

# Quelle marge de manœuvre entre la médiation et les actions de groupe ?



**Synthèse du petit-déjeuner du 5 juin 2013** animé par Alain Bensoussan Avocats et Frank Thomelin, médiateur chez Esprit Médiation, sur la médiation et les actions de groupe, un nouvel instrument de réparation des dommages de masse... Quels sont les moyens dont les protagonistes disposent pour aboutir à un accord amiable au regard du projet de loi visant faire de l'action de groupe « à la française » ? L'abandon de plusieurs projets de loi concernant l'introduction des actions de groupe dans le droit français est vraisemblablement à l'origine de la faible proportion des entreprises qui se sentent concernées par ce projet, et qui préfèrent attendre qu'il parvienne à maturité pour y prêter attention.

Les opérateurs de télécommunication et les compagnies d'assurance ont opté pour une attitude plus stratégique, et plus orientée sur le lobbying et la réflexion sur une organisation interne destinée à prévenir les risques liés à l'engagement effectif d'une action de groupe à leur encontre.

L'exposé de l'action de groupe à la française, telle qu'envisagée par le projet de loi relatif à la consommation présenté au Conseil des ministres le 2 mai dernier a donc retenu l'attention et les questions suscitées par le libellé de certaines dispositions ont été déterminées de manière à suivre l'évolution de ce projet en toute connaissance de ses enjeux.

L'exposé de la médiation judiciaire, telle qu'elle est envisagée par le projet de loi, a suscité de nombreuses questions sur la place qui lui est réservée dans le cadre procédural des actions de groupe, le rôle auquel elle semble cantonnée et les modalités de son organisation sur le plan pratique, au vu notamment du nombre des consommateurs faisant partie du groupe : l'association qui les représente peut-elle se voir conférer tous pouvoirs pour régulariser un accord transactionnel opposable à chaque membre du groupe ? doit-elle recueillir l'accord de chaque membre du groupe sur le contenu de l'accord négocié ?

Les discussions ont également porté sur les spécificités des règles prévues pour la médiation judiciaire dans le cadre des actions de groupe par rapport au régime de droit commun de ce type de médiation, avec les conséquences pouvant en résulter : dans quel but l'accord négocié doit-il être obligatoirement soumis à l'homologation du juge ? quels sont les pouvoirs du juge statuant sur l'homologation d'un accord transactionnel conclu par les parties à l'instance ?

La médiation conventionnelle, en tant que moyen visant à prévenir l'engagement d'une action de groupe, a également donné lieu à de nombreuses questions sur les modalités possibles de sa mise en œuvre, sur la possibilité d'en étendre les effets au-delà du domaine de l'action de groupe, et sur son impact en termes de coût et de préservation de l'image de l'entreprise concernée.

Ces interrogations ont fait apparaître une grande disparité des intervenants sur

le plan de la connaissance et de la prise en compte de ce mode alternatif de règlement des litiges.

Enfin, pour prévenir une action collective ou en maîtriser le déroulement, les entreprises doivent dès à présent réfléchir à la stratégie qui leur paraîtra la mieux adaptée à leur activité et organisation. La prévision de clauses de médiation dans les conditions générales et les contrats de vente de biens ou de fourniture de service et d'une charte prévoyant les modalités d'organisation d'une médiation conventionnelle, a été présentée comme une voie devant être étudiée par toute entreprise dont l'activité la situe dans le domaine des actions de groupe.

De même, une fois l'action enclenchée, l'entreprise devra endiguer les effets négatifs en termes de perte d'image, et ce quelle que soit l'issue finale. Là encore, une stratégie est à mettre en place.

---

## L'action de groupe à la française et la class action anglo-saxonne



Une action de groupe à la française sera bientôt possible. Ce nouveau dispositif de contentieux permettrait à un grand nombre de consommateurs de pouvoir porter plainte conjointement devant les tribunaux. Le projet de loi Hamon relatif à la consommation présenté au conseil des ministres du 2 mai dernier prévoit en effet l'introduction dans le Code de la consommation d'un chapitre dédié à l'action de groupe.

