

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 01-A-13 du 19 juin 2001

relatif à une demande d'avis de l'Union Fédérale des Consommateurs sur les conditions d'une concertation entre les associations de consommateurs et la profession bancaire

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 22 décembre 2000 sous le numéro A 323, par laquelle l'Union Fédérale des Consommateurs a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis, en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment ses articles 10 et 81 ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu le code monétaire et financier et le code de la consommation ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du gouvernement entendus, les représentants de l'Union fédérale des consommateurs, de l'association Familles rurales, et de l'ADEIC, entendus conformément à l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

L'association saisissante a posé au Conseil les questions suivantes :

" I) Les associations de consommateurs et les entreprises du secteur bancaire peuvent-elles participer à des réunions de concertation dans le cadre d'une mission de consultation sollicitée par les pouvoirs publics relative aux services bancaires ?

II) Quelle attitude les participants à ces réunions doivent-ils adopter en cas d'évocation de la question de la composition et du prix des services bancaires et notamment la possibilité d'échanges d'information préalables à la communication et à la fixation du prix des services ? "

Les questions posées au Conseil sont d'ordre général et relatives à d'éventuelles concertations entre les associations de consommateurs et les représentants d'un secteur professionnel, en l'occurrence le secteur bancaire ; elles ne visent pas les conditions d'une négociation particulière.

I. - La possibilité pour les associations de consommateurs de se concerter avec la profession bancaire

A. - Le droit de la concurrence ne s'oppose pas au principe d'une concertation

L'article 81 du traité de Rome comme le droit national de la concurrence n'ont interdit que les actions concertées ou les ententes susceptibles de porter atteinte, au libre jeu de la concurrence. Rien ne s'oppose donc, en principe, à ce que des rencontres aient lieu entre des associations de consommateurs et des entreprises, notamment du secteur bancaire ou leurs organismes représentatifs. Une concertation a, d'ailleurs, été engagée à l'initiative des pouvoirs publics en 1998. La jurisprudence constante du Conseil, sur les structures communes à plusieurs entreprises en situation de concurrence entre elles, telles une société, une association ou un GIE réunissant des entreprises indépendantes, ne les considère pas davantage comme constitutives, de pratiques d'entente prohibées par nature. Dans chaque cas d'espèce, il faut simplement rechercher si ces structures n'ont pas été utilisées pour mettre en œuvre des pratiques concertées faussant le jeu de la concurrence sur le marché ou susceptibles d'avoir un tel effet et si elles ne sont pas, dès lors, en infraction avec le droit de la concurrence.

B. - La possibilité pour une association de consommateurs d'être impliquée dans une entente anticoncurrentielle

Une association de consommateurs, qui participerait, aux côtés d'entreprises ou de leurs organismes représentatifs, à une réunion dont l'objet ou l'effet anticoncurrentiel serait avéré, pourrait être sanctionnée par le Conseil de la concurrence.

Certes, en général, le sujet du droit de la concurrence est l'entreprise, ce que, sauf cas particulier, les associations de consommateurs ne sont pas ; ce sont des entreprises qui sont, presque toujours, condamnées pour avoir organisé ou participé à des ententes anticoncurrentielles. Cependant, l'article L. 420-1 du code de commerce (anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) qui définit et prohibe les ententes anticoncurrentielles, ne précise pas que ces ententes doivent être le fait d'entreprises. La première question qui est posée par la présente demande d'avis peut donc être ainsi formulée : des associations de consommateurs qui participent, au côté d'entreprises, à des réunions débouchant sur des ententes prohibées par le droit de la concurrence, peuvent-elles se voir sanctionnées ?

Cette question a été récemment éclairée de façon précise par la cour d'appel de Paris. Dans un arrêt " Syndicat du livre " du 29 février 2000, la cour a précisé qu'une entente anticoncurrentielle n'est constituée que si l'une au moins des parties à l'entente peut être considérée comme acteur économique exerçant une activité sur le marché, c'est-à-dire si l'une au moins des parties à l'entente est une entreprise. Il s'ensuit que les autres parties à l'entente sont éventuellement sanctionnables, même s'il ne s'agit pas d'entreprises.

