence survient lorsqu'une personne confie à une autre une mission alors que les objectifs de ces deux personnes sont différents : « Une relation d'agence désigne une situation où une (ou plusieurs) personne(s) (le déléguant) a recours aux services d'une autre (le délégué) pour

²⁹ DECOCQ Georges, « La Commission ne saurait être considérée comme juge et partie », Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2013.

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

accomplir en son nom une tâche quelconque qui implique une délégation de pouvoir décisionnelle »³⁰.

La définition correspond trait pour trait à la définition du recours collectif et notamment au problème de la concession de cette autonomie décisionnelle par l'entreprise. Cette situation peut se produire dans un recours collectif lorsque l'avocat du groupe obtient un accord d'indemnisation de la partie adverse pour éviter l'action et que les membres du groupe ou le représentant refusent, alors que lui souhaiterait accepter cet accord.

Le risque est aussi qu'un accord soit signé alors qu'il désavantage le groupe mais qu'il est favorable à l'avocat.

Pour éviter cette situation, le législateur français exige la validation par le tribunal et l'information des membres du groupe dès qu'une transaction amiable est envisagée³¹, ces précautions tendent à éviter l'opportunisme du mandataire entendu comme la recherche d'un intérêt personnel avec un élément de tromperie, cela s'oppose à la confiance et s'associe à une divulgation sélective ou tronquée d'informations et à des promesses que l'on ne croit pas soi-même au sujet de sa conduite future³².

Pour éviter ce problème, il faudrait supporter des coûts de surveillance du mandataire. On parle de pertes résiduelles, c'est-à-dire les coûts résultant de l'impossibilité de surveiller parfaitement l'opportunisme du représentant³³, ce qui, dans un recours collectif, est un coût réel pour les membres du groupe parfois très éloignés du déroulement de l'action pour des raisons géographiques ou d'incapacité à comprendre et mesurer tous les enjeux.

Dans ce contexte, un recours collectif efficace est un recours collectif qui minimise, par le contrôle du tribunal, les coûts de transactions³⁴ en assurant une publicité suffisante et claire sur l'issue possible du litige afin qu'ils puissent y adhérer ou le rejeter en connaissance de cause. La problématique de la représentation doit donc être analysée sous l'angle de la confiance.

Les modalités de représentation du groupe doivent permettre aux membres du groupe de surveiller à moindre coût leur représentant afin de s'assurer que les décisions qu'il prend leur sont favorables.

³⁰Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008, au par. 1749.

³¹c.conso, Art. L. 423-16.-Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire. Cet accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs concernés de la possibilité d'y adhérer, ainsi que les délais et modalités de cette adhésion.

³²E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *op.cit.*, note 441, au par. 740.

³³Id., au par. 1049.

³⁴Les coûts de transaction sont la traduction imparfaite des théories de Coase rédigées en anglais. Il faut les comprendre comme les coûts qui empêchent deux personnes d'arriver à un accord qui leur soit profitable. v. id., au par. 726 et s.

D'où l'intérêt d'étudier comment le droit aborde cette question de la représentation au sens large (1) et si une représentation spécialisée ou associative ne serait pas plus adaptée au droit des pratiques anticoncurrentielles (2) comme solution à ce problème d'agence.

1. Le représentant au sens large

Nous pouvons traduire l'expression « au sens large » par ceux qui peuvent généralement représenter des victimes, donc l'avocat en premier lieu et en second une personne physique habilitée à le faire.

Concernant le statut d'avocat, La logique exige que le premier représentant auquel on pense en matière de recours collectifs soit l'avocat.

En droit algérien, rien n'empêche la victime de se constituer comme partie civile et être représentée par un avocat, ainsi l'avocat peut faire un rôle de médiateur, voire de conciliateur avant l'introduction d'instance et dans un cadre amical³⁵, tout en respectant les règles de la déontologie, l'obligation de réserve et le sauvegarde du secret professionnel entre autres, et ceci en vertu des dispositions de la loi portant organisation de la profession d'avocat³⁶.

Mais une fois devant la juridiction compétente, la règle serait alors l'individualisation de l'action privée, ainsi la collectivisation de l'action privée n'est qu'exceptionnelle voire quasiment absente, en pratique on peut citer le cas des contentieux relatifs à la propriété par indivise et/ ou d'héritage.