### Les grandes lignes du projet

Les principales dispositions sont les suivantes :

Article L.423-1 « 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 identique ou similaire et ayant pour origine commune un manquement d'un même professionnel à ses obligations légales et contractuelles

- a/ à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ;
- b/ 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. Seule la réparation des préjudices matériels résultant d'une atteinte au patrimoine des consommateurs et résultant d'une des causes mentionnées ci-dessus peut être poursuivie par cette action. »

L'article L 423-3 détermine l'office du tribunal saisi :

- Il vérifie que les conditions mentionnées à l'article L423-1 sont réunies ;
- Il statue sur la responsabilité du professionnel poursuivi ;
- Il fixe le montant du préjudice subi par chaque consommateur, ou les éléments permettant d'évaluer ces préjudices ;
- Lorsque les délais de recours contre la décision statuant sur la responsabilité du professionnel sont expirés, il ordonne les mesures de publicité de son jugement devant être mises en œuvre, aux frais du professionnel, afin de permettre aux consommateurs lésés qui satisfont aux conditions requises pour rejoindre le groupe, de solliciter le versement de l'indemnité fixée par le tribunal.

### **Les principales différences de ce projet d'action de groupe avec la class action**

Les différences pouvant être à ce stade relevées entre ce projet d'action de groupe à la française et la class action porte sur les trois points suivants :

1. L'action n'a pas vocation à être engagée par un groupe de consommateurs créé pour l'occasion à l'initiative d'un consommateur, d'un cabinet d'avocats, d'un syndicat représentatif d'un secteur professionnel, ou de toute autre entité qu'une association de consommateurs agréée et représentative au niveau national. Les modalités de démarchage des consommateurs lésés devront être étudiées avec la plus grande attention, au regard des devoirs d'objectivité, de sérieux et d'indépendance qui incombent à ces associations, dès lors qu'ils doivent justifier du monopole qui leur est réservé.

2. Contrairement à la class action anglo-saxonne, l'action de groupe ne peut normalement pas aboutir à la fixation d'un montant unitaire de dommages et intérêts incluant une part de sanction infligée à l'entreprise, en complément de la part strictement indemnitaire du préjudice subi par chacun des consommateurs concernés. Le droit français de la responsabilité repose sur cette distinction entre la notion de réparation d'un préjudice et la notion de sanction d'une faute, et les dommages et intérêts ne doivent pas être confondus avec les peines d'amende et autres sanctions prévues par le droit pénal. Le parfait respect de cette distinction doit cependant être systématiquement rappelé, et ce notamment en présence d'une demande de réparation d'un préjudice moral. Il convient à cet égard de noter que la réparation de ce type de préjudice est exclue du domaine de l'action de groupe, en l'état du projet de loi sur la consommation.

3. Contrairement aux procédures anglo-saxonnes, aucun jury populaire n'est appelé à statuer sur le principe de la responsabilité encourue par l'entreprise défenderesse à l'action, et sur le montant de l'indemnité destinée à être allouée à chacun des consommateurs lésés. Ces décisions seront prises par des magistrats professionnels, ce qui devrait normalement éviter les dérives inhérentes aux décisions prises par des personnes qui sont à la fois juges et parties.

Ces différences ne dispensent bien évidemment ni d'exercer une vigilance particulière sur l'évolution de ce projet de loi, ni de réfléchir aux moyens alternatifs de règlement des conflits, et notamment à la médiation, qui pourraient permettre aux parties de conserver la maîtrise des situations pouvant

donner lieu à une action de groupe.

### **L'action de groupe et la médiation**

La médiation est d'ailleurs incluse dans ce projet de loi, mais en des termes qui dénotent de l'intention du législateur de limiter la liberté qu'elle procure habituellement aux parties.