En conséquence, des réunions ou des accords anticoncurrentiels associant des entreprises à des organisations de consommateurs pourraient conduire le Conseil de la concurrence à sanctionner ces dernières sur la base du droit national de la concurrence.

Il n'en va pas de même en droit communautaire : l'article 81 du traité de Rome ne vise que les ententes entre entreprises. Les autres participants à des ententes anticoncurrentielles prohibées par cet article ne peuvent donc être sanctionnés, de ce chef, ni par le Conseil de la concurrence, en tant qu'il applique le droit communautaire, ni par la Commission.

S'agissant plus précisément de la régularité au regard du droit interne des réunions de concertation entre associations de consommateurs, d'une part, et banques, d'autre part, (éventuellement par l'intermédiaire d'organismes regroupant plusieurs banques) il apparaît que de telles réunions remplissent deux des trois conditions susceptibles de conduire à l'application aux unes et aux autres des dispositions du livre IV du code de commerce :

- une au moins des parties à la concertation est un acteur économique exerçant une activité sur un marché ;
- son activité est soumise au droit de la concurrence puisque l'article L. 511-2 du code monétaire et financier a rendu le droit de la concurrence applicable aux établissements de crédits.

Cependant, les sanctions édictées par l'article L. 464-2 du code de commerce ne sont encourues que si les réunions dont il s'agit ont un objet ou peuvent avoir un effet anticoncurrentiel.

Les associations de consommateurs doivent donc veiller à ne pas animer ou participer à des concertations ayant un tel objet ou pouvant avoir un tel effet.

Indépendamment des risques juridiques encourus, les associations de consommateurs, soucieuses par vocation des intérêts de leurs membres, évitent de toute façon, ainsi que cela a été affirmé en séance que, sous couvert de concertation avec elles, des entreprises concurrentes ne s'entendent pour augmenter leurs prix ou dégrader la quantité ou la qualité de leur offre au détriment des consommateurs. Toutefois, le dialogue avec les entreprises est essentiel pour ces organisations. Il convient donc de définir clairement les conditions dans lesquelles le dialogue doit s'instituer et la nature des informations qui peuvent être échangées sans risque de porter atteinte à la concurrence. C'est l'objet de la deuxième partie du présent avis.

II. - Les sujets qu'il est en principe interdit de traiter dans le cadre d'une concertation

A titre liminaire, le Conseil relève qu'un certain nombre de réunions de concertation ou d'accords, auxquels les associations de consommateurs peuvent être parties, ne présentent, en principe, pas de problème :

- les concertations entre associations de consommateurs elles-mêmes ;
- les concertations entre associations de consommateurs et pouvoirs publics.

Le cas d'une concertation entre une association de consommateurs et une entreprise individuelle devrait, en général, poser peu de problèmes. Un certain nombre de risques peuvent, cependant, être évoqués : une pluralité de contacts bilatéraux entre une association et une série d'entreprises concurrentes pourrait conduire indirectement à une circulation d'informations entre ces entreprises elle-mêmes ; un appel au boycott des produits d'une entreprise tierce décidé d'un commun accord par une association de consommateurs et une entreprise poserait également des problèmes ; d'autres risques sont sans doute envisageables mais ils apparaissent, dans l'ensemble, assez théoriques.

Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsqu'une association de consommateurs participe à une concertation avec plusieurs entreprises concurrentes entre elles, la présence de l'association de consommateurs est sans influence sur l'appréciation du caractère licite ou non de la réunion : **ce qui compte, c'est de savoir si les échanges d'informations ou les accords auxquels parviennent les entreprises sont ou non interdits.**

Le caractère acceptable ou non des sujets discutés entre les parties et des résultats de la concertation par rapport aux pratiques interdites par le droit de la concurrence renvoie aux règles établies par l'article L. 420-1 et à leur interprétation par la jurisprudence. En cas de contentieux, une analyse des pratiques effectivement constatées sera effectuée et conduira à l'établissement de qualifications juridiques. Au cas présent, la réponse à la question formulée par l'UFC ne peut consister qu'à rappeler quelques grands principes.

Trois points seront particulièrement examinés : la nature des informations échangées, la possibilité de définir des prestations minimales et l'abstention de toute intervention sur la libre formation des prix des services vendus.

A. - L'échange d'informations entre les parties

L'autonomie des opérateurs dans leurs décisions de fixation des prix et, plus généralement, dans leur stratégie commerciale, représente une condition indispensable pour que se développe une compétition entre offreurs, qui est un élément déterminant du libre jeu de la concurrence. Un simple échange d'informations, même s'il ne porte pas sur les prix, est susceptible de constituer une pratique prohibée lorsqu'il peut avoir pour effet de dissuader les entreprises de déterminer leurs prix à partir des conditions réelles de leur propre exploitation.

Les associations de consommateurs ne doivent donc pas, à la faveur de la concertation, permettre aux banques de prendre connaissance de leurs coûts respectifs.

A ce titre, les principes développés de manière récurrente par la Commission européenne dans son rôle d'examen des accords entre entreprises, sur ce qu'il convient ou non d'admettre en matière d'échanges d'informations, peuvent être rappelés, notamment en ce qui concerne les accords qui ont pour but la réalisation de statistiques ou d'études. Les échanges d'informations ne doivent pas permettre aux concurrents d'identifier des positions individuelles sur le marché concerné, que ce soit par le biais de la taille de l'échantillon retenu, la périodicité d'établissement des informations (d'où la nécessité de leur recueil a posteriori) leur ancienneté, ou la ventilation par catégorie des consommateurs ou des fournisseurs de services.

B. - La possibilité d'une concertation sur le contenu des services proposés aux consommateurs

En matière bancaire, les services proposés aux consommateurs prennent, le plus souvent, la forme d'une offre d'adhésion à des prestations types, laissant peu de marge de négociation à chaque client. Dans ce contexte, il est légitime que les associations de consommateurs cherchent à obtenir, par une négociation globale, l'élimination ou l'amélioration des pratiques qui seraient défavorables aux consommateurs, ou, d'une manière générale, l'instauration de relations plus équilibrées entre les banques et leurs clients.

L'expression de ce besoin doit toutefois prendre en compte l'interdiction par l'article L. 420-1 des actions concertées conduisant à restreindre l'accès au marché, à organiser son fonctionnement, à répartir les débouchés et plus généralement, à limiter la liberté d'offre commerciale. Une décision n° 88-0-37 relative au groupement des cartes bancaires du Conseil de la concurrence a rappelé que : "*La mise au point concertée de contrats types directement applicables dans les relations entre les entreprises qui ont participé à leur élaboration et leur clientèle peut affecter la concurrence sur le marché concerné lorsque les clauses de ces contrats sont de nature à restreindre la liberté commerciale ou la liberté de gestion des cocontractants ; que l'effet anticoncurrentiel de telles clauses est d'autant plus important que les auteurs de ces contrats types sont les seuls fournisseurs sur le marché*".

La définition par la voie de la concertation d'un contenu minimal pour certaines prestations est envisageable, à condition que l'accord sur un contenu minimal ne conduise pas à restreindre les moyens par lesquels les entreprises peuvent différencier leur offre. Chaque banque devrait donc garder la faculté d'individualiser et d'améliorer son offre commerciale par rapport au contenu minimal et les consommateurs la capacité de prendre connaissance et de choisir entre les différentes offres. La satisfaction des consommateurs est, en effet, fonction de la diversité des prestations offertes et de leur prix de vente. Il est exclu que la concertation aboutisse à une situation semblable à celle relevée par le Conseil dans sa décision relative à " la concurrence dans le secteur du crédit immobilier " du 19 septembre 2000 : "*Toute incertitude est levée et le fonctionnement de la concurrence se trouve faussé lorsque chaque réseau [bancaire] est assuré que ses concurrents appliqueront la même politique commerciale que lui*".