Le concept de l'action collective tel qu'il est traduit en France ou en Europe fait défaut en droit algérien, excepté la représentation associative que nous allons aborder en (B)

En effet chaque victime peut être représentée par un avocat pour revendiquer son propre dommage, de même pour plusieurs victimes souhaitant faire ainsi, celles-ci peuvent être représentées par le même avocat, mais en revanche l'action à titre collectif -bien qu'exceptionnelle- n'est écartée qu'à défaut de l'unicité de ces motifs et/ou arguments que le groupe de victimes partage en commun³⁷.

Mais nous pensons qu'en pratique juridictionnelle, il s'avère difficile voire impossible que le juge admette une action collective qui s'appuie sur l'unicité des intérêts excepté dans les litiges des ayants droits dans des affaires d'héritage ou d'indivise.

³⁵ A cet égard, l'Art. 10 de la Loi algérienne n° 13-07 du 29 octobre 2013 portant organisation de la profession d'avocat, JORADP n°55 du 30 octobre 2013, stipule que « L'avocat doit respecter ses clients et prendre les mesures légales nécessaires pour protéger et mettre en œuvre leurs droits et intérêts. »

³⁶ Loi n°13-07 du 29 octobre 2013 portant organisation de la profession d'avocat, JO n° 55 du 30/10/2013.

³⁷ Arrêt n° 870-47, du 26 juin 1992, revue judiciaire n°2, 1992, p. 108.

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

En France, l'action de groupe a attiré l'attention des avocats à deux titres, comme l'attestait la Résolution du Barreau de 2012 relative à l'action de groupe³⁸. D'abord, ils souhaitaient que l'action de groupe soit générale et non pas limitée à un type de contentieux.

De même, la représentation ne devait pas être réservée aux seules associations.

Ensuite, l'avocat devait impérativement établir une convention d'honoraires, « *elle [devait être conclue] dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur applicables à la fixation libre des honoraires de l'avocat.*

La convention [pouvait] déterminer une répartition entre l'honoraire de base et un honoraire de résultat, selon des modalités qui [auraient été] définies par le Règlement intérieur national de la profession d'avocat »³⁹.

Si le Barreau français ne veut pas d'une représentation exclusivement associative, est-ce pour permettre aux avocats de diversifier leur clientèle ?

A cet égard nous pensons que le plus important c'est l'intérêt des victimes, voire l'utilité de ce type d'actions pour assurer la réparation de leurs préjudices.

Mais nous pouvons évoquer entre autres certains reproches notamment en réservant l'action de groupe pour les préjudices de consommation au détriment d'autres préjudices notamment ceux liés à l'écologie voire à l'environnement.

Cependant, plus les types de contentieux concernés sont larges, plus les sources de revenus le sont aussi. La résolution du Barreau prend alors une coloration financière qui s'achève par cette précision sur les honoraires. Bien que fixés par voie de convention, ils devaient être libres et comprendre un honoraire de résultat en plus d'un honoraire de base conformément à la réglementation française.

Nous laisserons de côté pour le moment la question du calcul des honoraires de l'avocat, relevons simplement que le recours collectif est empreint d'un enjeu financier pour l'avocat. Lequel peut compromettre la représentation du groupe s'il prend une place telle que l'avocat n'exercera que les actions collectives les plus rentables et allongera les délais de procédures pour maximiser ses gains à l'heure ou, au contraire, obtiendra une transaction avantageuse pour lui mais pas nécessairement pour les membres du groupe.

A cet égard, les avocats français ne semblent pas désintéressés par l'action de groupe. Mais cet intérêt justifiait-il pour autant leur exclusion de l'action de groupe⁴⁰ ?

³⁸ CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, Résolution du Conseil nationales des Barreaux, L'introduction de l'action de groupe en droit français, Paris, 6 et 7 juillet 2012, [en ligne] : < http://cnb.avocat.fr/docs/textes/CNB-RE2012-07-06_TXT_Introduction-action-de-groupe-enFrance.pdf>.