Après avoir énoncé que les associations de consommateurs peuvent participer à une médiation, ce qui va de soi, l'article L423-9 de ce projet de loi prévoit que :

- « Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire » et que
- « Le juge peut prévoir les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs de l'existence de l'accord ainsi homologué ».

La validité de cette partie du projet est contestable, en ce qu'elle apporte une limite à une liberté, en l'occurrence celle de régler ses différends à l'amiable avec l'aide d'un médiateur, et en dehors de toute intervention de l'autorité judiciaire, sans justification apparente, et donc conforme à celles qui sont admises en matière de libertés publiques.

Alain Bensoussan Avocats  
Lexing Droit des médias

PL0 AN 1015 du 2-5-2013  
Minefi, Dossier 3-2013

---

## **Révision du « programme modèle en matière de clémence »**



Révision du « programme modèle en matière de clémence ». Dans un système de compétences parallèles entre la Commission et les autorités nationales de concurrence, une demande de clémence adressée à une autorité donnée diffère d'une demande de clémence adressée à une autre autorité.

Une entreprise qui engage une démarche de clémence a donc tout intérêt à solliciter l'ensemble des autorités de concurrence qui sont compétentes pour appliquer l'article 101 du TFUE sur le territoire affecté par l'infraction et qui peuvent être considérées comme « bien placées » pour agir contre l'infraction en cause.

Précisions, pour rappel, qu'une autorité est considérée comme étant « bien placée » pour traiter une plainte « s'il y a un rapport étroit entre l'infraction et le

territoire de l'État membre duquel elle dépend, de sorte qu'elle soit à même de faire cesser efficacement l'intégralité de l'infraction » (2).

Ainsi, l'intérêt du programme modèle en matière de clémence du Réseau Européen de la Concurrence (REC) est d'éviter que les entreprises qui pourraient solliciter le bénéfice de la clémence ne soient dissuadées de le faire en raison des divergences entre les programmes de clémence existants au sein du REC.

C'est pourquoi le programme modèle du REC, publié le 29 septembre 2006, fixe le traitement auquel l'entreprise qui sollicite la clémence peut s'attendre de la part de toute autorité membre du REC une fois que tous les programmes auront été harmonisés sur le modèle.

En outre, le programme modèle du REC vise à alléger la charge que représente la nécessité de procéder à des demandes multiples, dans les cas où la Commission est « particulièrement bien placée », et ce, en proposant un système uniforme de demandes sommaires (2).

Ce dernier définit un ensemble de règles et de principes permettant de récompenser, pour leur coopération, les entreprises parties à des accords et pratiques relevant de son champ d'application.

Ce champ concerne les cartels secrets, et notamment les accords et/ou pratiques concertées entre deux ou plusieurs concurrents visant à restreindre la concurrence en fixant des prix d'achat ou de vente, en attribuant des quotas de production ou de vente ou en partageant des marchés, notamment, en matière de marchés publics, par des soumissions concertées.

C'est dans ce cadre, et afin de renforcer l'attractivité de cette procédure dans les situations où l'entreprise a intérêt à déposer une demande de clémence auprès de plusieurs autorités nationales, que le programme modèle en matière de clémence a été révisé le 22 novembre 2012.

Les principales évolutions portent sur l'élargissement du système de demandes sommaires, au bénéfice des entreprises et des autorités de concurrence ; elles précisent, par ailleurs, les mécanismes de coopération entre les demandeurs et les autorités nationales de concurrence et revient sur la notion de cartel secret.

**Système de demandes sommaires.** Le programme modèle du REC de 2006 a proposé un modèle de système uniforme de demandes sommaires. En présentant une demande sommaire, l'entreprise assure sa position dans l'ordre d'arrivée des demandes auprès de l'autorité de concurrence compétente pour l'entente présumée. Une demande sommaire est une demande d'immunité.