Ainsi, un accord par lequel toutes les banques, non seulement s'engageraient à offrir un service de base comportant un nombre minimal de prestations mais, en outre, s'interdiraient de proposer, également, pour un prix éventuellement plus bas, le même service avec un contenu moins riche, pourrait présenter un caractère anticoncurrentiel dans la mesure où il limiterait l'indépendance commerciale des établissements de crédits.

C. - La question des prix des services

Le cadre général s'imposant aux parties pour d'éventuelles discussions relatives aux prix des biens et services est très restrictif, l'article L. 420-1/2^e interdisant toute action concertée tendant à "*faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse*".

L'obstacle à la libre fixation des prix par le jeu de l'offre et de la demande peut prendre la forme de prix imposés, de prix minima, ou de diffusion d'informations ou de barèmes. La jurisprudence sanctionne régulièrement des ententes entre opérateurs sur un même marché consistant à élaborer en commun et à diffuser des barèmes de prix ou des prix standards.

Au niveau communautaire, une analyse similaire prévaut. La Cour de justice européenne, dans un arrêt " groupement des fabricants de papiers peints de Belgique " du 26 novembre 1975, retient que : "*La réglementation du marché pratiquée par le groupement, caractérisée par sa politique de prix et de rabais et assortie de sanctions en vue de la stricte observation des conditions générales de vente, avait pour objet et pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en Belgique*".

L'hypothèse d'une concertation sur un prix maximum ou conseillé pour certains services disponibles dans les réseaux bancaires doit également être examinée. La jurisprudence s'est souvent montrée, en apparence, très libérale au sujet des prix maximum établis en concertation. Comme le rappelle le Conseil dans une décision n° 99-D-18 du 2 mars 1999 : "*la diffusion de prix maximum de revente ou de prix conseillés ne constitue pas une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 [devenu l'article L. 420-1], à condition que ces prix ne revêtent pas en réalité le caractère de prix imposés ou de prix minima*". Toutefois, l'admission, dans les conditions ainsi précisées, de la pratique du prix maximum par le droit de la concurrence ne concerne que l'organisation par une entreprise de son réseau de distribution pour la diffusion de ses produits ou le cas des groupements d'indépendants ou des réseaux d'entreprises franchisées. En d'autres termes, la pratique du prix maximal imposé est admise lorsqu'elle est mise en oeuvre dans le cadre d'une entente à caractère "vertical". Rien, dans la jurisprudence, ne permet de penser qu'un prix maximal concerté dans le cadre d'une entente "horizontale" serait licite ; une telle pratique limite, en effet, la liberté commerciale des offreurs dans des conditions dont il n'est pas certain que les consommateurs bénéficient. Par exemple, un prix plus élevé que le maximum imposé pourrait soit permettre d'offrir un meilleur service, soit donner à l'entreprise des ressources l'autorisant à proposer un autre produit à un prix plus bas ou de meilleure qualité. Il convient également de rappeler que, dans un arrêt "société ITM France" du 27 janvier 1998, la Cour de cassation approuve la cour d'appel de Paris pour avoir retenu, au soutien de la sanction pécuniaire prononcée contre la société ITM sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, que "*les revendeurs disposent, en réalité d'une marge de manœuvre réduite à l'extrême par le caractère très bas des prix maximum (...), et par les principes mêmes qui, par la charte des mousquetaires, gouvernent les relations entre ITM et ses franchisés, leur faisant obligation de ne pas s'éloigner dans des proportions importantes des prix établis, (...), et leur interdisant de pratiquer des prix supérieurs au prix maximum ou de le baisser encore d'une manière anormale*".