³⁹ Id., Résolution n°6 à la p. 2.

⁴⁰V. à ce sujet, le débat sur l'exclusion des avocats de la procédure d'action de groupe : Marine BABONNEAU, « Action de groupe : l'avant-projet de loi exclut des avocats », Dalloz actualité 3 avril 2013 ; Marine BABONNEAU, « Action de groupe : la profession tente de rallier les parlementaires à sa cause », Dalloz

Toufik MOKEDDEM

La France aurait pu adopter des garanties similaires, au-delà du contrôle par le juge de la médiation.

Une autre question se situe dans le prolongement de la représentation entrepreneuriale du groupe par l'avocat, celle du démarchage des victimes.

Le démarchage par l'avocat : Dans le cadre d'un recours collectif, par démarchage, nous entendons le fait pour un avocat de solliciter des clients dans certains lieux privés ou publics mais aussi à distance par de la publicité

En France, contrairement à l'idée reçue, la publicité est possible. L'article 10.1, alinéa 2 du Règlement Intérieur National (ci-après RIN) du Barreau français prévoit cette possibilité dès lors qu'elle est dans l'intérêt du public⁴¹. L'article 10.2 du RIN complète et encadre cette publicité :

« Tout acte de démarchage, tel qu'il est défini à l'article 1er du décret n° 72-785 du 25 août 1972, est interdit à l'avocat en quelque domaine que ce soit. Toute offre de service personnalisée adressée à un client potentiel est interdite à l'avocat. La publicité personnelle de l'avocat ne peut être faite par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisés. »

L'esprit du règlement est d'éviter toute dérive commerciale⁴².

La prohibition des moyens classiques de publicité commerciale atteste de cette préoccupation. L'article 1er du Décret n° 72-785 du 25 août 1972 (ci-après Décret de 1972) précise : « Constitue un acte de démarchage au sens de l'article 66-4 de la loi du 31 décembre 1971 le fait d'offrir ses services, en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique ou de provoquer à la souscription d'un contrat aux mêmes fins, notamment en se rendant personnellement ou en envoyant un mandataire soit au domicile ou à la résidence d'une personne, soit sur les lieux de travail, de repos, de traitement ou dans un lieu public ».

Il est frappant de voir la similitude de rédaction de l'article 2 du Décret de 1972⁴⁵⁹ avec l'article L. 422-1 du code de la consommation sur l'action en représentation conjointe des consommateurs. L'alinéa 2 dispose en effet :

actualisé 31 mai 2013 ; Jean-Daniel BRETZNER, « Ombres et lumières autour de la « qualité pour agir » dans l'action de groupe », dans la Gazette du Palais, 16 mai 2013, n° 136, L'extenso.fr, GPL130j6 ; Caroline FLEURIOT, « Action de groupe : le projet de loi présenté en Conseil des ministres », Dalloz actualité 3 mai 2013 ; Anne PORTMANN, « Il est inacceptable de réserver l'exercice de l'action de groupe à 17 personnes morales », Dalloz actualité 29 avril 2013 ; Bernard VATIER, « Peut mieux faire », dans la Gazette du Palais, 16 mai 2013, n° 316, L'extenso.fr, GPL130d1.

⁴¹ Le texte dispose : « La publicité fonctionnelle destinée à faire connaître la profession d'avocat et les Ordres relève de la compétence des institutions représentatives de la profession. [en ligne] : <http://cnb.avocat.fr/docs/RIN/RIN_2010-05-08_Consolide+Commentaire%5bFinal%5d.pdf>. La publicité est permise à l'avocat si elle procure une information au public et si sa mise en œuvre respecte les principes essentiels de la profession. La publicité inclut la diffusion d'informations sur la nature des prestations de services proposées, dès lors qu'elle est exclusive de toute forme de démarchage ».

⁴² L'article 10.2 du RIN prohibe sur dans les publicités « toutes mentions laudatives ou comparatives ».

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

« Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur. »

L'association de consommateurs est soumise indirectement aux mêmes règles déontologiques que les avocats.

Cela traduisait bien le souci du législateur et des juges d'éviter le démarchage et donc les dérives spéculatives en matière d'actions collectives.

Les avocats ne sont ainsi pas les seuls suspectés d'intentions commerciales, démontrant par la même que les dérives entrepreneuriales ne dépendent pas du Barreau mais du recours collectif en lui-même.

Il semble que la collectivisation du contentieux induise nécessairement un risque de dérives spéculatives.

Finalement, l'action de groupe française consacre des mesures sur la publicité après le jugement sur la responsabilité du professionnel. Cette disposition évite que l'association démarcher les victimes.

Or, qu'il s'agisse du représentant-avocat ou du représentant-membre du groupe, la compétence est un critère qui leur est commun. L'avocat ne peut prendre en charge une affaire que s'il se juge compétent pour la mener à bien conformément aux règles déontologiques de la profession⁴³.

La question de la compétence de l'avocat ne pose pas de problèmes autres que ceux réglés par la déontologie.

En France, la procédure civile permet par donc un contrôle de la représentation du groupe, le contrôle ne va pas jusqu'à vérifier la compétence du représentant.

L'explication réside dans le fait que le législateur français habilite lui-même les associations qui peuvent agir au nom d'un groupe de victime.

Les associations bénéficient alors d'une forme de présomption légale irréfragable de compétence.

La phase de certification est une phase durant laquelle le représentant doit démontrer son aptitude à défendre les intérêts du groupe.

Quand à la représentation des entreprises, on peut évoquer à titre d'exemple que lors du débat sur l'action de groupe en France en 2013, le rapport dit « Hammadi » de la Commission

⁴³ En France, v. art. 1er, 1.3 du RIN : « Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence » ; art. 21.3.1.3. L'avocat n'accepte pas de se charger d'une affaire s'il sait ou devrait savoir qu'il n'a pas la compétence nécessaire pour la traiter, à moins de coopérer avec un avocat ayant cette compétence.

Toufik MOKEDDEM

des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la consommation⁴⁴, du nom de son rapporteur, Razzi Hammadi, faisait la remarque suivante : En effet, certaines questions ont pu surgir pour savoir si des entreprises (notamment des sous-traitants par rapport à des grands groupes) pouvaient ou non former une action de groupe en vue d'obtenir réparation d'un préjudice qu'elles auraient subi. Telle n'a pas été la volonté poursuivie dans ce texte.

Nous souhaitons nous interroger davantage sur la pertinence de ce rejet. En droit de la concurrence, il n'est pas possible de faire l'économie d'une étude de la représentation des entreprises. Nous pouvons distinguer deux types de difficultés.

Si le représentant est une personne physique, le risque de la représentation par un consommateur de l'entreprise est réel. Il n'est pas en mesure de percevoir les enjeux du recours pour l'entreprise.

En France, le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) est un exemple d'organisation professionnelle représentant à l'échelle nationale l'intérêt des entreprises. La difficulté tient ici au conflit d'intérêt. Le problème de ce type d'associations est qu'elles représentent à la fois les victimes et les « bourreaux ».

Ce conflit d'intérêt est insolvable. Il écarte d'office la proposition. Le risque est que l'association reçoive des pressions pour éviter une action en justice de la part d'un membre important, qui se trouvera être souvent l'auteur de pratiques anticoncurrentielles.

De plus, les chefs d'entreprises membres de l'association, voire membres de sa direction, peuvent eux-mêmes être impliqués dans une affaire de pratiques anticoncurrentielles ou avoir un lien privé ou professionnel avec les auteurs des pratiques.

Dans ces conditions, cette représentation professionnelle, même si elle résout la question de la compétence, pose des problèmes plus dangereux encore.

Une solution pourrait être une représentation en duo par deux personnes physiques, l'une serait consommateur et l'autre entrepreneur, chacun œuvrant pour chaque partie du groupe de victime auquel il correspond.

La France, quant à elle, a anticipé les difficultés en permettant à l'association de « s'adjoindre, avec l'autorisation du juge, toute personne appartenant à une profession judiciaire réglementée, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, pour l'assister, notamment afin qu'elle procède à la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et plus généralement afin qu'elle représente les consommateurs lésés auprès du professionnel, en vue de leur indemnisation »⁴⁵.

⁴⁴ FRANCE, PARLEMENT, Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la consommation, n° 1156, (2012-2013) – 13 juin 2013 (ci-après Rapport Hammadi).

⁴⁵ Art. L. 423-9 c.conso.

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

Nous venons d'étudier la représentation au sens large, elle regroupe la représentation par l'avocat et par un représentant personne physique ou morale membre de groupe. Pour ce dernier, une compétence particulière lui est demandée s'il veut représenter le groupe.

Une autre question se pose, particulièrement en France, celle de la représentation spécialisée ou associative. Elle concerne les hypothèses d'actions collectives réservées exclusivement aux associations de consommateurs.

Il apparaît opportun de voir si cette forme de représentation est adéquate en droit de la concurrence.

2. La représentation spécialisée ou associative

En droit algérien, la règle c'est l'individualisation de l'action privée, ainsi la collectivisation de l'action privée n'est qu'exceptionnelle.

En effet le législateur a adopté l'action privée individuelle⁴⁶ afin d'assurer le bon fonctionnement de la justice, mais si on procède –exceptionnellement- à l'action collective, celle-ci est recevable tant qu'elle touche à un intérêt collectif qui concerne exclusivement un groupe bien déterminé de personnes, en s'appuyant sur les mêmes arguments et/ou arguments⁴⁷ pour arriver à une fin commune, en pratique on peut citer l'exemple des actions afférentes à l'héritage en vertu des dispositions du code de la famille à défaut de l'unicité de ces motifs et/ou arguments l'action intentée à titre collectif serait refusée⁴⁸.

En revanche si on s'accroche sur le concept de l'action de groupe, celle-ci peut se manifester uniquement en droit de protection des consommateurs, et exclusivement via une association de protection de consommateurs peu importe son appellation tant que celle-ci est reconnue juridiquement par l'Etat, ayant ainsi la qualité judiciairement parlons.

Effectivement dans ce contexte le législateur algérien, dispose clairement que *« lorsqu'un ou plusieurs consommateurs ont subi des préjudices individuels, causés par le fait d'un même intervenant et ayant une origine commune, les associations de protection des consommateurs, peuvent se constituer partie civile. »*⁴⁹

Toutefois il semble nécessaire de s'accrocher sur la constitution de partie civile qui manifeste de prime à bord la compétence exclusive du juge pénal en la matière, dès lors c'est plutôt l'action publique qui serait incessamment mise en évidence puisque l'action civile y afférente se rapporte à la positivité de l'action initiale : de ce fait les prorogatives du juge (pénal) en question, qui n'est que juge d'exception en ce sens, sont bien déterminées voire limitées, à savoir l'acceptation de ladite constitution ou pas, se prononcer –généralement- en fonction de son pouvoir d'appréciation sur le dédommagement du préjudice causé par un ou

⁴⁶ On peut en conclure cette réflexion des dispositions du code algérien de procédure civile et administrative

⁴⁷ Arrêt n°115-153, du 9 déc. 1997, revue judiciaire n°2, 1997, p. 104.

⁴⁸ Arrêt n°870-47, du 26 juin 1992, revue judiciaire n°2, 1992, p. 108.

⁴⁹ Art. 23 de la loi 09-03, du 25 fév. 2009, relative à la protection du consommateur et à la repression des fraudes

Toufik MOKEDDEM

des crime (s) figurant sur l'ensemble des textes juridiques qui relèvent du droit de la protection du consommateur.

Il semble utile de rappeler les associations de protection des consommateurs reconnues d'utilité publique, peuvent bénéficier d' l'assistance judiciaire.

Quant au droit français, celui-ci privilégie la représentation associative dans les actions collectives. De même, l'action de groupe est réservée aux associations de consommateurs⁵⁰.

Cependant, en France, on reproche aux associations et aux syndicats, dans la défense d'intérêts collectifs, d'empiéter sur le rôle du parquet⁵¹ et plus particulièrement les groupements sont la principale source de concurrence⁵².

Il faut observer qu'en France, en procédure pénale, dès lors qu'une association est habilitée à agir en justice en se constituant partie civile⁵³, elle palie le cas échéant l'inertie du parquet et devient un auxiliaire privé de justice⁵⁴.

Une action de groupe a le mérite de laisser au parquet la représentation de la société en tout cas dans le lancement des poursuites pénales, l'action de groupe étant un outil de procédure civile. Cependant, l'action de groupe des associations de consommateurs crée une confusion supplémentaire⁵⁵ entre la représentation de l'intérêt collectif et la représentation d'une somme d'intérêts individuels. La loi reconnaît aux associations le droit de défendre un intérêt collectif, cela n'a rien de contestable.

En revanche, accepter qu'une association représente des intérêts individuels paraît en contradiction avec leur « objet légal », c'est-à-dire la défense d'intérêts collectifs comme objet statutaire explicite posé à L. 421-1 du code de la consommation⁵⁶.

Or, il faut reconnaître que donner l'action de groupe aux associations, comme le fait l'action de groupe que ce soit algérienne ou française, risque de créer la confusion des groupes.

⁵⁰ V. l'art. L. 423-1 c.conso. : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire et ayant pour cause commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales ou contractuelles (...) ».

⁵¹ Julie SEGAUD, Essai sur l'action publique, Thèse, Université Champagne-Ardenne, 2010, au par. 614 et 619.

⁵² Id., au par. 638. Sur la privatisation de l'action publique et la remise en cause du principe d'indisponibilité de l'action publique voir André DECOCQ, « L'avenir funèbre de l'action publique », dans L'avenir du droit, Mélanges François TERRÉ, 1999, p. 781, passim.

⁵³ V. supra, au par. 3.

⁵⁴ S. GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général », op.cit., note 211, au par. 23.

⁵⁵ La première confusion est celle entre l'intérêt général et l'intérêt collectif.

⁵⁶ Le texte dispose : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ». S. GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général », op.cit., note 211, au par. 24 ; B. PAILLARD, op.cit., note 225, au par. 81 ; Louis BORÉ, La défense des intérêts collectifs par les associations devant des juridictions administratives et judiciaires, Paris, LGDJ, Thèse, 1997, au par. 44 et s.

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

En effet, les victimes qui forment le groupe ne sont pas forcément les membres de l'association. Pour cette raison, il est suggéré que la représentation par une association ne soit pas subordonnée à l'adhésion à l'association⁵⁷, elle-même passant par le versement d'une cotisation⁵⁸.

Sinon les dérives spéculatives évoquées plus haut reviendraient sur la scène. Par rapport à son objet, l'association, bien que qualifiée de « consommateurs », ne représente pas forcément tous les contentieux de la consommation.

Par exemple, des petits épargnants seraient bien mieux représentés par une association compétente dans le domaine financier qu'une association généraliste de consommateurs.

On retrouve ici les problématiques de compétence. En outre, c'est prendre le risque de voir l'association la plus « riche » mener une politique de poursuite en choisissant elle-même les causes qui méritent une action judiciaire⁵⁹.

De plus, il existe un risque de mise en concurrence des associations : en effet si on prend l'exemple des petits épargnants, si l'association généraliste veut agir en représentation et que l'association spécialisée dans la défense des petits épargnants souhaite elle aussi agir, comment le juge tranchera cette question ?

Ou encore, on peut s'interroger sur quelle association sera la mieux à même de mener le groupe ? Celle qui est généraliste mais d'une taille suffisamment importante pour avoir des moyens financiers nécessaires au financement de l'action ou bien l'association spécialiste de la question qui aura moins de moyens mais qui aura une meilleure représentativité ?

Est-ce que toutes les associations qui ont un rapport direct ou indirect avec la protection des consommateurs ont la qualité à la fois juridique et judiciaire de représenter des consommateurs au niveau de la juridiction compétente ?

D'emblée ce genre de questions ne passe pas inaperçu, bien au contraire il ouvre bel et bien tout un débat, notamment quand le législateur algérien confirme l'équivoque en stipulant clairement que « *lorsqu'un ou plusieurs consommateurs ont subi des préjudices individuels, causés par le fait d'un même intervenant et ayant une origine commune, les associations de protection des consommateurs, peuvent se constituer partie civile.* »⁶⁰ :

⁵⁷ S. PIETRINI, op.cit., note 5, p. 347.

⁵⁸ S'il est tout à fait normal pour un consommateur de contribuer financièrement à l'association à laquelle il demande de l'aide à titre individuel, il en va autrement dans un recours collectif, ne serait-ce que parce que seules les victimes identifiables pourront payer dans un système opt-out mais aussi pour éviter les dérives spéculatives tant redoutées par le législateur français chez les avocats. De plus, aussi modique que puisse être la contribution, elle constituera, à n'en pas douter, un obstacle psychologique supplémentaire dans un domaine qui en comporte déjà beaucoup.

⁵⁹ ASSOCIATION FRANÇAISE D'ÉTUDE SUR LA CONCURRENCE, Consultation de la Commission sur le recours collectif, p. 27 et 30, [en ligne] : <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/afec.fr.pdf> ; S. PIETRINI, op.cit., note 5, p. 347.

⁶⁰ Art 23 de la loi relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes

Toufik MOKEDDEM

Donc sans la moindre exception, toutes les associations de protection de consommateurs, qui ont déjà un statut juridique en ce sens⁶¹ peuvent se constituer le plus normalement comme partie civile, il n'y a absolument aucun renvoi pour solutionner nos questions précédentes.

On voit bien toute la difficulté pratique et le risque de tensions que cela pourrait générer dans le monde associatif, sans compter sur de possibles dérives spéculatives d'associations petites et grandes qui profiteraient des actions de groupes pour renflouer leur caisse soit par le biais des actions elles-mêmes, soit par la publicité⁶² qui serait faite autour de certaines actions par la voie des médias et qui pourrait laisser croire aux consommateurs que l'adhésion à l'association est un moyen sûr de faire partie du groupe.

L'article L. 423-1 du code français de la consommation solutionne la question en faisant intervenir le juge en cas de concurrence entre les associations pour agir sur les mêmes faits⁶³.

Ainsi, nous retombons sur notre postulat de départ, celui d'une confusion des groupes. L'action de groupe exercée par l'association ne signifie pas que le groupe est constitué des membres de l'association. Une confusion réelle est alors possible dans l'esprit du consommateur.

Pour remédier à cela, l'article L. 423-5 du code de la consommation énonce à son alinéa 4 que « l'adhésion au groupe ne vaut ni n'implique adhésion à l'association requérante ».

Or, il y a une partie de la doctrine qui a évoqué une hypothèse qui s'appuie sur une proposition pour certaines associations de défense que leurs statuts prévoient que l'adhésion vaut mandat d'agir en justice⁶⁴.

Cette hypothèse est contestable en raison des dérives spéculatives énoncées précédemment⁶⁵ et en raison de la confusion entre le groupe des victimes et le groupe des sociétaires. Bien entendu, la confusion n'est valable que dans le cas d'une association préconstituée sans objectif de défense précis.

Cependant, l'association créée pour la défense d'un préjudice précis instaure une confusion logique entre le groupe de victimes et le groupe des sociétaires.

L'effet dissuasif et sanctionnateur s'en verrait affaibli ainsi que la réparation d'un maximum de victimes. Il s'agit pourtant du choix français.

⁶¹ Art 21 de la loi relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes

⁶² Affirmé par J. SEGAUD, *op.cit.*, note

⁶³ L'article dispose : « Lorsque plusieurs associations introduisent une action portant sur les mêmes faits, elles désignent l'une d'entre elles pour conduire celle qui résulte de la jonction de leurs différentes actions. À défaut, cette désignation est effectuée par le juge ». V. aussi, l'art. L. 423-24 du même code qui affirme : « Toute association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut demander au juge, à compter de sa saisine en application de l'article L. 423-1 et à tout moment, sa substitution dans les droits de l'association requérante, en cas de défaillance de cette dernière ».

⁶⁴ Louis BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant des juridictions administratives et judiciaires*, Thèse, Paris, LGDJ, 1997, au par. 111.

⁶⁵ Serge GUINCHARD parle de « trésor de guerre », v. S. GUINCHARD, *op.cit.*, note 211, au par. 28.

Genèse du droit à l'action privée en réparation du préjudice concurrentiel: Les titulaires entre présentiel et distanciel

Par ailleurs, le Rapport Hammadi énonçait qu' « [u]ne association de défense des consommateurs, aussi active soit-elle, peut avoir à faire face à une très lourde charge de travail dans le cadre d'une action de groupe, en particulier dans l'hypothèse où les victimes du dommage se comptent par centaines ou par milliers. Le traitement des demandes d'adhésion au groupe, la vérification de la situation de chacun, le lien à assurer entre les victimes et le professionnel... autant d'éléments qui ont conduit l'article [L. 423-9] à prévoir que l'association pourrait s'adjoindre les services d'une personne pour l'assister ».

Ce choix élimine partiellement les difficultés de la représentation associative.

Conclusion :

La collectivisation de l'action privée concurrentielle suppose une adaptation du droit d'agir en justice afin de faciliter l'accès au juge des victimes de pratiques anticoncurrentielles par le recours collectif. Cette adaptation va dans le sens de la justice sociale en droit de la concurrence.

L'introduction des recours collectifs au niveau des juridictions a impliqué un certain élargissement des titulaires du droit à l'action concurrentielle privée afin de rendre dissuasive cette action.

A cet égard, il était usuel de se poser des questions telles que : Qui sont les personnes qui ont un droit à l'action privée concurrentielle sous la forme d'un recours collectif ? Qui peut représenter ces victimes dans un recours collectif ?

Pour la première question, en effet, le législateur français privilégie une action de groupe seulement en faveur des personnes physiques⁶⁶ consommateurs non professionnelles ce qui exclut une partie des victimes, à savoir les entreprises et particulièrement les PME qui, pourtant, semblent être des victimes similaires aux consommateurs.

Or, le législateur algérien ne fait nullement cette distinction en définissant expressément le consommateur que c'est « toute personne physique ou morale qui acquiert à titre onéreux ou gratuit, un bien ou un service destiné à une utilisation finale, pour son besoin propre ou pour le besoin d'une autre personne ou d'un animal dont il a la charge »⁶⁷.

A cet égard bien qu'une brèche est déjà ouverte sur la possibilité qu'une entreprise puisse faire part de l'action de groupe, sauf qu'il faut incessamment se focaliser sur le statut de cette entreprise, notamment son objectif remplissant des fins non professionnelles, laissant ainsi cette brèche entrouverte.

Alors que la seconde question, les choix algérien et français en faveur d'une représentation associative et la méfiance plus générale à l'égard des avocats doit nous amener

⁶⁶V. l'Article préliminaire dans le code de la consommation, introduit par la loi Hamon : Loi n° 2014-344, 17 mars 2014, art. 3

⁶⁷ Art. 3 de la loi 09-03 du 25 fév. 2009, relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes (modifié et complété).

Toufik MOKEDDEM

à nous interroger sur la pertinence de ces choix et de ces conceptions du représentant du groupe et du représentant ad litem⁶⁸.

Il semblait nécessaire de montrer et /ou de démontrer, que le recours au juge via une action concurrentielle privée, est d'une importance primordiale pour arriver à l'efficacité de l'application du droit de la concurrence.

En revanche, représentant l'action concurrentielle publique dans sa version avenante voire moderne, les procédures négociées tendent à avoir une suprême efficacité de l'application du droit de la concurrence.

On n'est tout de même pas loin du chevauchement entre ce qui est du «public enforcement» et ce qui est du «private enforcement», notamment en ce qui relève de leurs différents objectifs : bien qu'en principe l'un complète l'autre.

Alors, l'action concurrentielle privée, en suivant une certaine logique vient pour combler l'action concurrentielle publique : puisque la première touche là où la seconde s'arrête.

En somme, le droit à l'action concurrentielle privée est le droit à une action en réparation pour des consommateurs ou des entreprises dans l'objectif d'obtenir la réparation d'un préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle, en tant que violation d'un droit personnel.

⁶⁸ L'expression signifie « en vue du procès ». Elle vise principalement l'avocat qui représente les parties dans l'instance et non le représentant du groupe qui joue le rôle de demandeur à l'instance. v. Louise GALIPAULT, « Le mandat de l'avocat », (1954) 1/1 C. de D. 70-76.