Autrefois réservé à l'entreprise qui fut la première à avoir adressé une demande de clémence, le programme modèle révisé a élargi l'utilisation des demandes sommaires à tout demandeur qui souhaite bénéficier du programme de clémence, au-delà des demandes susceptibles d'aboutir à une immunité totale, quel que soit son rang d'arrivée.

Un formulaire-type a été publié permettant aux entreprises de déposer une demande sommaire devant n'importe quelle autorité membre du REC et notamment lorsque la Commission est particulièrement bien placée pour traiter l'affaire.

**Mécanismes de coopération.** En outre, la révision apporte certaines précisions sur les mécanismes de coopération du demandeur de clémence, sans distinction entre les demandeurs pour une immunité totale et ceux pour une réduction d'amendes. Il s'agit en outre de :

- fournir sans délai toute preuve préexistante ou toute information à la disposition du demandeur au cours de l'enquête ;
- répondre sans délai à toute question de l'Autorité de la concurrence et mettre à disposition d'anciens employés ou administrateurs avant leur licenciement ou départ volontaire permettant de recueillir toutes les informations et documents pertinents à l'appui de la demande de clémence ;
- ne pas détruire, falsifier ou de dissimuler des preuves qui relèvent du champ d'application de la demande de clémence ;
- ne pas divulguer (directement ou indirectement) l'existence ou le contenu de la demande de clémence avant la communication des griefs aux parties.

**Notion de cartel secret.** Par ailleurs, le programme modèle du REC concerne les cartels secrets. Le secret n'implique pas que tous les aspects de la mise en œuvre devaient être tenus secrets, mais vise plus particulièrement les éléments inconnus du public ou des clients/fournisseurs, cette dissimulation ayant permis d'augmenter la portée de l'entente et de la rendre plus difficile à détecter.

En outre, alors que l'inclusion d'accords autres que les cartels dans le champ d'application du programme de clémence risquerait de rétablir un système de notification de fait qui serait inopportun, il n'est cependant pas exclu qu'une entente qui comprend des éléments verticaux puisse être concernée par le programme de clémence.

L'ensemble des autorités européennes de la concurrence sont ainsi convenues d'apporter leurs meilleurs efforts pour harmoniser leurs programmes de clémence et leurs pratiques au programme modèle révisé.

(1) ECN, Communiqué du 1-11-2012.

(2) UE, Communication 2004/C 101/03 27-4-2004.

---

## Accès aux documents d'une procédure de contrôle d'une concentration



La Commission peut-elle refuser l'accès à tous les documents litigieux afférents aux procédures de contrôle des concentrations ?

Deux sociétés tierces à des opérations de concentration contrôlées par la Commission, l'éditeur français Odile Jacob, dans l'affaire C-404/10 et la société tchèque Agrofert dans l'affaire C-477/10, ont demandé à la Commission l'accès aux

documents concernés par les deux procédures de contrôle.

La Commission a refusé l'accès auxdits documents invoquant la protection des intérêts commerciaux ainsi que les objectifs des activités d'enquête, exceptions au droit d'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Saisi par les deux sociétés tierces, le Tribunal a annulé les deux décisions de la Commission jugeant que la Commission avait manqué à l'obligation de démontrer, de façon concrète et individualisée, que ces documents portaient effectivement atteinte aux intérêts protégés par ces exceptions.

La question se posait alors de savoir si l'expression du refus d'accès à un document dont la divulgation porterait atteinte à la protection des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée peut être global, par application d'une présomption générale, ou s'il doit être propre à chaque document, ce qui implique un examen concret et effectif de chacun d'eux.

La Cour procède à un renversement de la charge de la preuve par l'instauration d'une présomption générale en vertu de laquelle la divulgation des documents échangés entre la Commission et les entreprises au cours d'une procédure de contrôle des opérations de concentration porte atteinte à la protection des objectifs des activités d'enquête et à celle des intérêts commerciaux des entreprises impliquées dans une telle procédure .

En conséquence, la Commission peut refuser l'accès à tous les documents litigieux afférents aux procédures de contrôle des concentrations, échangées entre la Commission et les entreprises qui notifient ainsi que les tiers, sans procéder au préalable à un examen concret et individuel de ces documents.

Il appartiendra alors à la personne qui sollicite la divulgation des documents de démontrer l'existence d'un intérêt public supérieur justifiant la divulgation des documents sollicités. En revanche, la Cour différencie deux types de documents :

- les documents échangés entre la Commission et les parties qui notifient et entre la Commission et les tiers d'une part ;
- les documents internes de la Commission d'autre part.

Seule la première catégorie bénéficie de la protection au titre de la non-divulgation aux tiers. La Cour considère en effet que la publication des informations sensibles concernant les activités économiques des entreprises impliquées est susceptible de porter atteinte à leurs intérêts commerciaux, indépendamment de l'existence d'une procédure de contrôle pendante.

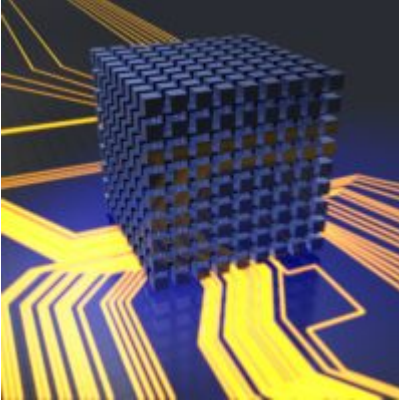
CJCE 28 06 2012 affaire C?47710 P

CJCE 28 06 2012 affaire C?40410 P

---

## **Validation de la saisie par la DGCCRF de**

# fichiers informatiques



Les saisies de fichiers informatiques doivent être faites en garantissant le respect de la vie privée et le secret des correspondances d'avocat.

Lors d'une enquête sur d'éventuelles pratiques anti-concurrentielles sur le marché du médicament générique, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a saisi, en janvier 2007, des milliers de fichiers informatiques provenant des postes de travail de dirigeants d'un laboratoire pharmaceutique.

Le laboratoire pharmaceutique, se fondant sur la violation de la vie privée, du secret des correspondances privées et du secret des correspondances d'avocat notamment, a sollicité l'annulation de cette procédure et la restitution de tous les fichiers informatiques saisis.

Dans l'arrêt rendu le 29 juin 2011, la Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel de Paris avait, dans son ordonnance du 4 mars 2010, justifié sa décision de valider la procédure et de refuser la restitution des pièces saisies. Pour écarter la demande d'irrégularité des opérations de saisies émanant du laboratoire pharmaceutique, la Cour de cassation a établi un certain nombre de conditions permettant de valider les saisies tout en garantissant le respect de la vie privée et du secret des correspondances d'avocat. Elle énonce ainsi que :

- « les enquêteurs sont tenus au secret professionnel » ;
- « seule est prohibée l'utilisation dans une procédure de tels documents » ;
- « la pratique de fouilles sommaires (...) permet aux enquêteurs de ne pas saisir des documents couverts par le secret ».

Cass crim 29-6-2011 n° 10-85479 Société Schering-Plough c./ DGCCRF

---

## La Cour de cassation déclare les enregistrements téléphoniques



# irrecevables



Nous vous signalions en juin 2007 un arrêt de la Cour d'appel de Paris déclarant recevables, comme mode de preuve, des enregistrements de conversations téléphoniques effectués sans que le consentement de leur auteur ait été requis, dans une affaire d'entente illicite dans le secteur de l'électronique grand public. Cette position divergeait de celle retenue en procédure civile, de tels enregistrements étant jugés irrecevables en vertu du principe de loyauté de la preuve.

La Cour de cassation vient de casser cet arrêt, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, au motif que » *l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* « .

Cass. com. 3 juin 2008

Autre brève

- Droit de la concurrence : attention aux enregistrements téléphoniques (Mise en ligne Juin 2007)