En tant que tel, le niveau souhaitable du prix de vente aux consommateurs ne saurait donc figurer à l'ordre du jour d'une concertation entre associations de consommateurs et profession bancaire.

III. – La possibilité de bénéficier des dispositions de l'article L. 420-4 du code de commerce

Des concertations ou des accords anticoncurrentiels, tels que ceux qui ont été envisagés au point II, peuvent, dans certains cas, échapper aux dispositions prohibant les ententes anticoncurrentielles s'ils entrent dans les prévisions de l'article L. 420-4 du code de commerce aux termes duquel "*ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :*

1. qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;
2. dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique".

L'objet des remarques qui suivent n'est pas d'explorer toutes les possibilités offertes par ces dispositions mais d'examiner si le cadre particulier des concertations évoquées (rencontres entre associations de consommateurs et professionnels du secteur bancaire en vue de rechercher une plus grande protection de consommateurs) pourrait, le cas échéant, conduire à envisager leur application.

a. - L'absence de texte offrant un cadre juridique spécifique aux concertations entre associations et banques

Les rencontres organisées au cours de la période récente sur la base de la nomination d'un médiateur et d'une lettre du ministre des finances définissant sa mission et les conditions de son exercice résultent d'une simple décision qui n'emporte aucune conséquence juridique.

Les textes propres au secteur bancaire ne répondent pas, ou très partiellement, au besoin identifié par l'UFC. Le code monétaire et financier a institué, dans son article L. 614-6, un comité consultatif réunissant les établissements de crédit et leur clientèle, mais celui-ci, en raison de sa composition et de ses pouvoirs, est une structure inadaptée à la prise en charge de la concertation recherchée. Le comité accueille, en effet, des représentants de toutes les catégories de clients des banques (agriculteurs, artisans, commerçants, entreprises) à côté de ceux des consommateurs, ainsi que les organisations syndicales représentatives du personnel des établissements de crédit. Son rôle se limite à émettre des avis sur des questions posées par les pouvoirs publics et non à servir de cadre à la négociation d'accords entre associations de consommateurs et banques. En tout état de cause, la disposition précitée ne prévoit en aucune manière que les concertations qui se déroulent dans ce cadre puissent aboutir à des accords dérogeant aux règles de la concurrence.

Le code de la consommation (articles L. 411-1/R. 411-1 et suivants) ne donne de définition ni de la fonction ni des pouvoirs d'une association de consommateurs, se bornant à poser des règles pour leur agrément par les pouvoirs publics et à prévoir la possibilité d'agir en justice dans certains types de contentieux. Par ailleurs, les dispositions de ce code ne concernent que partiellement les services bancaires. Actuellement, le code ne traite pas de questions comme l'information des consommateurs sur les tarifs des produits et services, l'interdiction des ventes liées ou avec prime, le refus de vente (hormis la procédure du droit au compte géré par la Banque de France mise en œuvre par le décret du 17 janvier 2001, mais ne concernant qu'environ 6 000 personnes) ou la vente à perte dans le secteur bancaire.

Il est donc clair qu'aucun texte ne permet de revendiquer le bénéfice des dispositions de l'article L. 420-4 du code de commerce pour les concertations en cause.

B. - L'existence d'un progrès économique

Par ailleurs, la question se pose de savoir si l'objectif visé par ces concertations n'est pas de ceux qui pourraient permettre d'invoquer le bénéfice de l'article L. 420-4-2° du code de commerce parce que ces pratiques contribueraient au progrès économique et au bien être des consommateurs. En effet, une meilleure protection des consommateurs, l'amélioration de leur information et de leur sécurité sont des contributions au progrès économique qui peuvent être invoquées pour établir que des pratiques anticoncurrentielles ne tombent pas sous le coup de l'interdiction formulée par l'article L. 420-1 (voir, par exemple, Conseil de la concurrence n° 87-D-15, n° 87-D-53 ou n° 93-D-13).

