

LIVRE VERT

ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS POUR INFRACTION AUX REGLES COMMUNAUTAIRES SUR LES ENTENTES ET LES ABUS DE POSITION DOMINANTE

Contribution de la Fédération française de la franchise

1. La Fédération française de la franchise, à l'origine du Code européen de déontologie de la franchise¹, a suivi l'ensemble des évolutions législatives et jurisprudentielles, tant sur le plan national qu'europpéen², de ce concept contractuel qu'est la franchise.
2. La notion de franchise a été appréhendée comme une entente licite par la Cour de justice des communautés européennes. Dans son arrêt de principe³ et au titre d'une jurisprudence constante, la CJCE pose le principe de la licité du contrat de franchise sauf en présence de clauses conduisant à une infraction à l'article 81 § 1 du traité.
3. La notion d'entente est donc une notion centrale en matière de franchise. En effet, cette notion est l'appréhension concurrentielle de cette dernière.
4. La Fédération française de la franchise est donc très attentive à tout projet visant les notions d'ententes et d'abus de position dominante. Elle s'est donc naturellement intéressée à la consultation lancée par la Commission européenne sur les Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante⁴.
5. La Fédération française de la franchise, à titre liminaire, estime que si la lutte contre les ententes illicites et ayant un impact négatif sur la concurrence est indiscutable dans son principe, elle ne doit pas être le motif d'une diminution du droit au procès équitable, ni des droits de la défense et encore moins celui de la création de voies de droit inadaptées.
6. Il semble à la Fédération française de la franchise que les dernières décisions⁵ en matière de concentrations verticales et conglomérats et leurs impacts en matière de droit de la preuve⁶ doivent être mises en avant dans une réflexion de fonds sur les actions en dommages et intérêts.

¹ Ledit code est issu de l'adoption commune par les Fédérations européennes réunies au sein de l'*European Franchise Federation*, du Code français élaboré dès 1972. Le Code français était le premier acte politique inhérent à la création même de la Fédération française de la franchise.

² De la décision du 28 janvier 1986, Pronuptia à l'adoption du règlement d'exemption n°2790/99 en passant par le règlement spécifique n°4087/88 du 30 novembre 1988.

³ CJCE, Pronuptia / Commission, 28 janvier 1986.

⁴ Com (2005) 672 final et Sec (2005) 1732.

⁵ TPICE Affaires Honeywell c/ Commission T-209/01 et General Electric c/ Commission T-210/01 du 14 décembre 2005.

⁶ Voir l'intervention faite à titre personnelle par Monsieur Pascal CARDONNEL, référendaire au cabinet de Mme le juge LINDH, TPICE, Luxembourg, lors de l'atelier de la concurrence sur le thème « *Comment seront contrôlées les concentrations verticales et conglomérales après GE/Honeywell et Tetra-Laval/Sidel ?* » du 5 avril 2006, DGCCRF.

7. **Concernant la question A** relative à l'obligation de divulgation des preuves, la Fédération française de la franchise estime que le principe *Nemo contra se edere tenetur*⁷ doit connaître son plein effet juridique. Dès lors, une obligation de divulgation ne doit pas être imposée pour pallier la propre défaillance probatoire du demandeur à l'action. La Fédération française de la franchise fait sien l'adage *Omnes Probandi incumbit actori*⁸

8. **Concernant la question B** relative à l'accès aux documents détenus par une autorité de concurrence, sans préjudice de la notion de la prohibition de l'auto-incrimination, il semble à la Fédération française de la franchise que la communication de document ne peut en aucun cas concerner les documents soumis à la protection du secret des affaires ou toute reconnaissance du caractère confidentiel des informations.

9. **Concernant la question C**, la Fédération française de la franchise s'oppose à la création d'un principe sur la base de celui induisant « *le pénal tient le civil* ». Il convient de rappeler que cette règle n'a pas la portée générale que certains peuvent espérer et ne prévaut que pour une stricte similitude de faits. La faute anticoncurrentielle est-elle similaire à la faute inhérente à une responsabilité de droit commun préluce à une action en dommages et intérêts ?

10. **Concernant la question D**, la Fédération française de la franchise estime que la notion de responsabilité suppose que soit réunies trois conditions nécessaires et suffisantes, à savoir, une faute, un préjudice et un lien de causalité. La notion de responsabilité sans faute est, semble-t-il pour la Fédération française de la franchise, une notion d'exception en droit de la responsabilité. Comme toute exception, celle-ci doit être justifiée par d'impérieuses nécessités, dont la situation de la sanction d'un comportement anticoncurrentiel est exclusive. La Fédération française de la franchise estime donc que la démonstration d'une faute doit rester un des piliers de la démonstration d'une responsabilité de droit commun en matière d'action civile⁹.

11. **Concernant la question E**, cette dernière regroupe, au vu des options déclinées, deux hypothèses : d'une part la notion de dommages et intérêts et d'autre part, le point de départ de ces derniers.

12. concernant la première hypothèse, et toujours dans une orthodoxie juridique, il semble à la Fédération française de la franchise, que seule la réparation du préjudice réellement subi est envisageable.

13. concernant la seconde hypothèse, il semble à la Fédération française de la franchise, que seule la date du jugement peut être prise en compte, du fait de la nature même des pratiques et de l'encadrement législatif actuel. En effet, depuis la réforme de fond engagée par la Commission, les opérateurs doivent avoir une vision proactive dans l'approche de leur pratique. La qualification est sauf exception, liée à un contrôle *a posteriori*. Donc en dehors des cas des pratiques ayant un objet anticoncurrentiel, c'est seulement à l'examen des effets

⁷ « *Nul n'est tenu de produire contre lui-même* »

⁸ « *La charge de la preuve incombe au demandeur.* »

⁹ Même s'il lui semble évident que le juge étatique pourrait considérer que la faute est constituée dès lors que la pratique aura été jugée comme anticoncurrentielle, du fait du non respect de prescription légale entaché d'ordre public économique.

que la qualification est certaine. Il serait donc injustifié d'induire une rétroactivité des dommages et intérêts.

14. **Concernant la question H**, relative à la création et l'existence d'actions collectives et la protection des intérêts des consommateurs, la Fédération française de la franchise estime qu'une telle voie ne peut être suivie. La Fédération française de la franchise fait sienne l'analyse de M Bruno Lasserre, Président du Conseil de la concurrence¹⁰.

15. Ce dernier estime que des difficultés juridiques et pratiques empêchent une telle création d'action collective en matière de protection des intérêts des consommateurs.

16. Au-delà de la notion de consommateur, la Fédération française de la franchise estime que les garanties juridiques ne sont pas suffisantes pour permettre la création d'une action collective introduite par un groupe, même constitué par des non-consommateurs finals.

17. **Concernant la question I**, la Fédération française de la franchise estime que dans une société qui tend naturellement à se judiciaireiser, il convient de conserver les mécanismes propres à rappeler l'importance d'une telle démarche.

18. **Concernant la question K**, la Fédération française de la franchise, estime qu'eu égard à l'approche « marché » sous son angle géographique, les règles en matière de droit applicable doivent distinguer entre les ententes à dimension pluri-étatique et mon-étatique.

19. **Concernant la question M**, la Fédération française de la franchise estime que la saisine d'une autorité de concurrence n'est pas suffisante pour induire une suspension des délais de prescription pour les pratiques ayant un effet anticoncurrentiel. La connaissance de la licéité ou de l'illicéité des pratiques n'étant certaine qu'au prononcé de la décision définitive, la suspension des délais ne doit être effective qu'à cette date.

¹⁰ Rapport sur l'action de groupe, remis au Ministre de la Justice et Garde des sceaux et au Ministre de l'Economie des finances et de l'industrie, page 37 et 38.