Mais il n'est pas possible de tirer de cette considération la conséquence que toute limitation concertée de la liberté commerciale des banques serait exemptée dès lors que cette limitation viserait à mieux protéger le consommateur. Les textes et la jurisprudence ont, en effet, prévu une série de conditions supplémentaires qui ne peuvent être appréciées qu'au cas par cas. Il faut, pour que l'exemption puisse être reconnue :

- que le progrès économique invoqué résulte directement de la pratique anticoncurrentielle constatée (Conseil de la concurrence : n° 92-D-56 ; C.A. Paris, 10 décembre 1992, SPAD de Sogédra) ;
- que la restriction de concurrence litigieuse soit nécessaire à la réalisation de ce progrès économique (C.A. Paris, 8 juillet 1992, Soc Carrières Gouteru, CC 92-D-30) ;
- que les pratiques restrictives réservent aux consommateurs une part équitable de profit qui en résulte (art. L. 420-4-2 du code de commerce) ;
- que les entreprises ne se voient pas offrir ainsi la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (art. L. 420-4-2 du code de commerce).

Ainsi, un accord au sujet du contenu d'une prestation bancaire minimale réservée aux clients les plus défavorisés et visant à prévenir leur exclusion de la vie économique pourrait, en fonction de son contenu, être considéré comme contribuant au progrès économique. Encore faudrait-il s'assurer, au vu du détail de l'accord et de ses conditions de mise en œuvre, que les autres conditions de l'exemption pour contribution au progrès économique sont satisfaites.

Dans ces conditions, si une éventuelle exemption n'apparaît pas inconcevable, il n'est pas possible d'affirmer que, du seul fait de leur spécificité et de leurs objectifs, des accords anticoncurrentiels issus d'une concertation entre associations de consommateurs et banques pourraient bénéficier de l'exemption prévue à l'article L. 420-4.

IV. - L'hypothèse d'une concertation entre partenaires socioprofessionnels préalable à une intervention de la loi

Il est loisible au législateur, notamment pour des motifs de protection du consommateur, de limiter la liberté commerciale des entreprises, sous réserve que les dispositions adoptées ne soient pas incompatibles avec le traité de Rome. Une concertation entre entreprises, avec ou sans la présence d'associations de consommateurs, pourrait donc être organisée à la demande des pouvoirs publics dans le but d'étudier des propositions qui, ultérieurement, pourraient être reprises à son compte par le législateur. Le statut de telles concertations, au regard du droit de la concurrence, mérite d'être examiné de façon particulière.

La Cour de justice des communautés européennes a eu à se prononcer sur cette question. Il résulte de sa jurisprudence que le fait que le résultat d'un accord entre entreprises contraire au droit de la concurrence, en l'espèce un accord sur les prix, ait été ultérieurement intégré à une disposition législative ou réglementaire ne fait pas disparaître le caractère prohibé de l'accord, même si ce dernier est intervenu à la demande des pouvoirs publics ou dans un cadre régi par le droit public. Le simple fait, pour des opérateurs économiques ou leurs groupements, de se mettre d'accord sur un prix minimal et de le transmettre à l'autorité publique, aux fins que celle-ci le rende obligatoire, constitue une pratique anticoncurrentielle prohibée et donc susceptible d'être sanctionnée (CJCE, 30 janvier 1985, Bureau national interprofessionnel du cognac/Guy Clair). Il semble que la jurisprudence nationale n'aurait pas de raison de traiter différemment un cas semblable qui lui serait soumis.

Il en résulte qu'une concertation, qui aurait pour seul objet de coordonner des politiques commerciales (et notamment des prix) pratiqués par des concurrents, pourrait donner lieu à sanction même si les résultats de

l'accord étaient ensuite intégrés à une législation ou à une réglementation et même s'il était évident, que tel devait être, dès l'origine, le destin de l'accord.

Il convient d'ajouter qu'une fois la législation nationale adoptée, celle-ci risque de ne pouvoir être invoquée pour demander, au titre de l'article L. 420-4-1, l'exemption de pratiques anticoncurrentielles postérieures. En effet, la jurisprudence communautaire considère comme incompatible avec le traité les législations nationales " *visant à renforcer les effets d'ententes préexistantes* ", ce qui est le cas d'une législation qui se borne à " *reprendre totalement ou partiellement les éléments des accords intervenus entre opérateurs économiques tout en obligeant ou en incitant ces opérateurs à en assurer le respect* " (CJCE, Pascal van Eecke c/SA ASPA, 21 septembre 1988).

Il résulte de ces considérations qu'il est préférable qu'un texte qui viserait à protéger les consommateurs en restreignant la liberté commerciale des entreprises soit adopté sur la base d'une analyse des problèmes posés menée par les pouvoirs publics, en éventuelle concertation avec les associations de consommateurs, plutôt que sur celle d'un accord arrêté à la suite d'une concertation entre associations de consommateurs et entreprises.

*

Le dialogue et la concertation constituent des pratiques qui occupent, à juste titre, une place majeure dans une société démocratique ; il est légitime, pour les associations de consommateurs, d'avoir recours à de tels instruments. Les analyses qui précèdent conduisent cependant à mettre en avant les limites de la concertation :

- **en premier lieu, il n'est pas opportun d'attendre de la concertation entre les entreprises (ou avec un ensemble d'entreprises) des résultats qui relèvent plutôt de l'autorité publique. Chaque fois que la protection des consommateurs, la défense des catégories sociales les plus défavorisées, les progrès de la sécurité ou de l'environnement doivent passer par une restriction de la liberté commerciale des entreprises – et, donc, de la concurrence – il est préférable que la décision soit adoptée par l'autorité publique plutôt que mise en œuvre par un accord entre concurrents même sous l'égide des associations de consommateurs.**
- **en second lieu, lorsqu'une décision de l'autorité publique doit intervenir, les discussions antérieures doivent viser à l'éclairer, voire à l'influencer, mais pas à lui présenter un accord auquel les entreprises concurrentes auraient adhéré et que cette autorité n'aurait plus qu'à entériner.**

En respectant ces deux limites, les associations de consommateurs pourront atteindre simultanément plusieurs objectifs :

- **se prémunir contre le risque d'être condamnées pour avoir elles-mêmes participé à une entente anticoncurrentielle ;**
- **éviter de favoriser de telles ententes, nécessairement néfastes, sur le long terme, aux intérêts des consommateurs ;**
- **éviter de faire courir à des lois ou règlements de protection des consommateurs le risque d'être**

déclarés incompatibles avec le traité de Rome pour avoir renforcé l'effet d'ententes anticoncurrentielles.

S'agissant des concertations effectivement organisées, il convient d'être vigilant sur leur contenu en s'inspirant des principes suivants : limiter les échanges d'informations à des données anonymes, excluant en particulier les éléments de coût propres à une entreprise identifiable ; éviter de discuter du contenu précis et des modalités des prestations et chercher plutôt à en définir le cadre général ; s'abstenir, dans tous les cas, de discuter les prix.

La création, par le biais d'un accord restrictif de concurrence, de prestations minimales universelles, accessibles à tout client ou destinées à un public défavorisé, pourrait éventuellement bénéficier d'une exemption pour contribution au progrès économique mais à la condition que toutes les conditions prévues par l'article L. 420-4 et la jurisprudence soient satisfaites. Le même objectif peut être atteint de façon plus sûre par un recours à la loi.

Délibéré sur le rapport de M. Debrock, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents, Mme Flüry-Herard, MM. Charrière-Bournazel et Robin, membres.

Le rapporteur général,

Patrick Hubert

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen