

L'Autorégulation en Droit Européen des Contrats

Fabrizio Cafaggi*

I. Introduction

Cet article traite des méthodes de réglementation en droit européen des contrats (ci-après DEC) et du rôle de l'autorégulation (ci-après AR). L'AR peut répondre à différents objectifs.² Elle permet d'établir des règles applicables aux contrats, à travers l'uniformisation notamment.³ Elle interpréterait le droit national et européen en proposant des lignes directrices aux entreprises et aux consommateurs. Elle contribue au *monitoring* du comportement des parties au contrat afin d'assurer le respect de ce dernier, et fournit des mécanismes de mise en oeuvre.

L'autorégulation joue d'ores et déjà un rôle significatif au niveau européen. Elle est en effet importante en droit européen des contrats: elle remplirait des fonctions non négligeables dans le processus de rédaction du Cadre commun de référence (ci-après CCR) et, plus largement, dans le processus d'harmonisation du DEC. Dans cet article, nous envisageons l'autorégulation comme un moyen complémentaire d'harmonisation et de réglementation du DEC.

L'emploi de l'autorégulation comme outil d'harmonisation du droit européen des contrats se caractériserait principalement par deux options:

* Professeur de Droit comparé, Institut Universitaire Européen, Florence ; Università degli Studi di Trento, Italie
Cet article s'appuie sur une contribution présentée dans le cadre de la Conférence SECOLA, Prague, juin 2005. Il a bénéficié de nombreux commentaires. L'auteur remercie H. Collins, S. Grundman, N. Reich et S. Whittaker pour leurs remarques constructives pour la présentation ; Hans Micklitz, Mark Patterson et Heike Schweitzer pour leurs commentaires sur la version successive, ainsi que les assistants de recherche Federica Casarosa, Barbara Gabor, Karstens Hoppe, Bjorn Lundqvist et Veljko Milutinovic. Article traduit de l'anglais par Ounia Nathalie Doukouré, doctorante en droit, Institut Universitaire Européen, Florence. NdT: les numéros de page des différents actes des institutions européennes cités en référence (Journal Officiel, Recueil, Communications, etc.) correspondent aux versions anglaises de ces documents.

² Sur le rapport entre autorégulation et droit des contrats, voir **H. COLLINS**, *Regulating Contracts*, Oxford, OUP, 1999.

³ NdT: le terme anglais *standardisation* se traduit également par 'standardisation' en français. Dans le cadre du présent article, nous retiendrons le terme 'uniformisation', conformément au vocabulaire utilisé dans les versions françaises des différents actes de référence des institutions européennes (Commission, Parlement, Conseil et Cour de justice notamment).

1) Utilisation en complément ou en substitution

L'autorégulation peut être un instrument – partiel ou total – d'harmonisation: elle peut (a) compléter le renforcement ou l'assouplissement du droit ou (b) remplacer, dans certains domaines, l'harmonisation réalisée par le 'droit dur'.

2) Utilisation générale ou sectorielle

L'autorégulation peut être générale et/ou sectorielle: elle peut opérer dans le cadre général du CCR ou déterminer les documents-types à utiliser dans chaque secteur, réglementé ou non (banque, assurances, valeurs mobilières).

La première alternative (complémentarité ou substitution) dépend en partie du type de législation existant: le rôle de l'autorégulation sera plus fort dans un système reposant sur des principes et plus faible dans un cadre reposant sur des règles.

En pratique, l'AR s'utilise à la fois en complément et en substitution: elle complète la législation existante en la précisant ou en l'interprétant; elle s'y substitue lorsqu'elle harmonise (avec des contrats-types, des 'marchés-cadres' ou des accords-cadres) les relations contractuelles qui, sinon, seraient réglementées de différentes manières au niveau national. En outre, du point de vue de l'Etat ou des institutions européennes, l'autorégulation en DEC impliquerait une évolution fonctionnelle du monopole 'théorique' de l'activité législative vers un duopole. Ce changement peut se révéler bien plus radical si le législateur, européen ou national, devient un coordinateur et/ou un médiateur des différents organismes d'autorégulation, négociant avec ces derniers les règles du droit des contrats. L'évolution de la régulation en Europe déterminera probablement l'agencement à venir entre ces deux identités.

Cet article vise principalement à (1) démontrer la nécessité d'envisager l'autorégulation comme un élément indispensable du débat relatif à la définition du Cadre commun de référence du droit européen des contrats, (2) identifier les rôles et limites de l'autorégulation dans la formation du droit européen des contrats et (3), de manière plus

générale, montrer la forte corrélation entre la gouvernance des organismes d'autorégulation et le contenu du droit européen des contrats.

II. L'élaboration de la réglementation (*rule making*) en droit européen des contrats

L'autorégulation peut avoir lieu dans le cadre de modèles contractuels ou organisationnels.

Elle peut établir des règles (*standard-setting*), aussi bien en matière de protection des consommateurs que de transactions entre entreprises (*business to business transactions*). Elle jouerait un rôle dans la définition des clauses et conditions types du droit des contrats.⁴ Vu que l'AR complète la réglementation des Etats, ses fonctions seraient différentes dans les transactions *BtoC*, *BtoB*, et *Btob*.⁵ L'autorégulation peut jouer – et joue *de facto* – un rôle plus significatif dans les relations *BtoB* et, de manière plus générale, en ce qui concerne la *lex mercatoria*.

L'autorégulation peut également servir de système de contrôle et d'informations (*monitoring system*) pour identifier les différentes modalités d'application du droit européen des contrats 'imbriquées' dans l'exercice de l'autonomie de la volonté. Si les intuitions des économistes néo-institutionnels sont correctes, il y aurait de bonnes raisons de croire que l'exercice de la liberté contractuelle varie non seulement en fonction du cadre institutionnel, mais aussi des modèles comportementaux des parties au contrat. Il est donc possible d'introduire des clauses contractuelles différentes en raison de la diversité des acteurs socio-économiques dans un même marché. Les organismes d'autorégulation peuvent contrôler ces procédures et aider à coordonner et gérer les différences. L'autorégulation jouerait un autre rôle si le *monitoring* vise les relations *BtoB* ou *BtoC*.

⁴ L'activité de la Chambre de Commerce International en constitue un exemple. Cet organisme propose des clauses pour les contrats commerciaux internationaux: les pratiques et coutumes uniformes pour les crédits documentaires (*Uniform Customs and practice for documentary credits - UCP*) et les Incoterms (*international commerce terms*).

⁵ *BtoB* fait référence aux rapports égaux des entreprises (*business to business*). *Btob*, à l'inverse, fait référence aux relations asymétriques des entreprises, dues à un pouvoir de marché, à des informations asymétriques ou à d'autres facteurs.

De plus, l'AR peut fonctionner en complément de l'intervention judiciaire pour résoudre des différends contractuels, avec l'utilisation du système alternatif de règlement des conflits (*ADR*) et l'arbitrage.

Dans cet article, nous nous concentrerons sur la définition des normes (*standards*) et mettrons en évidence ses différentes dimensions.

L'AR peut contribuer à la détermination des clauses et conditions types dans le cadre du CCR de la Commission européenne. Elle peut jouer un rôle plus significatif dans la création de 'marchés-cadres' et de contrats-types dans des secteurs précis (banque, assurances, valeurs mobilières, électricité, transports, *etc.*).⁶ Notons que dans chaque domaine, plusieurs contrats-types sont proposés par des organisations professionnelles.⁷ Etant donné que de nombreuses clauses contractuelles minimales permettent aux opérateurs d'agir (*enabling contract clauses*), l'autorégulation compléterait l'activité législative de création de modèles 'par défaut' en permettant d'uniformiser les clauses contractuelles. Plusieurs initiatives existent déjà, notamment en ce qui concerne les industries caractérisées par d'importants effets de réseau telles que les secteurs des assurances, de la banque, des télécommunications et des transports.⁸

⁶ En ce qui concerne les valeurs mobilières, cf. les règles compilées (*rulebooks*) des marchés boursiers, notamment Euronext. Voir *infra* note 141.

⁷ Sur le rôle des organisations privées en ce qui concerne la production des contrats-types dans le cadre de la gouvernance, voir **F. CAFAGGI**, "New modes of governance in EPL", in **F. CAFAGGI et H. MUIR WATT**, *The making of European Private Law. Governance Design* (titre provisoire), à paraître, 2007.

⁸ Par exemple, au niveau européen: les contrats-types (*Agency, Distributors abroad, Consortium Agreement et International Technology License Agreement*) et les conditions générales des contrats de l'Association européenne des industries de la mécanique (*European Engineering Industries Association: Orgalime*), disponible sur <http://www.orgalime.org/publications/forms.htm> et <http://www.orgalime.org/publications/conditions.htm> au 18/03/2007; les contrats -cadres en matière d'énergie de l'EFET (*European Federation of Energy Traders*) disponible sur <http://www.efet.org/Default.asp?Menu=5> (dernière visite le 18/03/2007); l'accord cadre européen pour les transactions financières (*European Master Agreement - EMA*) 'parrainé' par la Fédération bancaire de l'Union européenne (*European Banking Federation - FBE*) en collaboration avec le Groupement européen des caisses d'épargne (*European Savings Banks Group*) et le Groupement européen des banques associatives (*European Association of Cooperative Banks*); le cadre uniformisant les paiements par cartes (*SEPA Cards Framework - SCF*) dans l'Espace unique de paiement en Euros (*Single Euro Payments Area - SEPA*) développé par le Conseil européen des paiements (*European Payments Council*), disponible au 18/03/2007 sur: http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/SEPA%20Cardsframework_027_05_Version2%200.pdf; le code de conduite pour le taux européen EONIA SWAP INDEX de la FBE-Euribor, disponible sur <http://www.eoniaswap.org/Content/Default.asp?PageID=143> (dernière visite 18/03/2007); le code de conduite Euribor rédigé par la Fédération bancaire européenne (FBE), l'Association cambiste internationale (Forex: *Financial Markets Association - ACI*), le Groupement européen des caisses d'épargne et le Groupement européen des banques associatives disponible sur http://www.euribor.org/html/content/euribor_code.html (dernière visite 18/03/2007); codes de conduite (visant à protéger les consommateurs et les vendeurs) adopté par la Fédération des associations européennes de vente directe (*Federation of European Direct Selling Associations - FEDSA*) disponible sur <http://www.fedsa.be/main.html> (dernière visite 18/03/2007); le Code de conduite des

Nous examinerons différents acteurs et formes de réglementation opérant dans la régulation privée.

En ce qui concerne les premiers, sont considérées les organisations privées indépendantes et les organisations ayant un intérêt propre. Ces dernières sont également différenciées en fonction de la nature des intérêts qu'elles représentent. Il existe notamment une distinction clé en droit de la concurrence (qui joue un rôle moins important en droit des contrats) entre les organisations créées en raison d'intérêts (*interest-based organisations*) et celles constituées sur la base de la connaissance ou de l'expérience pratique (*knowledge- ou expertise-based organisations*).⁹

En ce qui concerne l'environnement institutionnel, nous soutenons que les modalités de mise à disposition de la réglementation constituent également un critère de distinction. Les organisations privées fournissent les réglementations (dont le contrat-type) contre paiement (plus généralement contre rémunération), gratuitement ou les deux à la fois, selon le type de règles concernées ou les utilisateurs potentiels.

En Europe, les marchés intégrés nécessitent un fort degré de coordination, handicapé par la coexistence de systèmes juridiques reposant sur des langues et cultures différentes. Le fait que la volonté d'une harmonisation minimum prévale encore a permis une grande diversité entre les Etats membres actuellement examinés.¹⁰

avocats de l'Union européenne adopté par le Conseil des barreaux européens (CCBE) et les codes de conduite nationaux disponible sur http://www.ccbe.org/en/documents/code_deonto.htm (dernière visite 18/03/2007). Par exemple, au niveau national: *Allgemeine Geschäftsbedingungen der privaten Banken und andere Klauselwerke* (clauses et conditions contractuelles types des banques privées) élaboré par la *Bundesverband Deutscher Banken* (Association fédérale des banques allemandes) disponible sur <http://www.bankenverband.de/index.asp?channel=101758&art=936> (dernière visite 18/03/2007); *Codice di Autodisciplina* (Code de conduite) adopté par l'Association bancaire italienne (*Associazione Bancaria Italiana*) disponible sur: http://www.abi.it/doc/home/conoscereBanche/sistemaItaliano/sistemaBancario/doc/tmp986312354513_3Codice_di_autodisciplina2.pdf (dernière visite 18/03/2007); le *Banking Code* (Mars 2005) établissant des règles applicables aux banques, aux sociétés de crédit immobilier et aux autres prestataires de services bancaires, adopté par la *British Bankers' Association*, disponible sur <http://www.bba.org.uk/bba/jsp/polopoly.jsp?d=347> (dernière visite 18/03/2007); *Zasady Dobrej Praktyki Bankowej* (Code des meilleures pratiques bancaires) adopté par la *Zwiazek Bankow Polskich* (Association des banques polonaises) disponible sur <http://www.zbp.pl/site.php?s=NGQ3ZTBkNzIxMDc4> (dernière visite 18/03/2007).

⁹ Voir *infra* corps de texte et note 86 l'affaire *Reiff* et la jurisprudence qui a suivi.

¹⁰ Voir *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, Bruxelles 08.02.2007 COM (2006) 744 final.

L'uniformisation collective des formats contractuels par les opérateurs privés constituerait une réponse partielle à ces problèmes. Certes, les contrats uniformisés diminuent les coûts des transactions. Mais ils réduisent aussi la marge de choix des parties contractantes et limiteraient donc la liberté contractuelle. De plus, ils peuvent restreindre la concurrence entre les entreprises sur les clauses contractuelles innovatrices.

En ce qui concerne l'*adoption des règles*, l'AR peut constituer un *vecteur d'harmonisation* (1) en opérant hors du cadre de la législation, dans le domaine de la liberté contractuelle; (2) en complétant la législation européenne, contribuant ainsi à créer des instruments de *soft law* ou (3) en tant qu'outil d'application des mesures d'harmonisation européennes (à la place des législations nationales), lorsqu'il y a délégation formelle aux organisations privées.

Cette fonction devrait être renforcée: elle peut s'inscrire dans un ensemble institutionnel plus structuré permettant d'intégrer les différentes compétences privées et traditions juridiques dans le droit privé européen. De plus, reconnaître le rôle de l'AR mettrait en évidence la nécessité d'élargir le choix entre différentes stratégies de réglementation et d'introduire les contrats de régulation dans le nouveau droit européen des contrats.

Cependant, l'autorégulation n'est pas la seule forme de réglementation privée. Différentes stratégies, élaborées aux niveaux de l'UE et des Etats, peuvent toutes contribuer à la formation du DEC. Leur régime juridique comporte toutefois plusieurs limites. Plus précisément, des règles différentes s'appliquent à l'autorégulation pure, à la co-régulation et à l'autorégulation déléguée, en raison du rôle des autorités publiques et de leur obligation de se conformer au droit européen, aux principes du droit de la concurrence notamment.

L'AR est en effet limitée par un certain nombre de contraintes. Elle est notamment soumise au droit de la concurrence et aux restrictions obligatoires du droit des contrats existant dans l'acquis communautaire et dans les principes communs aux Etats membres en la matière.¹¹ L'objet et les modalités de l'uniformisation sont contrôlés à la fois au regard du

¹¹ En ce qui concerne le rapport entre l'emploi de l'autorégulation, les clauses et conditions contractuelles types et le droit de la concurrence, la Commission reconnaît explicitement les limites inhérentes au dernier: "À ce stade, la Commission n'envisage pas de publier de lignes directrices distinctes sur l'élaboration et l'emploi de CCCT. Elle a déjà fait observer qu'elle 'se montre généralement favorable à tout accord qui encourage l'interpénétration économique sur le marché commun et le développement de nouveaux marchés et de modalités

droit de la concurrence et de la loyauté contractuelle. L'analyse suivante s'attache à comparer ces deux techniques et à illustrer les objectifs distincts – mais cohérents – qu'elles visent. Dans cette contribution, nous souhaitons comparer les limitations liées à la concurrence, au contrat et à l'entreprise sur la réglementation privée, afin de mettre en évidence les rôles présents et potentiels de l'autorégulation en droit européen des contrats.

A. L'autorégulation et le droit européen des contrats

L'AR concerne différents types de relations contractuelles: elle comprend la *lex mercatoria*, les rapports *BtoB* et *BtoC*. L'emploi de l'autorégulation dans la pratique des contrats a une longue histoire qui précède la formation des Etats nations.¹² Le choix des politiques relatives aux contrats de consommation et celui des politiques relatives aux contrats interprofessionnels semblent se caractériser par une séparation nette au niveau européen. En effet, leur articulation respective de la législation et de l'autorégulation est différente, tout comme leur combinaison respective des dispositions obligatoires et des règles minimales (*enabling rules*) permettant aux opérateurs d'agir, dans la législation. Pourtant, une approche générale de l'utilisation de l'autorégulation en DEC est possible et souhaitable. Cet article se concentre principalement sur le droit de la consommation, mais nous ferons également référence au rôle de la *lex mercatoria* dans la formation du droit européen des contrats. Nous choisissons le cas épineux des contrats relevant du droit de la consommation pour analyser les potentialités de l'autorégulation d'un point de vue descriptif et normatif.

Pour la Commission et le Parlement, l'autorégulation est un des moyens d'harmoniser le droit européen des contrats. Suite aux indications proposées dans le Plan d'action, la Communication suggérait d'encourager l'utilisation de clauses et conditions types à l'échelle européenne.¹³ Cette mesure dépend clairement de l'élaboration d'un CCR pouvant être utilisé

d'approvisionnement améliorées'. Si un accord sur l'élaboration et l'emploi de CCCT de portée communautaire est donc susceptible d'être généralement bien accueilli, il peut arriver que des accords sur l'emploi de CCCT ou des pratiques concertées à cet effet soient incompatibles avec les règles de la concurrence". Voir *Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre*, Bruxelles, 11.10.2004 COM (2004) 651 final (ci-après *DEC et révision de l'acquis*), p. 7.

¹² Pour une analyse historique jusqu'à la période contemporaine, voir **F. GALGANO**, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologne, Mulino, 2005, pp. 93 et suiv.

¹³ Voir la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action*, COM (2003) 68 final, spéc. 81-88. Voir aussi *DEC et révision de l'acquis, o.c., supra* note 10: "La mesure II visait à inciter le secteur privé à mettre au point des clauses et conditions contractuelles types (CCCT) utilisables sur tout le territoire de l'Union, plutôt qu'à l'intérieur d'un simple ordre juridique unique.", p. 6.

au niveau européen dans le cadre d'un système multi-niveaux. Cependant, la Commission a modifié sa position initiale par la suite: elle a rejeté l'idée d'agir comme médiateur en hébergeant un site Internet présentant les clauses et conditions types pour tout le territoire de l'UE.¹⁴

Il est utile de distinguer les fonctions de l'AR de type institutionnel et celles de type substantiel.

D'un point de vue institutionnel, l'AR peut compléter:

(1) les fonctions législatives, en contribuant à la définition des clauses contractuelles, codes de conduite et contrats-cadres;

(2) les fonctions de régulation, en définissant (a) les lignes directrices sectorielles ou (b) en introduisant des intermédiaires, spécialement en matière d'informations sur la réglementation;¹⁵

(3) les fonctions d'interprétation, en proposant des lignes directrices à chaque entreprise concluant un contrat avec d'autres entreprises ou des consommateurs;

(4) les fonctions de *monitoring* du droit européen des contrats, en vérifiant la correcte application du droit UE dans les Etats membres;

(5) la mise en œuvre, en indiquant aux membres les sanctions applicables en cas d'infractions.

D'un point de vue substantiel, l'autorégulation peut contribuer à la création (en fonction de différents modèles) et à la correcte gestion des contrats-types, à l'élaboration de codes de conduite influant sur (1) le contenu du contrat, (2) les procédures de négociations, garantissant ainsi le respect de la législation UE et (3), de manière plus générale, les activités

Sur ces questions, voir **D. STAUDENMAYER**, "European Contract Law-What Does it Mean and What Does it not Mean?", in **S. VOGENAUER et S.WEATHERILL**, *The Harmonization of Contract Law*, Hart, 2006, pp. 235 et suiv.

¹⁴ Voir **U. BERNITZ**, "The Commission's Communication and standard contract terms", in **S. VOGENAUER et S. WEATHERILL**, *The Harmonisation of European Contract Law, o.c., supra* note 12, pp. 185 et suiv., spéc. p. 189.

¹⁵ Sur les intermédiaires, voir **S. GRUNDMANN et W. KERBER**, "Information Intermediaries and party autonomy – The example of securities and insurance markets", in **S. GRUNDMAN, W. KERBER et S. WEATHERILL**, *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin, Walter de Gruyter, 2001, p. 267.

économiques du régulé. Par exemple, elle peut imposer une licence obligatoire pour certaines activités, un contrôle-qualité (certification) pour d'autres.¹⁶

Les organismes privés définissent les contrats-types intéressant leurs membres (souvent des entreprises), mais aussi les contrats entre ces derniers (entreprises ou professionnels) et les tiers (consommateurs, investisseurs, clients). Ils produiraient donc des règles contractuelles applicables aux relations *BtoB* et *BtoC*. L'application peut ensuite s'effectuer au niveau national à travers des systèmes nationaux d'autorégulation ou, directement, par les entreprises appliquant des contrats-cadres à des transactions précises. Dans ce contexte, la Commission est considérée comme un "médiateur" de la production autorégulée des clauses contractuelles types.¹⁷

B. L'autorégulation en droit européen de la consommation: "préparer le terrain" pour une approche plus générale?

En ce qui concerne les contrats relevant du droit de la consommation, le rôle de l'AR illustre précisément une hypothèse intermédiaire entre l'approche générale (qui concernerait tout le droit des contrats) et l'approche sectorielle, relative par exemple au secteur bancaire, à celui de l'électricité, des télécommunications ou des valeurs mobilières. D'une certaine manière, le droit de la consommation se trouve au milieu: les politiques en la matière ne sont pas spécifiques à un secteur mais elles se limitent aux transactions entre entreprises et consommateurs.¹⁸

En matière de droit de la consommation, l'AR peut soutenir des fonctions de réglementation (poursuivies par la législation) visant à garantir la concurrence et à renforcer la liberté de choix des consommateurs entre différentes clauses contractuelles. En particulier, la comparabilité des coûts et qualité des services peut jouer un rôle majeur dans la consolidation d'un marché concurrentiel interne. On considère généralement qu'il est de la responsabilité des Etats membres de garantir une telle comparabilité, soit en imposant directement des

¹⁶ Voir par exemple dans le domaine des sports, la licence obligatoire d'agent de joueurs, imposée par un règlement de la Fédération internationale de football (FIFA).

¹⁷ Voir *DEC et révision de l'acquis*, *supra* note 10: "c'est aux opérateurs économiques qu'il appartient de fixer la teneur des CCCT et de décider d'y recourir. La Commission souhaite simplement jouer un rôle de médiateur en mettant en présence les parties prenantes sans interférer avec la teneur des discussions.", p. 6.

¹⁸ Voir **E. HONDIUS**, "Self-Regulation in Consumer Matters at European Level", in **F. CAFAGGI**, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, La Haye, Kluwer, 2006, pp. 237 et suiv.

obligations aux entreprises, soit en incitant à utiliser l'autorégulation pour répondre aux coûts de recherche élevés.¹⁹ La Commission pourrait encourager les initiatives européennes visant à renforcer la coordination.

Dans quels domaines l'autorégulation peut-elle contribuer à la réglementation? En tant que forme de réglementation privée, l'autorégulation ne peut concerner en principe que les règles minimales permettant aux opérateurs d'agir (*enabling rules*). On peut aboutir à une conclusion différente en ce qui concerne l'autorégulation déléguée et la co-régulation, lorsqu'un acte législatif valide l'utilisation de l'autorégulation et sa faculté de s'écarter des règles obligatoires.²⁰ Cependant quel est aujourd'hui l'équilibre entre règles obligatoires et règles minimales dans le droit européen des contrats applicable à la consommation?²¹

Du point de vue du droit positif, la question clé repose sur la distinction entre règles obligatoires et règles minimales: l'harmonisation des premières devrait être fonctionnellement différente de l'harmonisation des secondes. Justifier de la même manière l'harmonisation de ces deux types de règles est contestable. Dans le premier cas, la principale conséquence institutionnelle de l'harmonisation à l'échelle européenne serait la diminution du pouvoir des Etats membres; dans le second, l'harmonisation réduit la capacité de choix des parties, en premier lieu dans le domaine de la liberté contractuelle.

Par conséquent, pour garantir la protection du consommateur – entendue comme l'élargissement de sa marge de choix et donc de sa liberté contractuelle –, des stratégies divergentes seraient développées pour chacun de ces types de règles. Cependant, les choix législatifs possibles compliquent la problématique. En effet, en ce qui concerne les règles obligatoires, une législation fondée sur des principes (*principle-based legislation*) permettrait une plus forte différenciation qu'une législation reposant sur des règles (*rule-based*

¹⁹ Voir par exemple les articles 21 et 22 de la directive sur le Service universel 2002/22/CE. En particulier, l'article 22 impose aux autorités réglementaires nationales d'être "en mesure (...) d'exiger des entreprises (...) la publication d'informations comparables, adéquates et actualisées sur la qualité de leurs services à l'attention des utilisateurs finaux". Toutefois, les autorités nationales de réglementation peuvent utiliser différents modèles organisationnels pour atteindre un tel résultat, parmi lesquels certainement les dispositifs d'autorégulation.

²⁰ Au Royaume-Uni, l'*Enterprise Act* (section 8) introduit un régime relativement structuré de co-régulation dans le droit de la consommation: l'*Office of Fair Trading* s'est vu attribuer le pouvoir d'approuver les codes de la consommation et de retirer son approbation. Voir sur ce point **G. HOWELLS et S. WEATHERILL**, *Consumer Protection Law*, 2ème éd., Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 586 et suiv.

²¹ Voir **S. GRUNDMANN et al.**, *Party Autonomy*, *supra* note 14.

legislation). Même dans la catégorie des règles obligatoires, la nature des dispositions aurait une incidence sur le degré de différenciation entre les Etats membres.²²

La législation européenne relative aux contrats de consommation a suivi différentes tendances avec le temps. Alors que le premier courant était caractérisé par des règles obligatoires et l'objectif principal de protéger le consommateur en légiférant, un second courant (la Directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation) s'est ouvert à différents types de règles contractuelles, dont les règles minimales.²³ Il est possible que dans le futur la législation européenne en matière de consommation et, de manière plus générale, le droit européen des contrats contiennent les deux types de règles. Une nouvelle culture émerge, liée à la fonction harmonisante des règles minimales. Elle n'est cependant toujours pas perçue institutionnellement.

Le débat relatif à l'emploi de l'AR en droit de la consommation a plus ou moins suivi ce modèle. Plusieurs auteurs et systèmes juridiques se sont opposés à l'utilisation de l'AR dans ce domaine, en raison du caractère essentiellement obligatoire des règles contractuelles en la matière: ils craignaient qu'elle réduise le niveau de protection du consommateur. Aujourd'hui, le droit applicable aux contrats de consommation se caractérise par l'articulation de règles obligatoires et minimales/optionnelles (voir Directive 99/44) et on prend de plus en plus conscience de la capacité des secondes à réglementer. Le rôle de l'AR en droit de la consommation doit donc être re-discuté.²⁴ En outre, l'évolution notable des techniques de régulation et le développement de la co-régulation laissent penser que les craintes exprimées alors sont largement infondées aujourd'hui.

L'aspect le plus significatif est probablement la rédaction des contrats-types. Les entreprises comme les consommateurs peuvent tirer avantage de l'uniformisation des formats contractuels. Elle permet en effet de diminuer les coûts de recherche du consommateur. Toutefois, on ne doit pas surestimer la fonction réglementaire de l'autorégulation de la

²² Le Livre vert sur la révision de l'acquis ne saisit pas suffisamment ce degré de complexité: d'une part, il suggère de s'orienter vers une législation reposant sur des principes; d'autre part, il semble favoriser une évolution vers une harmonisation totale. Voir *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, *supra* note 9, pp. 6 et 10.

²³ Voir la description de S. GRUNDMANN, "The Optional European Code on the Basis of the *Acquis Communautaire*—Starting Point and Trends", *European Law Journal*, 10/2004, p. 698.

²⁴ Pour une intéressante contribution générale sur ces questions, voir H. COLLINS, *Regulating Contracts*, *o.c.*, *supra* note 2.

consommation: les limites rencontrées par les associations de consommateurs dans leurs actions en tant que co-régulateurs sont encore assez importantes.

L'uniformisation contemporaine résulte souvent de l'activité des organisations professionnelles traditionnelles, mais aussi des processus de négociation incluant les associations de consommateurs et, dans de nombreux pays, les autorités publiques. Ces dernières peuvent être divisées en deux principales catégories: (1) les institutions d'intérêt général, telles que l'Ombudsman, et (2) les régulateurs publics (les autorités indépendantes de régulation, les services gouvernementaux).²⁵ Les autorités indépendantes de régulation opèrent en premier lieu dans les marchés fortement régulés, influant ainsi sur la teneur des contrats et sur les parties contractantes (en imposant des obligations de contracter). Leur intervention modifierait le rôle de limitation que le droit de la concurrence joue quant à l'uniformisation. Dans plusieurs pays, les autorités nationales et les organisations professionnelles négociaient en matière de concurrence. Ces négociations devaient être déclarées (notification obligatoire) dans certains Etats; dans d'autres, il s'agissait seulement d'une pratique informelle. Le règlement 1/2003 a modifié ce système: le contrôle *ex ante* n'est plus autorisé. Et il va sans dire qu'il n'y a toujours pas de consultations informelles.

L'uniformisation n'est pas le seul aspect de l'AR ayant une incidence sur le DEC. D'autres formes ont été utilisées dans des secteurs précis. Par exemple, dans les relations *BtoC* et *BtoB*, des accords-cadres entre associations bancaires ont contribué de manière significative au développement du droit bancaire européen applicable aux contrats.²⁶

Au-delà de l'uniformisation, l'AR peut fournir des règles générales, comme dans le cas des codes de conduite. Les contrats entre clients et professionnels sont rédigés au sein des organisations professionnelles dans le respect des règles prévues par ces codes. Les dispositions relatives aux contrats de services professionnels sont donc principalement définies dans le cadre de mécanismes d'autorégulation ou de co-régulation.

²⁵ Par exemple, l'Office suédois des consommateurs, dirigé par l'Ombudsman des consommateurs, a été très actif dans la négociation des contrats-types avec le monde du commerce, *infra* note 38.

²⁶ Banque centrale européenne, *Orientation de la Banque centrale européenne* du 21 décembre 2006, concernant la gestion des avoirs de réserve de change de la Banque centrale européenne par les banques centrales nationales et la documentation juridique requise pour les opérations portant sur ces avoirs (BCE/2006/28), *Journal Officiel de l'Union européenne*, 2007/C 17/02.

Hors du champ d'application du DEC, la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, offre une autre illustration du rôle possible de l'autorégulation et de la co-régulation en matière de consommation.²⁷ Ce rôle a été fortement réduit dans la version finale de la directive, alors qu'il était bien plus large et mieux articulé dans la proposition initiale.²⁸ Toutefois, l'importance de l'autorégulation pour définir ce qui constitue une pratique trompeuse est claire, tout comme le sont les responsabilités découlant de l'instauration d'un code de conduite contraignant. Un nouveau principe général est introduit: lorsqu'une entreprise s'est engagée à être liée à un code de conduite, son non-respect sera considéré comme une pratique trompeuse si son engagement est ferme et vérifiable et si le "professionnel a indiqué, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code".²⁹

Certes, les modalités de l'autorégulation jouent un rôle très important pour garantir un haut niveau de protection du consommateur dans la construction d'un système européen de droit des contrats. Cependant, l'analyse des différentes modalités par lesquelles l'AR peut contribuer à la création du DEC ne saurait être limitée au droit de la consommation. Elle devrait également prendre en compte les relations *business to business*. Un modèle général d'AR envisageant toutes les relations contractuelles doit donc être conçu.

C. Les différents modèles d'autorégulation et de réglementation privée en droit européen des contrats et leur pertinence en droits des contrats et en droit de la concurrence

Plusieurs modèles d'AR sont utilisés en DEC. La distinction la plus importante repose sur l'alternative entre les modalités contractuelles et organisationnelles.

Il existe différentes activités de réglementation privée dans le modèle contractuel:

²⁷ Voir la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, *J.O.*, 2005, L149/22. Sur le rapport entre la directive et les droits de la consommation aux niveaux européen et nationaux, voir cons. 15. Soulignons que la directive ne devrait pas s'appliquer en droit des contrats. Bien qu'elle fournisse des exemples pertinents de l'utilisation de l'autorégulation en matière de droit de la consommation, nous n'examinerons pas la directive ni sa mise en œuvre étant donné l'objet de nos développements: l'autorégulation et le droit européen des contrats.

²⁸ Voir les contributions dans **H. COLLINS** (dir.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, La Haye, Kluwer international, 2004; **G. HOWELLS, H. MICKLITZ et T. WILHELMSSON**, *European Trading Law*, Aldershot, Ashgate, 2006.

²⁹ Voir article 6.2 (b), i et ii, de la directive 2005/29, *supra* note 26.

(1) création de contrats-types ou

(2) obligations plus larges (telles que les codes de conduite) destinées à définir un ensemble complexe de règles pour les transactions en matière de consommation ou aux pour les relations interprofessionnelles,

(3) de manière encore plus large, pour différents types de transactions déterminés par le secteur (énergie, télécommunications, environnement, *etc.*), en ce qui concerne les relations avec les consommateurs et les utilisateurs finaux (les accords-cadres et les contrats-cadres par exemple).

Dans ces cadres, les parties dressent un contrat pour régler les relations contractuelles et non contractuelles. Dans une certaine mesure, ces contrats reviendraient à des contrats-cadres. Mais ils peuvent être très détaillés ou, au contraire, très généraux, en se limitant à préciser les principes des contrats-cadres, que chaque contrat individuel devra ensuite appliquer. La ‘chaîne de régulation’ peut donc être très longue.

En principe, les obligations découlant de ces contrats ne peuvent avoir d’effets que sur les signataires. Mais en fait, elles peuvent également régler les rapports entre ces derniers et les tiers. Par exemple, ces contrats peuvent obliger les parties à inclure – ou même les en empêcher – certaines clauses dans les contrats conclus avec les parties tiers, qu’elles soient des entreprises ou des consommateurs. Dans les relations *BtoB*, ceci arrive parfois en ce qui concerne la chaîne d’approvisionnement pour les sous-entrepreneurs, ou à l’égard des consommateurs finaux dans les contrats de distribution. L’exécution de ces obligations est contrôlée par les parties grâce au mécanisme conventionnel du droit des contrats. En général, ces contrats ne sont pas spécifiquement réglementés par les codes civils ou le droit commun. On devrait cependant considérer que le droit commun des contrats est applicable à ces derniers, avec quelques ajustements.³⁰

La problématique principale est relative à l’effectivité de ces contrats à l’égard des tiers. Par exemple, si le signataire d’un code de conduite a l’obligation de ne pas inclure une clause dans un contrat avec un consommateur, comment la violation du code peut-elle avoir

³⁰ Des ajustements pourraient être nécessaires en ce qui concerne la cause du contrat et les recours en cas de préjudice: en cas de violation, les sanctions ne devraient pas avoir pour objectif le versement de dommages et intérêts, mais la réalisation d’un comportement précis (exécution des obligations relevant de la régulation). Les sanctions contractuelles traditionnelles peuvent être combinées à des sanctions touchant à la réputation. Voir **F. CAFAGGI**, *Regulatory Contracts, Codes of Conducts, Reasonable Reliance and Third Parties*, non publié.

des effets sur le contrat entre l'entreprise et ce dernier? Emporte t-elle seulement des conséquences entre les signataires (le plus souvent des entreprises), ou le consommateur (qui, techniquement, est un tiers) peut-il porter plainte contre l'entreprise pour violation du contrat régulateur ou du code de conduite?³¹

Ces contrats ne peuvent apporter qu'une solution partielle au problème. Le consommateur peut être considéré comme le bénéficiaire de ces derniers et les exécuter si une des parties ne les respecte pas. Bien qu'il existe des différences assez importantes entre les systèmes juridiques des Etats membres, la confiance raisonnable dans la nature contraignante de ces contrats est une base assez solide pour une telle action. Comme l'illustre la directive sur les pratiques commerciales déloyales, le principe de confiance légitime devient une base solide pour l'opposabilité en droit des contrats, plus généralement en droit de la consommation.³² Des problèmes identiques se manifesteraient en cas d'utilisation de contrats-types tout au long de la chaîne de production. Dans ce cas, des moyens alternatifs sont nécessaires pour leur application, car il serait difficile pour le consommateur de faire exécuter une obligation existant dans un contrat entre fournisseur et distributeur. Toutefois, ces limites ne dépendent pas de l'AR; une AR bien réalisée peut au contraire contribuer à limiter les contraintes juridiques liées à l'utilisation de contrats fonctionnellement liés.

La complexité de ces dispositifs de régulation nécessiterait un ensemble de mécanismes plus large et plus solide que ce qui est actuellement proposé par les droits nationaux. Les parties pourraient ainsi décider de s'organiser sous des formes juridiques diverses (association, fondation, société, coopérative, *etc.*) qui créeraient des règles (en adoptant des codes de conduite, des contrats de régulation, des lignes directrices, des codes de meilleures pratiques, *etc.*) relatives à la gouvernance interne, à l'activité des membres, ainsi qu'à leurs relations avec les tiers. En général, l'organisation contrôlera le respect de ses règles en utilisant un mécanisme spécifique, ou alors elle délèguera cette fonction à un

³¹ Les conséquences de cette alternative sont claires. Si le consommateur a le droit d'exercer une action sur la base du contrat, il peut demander des dommages et intérêts, même en cas de nullité du contrat et de comportement pré-contractuel illégal violant les obligations du code de conduite. Sinon, il ne pourra porter plainte que sur la base d'un contrat valide. Par conséquent, si le contrat est nul, il ne disposera d'aucun recours contractuel en cas de non respect par l'entreprise de ses obligations.

³² Voir **F. CAFAGGI**, *Regulatory Contracts, o.c., supra* note 29.

organisme indépendant, à l'inverse du système contractuel qui s'adressera généralement à un juge ou un arbitre.³³

Jusqu'à présent, nous avons envisagé des modèles utilisés par des opérateurs privés en supposant qu'il s'agissait d'entreprises. En réalité, il peut y avoir une plus grande diversité. Les alternatives contractuelle et organisationnelle peuvent inclure toutes les deux diverses catégories. Dans le domaine des relations *BtoC*, il existe des contrats-cadres ou des organismes composés d'organisations professionnelles et d'associations de consommateurs. Nous notons le même phénomène dans les relations *BtoB*: développement de contrats-cadres et d'organisations mixtes. Ici, le problème principal concerne le rapport entre ces contrats et/ou organisations et les statuts de chaque membre et non-membre. Ces contrats lient-ils seulement les membres ou également les non-membres? Un contrat cadre signé par des associations de consommateurs peut-il empêcher le consommateur de porter plainte contre l'entreprise membre de l'organisation professionnelle signataire du contrat? Selon le droit commun des contrats et le droit des sociétés, la réponse est négative dans plusieurs systèmes juridiques. Ces contrats ont principalement un rôle de 'persuasion' à l'égard des organisations et des tiers. Cependant, les règles définies par ces contrats et/ou organisations entraîneraient certains effets juridiques dans la mesure où elles sont reconnues comme des coutumes ou pratiques et constituent donc des standards minimums.³⁴

La faiblesse relative de ces instruments en tant qu'outils de réglementation explique en partie le développement de la co-régulation ou de l'autorégulation déléguée au niveau européen et national.³⁵ Il existe un scepticisme général quant à la crédibilité de l'autorégulation et sa capacité à gérer le conflit d'intérêts et la complexité du marché. De plus, et surtout peut-être, l'application des dispositifs d'autorégulation est généralement considérée comme insuffisante.

En DEC, l'autorégulation réglementée s'est développée sous différentes formes. Parmi ces dernières, la co-régulation et l'autorégulation déléguée méritent d'être mentionnées:

³³ Par exemple, les systèmes de gestion construits autour des accords-cadres internationaux relatifs à la responsabilité sociale des entreprises. Voir **F. CAFAGGI**, *Regulatory Contracts*, o.c., *supra* note 29.

³⁴ Voir **F. CAFAGGI**, *The Regulatory Function of Customs and Usages in European Contract Law*, non publié.

³⁵ Voir **F. CAFAGGI**, "Rethinking Self-regulation", in **F. CAFAGGI**, *Reframing Self-Regulation*, o.c., *supra* note 17.

a) lorsque le gouvernement ou une autorité indépendante de régulation font parties du dispositif de régulation. Ils peuvent signer des codes de conduite, en encourager ou en favoriser la rédaction, ou encore les approuver *ex post*;³⁶

b) lorsqu'il existe une délégation formelle par un acte législatif ou administratif, sans intervention directe de l'autorité publique.³⁷ La délégation peut concerner une organisation ou identifier les acteurs de la négociation.³⁸

Ces deux modèles peuvent être rapidement analysés à la lumière de l'alternative contrat / organisations. Dans le premier cas, nous pouvons 'subdiviser' la co-régulation. Les contrats sont généralement trilatéraux: participation des organisations professionnelles, des associations de consommateurs et de certaines entités publiques. Ici, les régimes juridiques diffèreraient selon que les systèmes juridiques opèrent ou non une distinction entre les contrats publics et les contrats privés. Le droit applicable dépendrait du sens donné à la participation de l'entité publique au dispositif d'autorégulation. Dans certains cas, ce serait le droit des contrats; dans d'autres, le droit administratif.

Dans le second cas, les contrats sont toujours créés par une catégorie (entreprises) ou deux groupes privés (entreprises et consommateurs), mais l'entité publique peut valider l'extension des effets de ces contrats au-delà des signataires.

³⁶ Il existe un exemple récent dans la législation allemande. Voir la *EG-Verbraucherschutz-Durchsetzungsgesetz* du 20.12.2006, qui transpose le règlement 2006/2004. Voir spéc. article 1 § 7 *Beauftragung dritter*. En ce qui concerne la Suède, voir *infra* note 40.

³⁷ Par exemple, la Commission européenne lie clairement l'expérience pratique et la co-régulation dans *Gouvernance européenne - Un livre blanc*, Bruxelles, 25.7.2001, COM(2001)428 final: "La corégulation associe des mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés en mettant à profit leur expérience pratique. Il en résulte une plus large appropriation des politiques en question, en faisant participer à leur élaboration et au contrôle de leur exécution ceux qui sont concernés au premier chef par les mesures d'application. Ceci conduit souvent à un meilleur respect de la législation".

³⁸ A titre d'exemple récent de l'expérience italienne, concernant la délégation à un 'contrat-cadre' devant être signé par des organisations professionnelles et des associations de consommateurs: D.L 223/2006 (Decreto Bersani). L'article 7 §§ 5-6 dispose: "L'Associazione bancaria italiana e le associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, ai sensi dell'articolo 137 del Codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, definiscono entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le regole generali di riconduzione ad equità dei contratti di mutuo in essere mediante in particolare la determinazione della misura massima dell'importo della penale dovuta per il caso di estinzione anticipata e parziale del mutuo; In caso di mancato raggiungimento dell'accordo di cui al comma 5, la misura della penale idonea alla riconduzione di equità è stabilita dalla Banca d'Italia e costituisce norma imperativa ai sensi dell'articolo 1419, secondo comma, del codice civile ai fini della rinegoziazione dei contratti di mutuo in essere". Le législateur délègue à l'organisation privée l'élaboration d'une procédure pour renégocier les conventions d'ouverture de compte courant et détermine la solution applicable en dernier recours si aucun accord n'est conclu dans un délai de trois mois, donnant ainsi pouvoir au régulateur public.

De manière symétrique, on peut identifier deux modèles dans l'alternative organisationnelle. Le premier est composé de deux parties prenantes (*dual-stakeholder model*): entreprises et consommateurs (individuellement ou en association) créent une organisation dont l'activité est légitimée *ex ante* ou *ex post* par le gouvernement. Dans le second, il s'agit d'organisations constituées de plusieurs parties prenantes (*multi-stakeholder organizations*), dans lesquelles le gouvernement participe directement. La participation directe ou indirecte du gouvernement influencerait non seulement sur les problématiques de gouvernance mais aussi sur la nature de l'activité de régulation et ses effets sur les tiers.

Précisons que dans les Etats où la protection du consommateur est considérée comme une fonction d'intérêt général, le rôle des associations est principalement exécuté par des organismes publics ou semi-publics. Dans ces cas, les contrats sont conclus entre les organisations professionnelles et l'Ombudsman des consommateurs ou l'établissement public compétent en matière de consommation.³⁹

Pour conclure, différents types de dispositifs contractuels et organisationnels concourent à la création de règles contractuelles pour les relations *BtoC* et *BtoB*.

Les *accords contractuels*, élaborés pour définir les clauses du contrat, peuvent revêtir les formes suivantes:

A1) accords unilatéraux (*single-stakeholder agreements*): seulement les entreprises,

A2) accords entre deux parties prenantes (*dual-stakeholder agreements*): entre entreprises et consommateurs ou différentes entreprises

³⁹ Tel est le cas en Suède où l'Office des consommateurs, dirigée par l'Ombudsman des consommateurs, conclut des contrats avec les organisations professionnelles dans divers domaines (au sujet de contrats-cadres ou des règles de marchés par exemple). La plus grande part du travail d'application de la politique de consommation repose sur des résultats obtenus dans le cadre d'accords avec le monde des affaires. Pour des illustrations (en suédois), voir le site Internet de l'Ombudsman des consommateurs: <http://www.konsumentverket.se/mallar/sv/artikel.asp?lngArticleID=315&lngCategoryID=854>. En Allemagne, le "Vergabe- und Ver-tragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B)" (règlement fédéral pour procéder à la dévolution et arrêter les clauses des marchés publics de travaux) est le seul accord auquel on fait parfois référence et dans lequel participent des représentants du Gouvernement. Certains affirment que, en fait, les différentes autorités nationales qui participent à sa négociation ne représentent pas seulement les intérêts de l'Etat, mais aussi ceux des propriétaires et constructeurs immobilier. Pour une critique de ce point de vue, voir **H.-W. MICKLITZ**, 'Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Bedeutung für die VOB Teil B', disponible sur http://www.vzbv.de/start/index.php?page=themen&bereichs_id=2&themen_id=55&dok_id=290&search_1=vo&search_2=&highlighting=yes (dernière visite 07/07/2007).

A3) accords entre plusieurs parties prenantes (*multi-stakeholder agreements*): entreprises, consommateurs, gouvernement, autorités indépendantes de régulation, *etc.*

Les *dispositifs organisationnels* peuvent également être classés en trois catégories:

O1) organisation constituée d'une seule partie prenante (*single stakeholder organization*): seulement les entreprises

O2) organisation constituée de deux parties prenantes (*dual stakeholder organization*): entreprises et consommateurs ou différentes entreprises,

O3) organisation constituée de plusieurs parties prenantes (*multi-stakeholder organization*): entreprises, consommateurs, gouvernement, autorités indépendantes de régulation, *etc.*

Ces distinctions sont importantes pour les raisons indiquées plus haut: les effets des contrats. L'activité des organisations peut varier en fonction de la qualité des participants et de leurs pouvoirs.

Tableau 1

	Unilatéral (<i>single stakeholder</i>)	Bilatéral (<i>dual-stakeholder</i>)	Multilatéral (<i>multi-stakeholder</i>)
Modèle contractuel	Uniquement entre entreprises	Entre organisations professionnelles, ou entre celles-ci et associations de consommateurs	Entre organisations professionnelles, associations de consommateurs et acteurs publics
Modèle organisationnel	Composé uniquement d'entreprises	Composé uniquement d'organisations professionnelles, ou d'organisations professionnelles et d'associations de consommateurs	Organisations professionnelles, associations de consommateurs et acteurs publics

Lorsque les contrats régulent les transactions *BtoC*, leur contenu doit être contrôlé au regard du droit de la concurrence et de l'exigence de loyauté contractuelle. Lorsque ces contrats concernent les transactions *BtoB*, leur teneur doit être examinée au regard du droit de la concurrence et de l'interdiction des clauses abusives, en partie (voir le cas de la directive

relative aux retards de paiement dans les transactions commerciales) ou totalement, lorsque le contrôle des clauses contractuelles abusives est applicable à toute relation contractuelle, y compris celle *business to business*. Comme nous le verrons, ces variables ont une importance juridique à la fois en droit des contrats (pour apprécier la loyauté) et en droit de la concurrence.

Tableau 2

	Contrat	Organisation
Contrats de régulation	Accords Pratiques concertées	Décisions d'associations d'entreprises

Nous approfondirons dans un premier temps les alternatives dégagées plus haut. Puis, nous identifierons certaines caractéristiques du contrôle de la concurrence et du contrôle du caractère abusif. Enfin, nous examinerons certaines raisons pouvant expliquer les variations dans l'appréciation de la concurrence, du caractère abusif et de la loyauté par différents systèmes juridiques.

Dans quelle mesure la nature de l'organisme d'autorégulation définissant les clauses-types peut-elle influencer sur le produit de la régulation (les formats contractuels)?

On suppose que la composition de l'organisme d'autorégulation et la représentation de différents intérêts sont importantes dans l'alternative organisationnelle.

Dans l'option contractuelle, la nature des parties participant à l'accord emporte des conséquences sur la nature du contrat de régulation. Si le contrat n'est défini que par des entreprises, il s'agit d'un acte unilatéral; si les fabricants et les consommateurs y participent, il s'agit d'un contrat bilatéral; si d'autres opérateurs y prennent part, il s'agit d'un contrat multilatéral. Il existe des différences dans la mesure où les systèmes juridiques opèrent une distinction entre les régimes juridiques de ces actes.

Dans la perspective organisationnelle, l'alternative dépend de la composition de l'organisme. Si seuls les fabricants sont représentés dans l'organisme d'autorégulation, le

contrat de régulation ne serait qu'un acte unilatéral ou un contrat d'adhésion.⁴⁰ Si les deux catégories sont représentées, le contrat-cadre ou le code de conduite auraient-ils une base contractuelle? Si cette approche est admise, la composition du régulateur aurait donc des conséquences sur la nature de l'acte. Dans le cas de plusieurs parties prenantes, le contrat sera alors multilatéral.

Lorsque les clauses du contrat sont définies par une association d'entreprises, on peut se poser la question de la nature de cette organisation et de la soumission de ses activités au contrôle du juge. Dans ce cas, le contrat de régulation pourrait être contrôlé au regard de critères impossibles à vérifier si les contrats-types ne résultaient que d'un accord contractuel adopté par un organisme d'autorégulation purement privé.

La forme lucrative ou non de l'organisation et le caractère gratuit ou non de l'activité constitueraient également des critères importants pour les modèles organisationnels. La question est de savoir si ces facteurs entraînent des résultats différents (clauses et contrats types), et comment ces différences se manifesteraient en droit de la concurrence et en droit des contrats.

La plupart des organisations auteurs de clauses contractuelles types ont une forme non lucrative. Cependant, il ne faudrait pas conclure qu'elles poursuivent des objectifs de 'bienfaisance'. En effet, elles proposent ces modèles à leurs membres, lesquels sont des entreprises à but lucratif. Elles agissent dans leur propre intérêt et dans celui de leurs affiliés. Comme dans la perspective du droit de la concurrence, cette distinction ne devrait pas jouer un rôle fort.

Pour différencier les opérateurs privés proposant des contrats-types, la distinction entre les organisations d'intérêts privés et celles d'intérêt général est plus convaincante. Les premières poursuivent uniquement les intérêts de leurs membres; les secondes visent les intérêts publics.

⁴⁰ Le contrat de régulation a une nature double. D'une part, ce contrat synallagmatique concernent les parties signataires; d'autre part, il peut être défini comme un acte unilatéral ou un contrat d'adhésion pour les parties tiers, en fonction de ses caractéristiques.

On pourrait véritablement différencier les auteurs privés des réglementations (*private rule makers*) en fonction du caractère indépendant ou non de leur organisation.⁴¹ Certains sont indépendants des fournisseurs et des consommateurs. Ils opèrent généralement dans le marché international. Si nous devons opérer une distinction entre les différentes réglementations des formats types, cette distinction – plus que celle reposant sur le caractère lucratif ou non – devrait être considérée.

Deux derniers points méritent d'être mentionnés en ce qui concerne les modèles contractuels et organisationnels.

Le premier est relatif à la nature des marchandises et services produits. Le fait que ces clauses et contrats soient vendus sur le marché ou simplement fournis gratuitement peut faire une différence quant à la nature du produit. Ceci jouerait également un rôle dans l'agencement institutionnel lié à l'utilisation de l'autorégulation et de la co-régulation au niveau européen.

Le second aspect concerne la protection juridique des produits de la régulation. Souvent, les contrats-types font l'objet d'un *copyright* ou sont protégés par les dispositions juridiques applicables à la concurrence déloyale. Une question relativement inexplorée concerne le rapport entre les modalités de diffusion (vente /gratuité) et la nature de la protection (*copyright*/ concurrence déloyale).⁴²

De plus, les fournisseurs et les utilisateurs des clauses et formats contractuels pourraient avoir des préférences différentes. Les organisations privées qui jouissent d'un monopole tentent d'équilibrer ces intérêts en leur sein grâce à leurs systèmes de gouvernance; celles qui opèrent dans un milieu concurrentiel tendent à maximiser le bien-être de leurs membres aux dépens d'autres segments de la population contractante. On peut faire la même réflexion en ce qui concerne les modèles contractuels. Dans les deux cas, le droit de la concurrence préserve l'hétérogénéité du système de préférences.

⁴¹ Voir F. CAFAGGI, *Private Organizations and Transnational Contract Law*, non publié.

⁴² Voir F. CAFAGGI, *Private Organizations, o.c.*, *supra* note 40.

D. L'uniformisation des contrats et la nature des contrats-types: combiner les contrôles du droit de la concurrence et du droit des contrats

L'AR, et plus généralement la réglementation privée, rencontre des limites dues:

(1) au droit et politique de la concurrence, en ce qui concerne la question de savoir *si* et *comment* réguler, et

(2) au droit des contrats, principalement en ce qui concerne les modalités d'uniformisation et le contenu des clauses contractuelles, notamment le caractère abusif.

Le droit de la concurrence vise un large éventail d'activités exécutées par des régulateurs privés appliquant le droit des contrats et le droit des sociétés. Les formes varieraient selon que l'on se trouve en présence d'une autorégulation pure, d'une autorégulation déléguée ou d'une co-régulation.⁴³ L'appréciation du caractère abusif au regard du droit des contrats diffère également selon que l'uniformisation est de nature purement privée ou qu'une autorité publique a donné mandat.

Nous souhaiterions insister plus particulièrement sur les limites de l'uniformisation en tant que forme d'autorégulation. Deux aspects de l'autorégulation du droit des contrats, l'uniformisation et la différenciation des contrats, méritent notre attention.⁴⁴ Les organisations professionnelles et commerciales ont généralement un rôle d'*uniformisation* des contrats, mais d'autres formes de gouvernance relatives aux clauses contractuelles types sont moins unilatérales. Dans les contrats-types, on trouve des exemples allant de la bourse aux associations sportives. Les différents groupements de Chambres de commerce définissent les contrats-types au niveau international. Dans le dernier cas, le rôle des dispositifs contractuels ou organisationnels est de régir la différenciation des clauses contractuelles de manière compatible avec le fonctionnement de l'industrie. En plus de la rédaction des contrats –types,

⁴³ Ces formes traduisent un équilibre entre les intérêts protégés par le droit de la concurrence et d'autres intérêts publics, distincts de ceux d'entités purement privées. Le caractère anticoncurrentiel de clauses contractuelles particulières peut être écarté si le but général des clauses uniformisées, ou celui du code de conduite, est la protection du consommateur ou la protection de l'intérêt général (ce serait par exemple le cas de certains accords environnementaux). Ces conflits, qui opposent souvent le droit européen de la concurrence et l'intérêt public national, s'articuleraient comme des conflits verticaux. Toutefois, ils peuvent également concerner différentes dispositions communautaires (concurrence et environnement, concurrence et protection du consommateur), même au niveau national. Dans ce second cas, on parle de conflits horizontaux. La distinction entre 'conflit vertical' et 'conflit horizontal' correspond à l'existence d'appréciations différentes de l'équilibre favorables à la politique de concurrence ou aux autres intérêts.

⁴⁴ Voir E. HONDIUS, "Self-Regulation in Consumer Matters", *o.c.*, *supra* note 17, pp. 237 et suiv.; J. CALAIS AULOY et F. STEINMEZ, *Droit de la consommation*, 6ème éd, Paris, Précis Dalloz, 2003.

elles peuvent émettre des lignes directrices sur les principes ou règles générales devant être introduites dans ces contrats. La régulation privée négociée fonctionne également comme un mécanisme de révision lorsque les clauses du contrat-type, valides au départ, sont annulées en raison d'une nouvelle intervention législative.

Au niveau transnational, se pose le problème de la gouvernance de la *lex mercatoria* et des différents modèles d'autorégulation.⁴⁵ Dans ce cas, la question de l'uniformisation revêt différentes formes qui produiraient à la fois des effets positifs et négatifs. Il est très difficile, si non impossible, de déterminer le degré optimal d'uniformisation/différenciation du contrat *ex ante*.

L'uniformisation a des effets bénéfiques aussi bien pour les entreprises que les consommateurs.⁴⁶

Elle peut être encouragée indépendamment d'objectifs anticoncurrentiels. Le problème est donc de distinguer l'uniformisation concurrentielle de celle anticoncurrentielle. Le critère

⁴⁵ Sur ce point, voir **A. STONE SWEET**, "The New Lex Mercatoria and Transnational Governance", *Journal of European Environmental Policy*, 13/2006, pp. 627 et suiv.; **U. BERNITZ**, "The Commission's Communication", *o.c.*, *supra* note 13, p. 191.

⁴⁶ Pour les entreprises, l'uniformisation des contrats peut entraîner celle des produits, permettant ainsi des économies en termes d'échelle et de proportion, en plus d'une réduction des coûts de production. Les effets sont assez différents selon que les contrats concernent des produits ou des services. Dans le dernier cas, lorsque le contrat constitue lui-même le produit (comme dans le cas du secteur bancaire, des valeurs mobilières et des assurances), l'uniformisation des contrats coïncide avec celle des produits, ce qui peut restreindre encore plus la concurrence. L'uniformisation des contrats réduit les coûts de recherche et d'apprentissage (*research and learning costs*) des consommateurs. Il peut également exister, en tant que condition normative, un lien fonctionnel entre la 'standardisation' et la transparence: pour permettre la comparabilité, la transparence du marché peut en fait nécessiter un certain degré d'uniformisation des contrats. L'uniformisation est donc parfois une condition nécessaire à la création et au bon fonctionnement d'un marché. Par ailleurs, l'uniformisation des contrats peut réduire les coûts de transfert, en ce qui concerne le renouvellement des relations contractuelles. Si ces coûts sont élevés, les consommateurs peuvent être 'bloqués'; lorsqu'ils sont bas, leur capacité de choix et de changement est plus forte. Toutefois, selon le contexte, l'uniformisation peut également augmenter les coûts de transfert et être le principal objectif du rédacteur. La nature des coûts de transfert peut conditionner l'interprétation de l'uniformisation, et permettre de décider si celle-ci est anticoncurrentielle ou non. Enfin, les coûts de transfert peuvent être exogènes ou endogènes (déterminés par les entreprises afin de retenir les consommateurs). Ces derniers tendent à être anticoncurrentiels et peuvent avoir une incidence sur le contrôle du respect du droit de la concurrence. Le considérant 14 du règlement (CE) n° 358/2003 de la Commission du 27 février 2003 (concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, *J.O.* n° L 53 du 28.02.2003) pourrait illustrer les bénéfices de l'uniformisation: "Les conditions ou clauses types d'assurance et les modèles types illustrant les bénéfices d'une police d'assurance vie peuvent comporter certains avantages. Par exemple, ils peuvent se traduire par des gains d'efficacité pour les assureurs, faciliter l'entrée sur le marché de petits assureurs ou d'assureurs inexpérimentés, aider les assureurs à satisfaire à leurs obligations légales et servir d'élément de référence aux organisations de consommateurs pour comparer les polices d'assurance offertes par différents assureurs.". Voir plus particulièrement l'article 5 ("Conditions d'exemption"), et l'article 6 ("Accords non couverts par l'exemption").

proposé est le caractère incomplet de l'uniformisation: pour être compatible avec la concurrence, l'uniformisation des contrats ne doit pas être totale.⁴⁷

La différenciation des contrats-types peut avoir des effets positifs. En effet, elle favorise la concurrence entre les entreprises et renforce la liberté de choix des consommateurs.⁴⁸ Mais la différenciation peut également provoquer des effets négatifs en augmentant les coûts de recherche des consommateurs et en réduisant la comparabilité des contrats et des produits.

Il existe des limites à l'uniformisation, dans l'intérêt respectif des consommateurs et des concurrents: elle peut être examinée au regard du droit de la concurrence et des clauses contractuelles abusives. De plus, l'uniformisation des contrats peut être davantage contrôlée dans les secteurs régulés, dans lesquels les régulateurs publics ou privés doivent vérifier la teneur des contrats et leur conformité aux objectifs de la régulation.

Selon le droit de la concurrence, l'uniformisation ne doit pas être abusive: elle ne doit pas permettre d'inclure des clauses contractuelles créant un déséquilibre des droits et obligations au détriment des consommateurs. Le bien-être de ces derniers serait poursuivi dans les deux cas, mais de façons différentes. En fait, l'uniformisation des contrats peut être anticoncurrentielle; elle ne peut pas être abusive.⁴⁹ D'autre part, l'uniformisation peut être abusive – illégale selon la directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus

⁴⁷ Voir **M. GRILLO et M. POLO**, "La standardizzazione dei contratti bancari con particolare riferimento alle Norme bancarie uniformi", in *Cooperazione e credito*, 1997, p. 475: "La sola condizione che deve essere soddisfatta affinché la standardizzazione possa essere compatibile con un equilibrio non collusivo è che essa non sia completa".

⁴⁸ Il doit être noté que la différenciation des contrats de services implique également une différenciation des produits.

⁴⁹ Dans des cas suédois, l'autorité de concurrence a contrôlé les accords-types favorables aux consommateurs négociés et conclus entre différentes organisations professionnelles et l'Office national de protection des consommateurs (dirigé par l'Ombudsman des consommateurs). Toutefois, au moins à une occasion, l'autorité de concurrence a déclaré un accord négocié et conclu par l'Ombudsman des consommateurs anticoncurrentiel. Voir Dnr. 1788/93 *Sveriges Trähusfabrikers Riksförbund* (affaire relative à l'exemption d'un accord en vertu d'une disposition équivalant à l'article 81 (3)). Voir également l'affaire Dnr. 1837/93 *Sparbankerna* et l'affaire Dnr. 1867/93 *Bankföreningen*, concernant des accords-types qui avaient été rédigés par les organisations professionnelles ou des coopérations après consultation avec l'office suédois de 'surveillance financière' et celui de protection des consommateurs, et contrôlés par l'autorité suédoise de concurrence.

Voir également **N. AVERITT et R. LANDE**, "Consumer Sovereignty: A unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law", 65 *Antitrust L.J.* 713, 1996; **F. GOMEZ**, "EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How Related Are They? A Law and Economics Perspective", InDret Working Paper, 2003, disponible sur www.indret.com; **F. GOMEZ**, "European Contract Law and Economic Welfare: A View from Law and Economics", InDret working paper, 2007, disponible sur www.indret.com.

avec les consommateurs – mais compatible avec le droit de la concurrence.⁵⁰ Comme nous le verrons, l’uniformisation abusive doit être distinguée de l’uniformisation anticoncurrentielle. De plus, elle a des significations différentes en droit de la concurrence et en droit de la consommation.

Une seconde question est relative aux modalités de négociation des clauses contractuelles types. Selon l’article 3.2 de la directive 93/13/CEE, les clauses ayant fait l’objet de négociations individuelles n’entrent pas dans le champ d’application de la directive; les juges ne peuvent apprécier le caractère abusif qu’en utilisant le droit commun des contrats.⁵¹ Lorsque les clauses n’ont pas été négociées individuellement, elles sont soumises au contrôle prévu par la directive sur les clauses contractuelles abusives. Une clause contractuelle uniformisée (standardisée) est considérée comme abusive si, en dépit de l’exigence de bonne foi, elle provoque un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.⁵² Les Etats membres ont interprété l’exigence de bonne foi de différentes manières, en fonction de leurs traditions nationales.⁵³ La Cour de Justice a explicitement reconnu l’importance des droits nationaux dans l’appréciation du caractère abusif.⁵⁴ Enfin, la clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur.⁵⁵

⁵⁰ Toutefois, l’uniformisation abusive est souvent considérée comme anticoncurrentielle. On ne doit pas oublier que le caractère abusif des clauses contractuelles est l’effet et non la cause du caractère anticoncurrentiel des accords.

⁵¹ Sur ce raisonnement discutable, voir **S. WEATHERILL**, *Consumer Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 118.

⁵² Voir **C.J.E.**, *Oceano Grupo Editorial SA contre Rocio Marciano Quintero*, Affaires jointes C-240/98 à C-244/98, *Rec.*, 2000, pp. I-4941, point 24: “une clause attributive de juridiction, qui est insérée sans avoir fait l’objet d’une négociation individuelle dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, doit être considérée comme abusive au sens de l’article 3 de la directive, dans la mesure où elle crée, en dépit de l’exigence de bonne foi, au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat”.

⁵³ Voir **H. SCHULTE-NOLKE** (dir.) en collab. avec **C. TWIGG-FLESSNER** et **M. EBBERS**, *EC Consumer law compendium - Comparative analysis*, 12 déc. 2006, disponible sur http://www.eu-consumer-law.org/study_en.cfm, spéc. pp. 324-415.

⁵⁴ Voir l’affaire *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG contre Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, C-237/02, *Rec.*, 2004, I-03403, points 19 et 21. Point 19: “À cet égard, il convient de constater que, en se référant aux notions de bonne foi et de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, l’article 3 de la directive ne définit que de manière abstraite les éléments qui donnent un caractère abusif à une clause contractuelle qui n’a pas fait l’objet d’une négociation individuelle”. Point 21: “S’agissant de la question de savoir si une clause contractuelle particulière présente ou non un caractère abusif, l’article 4 de la directive indique que la réponse doit être apportée en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l’objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion. Il convient de relever que, dans ce contexte, doivent également être appréciées les conséquences que ladite clause peut avoir dans le cadre du droit applicable au contrat, ce qui implique un examen du système juridique national”.

⁵⁵ La Cour de justice a jugé que les cours nationales ont la faculté d’examiner d’office le caractère abusif d’une clause. Voir **C.J.E.**, *Elisa Maria Mostaza Claro contre Centro Movil Milenium*, C-168/05, *J.O.*, 2006, C 326, 30.12.2006; également **N. REICH**, “More Clarity after ‘Claro’?”, *ERCL*, 2007, 1, 41.

La directive ne propose pas de règles précises pour distinguer les négociations individuelles des négociations collectives. La référence à la négociation individuelle laisse entendre que les contrats-types négociés collectivement entrent dans le champ d'application de la directive, puisque cette dernière vise à reconnaître des droits à chaque consommateur. Par conséquent, les contrats-types ayant fait l'objet de négociations bilatérales ou multilatérales, tels que définis plus haut, devraient être soumis au contrôle judiciaire du respect des règles relatives aux clauses contractuelles abusives. L'effet juridique de la négociation collective est de ne pas priver les consommateurs de leurs droits si les clauses négociées par les associations de consommateurs sont abusives. Cette interprétation fragilise la force des négociations collectives, tout en augmentant le niveau de protection de chaque consommateur. Il est utile de suggérer d'introduire une interprétation différente du caractère abusif si la clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle a été négociée collectivement.

En droit de la concurrence, il n'y a pas eu de grande différence entre le traitement des contrats-types négociés et celui des contrats définis unilatéralement.⁵⁶ Bien qu'ils puissent avoir un fort impact politique sur le pourcentage de litiges, en droit, les contrats-types négociés collectivement ne privent pas les consommateurs de leur droit de dénoncer le caractère abusif. Reconnaître le rôle des négociations collectives, et de manière plus générale celui de l'auto- et de la co-régulation, entraînerait certains changements dans le droit européen actuellement en vigueur.⁵⁷

Des propositions de réforme (certes dans un autre domaine) ont été présentées dans le Livre vert sur l'Acquis communautaire.⁵⁸ Trois aspects doivent notamment être mentionnés: (1) le champ d'application des règles communautaires relatives aux clauses contractuelles abusives, (2) la liste des clauses abusives et (3) la portée du contrôle du caractère abusif.

En ce qui concerne le premier point, une des trois options est d'appliquer la directive sur les clauses contractuelles abusives aux dispositions ayant fait l'objet de négociations individuelles, bien qu'il n'y ait aucune indication précise pour les clauses négociées

⁵⁶ Voir *infra*, corps de texte et notes bas de page.

⁵⁷ Voir les conclusions, *infra*, § IV.

⁵⁸ Voir *Livre Vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, o.c.; *supra* note 9.

collectivement.⁵⁹ Quant au contrôle du caractère abusif, une des options est d'étendre l'appréciation du caractère abusif à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix.⁶⁰

La question plus générale soulevée par le Livre vert sur l'Acquis communautaire concerne l'opportunité d'introduire, à l'échelle de l'UE, une clause générale de bonne foi et de loyauté en droit de la consommation.⁶¹ Ici se pose la question de l'interprétation d'une telle clause si les contrats-types sont négociés entre les associations de consommateurs et les organisations professionnelles, mais aussi l'effet des négociations des contrats-types sur le caractère abusif de chaque clause.

E. Les limites du droit de la concurrence à l'utilisation de l'autorégulation en droit européen des contrats

Le rapport entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation a récemment fait l'objet de débats académiques répercutés par les interventions des institutions.⁶² La nature de ce rapport est très intéressante pour notre problématique, tant du point de vue institutionnel que du droit positif. Les principaux enjeux sont relatifs à la nature du rapport entre ces deux domaines, leurs portées et leurs fonctions.⁶³ En ce qui concerne la promotion du bien-être du consommateur, le droit de la consommation et le droit de la concurrence se complètent-ils de manière fonctionnelle ou sont-ils équivalents? Si le droit de la consommation est

⁵⁹ *Ibid.*, § 4.4, p. 18

⁶⁰ *Ibid.*, § 4.6, p. 19

⁶¹ *Ibid.*, § 4.3, p. 17. Sur le rôle des clauses générales et des standards en droit européen des contrats, voir **S. GRUNDMANN et D. MAZEAUD**, (dir.), *General Clauses and standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, La Haye, Kluwer Law International, 2006.

⁶² Voir **A. ALBOR LORENS**, "Consumer Law, Competition Law and the Europeanization of Private Law", in **F. CAFAGGI**, *Reframing Self-Regulation, o.c., supra* note 17, pp. 245 et suiv.; **T. WILHELMSSON**, "Cooperation and Competition Regarding Standard Contract Terms in Consumer Contracts", *European Business Law Review*, 17/2006, p.49; **J. STUYCK**, "EC Competition Law after Modernisation: More than Ever in the Interest of Consumers", *Journal of Consumer Policy*, 2005, p. 1; **G. HOWELLS et S. WEATHERILL**, *o.c., supra* note 19, pp. 517 et suiv.; **N. REICH**, "The 'Courage' Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?", *Common Market Law Review*, 42/2005, p. 35.

⁶³ Ces questions sont envisagées dans le Livre vert, *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19.12.2005, COM(2005) 672 final. La jurisprudence récente de la Cour de justice a davantage précisé la règle établie dans l'arrêt *Courage contre Crehan*, C-453/99, 2001, *Rec. I-6297*, en affirmant que selon l'article 81 "toute personne est en droit de faire valoir la nullité d'une entente ou d'une pratique interdite par l'article 81 CE et, lorsqu'il existe un lien de causalité entre celle-ci et le préjudice subi, de demander réparation dudit préjudice. En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'exercice de ce droit". Puis la Cour indique ce que les Etats membres doivent déterminer: la notion de lien de causalité, la désignation des juridictions compétentes et les modalités procédurales des recours, le délai de prescription, l'étendue de la réparation du préjudice, notamment les dommages-intérêts. Voir C.J.E., *Manfredi e.a. contre Lloyd adriatico SpA e.a.*, C-295/04, 13 juillet 2006, (non référencé).

principalement conçu comme un domaine réglementé, comment peut-il compléter le droit de la concurrence?⁶⁴

Il doit être noté d'emblée qu'il existe des traditions très différentes dans les Etats membres quant au rôle des organisations professionnelles, des associations de consommateurs et des autorités publiques dans la création des règles du droit des contrats (les contrats-types en général et les contrats de consommation en particulier). Dans les pays nordiques, le rôle des associations de consommateurs est relativement faible; les organisations professionnelles négocient leurs clauses –types avec les entités publiques: Ombudsmans et établissements publics compétents en la matière (*Consumer Agencies*). Dans d'autres Etats membres, elles ont plus de pouvoir car elles sont investies de fonctions publiques.⁶⁵ Enfin, dans un troisième groupe d'Etats, les négociations bilatérales sont plus répandues et si l'autorité publique intervient, ce n'est qu'*ex post*.⁶⁶ Le dispositif institutionnel de l'AR devrait pouvoir intégrer ces différentes traditions dans un système multi-niveaux.

Comme nous l'avons décrit autre part, la notion de régulation privée va au-delà de la pure autorégulation.⁶⁷ Dans le cadre de l'analyse des contrôles du droit de la concurrence, nous considérerons donc non seulement les formes d'autorégulation pure, mais aussi l'autorégulation déléguée et la co-régulation qui se reflètent dans la rédaction des contrats-types.⁶⁸

⁶⁴ La réponse à cette question pourrait très bien dépendre de l'approche fonctionnelle du droit de la consommation. Il est important de souligner le rapport à double sens existant entre celui-ci et le droit de la concurrence. Pour le droit de la concurrence, les imperfections du marché, notamment les informations asymétriques, sont déjà envisagées par la réglementation administrative ou le droit de la consommation. Le droit de la consommation présuppose-t-il qu'il y ait un marché concurrentiel? Dans la négative, ses caractéristiques changent-elles s'il s'agit d'un monopole ou d'un marché concurrentiel? Plusieurs mécanismes, comme les règles relatives à l'information par exemple, seraient privés de leurs plus importantes fonctions: permettre la liberté de choix dans un marché non-concurrentiel. Les formes de marché affectent substantiellement la fonction et la structure du droit de la consommation. Cette variable devrait être explicite et on devrait autoriser l'application de règles différentes selon la structure du marché.

⁶⁵ Voir **E. HONDIUS**, "Self-Regulation in Consumer Matters", *o.c.*, *supra* note 17, pp. 237 et suiv., spéc. p. 239.

⁶⁶ Voir *supra* note 38 et également **J. HELLNER**, "The Consumer's Access to Justice in Sweden", *RabelZ*, 1976, pp. 727 et suiv.; voir aussi **A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT**, *Fair Trading Law in Flux?: National Legacies, Institutional Choice and the Process of Europeanisation*, Thèse, Université de Stockholm, 2003, p. 312.

⁶⁷ Voir **F. CAFAGGI**, "Rethinking Self-Regulation", *o.c.*, *supra* note 34.

⁶⁸ Nous nous concentrerons essentiellement sur l'uniformisation des contrats, mais ferons référence à plusieurs autres formes de réglementations privées dans lesquelles participent des opérateurs privés. Par exemple, les licences obligatoires exigées par des régulateurs privés, examinées par les cours européennes dans une perspective de droit de la concurrence: voir **T.P.I.**, *Piau c. Commission*, T-193/02, cons. 100 et 101. Selon le cons. 101: "Le principe même de la licence, qui est imposée par la FIFA et qui conditionne l'exercice de la profession d'agent de joueurs, constitue une barrière à l'accès à cette activité économique et affecte, dès lors, nécessairement le jeu de la concurrence. Elle ne peut par conséquent être admise que dans la mesure où les

Les limites liées à la concurrence sont prévues par les articles 81 et 82 du Traité CE, tels qu'interprétés par la Commission et la Cour de justice et précisés par les lignes directrices de la Commission.⁶⁹ La Cour de justice applique les principes de droit de la concurrence aux dispositifs d'autorégulation. Sa jurisprudence est très riche en ce qui concerne les accords ou décisions dans le cadre desquels l'autorité publique intervient *ex ante* ou *ex post*. Elle l'est moins en ce qui concerne les accords bilatéraux relatifs aux contrats-types conclus entre les organisations professionnelles et les associations de consommateurs, sauf dans les cas où ces accords – caractérisés par une autorégulation 'mandatée' ou déléguée – sont imposés par la loi.

L'analyse envisage principalement les dispositifs d'autorégulation tout en portant une attention particulière, mais pas exclusive, aux contrats-types des transactions *BtoC*. Elle s'intéresse aussi bien aux consommateurs de marchandises qu'à ceux de services.

Il existe des différences normatives liées aux secteurs, en particulier entre les secteurs dans lesquels les clauses contractuelles définissent le produit (comme dans le cas des assurances, crédits et valeurs mobilières) et ceux dans lesquels les clauses contractuelles jouent un rôle décisif pour la transaction. Dans certains domaines comme celui des assurances, des règlements d'exemptions par catégories ont été adoptés afin de permettre l'uniformisation des contrats en Europe.⁷⁰ Si l'on s'attache aux limites imposées par le droit de la concurrence aux mesures d'autorégulation, il devient clair que les premières varient selon que l'on se trouve dans le cas de sociétés produisant des marchandises ou dans celui d'entreprises produisant des services professionnels.⁷¹ Cette distinction est moins pertinente

conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, CE sont satisfaites, de sorte que le règlement modifié serait susceptible de bénéficier d'une exemption sur le fondement de cette disposition, étant établi qu'il contribue à la promotion du progrès économique, réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte, n'impose pas de restrictions non indispensables pour atteindre ces objectifs et n'élimine pas la concurrence".

⁶⁹ Voir notamment la communication de la Commission *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, *J.O.*, 2001, C 3/02.

⁷⁰ Dans le secteur des assurances, voir règlement CE 358/2003 de la Commission, 27 février 2003 et avant celui-ci, le règlement CEE n°1534/91, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, *J.O.*, L143/1, 1991. Sur ce point, voir **T. WILHELMSSON**, "Cooperation and competition", *o.c.*, *supra* notes 61, 63 et suiv.

⁷¹ Les prestataires de services professionnels sont considérés comme des entreprises et sont donc soumis au droit de la concurrence. Néanmoins, le contrôle des dispositifs d'autorégulation relatifs aux produits est différent de celui visant les services produits par des professionnels. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, des réglementations ayant des effets restrictifs sur la concurrence peuvent s'avérer nécessaires au bon exercice de la profession. Voir C.J.E, *Wouters e.a.*, 9 février 2002, C-309/99, Rec. p. I-1577, spéc. point 110. Pour une analyse

en ce qui concerne les industries fournissant des services, comme l'illustrent le secteur bancaire et celui des assurances.⁷²

Pour évaluer les limites que la concurrence impose à l'utilisation de l'autorégulation en droit européen des contrats, trois aspects doivent être envisagés:

- a) l'encadrement de ces accords /mesures aux fins du droit de la concurrence.
- b) L'applicabilité du droit de la concurrence à différents types de mesures privées d'autorégulation.
- c) Les types de contrôle et leurs effets sur ces mesures, dès lors que le droit de la concurrence est reconnu applicable.

Comment les mesures d'autorégulation sont-elles encadrées aux fins d'un contrôle du droit de la concurrence?⁷³ Il existe une certaine symétrie entre les mesures d'autorégulation et les différentes typologies envisagées par le droit de la concurrence, comme l'illustre le tableau suivant.

plus large, voir la communication de la Commission, *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, Bruxelles, 9.2.2004, COM (2004) 83 final.

⁷² Toutefois, on peut noter certaines particularités. Voir dans le secteur des assurances, l'exemption par catégories du règlement 358/2003, *o.c.*, *supra* note 69.

⁷³ Dans ce cadre, nous considérerons les formats types, mais aussi les codes de conduite et les règlements des organisations professionnelles, qui peuvent influencer sur la rédaction des clauses types utilisées par les membres dans leurs relations contractuelles. La constitution d'une organisation professionnelle et ses règles de fonctionnement ont été qualifiées de décisions d'associations d'entreprises au sens de l'article 81. Voir les décisions de la Commission *A.S.P.A.*, *J.O.*, 08 juillet 1970, L148 et *Nuovo Cegam* du 30 mars 1984, *J.O.*, 1984, L99.

Tableau 3

	Une partie prenante	Deux parties prenantes	Plusieurs parties prenantes
Autorégulation contractuelle Accords (Art. 81)	Contrats uniquement entre entreprises	Contrats bilatéraux entre associations: entre organisations professionnelles et associations de consommateurs (ou autres organisations professionnelles)	Contrats multilatéraux. Entre organisations professionnelles, associations de consommateurs et acteurs publics
Autorégulation 'organisationnelle' Décisions d'entreprises (Art. 81)	Organismes composés uniquement d'entreprises	Association d'organisations. Composée d'organisations professionnelles et d'associations de consommateurs	Association d'organisations. Entre organisations professionnelles, associations de consommateurs et acteurs publics
Usages/Coutumes Pratiques concertées			

Comme le montre le tableau, le régime du droit de la concurrence reflète bien les différents modèles d'autorégulation examinés plus haut.⁷⁴ Certes, les différences formelles entre le droit des contrats et le droit de la concurrence sont encore significatives, et pour cause: le droit des contrats et le droit de la concurrence ne remplissent pas les mêmes fonctions.⁷⁵ Toutefois, ces différences n'empêchent pas de comparer le droit de la concurrence et le droit des contrats aux fins d'une théorie unifiée de l'autorégulation en droit européen des contrats.

On retrouve le modèle contractuel de l'autorégulation dans la catégorie des accords du droit de la concurrence, tandis que l'association d'entreprises peut être rapprochée du modèle

⁷⁴ Voir *supra*, tableaux 1 et 2.

⁷⁵ Sur le vif débat nourri récemment, concernant les rapports entre droit de la concurrence et droit des contrats, voir **R. PARDOLESI**, "Il contratto e il diritto della concorrenza", in **G. GITTI** (dir.), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologne, Il Mulino, 2006, pp. 159 et suiv.; **M. MAUGERI**, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milan, Giuffrè, 2003; **G. VETTORI**, "Contratto e concorrenza", in **G. VETTORI** (dir.), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, Cedam, 2005, p. 1.

organisationnel.⁷⁶ L'équivalent fonctionnel des pratiques concertées n'est pas clairement identifié dans le domaine de l'autorégulation. Il existe peut-être une certaine corrélation avec les usages et coutumes, mais une analyse complète de cette comparaison dépasse le cadre de cet article.⁷⁷ Donc, en droit de la concurrence, il est également possible de distinguer les dispositifs d'autorégulation de nature contractuelle de ceux de nature organisationnelle.

Dans ce cadre, la distinction entre les accords /organismes d'une, deux ou plusieurs partie(s) prenante(s) est-elle pertinente en droit de la concurrence?

Les organismes de représentation bilatérale (entreprises et consommateurs, ou entreprises exerçant des pouvoirs de marché différents) ou trilatérale (incluant les acteurs publics ou d'autres structures privées) peuvent-ils être considérés comme des associations d'entreprises aux fins de l'article 81? L'appréciation est-elle différente de celle relative aux accords et organisations n'ayant qu'une partie prenante? Les accords signés par les organisations professionnelles et les associations de consommateurs et approuvés par les autorités publiques peuvent-ils faire l'objet d'un contrôle au regard de l'article 81 TCE? En cas de réponse affirmative, devraient-ils être contrôlés au regard du droit de la concurrence, ou devraient-ils en être exemptés si leur objectif principal est la protection du consommateur et/ou l'intérêt général?

La nature des différents acteurs des mesures d'autorégulation est au cœur de ces questions.

D'une part, la différence entre les organismes composés d'une ou deux parties prenantes, et en particulier le rôle des associations de consommateurs, laisserait penser qu'un autre ensemble de règles peut être instauré. D'autre part, les différentes formes de participation des autorités publiques auraient une conséquence sur la nature de l'organisme d'autorégulation et son activité. En clair, qu'est-il déterminant de définir comme critère d'application du droit de la concurrence: ce qu'ils sont ou ce qu'ils font?⁷⁸

⁷⁶ Du point de vue du droit privé, le modèle organisationnel peut revêtir différentes formes d'association, telles que les fondations, compagnies, coopératives.

⁷⁷ Pour une analyse plus large, voir **F. CAFAGGI**, "Rethinking Self-Regulation", *o.c.*, *supra* note 34.

⁷⁸ Selon la jurisprudence, le fait qu'une association ayant des fonctions de régulation soit constituée d'autres membres en plus des représentants de l'industrie est pris en compte dans la détermination de l'applicabilité des règles du droit de la concurrence à l'activité de l'association.

La Commission européenne et la Cour de justice doivent toujours effectuer un examen fonctionnel du rôle des participants dans les dispositifs d'autorégulation et des intérêts qu'ils sont censés représenter. La distinction entre la nature privée ou publique de l'organisme de régulation est déterminante pour la *state action defence*. Cependant, on peut remettre en question l'applicabilité du droit de la concurrence si l'entité publique a délégué ou approuvé *ex post* l'activité de régulation, même lorsque le caractère privé du régulateur est clairement établi. L'inapplicabilité des dispositions du droit de la concurrence (en raison de la nature publique du régulateur) entraînerait un contrôle au regard des principes correspondant aux quatre libertés.⁷⁹ Bien qu'il ne s'agisse pas nécessairement de facteurs alternatifs, la frontière privé/public a souvent été associée à celle séparant la concurrence et les libertés.⁸⁰ En ce qui concerne la régulation privée, le contrôle du droit de la concurrence et celui reposant sur les 'quatre libertés' peuvent être complémentaires. En termes d'applicabilité, il doit être noté que les dispositions concernées ont clairement un « effet direct horizontal », afin que la réglementation privée puisse être annulée et que la responsabilité des entités privées puisse être engagée en cas de restriction des libertés de circulation des travailleurs, d'établissement et de prestation de services.⁸¹ La Cour de justice ne s'étant pas directement prononcée sur ce point, la situation n'est pas totalement claire en ce qui concerne la libre circulation des marchandises et des capitaux.⁸² Dans plusieurs affaires relevant de l'article 28, la Cour a manifesté la volonté d'intervenir dans les décisions prises par des acteurs privés – mais toujours avec un certain rapport à la '*state action*' –, soit sous forme législative en *autorisant*

⁷⁹ Tel était le cas dans l'arrêt du 5 Décembre 2006, *Cipolla*, affaires jointes C-94/04 et C-202/04, (non référencé), relatif à la fixation par le Barreau italien et le Ministère de la Justice d'un barème d'honoraires. Il a été soutenu (et accepté par la Cour) que l'article 49 pouvait être utilisé pour constater l'illégalité d'une pratique légale selon l'article 81. Voir points 54-70 de l'arrêt.

⁸⁰ Ceci était clair dès le début de la jurisprudence de la Cour en matière de concurrence. Dans l'arrêt C.J.E., *Consten et Grundig contre Commission* (affaires jointes C-56 et 58/64, *Rec.*, 1966, Edition spéciale anglaise, p.299.), la Cour affirme, au point 340, qu'un "accord entre producteur et distributeur qui tendrait à reconstituer les cloisonnements nationaux dans le commerce entre Etats membres pourrait être de nature à contrarier les objectifs les plus fondamentaux de la Communauté [...]. Le traité, dont le préambule et le texte visent à supprimer les barrières entre Etats et qui, en maintes dispositions, fait montre de sévérité à l'égard de leur réapparition, ne pouvait permettre aux entreprises de recréer de telles barrières. L'article 81, paragraphe 1, répond à un tel objectif".

⁸¹ Voir, par exemple, C.J.E., *Angonese contre Cassa di Risparmio di Bolzano*, C-281/98, *Rec.*, 2000, p. I-4319 (article 39: libre circulation des travailleurs) et l'affaire *Wouters, o.c.*, *supra* note 70 (article 49: liberté de prestation de services). Voir P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU law: Text, Cases and Materials*, 3ème éd., Oxford, OUP, 2003, p. 771.

⁸² Pour l'article 28 et la libre circulation des marchandises, cf. note suivante. L'article 56 (libre circulation des capitaux) a indéniablement un effet direct 'vertical', au moins depuis C.J.E., *Sanz de Lera*, affaires jointes C-163, 165 et 250/94, *Rec.*, 1995, p. I-4821. Dans l'arrêt C.J.E., *Stefan*, C-464/98, *Rec.*, 2001, p. I-173, en évaluant la conformité d'une loi nationale à l'article 56, la Cour s'est indirectement prononcée sur la légalité d'une hypothèque. Pour des arguments en faveur de l'effet direct horizontal de cette disposition: P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law, o.c.*, *supra* note 80, p. 682; moins directement: P. USHER, *The Law of Money and Financial Services in the European Community*, Oxford, OUP, 1994, p. 27.

une décision restrictive, soit sous la forme de prérogatives publiques d'une organisation professionnelle auteur d'une décision restrictive.⁸³

Examinons d'abord les critères de détermination du caractère public/privé de l'organisme de régulation.

Bien que la nature des membres de l'organisation auteur des formats types ou des signataires de l'accord soit un aspect important, elle ne constitue pas un élément déterminant pour décider de l'opportunité d'un 'contrôle du droit de la concurrence'. Si ces décisions représentent l'intérêt général et pas seulement celui d'une catégorie (les entreprises notamment), elles sont plus susceptibles d'être reconnues compatibles avec le droit de la concurrence.⁸⁴ L'exemple fréquent est celui de la fixation des tarifs. En cas de délégation à des organismes privés, la règle définie ne perd pas son caractère 'législatif' si deux conditions sont satisfaites: (a) la référence explicite à l'intérêt général, (b) la qualité d'expert de l'organe de délibération. Si ces conditions ne sont pas réunies, l'organisme privé exerce un pouvoir de régulation relevant du contrôle par le droit de la concurrence, à moins qu'il fasse l'objet d'une approbation *ex post* par l'Etat.⁸⁵ D'un point de vue normatif, la perspective de la nature publique/privée des participants à l'accord ou des membres de l'association ne semble pas très prometteuse. Bien que ce critère soit important, il ne devrait pas être déterminant de l'applicabilité du droit de la concurrence.

⁸³ L'article 28 a été appliqué dans plusieurs affaires relatives à la propriété intellectuelle, dans lesquelles la Cour n'a pas autorisé le titulaire des droits de propriété intellectuelle à les utiliser pour restreindre la libre circulation de marchandises légalement commercialisées dans un Etat membre (théorie de l'épuisement des droits). Voir par exemple **C.J.E.**, *Centrafarm*, C-15/74, *Rec.*, 1974, p. 1147. Dans ces cas, le droit national, sous forme d'un acte public, donne *le droit* au titulaire des droits de propriété intellectuelle de restreindre la libre circulation. Toutefois, la Cour a condamné l'*exercice* de ce droit, en tant qu'acte de nature privée. De même, dans des affaires comme **C.J.E.**, *The Queen contre Pharmaceutical Society, ex parte API*, C-266/87, *Rec.*, 1989, p. 1295, les associations ayant une composition privée ont été soumises à l'article 28, au motif qu'elles ont certains pouvoirs réglementaires (pouvoir disciplinaire).

⁸⁴ Voir **C.J.E.**, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr contre Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG*, C-185/91, *Rec.* 1993, p. I-5801, point 24: "Il y a dès lors lieu de répondre à la question posée que les articles 3, sous f), 5, deuxième alinéa, et 85 du traité ne s'opposent pas à ce qu'une réglementation d'un Etat membre prévoit que les tarifs des transports routiers de marchandises à grande distance sont fixés par des commissions tarifaires et rendus obligatoires pour tous les opérateurs économiques, après approbation par l'autorité publique, si les membres de ces commissions, quoique choisis par les pouvoirs publics sur proposition des milieux professionnels intéressés, ne constituent pas des représentants de ces derniers appelés à négocier et à conclure un accord sur les prix mais des experts indépendants appelés à fixer les tarifs en fonction de considérations d'intérêt général et si les pouvoirs publics n'abandonnent pas leurs prérogatives en veillant notamment à ce que les commissions fixent les tarifs en fonction de considérations d'intérêt général et en substituant, si besoin est, leur propre décision à celle de ces commissions". A rapprocher de **C.J.E.**, *Commission contre Italie*, C-35/96, *Rec.* 1998, p. I-3851, point 60.

⁸⁵ Voir **C.J.E.**, *Procédure pénale contre Manuele Arduino*, C-35/99, *Rec.*, 2002, p. I-1529 points 36-39.

Penchons-nous maintenant sur les différentes catégories d'acteurs privés. De quelle manière la constitution de l'organisme de réglementation (organisation en tant que telle ou parties liées par une relation contractuelle) influe sur l'applicabilité du droit de la concurrence? Il serait inapproprié de distinguer les associations constituées uniquement d'entreprises des associations mixtes (constituées d'entreprises et de consommateurs) pour déterminer l'applicabilité du droit de la concurrence. Cependant, il est évident que la présence des secondes devrait entraîner une approche différente lorsque la répartition des compétences en leur sein manifeste la prise en compte de l'intérêt général. Ceci impliquerait de reconnaître la spécificité de l'autorégulation négociée, qu'elle ait lieu entre entreprises, entre entreprises et consommateurs ou que les acteurs publics participent également à la rédaction des codes de conduite ou des contrats-types. Actuellement, le caractère négocié de l'accord entre différentes organisations privées ne joue pas un rôle significatif, mais la présence de certains signataires, tels que les associations de consommateurs, serait révélateur de l'intérêt général. Dans ce cas, il devrait influencer non pas sur l'applicabilité du droit de la concurrence, mais sur la nature de l'examen (test) susceptible d'être effectué.

Une question plus délicate concerne les organisations et accords de régulation dans lesquels l'Etat ou un établissement public est directement représenté. Nous qualifions ces organes d'hybrides. Ici, la différence entre autorégulation pure et régulation privée déléguée s'estompe. Dans d'autres situations, le pouvoir de substitution de l'autorité publique a été utilisé pour statuer sur l'applicabilité de l'article 81 lorsque l'activité de l'organisme d'autorégulation est illégale.⁸⁶

Nous anticipons ici la conclusion: la question de savoir si et comment le droit de la concurrence est applicable à l'uniformisation des contrats devrait être appréhendée en utilisant une approche différente de celle actuellement empruntée par la Commission et la Cour de justice. L'examen devrait prendre en compte les raisons de la participation publique dans le dispositif d'autorégulation afin d'évaluer si l'intérêt général représenté par l'intervention de

⁸⁶ Pour un cas récent, remarquable mais quelque peu controversé, voir C.J.E., *Arduino, ibid.*, note 84. Selon la Cour de justice, la pratique du Conseil italien de l'ordre des avocats (fixation des tarifs applicables à l'activité des avocats, auxquels les cours nationales ne peuvent déroger, dans une large mesure, lorsqu'elles décident des honoraires à la charge de la partie ayant succombé) *n'est pas* visée par l'article l'article 81(1). Et ce, essentiellement parce qu'une fois établi par le Conseil de l'ordre, le projet de tarifs doit être approuvé par le Ministre de la Justice qui, à son tour, doit consulter le Comité interministériel des prix et le Conseil d'Etat. Notons la perspicacité de l'Avocat Général Léger dans cette affaire: tout en arrivant effectivement à la même conclusion que la Cour, son approche est plus subtile car il insiste fortement sur le *contrôle effectif* du régime commun des prix par l'Etat membre.

l'acteur public (1) justifie les limites à la concurrence introduites par cette uniformisation, (2) devrait entraîner des modifications dans l'appréciation du caractère anticoncurrentiel ou (3) devrait permettre l'exemption.⁸⁷

F. Applicabilité du droit de la concurrence aux codes de conduite et autres mesures d'autorégulation influençant la formation du droit européen des contrats

Passons maintenant à une analyse plus détaillée des différentes mesures d'autorégulation (caractérisées par la présence/absence d'autorités publiques en droit de la concurrence), d'autorégulation déléguée ou de co-régulation.

Quand peut-on appliquer le droit de la concurrence aux mesures d'autorégulation? La réponse dépend des différents types de dispositifs en la matière, notamment de la distinction entre autorégulation pure d'une part, autorégulation déléguée et co-régulation d'autre part.⁸⁸ Pour décider si et comment le droit de la concurrence est applicable, les critères utilisés par les institutions UE varient-ils en fonction du modèle de régulation employé dans chaque secteur?⁸⁹ A quel moment les mesures d'autorégulation deviennent-elles des mesures étatiques? Quand la *state action defence* est-elle applicable?

Deux hypothèses doivent être distinguées. Dans l'une, il est possible de déterminer si le régulateur est public ou privé; dans l'autre, soit l'opérateur privé agit dans le cadre d'une délégation de l'autorité publique, soit son activité fait l'objet d'une approbation *ex post*. Par exemple: si (1) les principes relatifs aux contrats-types sont établis *ex ante* par le législateur ou le régulateur public, puis précisés par le régulateur privé, ou (2) lorsque ce dernier se voit octroyé la compétence de rédiger directement les contrats –types qui devront cependant être approuvés par une entité publique avant de devenir effectifs.

⁸⁷ Ceci est également explicite dans le raisonnement de l'Avocat Général dans l'affaire précédemment citée.

⁸⁸ Pour une taxinomie, voir **F. CAFAGGI**, "Rethinking Self-Regulation", *o.c.*, *supra* note 34.

⁸⁹ Sur cette question, voir **J. SZOBOSZLAI**, "Delegation of State Regulatory Powers to Private Parties-Towards and Active Supervision Test", *World Competition*, 29/2006, p. 73; **F. CASTILLO DE LA TORRE**, "State Action Defence in Competition Law", *World Competition*, 28/2005, p. 407; **J. TEMPLE LANG**, "National Measures Restricting Competition and National Authorities under Article 10 EC", *European Law Review* 29/2004, p. 397; **H. SCHEPEL**, "Delegation of Regulatory Powers to Private Parties under EC Competition Law: Towards a Procedural Public Interest Test", *Common Market Law Review*, 39/2002, pp. 31-51.

Les deux principaux groupes de cas concernent, d'une part, la violation de dispositions du droit de la concurrence par des entreprises (articles 81, 82 et 86), d'autre part, la violation de ces mêmes dispositions lues en combinaison avec l'article 3(1)g et l'article 10 du Traité par des mesures étatiques.

Avant d'entrer dans une analyse plus précise des différents modes de régulation, il serait utile de faire quelques remarques générales quant à la distinction entre la nature juridique de l'autorité produisant la réglementation et la nature juridique de l'activité de régulation.

La Commission et la Cour de justice ne sont pas toujours claires dans leur utilisation des critères d'applicabilité des articles 81 et 82 à l'opérateur privé, à l'activité de régulation ou aux deux. En d'autres termes, parfois elles appliquent la division privé/public au régulateur, parfois à l'activité. Comme nous le démontrerons plus tard, il est préférable d'appliquer le critère à l'activité; les éléments relatifs à la forme juridique du régulateur privé ne devraient être utilisés qu'en tant qu'ils permettent de déterminer les caractéristiques pertinentes de l'activité et ses effets potentiels sur la concurrence.⁹⁰

Pour une part, la question de l'applicabilité du droit de la concurrence est liée à la forme juridique du régulateur; pour l'autre, à la stratégie de régulation. Lorsque la nature publique/privée du régulateur est en jeu, il est nécessaire d'analyser la nature de l'association d'entreprises. La question est notamment de savoir si une organisation professionnelle agit en tant qu'association d'entreprises aux sens de l'article 81 du Traité CE, lorsqu'elle participe à l'autorégulation déléguée ou à la co-régulation?⁹¹ Il n'est pas nécessaire qu'une association

⁹⁰ Par exemple, pour qualifier l'activité de régulation de l'association, le caractère lucratif ou non de l'organisation peut être un élément pertinent mais non déterminant; l'analyse fonctionnelle des objectifs et de la nature de l'uniformisation reste nécessaire.

⁹¹ En ce qui concerne les organisations professionnelles, le *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales, o.c., supra* note 70, résume le droit en vigueur ainsi: "5.1.2. L'autorégulation en tant que décision d'une association d'entreprises; 69. Une organisation professionnelle agit en tant qu'association d'entreprises aux fins de l'article 81 lorsqu'elle réglemente le comportement économique des membres de la profession, même si des membres des professions libérales avec un statut de travailleur pour compte d'autrui sont admis, puisque les organisations professionnelles représentent normalement et essentiellement les membres indépendants d'une profession; 70. Le fait que certaines organisations professionnelles aient un statut de droit public ou assument certaines tâches d'intérêt général, ou encore qu'elles affirment oeuvrer dans l'intérêt général, ne change rien; 71. Toutefois, une organisation régulant le comportement des entreprises dans une profession donnée n'est pas une association d'entreprises si elle se compose d'une majorité de représentants des pouvoirs publics et si elle est tenue de respecter des critères d'intérêt général définis au préalable. Les normes arrêtées par une association professionnelle ne conservent leur caractère étatique que si l'État a défini les critères d'intérêt

d'entreprises exerce elle-même une activité économique pour être soumise à l'article 81; ⁹² selon le critère, son action doit avoir une incidence sur la sphère économique.⁹³ L'élaboration privée de la réglementation peut donc être considérée comme une activité économique aux fins du droit de la concurrence.⁹⁴

Le droit de la concurrence n'est applicable que si l'opérateur privé peut être considéré comme une association d'entreprises (article 81), ou une entreprise en position dominante (article 82). Autrement, il serait possible d'appréhender les entreprises comme des entités séparées pour apprécier si le code de conduite ou les accords-cadres qu'elles signent correspondent à un accord au sens de l'article 81.

Dans une perspective de droit de la concurrence, il est important de considérer deux aspects que nous avons déjà soulignés dans la définition des modèles organisationnels.

a) La nature juridique de l'association a-t-elle une importance?

b) La composition des membres qui la constituent joue t-elle un rôle déterminant?

Notamment, de quelle manière la distinction entre associations d'experts et associations de représentation d'intérêts se manifeste t-elle?⁹⁵

La première question peut être subdivisée en plusieurs sous-questions relatives à la définition de l'association d'entreprises aux fins d'application du droit de la concurrence à l'autorégulation.

i. Est-il important que l'association elle-même soit qualifiée d'entreprise?

ii. Est-il important que l'association soit une organisation à but lucratif ou à but non lucratif?

iii. Est-il important que l'association ait un statut de droit public ou privé?

Notamment, est-il important que son organe de délibération soit nommé par des organisations

général et les principes essentiels auxquels la réglementation doit se conformer et s'il a conservé le pouvoir de décision en dernier ressort".

⁹² C.J.E., *Van Landewyck e.a. contre Commission*, affaires jointes C-209/78 à 215/78 et C-218/78, *Rec.* 1980, p. 3125, points 87 et 88; C.J.E., *IAZ e.a. contre Commission*, affaires jointes C-96/82 à 102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82, *Rec.* 1983, p. 3369, points 19 et 20.

⁹³ Voir C.J.E., *Wouters, o.c.*, *supra* note 70, point 63.

⁹⁴ Une distinction supplémentaire peut être établie entre la réglementation privée n'ayant que des effets internes et celle ayant des effets externes. En ce qui concerne les associations sportives, on distingue déjà la liberté d'organisation interne de la réglementation privée ayant des effets externes (affaire *Bosman*, point 81 et affaire *Deliege*, point 47).

⁹⁵ Cette distinction sert à écarter l'application du droit de la concurrence dans des cas où l'organisme de régulation agit dans l'intérêt général et non dans l'intérêt de l'industrie.

privées ou par des autorités publiques, que les personnes nommées (même par des autorités publiques) représentent des intérêts privés précis ou l'intérêt général?⁹⁶

Nous pouvons résumer les réponses de la Cour de justice ainsi: le droit de la concurrence peut contrôler les organisations professionnelles au regard de leur activité économique et non de leur activité déontologique, dans la mesure où les dispositions déontologiques sont nécessaires au bon fonctionnement de la profession concernée.⁹⁷ Il n'est pas nécessaire que l'association exerce une activité économique en tant que telle pour faire l'objet d'un contrôle du droit de la concurrence.⁹⁸

En ce qui concerne la distinction entre l'autorégulation pure, la régulation déléguée et la co-régulation au regard du droit de la concurrence, la Cour de justice a développé une taxinomie des rôles possibles des autorités publiques – majoritairement liés au rôle de l'autorégulation – quant aux accords et décisions d'associations.⁹⁹ Cette taxinomie résulte du principe général selon lequel le droit de la concurrence vise les entreprises et ne s'applique pas directement aux Etats. Toutefois, la Cour de justice a rapidement indiqué que, selon les articles 3(1), 10, 81 et 82 du Traité CE, les Etats doivent respecter l'obligation de coopération loyale et ne peuvent adopter des dispositions violant le droit communautaire.¹⁰⁰ Les

⁹⁶ Il est peu probable que ce soit le cas, en fonction de la composition exacte de l'organe de délibération. Voir **C.J.E.**, *Pavlov e.a.*, affaires jointes C-180/98 à C-184/98, *Rec.*, 2000, p. I-6451, point 87; **C.J.E.**, *Centro Servizi Spediporto*, C-96/94, *Rec.*, 1995, p. I-2883, point 23.

⁹⁷ Voir par exemple **C.J.E.**, *Wouters, o.c.*, *supra* note 70. Dans un arrêt récent, **C.J.E.**, *Meca-Medina et Majcen contre Commission*, C-519/04, *Rec.*, 2006, p. I-6991, la Cour a traité la plainte de nageurs olympiques reconnus coupables de dopage par la Fédération internationale de natation (FINA) car, pour des motifs de nature anticoncurrentielle, le Comité international olympique avait délibérément fixé un seuil de tolérance bas pour les taux de substances illicites dans le corps. La Cour, annulant ainsi la partie en cause de l'arrêt du Tribunal de première instance, a constaté que les restrictions imposées par les règles sportives disciplinaires doivent se limiter à ce qui est nécessaire afin d'assurer le déroulement et le bon fonctionnement des compétitions sportives. Ce faisant, elle a rejeté l'idée avalisée par le **T.P.I.** selon laquelle les règles disciplinaires du sport peuvent être exclues plus ou moins automatiquement du champ d'application des règles de la concurrence. La Cour a opté, à la place, pour une analyse au cas-par-cas. Cf. points 45-48 de l'arrêt.

⁹⁸ Voir par exemple les conclusions de l'Avocat Général dans l'affaire *Wouters*, *Rec.*, 2002, p. I-1577, point 77.

⁹⁹ Les juridictions européennes ont également envisagé la question plus générale de la légitimité du pouvoir de réglementation privée et de la détermination des frontières entre régulation publique et régulation privée. Pour une perspective étroite, voir **T.P.I.**, *Piau, o.c.*, *supra* note 67, points 77-78: "En effet, le principe même de la réglementation d'une activité économique ne concernant ni la spécificité sportive ni la liberté d'organisation interne des associations sportives, par un organisme de droit privé dépourvu de toute délégation d'une autorité publique pour ce faire, tel que la FIFA, ne peut être tenu d'emblée pour compatible avec le droit communautaire, s'agissant en particulier du respect dû aux libertés civiles et économiques; Une telle réglementation, qui relève de la police d'une activité économique et touche à des libertés fondamentales, ressortit en principe à la compétence des autorités publiques".

¹⁰⁰ Le principe général a été établi dans **C.J.E.** *SA G.B.-INNO-B.M. contre Association des détaillants en tabac (ATAB)*, C-13/77, *Rec.*, 1977, p. 2115. Pour le présent objet, deux questions se posent: (1) le pouvoir de réglementation peut-il être délégué? (2) Comment peut-il l'être sans violer le droit de la concurrence? En ce qui concerne la première question, un premier problème se pose lorsqu'il y a délégation. Dans ce cadre, la délégation

mécanismes de régulation privée (dans lesquels participent non seulement les entreprises, les organisations professionnelles, mais aussi les autorités publiques) peuvent être contrôlés au regard du droit de la concurrence, dès lors qu'ils se manifestent dans une activité économique et que l'accord ou la décision relève d'une entreprise ou d'une association d'entreprises.¹⁰¹ Une association d'entreprises à qui a été délégué un pouvoir réglementaire doit donc respecter les règles du droit de la concurrence.¹⁰² Lorsqu'il y a délégation, la question principale est de savoir si l'activité déléguée peut être considérée comme une action étatique (et donc être protégée) ou qualifiée d'action privée, soumise aux règles du droit de la concurrence. L'applicabilité des articles 81 et 82 ne peut être écartée que si l'association est une autorité publique et n'exerce aucune activité économique.¹⁰³ Cette évolution a étendu le champ de l'activité économique et a élargi la définition de l'entreprise et de l'association d'entreprises.¹⁰⁴ L'article 10 combiné aux articles 81 et 82 du Traité CE limite la faculté des Etats et des autres autorités publiques de déléguer leur pouvoir de réglementation (y compris la rédaction des contrats-types) aux organisations privées.¹⁰⁵ Lorsque les principes de l'acte de délégation violent le droit de la concurrence, les cours et les autorités nationales compétentes en matière de concurrence peut 'dés-appliquer' l'acte en question et contrôler l'activité du délégataire.¹⁰⁶ La question centrale est relative à la marge de discrétion du délégataire lorsqu'il exerce le pouvoir délégué de définir les contrats-types: plus forte est la

ex ante et l'approbation *ex post* sont toutes les deux considérées. En cas de délégation, se pose alors la question de sa légalité. La délégation illégale peut constituer une violation de l'obligation de coopération loyale et sincère entre l'UE et les Etats membres. Voir l'affaire *Pascal Van Eycke contre Société anonyme ASPA*, C-267/86, *Rec.*, 1988, pp. 4769 et suiv., spéc. 16. "Il convient de rappeler que, par eux-mêmes, les articles 85 et 86 du traité concernent uniquement le comportement des entreprises et ne visent pas des mesures législatives ou réglementaires émanant des Etats membres. Il résulte cependant d'une jurisprudence constante que les articles 85 et 86, lus en combinaison avec l'article 5 du traité, imposent aux Etats membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Tel est le cas [...] lorsqu'un Etat membre *soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique*" [nous soulignons].

¹⁰¹ Voir **C.J.E.**, *Van Eycke*, *o.c. supra* note 99, point 16, et la jurisprudence suivante. Pour des cas dans lesquels l'autorité suédoise de concurrence a contrôlé les accords-types négociés par l'Office de protection des consommateurs (dirigé par l'Ombudsman des consommateurs) et les organisations professionnelles, voir: l'affaire *Sparbankerna*, l'affaire *Sveriges Trähusfabrikers Riksförbund*, et l'affaire *Branchföreningen Svenska Värmepumpföreningen*, *o.c.*, *supra* note 48.

¹⁰² Voir **C.J.E.**, *Mauri*, C-250/2003, Ordonnance de la Cour, 17 février 2005: Mauri a limité la possibilité de se prévaloir de l'action étatique (*State action defence*).

¹⁰³ Voir **C.J.E.**, *Wouters*, *o.c.*, *supra* note 70, point 56.

¹⁰⁴ Voir **C.J.E.**, *Bundesanstalt*, *o.c.*, *supra* note 83.

¹⁰⁵ Voir **C.J.E.**, *Van Eycke*, *o.c.*, *supra* note 99.

¹⁰⁶ Voir **C.J.E.**, *Conorzio Industrie fiammiferi (CIF)*, C-198/01, 9 septembre 2003, *Rec.*, I, et C-250/2003, points 50 et suiv.; **C.J.E.**, *Mauri*, *o.c.*, *supra* note 101. Sur le sujet **J. SZOBOSZLAI**, "Delegation of State Regulatory Powers", *o.c.*, *supra* note 88, pp. 73 et suiv., spéc. p. 79.

compétence discrétionnaire de fixer les tarifs ou de déterminer d'autres clauses potentiellement anticoncurrentielles, plus le contrôle du droit de la concurrence est possible.

En somme, lorsque le droit de la concurrence n'est pas applicable, un autre examen peut être effectué au regard des quatre libertés.¹⁰⁷ La réglementation des structures hybrides peut être contrôlée quant à son objet principal à la lumière des différents principes: elle peut être annulée si elle constitue un obstacle. On sait que différents principes s'appliquent aux libertés relatives aux marchandises, aux services et aux capitaux. En ce qui concerne les premières, l'article 28 du Traité a été appliqué (de manière discutable) aux organisations privées, alors que l'on pourrait également reconnaître le même effet à l'article 56.¹⁰⁸ Toutefois, la distinction entre entités publiques et privées joue encore un rôle important. Pour ce qui est des libertés de services et d'établissement, la Cour de justice a explicitement admis leur applicabilité aux organisations privées.¹⁰⁹ Toutefois, une analyse complète du contrôle de la régulation privée au regard des quatre libertés dépasse le cadre de cet article.

G. Les différents mécanismes d'autorégulation en droit de la concurrence

Lorsque la concurrence est applicable aux dispositifs d'autorégulation, on contrôle en fait le caractère anticoncurrentiel ou non des accords, décisions d'entreprises et pratiques concertées.

La Commission considère les clauses contractuelles et les contrats-types comme des accords ou des décisions d'entreprises de l'article 81(1).¹¹⁰ La Cour de justice confirme cette approche.¹¹¹ Dans le cas d'accords, peuvent non seulement être contrôlés les contrats conclus

¹⁰⁷ En termes d'organismes publics, la **C.J.E.** a explicitement affirmé, dans l'affaire *INNO, o.c., supra* note 99, point 35, qu' "une mesure qui a pour effet de faciliter l'exploitation abusive d'une position dominante susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, sera normalement incompatible avec les articles [28] et [29] qui interdisent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation ainsi que toute mesure d'effet équivalent".

La Cour a également autorisé la possibilité d'appliquer les articles 49 et 81 de manière concurrente et alternative dans **C.J.E.**, *Wouters, o.c., supra* note 70, et plus récemment dans **C.J.E.**, *Cipolla, o.c., supra* note 78, spéc. points 58-70.

¹⁰⁸ Il n'est pas encore certain que la Cour appliquerait l'article 56 pour 'faire tomber' un acte 'purement privé', en ce sens qu'elle permettrait l'annulation ou d'autres recours contre ce dernier en l'absence de question relative à la validité d'un acte public.

¹⁰⁹ **C.J.E.**, *Wouters, o.c., supra* note 70.

¹¹⁰ Voir *Putz contre Kawasaki motors (UK) Ltd, J.O.*, 1979, L. 16/9; *C.M.L.R.*, 1979, Vol. I, p. 448; *Sandoz, J.O.* 1987, L. 222/28, *C.M.L.R.*, 1989, Vol. IV, p. 628 (appel); **C.J.E.**, *Sandoz Prodotti Farmaceutici SPA contre Commission, C-2777/87, Rec.*, 1990, p. I-45.

¹¹¹ **C.J.E.**, *Sandoz, o.c., supra* note 109.

entre différentes catégories d'entreprises, mais aussi les actes unilatéraux (codes de conduite) adoptés par des entreprises du même secteur.¹¹² Ces actes unilatéraux auraient des effets sur les tiers indépendamment de leur consentement formel. Toutefois, on porte depuis peu une plus grande attention au consentement effectif en cas d'accords entre producteurs et distributeurs.¹¹³

Généralement, les accords sont conclus entre entreprises.¹¹⁴ Cependant, il peut exister des accords entre entreprises et consommateurs sur des clauses contractuelles abusives, qui ont donc la forme duale résultant de l'existence de deux parties prenantes. Toutefois, le fait qu'une association de consommateurs participe ou consente à l'accord ne change pas l'examen de l'applicabilité. En l'absence de précédent sur ce point,¹¹⁵ nous pouvons conclure que, selon l'interprétation actuelle, les accords faisant l'objet d'une négociation collective seraient soumis au même examen que les actes unilatéraux, sauf si cette négociation manifeste la prise en compte de l'intérêt général qui entraînerait l'exemption (voire même l'exclusion totale du champ d'application de l'article 81).¹¹⁶

¹¹² Dans ces cas, il peut être nécessaire d'opérer une distinction entre ce que les distributeurs ont accepté et ce qu'ils n'ont pas accepté. Comparer par exemple l'arrêt **C.J.E., Sandoz, o.c.**, *supra* note 109 avec la plus récente affaire *Bayer*. Dans cette dernière, (affaire IV/34.279/F3 - Adalat, *J.O.*, 1996, L201/1, cons. 189-199, 211 et article 1 de la Décision), La Commission a constaté que la pratique des filiales de Bayer en France et en Espagne (restriction des approvisionnements aux grossistes dans les domaines où les exportations parallèles au Royaume-Uni pourraient exister) est un accord restrictif au sens de l'article 81.1. Le Tribunal de première instance (T-41/96, *Rec.*, 2000, p. II-3383) et la Cour de justice (C-2 et C-3/01, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure EV et Commission contre Bayer A6, Rec.*, 2004, p. I-23) ont écarté l'interprétation de la Commission, non parce que la restriction des approvisionnements par les filiales de Bayer ne profitait pas aux grossistes, mais parce que ces derniers la soutenaient explicitement. Pour un commentaire de l'affaire, avec un historique pertinent de la notion d'accords, voir **C. BROWN**, "Bayer v. Commission-the C.J.E. Agrees", *ECLR*, 25/2004, p. 386. Nous rappellerons que, bien qu'il soit difficile de prouver l'existence d'un accord, lorsqu'un producteur est en position dominante, le même comportement (ou le comportement similaire) des distributeurs serait contrôlé au regard de l'article 82: affaires IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436 - *Van den Bergh Foods Ltd, J.O.* L 246/1, 1998, recours introduits auprès du **T.P.I.**, T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd contre Commission, Rec.*, 2003, p. II-4653.

¹¹³ **P. FATTORI et M. TODINO**, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologne, 2004, pp. 55-56; voir également la jurisprudence citée dans la note précédente.

¹¹⁴ Dans cette catégorie on peut distinguer les accords entre sociétés appartenant à la même association d'une part, et ceux conclus entre sociétés appartenant à différentes associations, d'autre part. De la même manière, notons que le droit communautaire de la concurrence emploie la notion d'«entreprise», qui «comprend toute entité exerçant une activité économique»: **C.J.E., Höfner et Elser contre Macroton GmbH**, C-41/90, *Rec.*, 1991, p. I-1979, point 21. Elle peut donc également inclure les individus, comme dans le cas d'un accord entre un inventeur et la société qui a acheté ses brevets: affaire *Reuter/BASF, J.O.*, 1976, L254/40.

¹¹⁵ On peut toutefois citer des affaires concernant des groupes d'acheteurs, telles que **C.J.E., Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger contre Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA**, C-250/92, *Rec.*, 1994, p. I-5641: constitution d'une association coopérative d'achat par des fermiers afin d'acheter collectivement (et à des prix plus bas) certains types de matériel agricole.

¹¹⁶ *REIMS II, J.O.*, 1999, L275/17. Dans l'affaire **C.J.E., Gøttrup-Klim, ibid.**, l'application de l'article 81 a été complètement écartée, essentiellement parce que l'association coopérative d'achat exerçait un contre-poids à la puissance d'achat (contractuelle) des producteurs des produits concernés. Pour une ample explication des

On connaît le problème posé par l'uniformisation: les contrats-types doivent respecter les critères de concurrence dans la mesure où ils sont définis par les associations ou groupes d'entreprises. Jusqu'à quel point les entreprises peuvent aller dans l'uniformisation des clauses-types pour maintenir un niveau suffisant de concurrence?¹¹⁷ La théorie économique a donné un aperçu utile des degrés et contenus de l'uniformisation pouvant être compatibles avec le droit de la concurrence.¹¹⁸ Les autorités nationales appliquent plus ou moins ce 'standard'.

En ce qui concerne le modèle organisationnel, la constitution d'une association et ses activités peuvent toutes faire l'objet d'un contrôle au regard du droit de la concurrence. Lorsque l'AR a lieu dans le cadre d'un tel modèle, l'examen vise principalement les décisions prises par des associations d'entreprises. La constitution même d'une organisation professionnelle a été qualifiée à la fois de décision et d'accord.¹¹⁹ La Commission considère également les recommandations relatives à l'adoption de contrats-types comme des décisions d'associations d'entreprises de l'article 81(1).¹²⁰

La frontière entre les accords et les décisions d'associations d'entreprises n'est pas clairement tracée. Cependant, nous ne nous arrêterons pas sur cette distinction car les conséquences ne sont pas très différentes en ce qui concerne l'application de l'article 81.¹²¹ Il

affaires de 'politique publique', voir **G. MONTI**, "Article 81 and Public Policy", *Common Market Law Review* 39/2002, p. 1057.

¹¹⁷ T. Wilhelmsson affirme que les consommateurs ont intérêt à soutenir la coopération commerciale, afin que les ombudsmans et les associations de consommateurs puissent négocier les clauses contractuelles avec les opérateurs économiques. Il s'ensuit qu'il serait dans l'intérêt des consommateurs de restreindre la concurrence. Voir **T. WILHELMSSON**, "Cooperation and Competition", *o.c.*, *supra* note 61, pp. 58 et suiv. Toutefois, la raison pour laquelle la coordination des opérateurs économiques – nécessaire aux négociations – devrait forcément restreindre la concurrence n'est pas claire. Un niveau élevé de négociations pourrait parfaitement être compatible avec les marchés concurrentiels dans la mesure où le but de la négociation est d'exclure les clauses abusives et de mettre les entreprises en concurrence sur des clauses équitables.

¹¹⁸ Voir **M. GRILLO** et **M. POLO**, "La standardizzazione dei contratti bancari", *o.c.*, *supra* note 46.

¹¹⁹ Voir Décision de la Commission, *Nuovo CEGAM*, *o.c.*, *supra* note 72. Egalement, selon Whish: "Il a été soutenu que la constitution même d'une organisation professionnelle est une décision, ainsi que les dispositions en réglementant l'activité. Un accord dans lequel entre une association pourrait également être une décision. La recommandation d'une association a été considérée comme équivalant à une décision et il a été clairement établi que le fait que la recommandation ne contraigne pas ses membres n'empêche pas l'application de l'article 81 (1) [...]. Les règlements d'une organisation professionnelle pourraient correspondre à une décision au sens de l'article 81(1)". Traduit par nos soins. **R. WHISH**, *Competition Law*, 5 0232me éd., Londres, Lexis Nexis, 2003, pp. 97-98.

¹²⁰ Voir, par exemple *Publishers' Association - Net Book Agreements*, *J.O.*, 1989, L22/12.

¹²¹ Comparer par exemple *ASPA* et *Nuovo Cegam*, *o.c.*, *supra* note 72.: la constitution d'une association a été qualifiée de décision dans la première affaire, et d'accord dans la seconde. Voir **C.J.E.**, *BNIC contre Clair*, C-123/83, *Rec.*, 1985, p. 391, point 20: "un accord conclu par deux groupements d'opérateurs économiques tels que

serait certainement pertinent de distinguer les comportements examinés à la lumière de l'article 81 de ceux contrôlés au regard de l'article 82. Par exemple, l'article 82 n'apporte pas une grande aide si l'on envisage la fixation des prix (ou la détermination de toute autre clause commerciale) *en tant que telle*, étant donné que cet article envisage la question de savoir si les prix ou conditions sont abusifs, indépendamment des modalités de leur définition.¹²² De la même manière, l'article 81 peut être moins utile que l'article 82 en ce qui concerne le comportement consistant en une simple discrimination entre catégories de consommateurs, sans effets contraires au jeu de la concurrence.¹²³ Dans le dernier scénario, on pourrait affirmer que le contrôle d'un tel comportement au regard de l'article 82 se rapprocherait du principe de loyauté de la directive 93/13.

Selon l'article 81, les points cruciaux concernent la nature des décisions et leurs effets sur les membres de l'association et les tiers. L'élément déterminant est qu'elles peuvent contraindre les membres et être – directement ou non – relatives aux prix.¹²⁴

Généralement, les associations dressent les contrats-types qui seront utilisés entre leurs membres d'une part; entre ces derniers et les parties tiers, les autres entreprises (dans le

les deux 'familles' des viticulteurs et des négociants doit être considéré comme un accord entre entreprises ou associations d'entreprises. La circonstance que ces groupements se réunissent au sein d'un organisme comme le BNIC n'a pas pour effet de soustraire leur accord à l'application de l'article [81] du Traité". La distinction entre accords et pratiques concertées est également sans conséquence sur la légalité d'une ligne de conduite donnée: voir note 87 *supra*. Ceci conforte la conclusion selon laquelle la qualification du comportement au regard des trois catégories envisagées par l'article 81(1) n'a pas ou peu d'effet juridique.

¹²² Par exemple, selon l'article 82(a), en imposant "de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables". La fixation des prix peut relever de l'article 82 lorsqu'elle vise à porter préjudice aux concurrents d'(une) entreprise(s) en position dominante.

¹²³ Par exemple, dans sa décision *Coupe du monde de football 1998*, J.O., 2000, L5/55, la Commission a constaté que le Comité français d'organisation de la Coupe du monde de football 1998, créé par la Fédération française de Football en vue de prendre en charge la distribution des billets pour la Coupe du monde, a abusé de sa position en rendant l'achat de ces billets excessivement difficile pour les consommateurs ne résidant pas en France. A l'inverse du Comité, la Commission a retenu qu'il peut exister un abus, même en l'absence d'effet sur la structure de la concurrence dans un marché donné. Voir cons. 99-100.

¹²⁴ On peut trouver des preuves de ces critères dans le règlement (CE) n° 358/2003 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances ("bloc d'exemption pour le secteur des assurances"), selon lequel les conditions types de police d'assurance ne peuvent être exemptées lorsqu'elles sont contraignantes et créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations. Selon le considérant 15, "les conditions types d'assurance ne doivent conduire ni à l'uniformisation des produits ni à un déséquilibre important entre les droits et les obligations découlant du contrat. En conséquence, l'exemption ne doit être applicable aux conditions types d'assurance que pour autant qu'elles ne soient pas contraignantes et indiquent expressément que les entreprises participantes sont libres d'offrir des conditions d'assurance différentes à leurs clients. Les conditions types d'assurance ne peuvent, en outre, contenir d'exclusion systématique de certains risques sans prévoir la possibilité expresse d'étendre conventionnellement la couverture, et ne peuvent prévoir le maintien de la relation contractuelle avec l'assuré pour une période excessive ou au delà de l'objet initial du contrat. Cela est sans préjudice des obligations découlant du droit communautaire ou national d'inclure certains risques dans certaines polices".

cas de transactions *BtoB*) et les consommateurs (dans le cas de transactions *BtoC*), d'autre part.

Si ces recommandations sont contraignantes, on tend presque à les considérer *per se* comme illégales, notamment lorsqu'elles fixent les prix ou les clauses contractuelles pertinentes pour leur détermination, ou lorsqu'elles offrent une protection territoriale absolue aux distributeurs.¹²⁵

¹²⁵ Voir l'affaire *BNIC, o.c.*, *supra* note 120, point 22: "aux fins de l'application de l'article 85(1) la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès lors que celui-ci a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence. Or, par sa nature même, un accord fixant un prix minimal pour un produit et transmis à l'autorité publique en vue de faire entériner ce prix minimal, aux fins de le rendre obligatoire pour l'ensemble des opérateurs économiques intervenant sur le marché en cause, a pour objet de fausser le jeu de la concurrence sur ce marché". Dans un même esprit, voir **C.J.E.**, *SA Binon & Cie contre SA Agence et Messageries de la Presse*, C-234/83, *Rec.*, 1985, p. 2015, point 44. Dans le cas des restrictions verticales, la distinction – souvent subtile – entre les prix de revente *recommandés* et les recommandations reste d'une importance cruciale. Les premiers sont légaux; les secondes sont *de facto* obligatoires pour les revendeurs et constituent une restriction de la concurrence en raison de leur *objet*. Ces dernières doivent par conséquent être contrôlées individuellement au regard de l'article 81(3). Voir la communication de la Commission: *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, *J.O.*, 2000, C291, p.1, considérants 47 et 48. En ce qui concerne la fixation des conditions de vente autres que la fixation directe des prix, l'application de l'article 81(1) se complique quelque peu. Voir **C.J.E.**, *Bagnasco e.a. contre BNP et Carige*, affaires jointes C- 215/96 et C-216/96, *Rec.*, 1999, p. I-00135. Selon la Cour, "des NBU [conditions bancaires uniformes], en ce qu'elles permettent aux banques, dans les contrats relatifs à l'ouverture d'un crédit en compte courant, de modifier à tout moment le taux d'intérêt en raison des changements intervenus sur le marché monétaire, et cela au moyen d'une communication affichée dans leurs locaux ou de la manière qu'elles considéreront la plus adéquate, n'ont pas pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité", point 37. Voir également **T.P.L.**, *Piau, o.c.*, *supra* note 67, point 93 examinant un règlement de la FIFA selon lequel le contrat-type entre agent et joueur doit inclure une clause stipulant que 5% du salaire des joueurs serait due en l'absence d'accord des parties: "les dispositions relatives au contenu du contrat entre l'agent et le joueur selon lesquelles le contrat, écrit, doit préciser les critères et modalités de rémunération de l'agent et ne peut avoir une durée de plus de deux ans, tout en étant cependant renouvelable, ne révèlent pas d'atteintes à la concurrence. La limitation de la durée des contrats à deux ans, qui ne fait pas obstacle au renouvellement de l'engagement, paraît de nature à favoriser la fluidité du marché et partant la concurrence. Cet encadrement relativement limité des relations contractuelles semble au contraire de nature à contribuer à la sécurisation des relations financières et juridiques des parties sans menacer pour autant la concurrence". Enfin, précisons que les accords visant à fixer d'importants paramètres commerciaux, tels que le droit d'une entreprise de s'associer avec une autre, peuvent totalement entrer dans le champ d'application de l'article 81, si le but de la restriction est justifié par un impératif de politique publique, tel que la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de la profession d'avocats dans un Etat membre. Voir **C.J.E.**, *Wouters, o.c.*, *supra* note 70. Egalement, on pourrait soutenir que même le maintien du prix de vente au détail (*resale price maintenance*) peut ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81(1), s'il vise à protéger la culture, au sens de l'article 151 (4) du Traité. Voir la résolution du Conseil du 8 février 1999 concernant le régime de prix fixes du livre dans des zones linguistiques transnationales homogènes, *J.O.*, 1999, C42/2 et **V. EMMERICH**, "The Law on the National Book Price Maintenance", *European Business Organization Law Review* 2/2001, p. 553; **G. MONTI**, "Article 81 and Public Policy", *o.c.*, *supra* note 115. Pour la jurisprudence suédoise, voir *infra* note 38.

Les recommandations non contraignantes mais relatives aux prix sont examinées à la lumière de l'article 81; de manière générale, on constate leur illégalité si elles ont une incidence sur la concurrence.¹²⁶

Les décisions contraignantes mais ne concernant pas le prix sont généralement appréciées de manière moins stricte.¹²⁷ Les contrats-types non contraignants et ne visant pas le prix sont les plus susceptibles d'être reconnus compatibles avec le droit de la concurrence.¹²⁸

L'appréciation du caractère contraignant des recommandations tend donc à varier (dans le premier cas, elle est plus stricte; dans le second, plus souple).¹²⁹ Et la raison n'est pas

¹²⁶ **C.J.E.**, *IAZ, o.c.*, *supra* note 91, point 20: "l'article [81(1)] s'applique également aux associations d'entreprises dans la mesure où leur activité propre ou celles des entreprises qui y adhèrent tend à produire les effets qu'il vise à réprimer. Il ressort notamment de ce dernier arrêt qu'une recommandation, même dépourvue d'effet obligatoire, n'échappe pas à l'emprise de l'article [81 (1)] lorsque l'acceptation de la recommandation, par les entreprises destinataires exerce une influence sensible sur le jeu de la concurrence sur le marché en cause"; Voir également la décision de la Commission du 5 juin 1996, *FENEX, J.O.*, 1996, L181/28: les tarifs recommandés ont été envisagés dans le plus large contexte de coordination du comportement des adhérents au sein du marché et non par rapport à la fixation des prix. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, on a constaté un certain degré de *conformité* de la part des membres de l'organisation, en ce sens que les recommandations n'étaient pas ignorées. *Quel degré de conformité est nécessaire pour que soit constatée une restriction au sens de l'article 81(1)?* Il peut s'agir d'une question insidieuse, comme l'illustre l'affaire *Bayer* (*supra* n. 76), tout comme l'arrêt 'fondateur' **C.J.E.**, *Ahlström Oy contre Commission (Woodpulp)*, C-89, C-104 et C-114/85, *Rec.*, 1988, p. 5193.

¹²⁷ Ceci s'explique par le fait que les restrictions sur les prix font partie de la catégorie des restrictions en raison de l'objet, ou 'restrictions caractérisées', qui déclenchent automatiquement l'application de l'article 81(1) – sous réserve, bien sûr, qu'il existe un effet sensible sur le commerce interétatique. Les autres restrictions sont, dans le cas d'accords horizontaux, les restrictions sur la production et le partage des marchés/consommateurs, ainsi que, dans le cas de restrictions verticales, la restriction absolue du commerce parallèle. Tout comportement ne rentrant pas dans ce noyau dur doit être évalué au regard de ses effets sur le marché concerné. Voir les communications de la Commission, *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, J.O.*, 2004, C101/97, cons. 23; *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, J.O.*, 2001, C3/2, cons. 18-20; *Lignes directrices sur les restrictions verticales, o.c.*, *supra* note 124, cons. 46-47.

¹²⁸ La principale illustration de ce phénomène peut être trouvée dans le considérant 14, ainsi que dans les articles 1(1)(c) et 5 du règlement sur les exemptions pour le secteur des assurances, *o.c.*, *supra* note 123. Selon ce règlement, les conditions-types des contrats d'assurance sont exemptées, s'il est explicitement indiqué que les entreprises ne sont en aucune manière *obligées* de les adopter. L'autorité suédoise de concurrence a affirmé en maintes occasions que le contrat-type non contraignant dépourvu de disposition relative aux prix est compatible avec la loi suédoise sur la concurrence. Voir par exemple l'affaire *Branchföreningen Svenska Värmepumpföreningen* et l'affaire *Sveriges Trähusfabrikers Riksförbund, o.c.*, *supra* note 48.

¹²⁹ **P. FATTORI et M. TODINO**, *La disciplina della concorrenza, o.c.*, *supra* note 112. Citant la décision C/Déc.20/07/1978 *Fedetab, J.O.* 1978, L. 224/29, la décision de la Commission du 23 juillet 1974, *Papiers peints de Belgique, J.O.* 1974, L. 237/3. Pour apprécier la légalité d'une ligne de conduite donnée, la Cour de justice et la Commission ne font pas de distinction formelle entre les 'accords' et les 'pratiques concertées' de l'article 81. En fait, il est possible de classer le même comportement dans l'une ou l'autre des catégories, comme ce fut le cas dans **T.P.L.**, *Rhône-Poulenc contre. Commission*, T-1/89, *Rec.*, 1991, p. II-867. Cette interprétation est appuyée par le libellé même de l'article 81: il vise les accords *ou* les pratiques concertées, sans faire de distinction quant à leur illégalité respective. De même, il n'est pas nécessaire que les accords soient des *contrats*. Ils peuvent revêtir la forme des "gentlemen's agreements", comme la Cour l'a affirmé plus tôt: **C.J.E.**, *ACF*

du tout l'allègement significatif de la charge de la preuve qui pèse effectivement sur les autorités de concurrence dans le premier cas. Toutefois, il est clair que les décisions et accords non contraignants peuvent être illégaux au regard de l'article 81.¹³⁰ En ce qui concerne cette disposition, on résumerait donc la position de la manière suivante:

Tableau 4

	Concernant le prix	Ne concernant pas le prix
Recommandations contraignantes	Presque toujours illégales	Cela dépend
Recommandations non contraignantes	Souvent illégales	Généralement légales

Les autorités nationales de concurrence ont développé différents critères pour apprécier la compatibilité des contrats-types recommandés par les associations avec les droits de la concurrence.

Chemiefarma contre Commission, C-41/69, *Rec.*, 1970, p. 661. Néanmoins, la jurisprudence plus récente semble indiquer que les pratiques concertées seraient plus difficiles à prouver, dans la mesure où elles impliquent qu'un certain *comportement* suive l'intention commune des parties. Voir **A. JONES et B. SUFRIN**, *EC Competition Law*, 2ème éd., Oxford, OUP, 2004, pp. 151-154. En conséquence, il est *de facto* beaucoup plus facile d'invalider un accord s'il est obligatoire selon la loi. Dans de tels cas, puisque les parties ont accepté de s'obliger à agir de manière anticoncurrentielle, le régulateur doit regarder plus loin pour identifier le comportement requis au sein du marché. Surtout, en termes économiques, dès lors que l'autorité de concurrence constate l'existence d'un accord contraignant, les parties ne peuvent soutenir qu'il y avait 'collusion tacite', en ce sens que leur comportement respectif s'alignait en raison de la nature même du marché concerné, et non en raison d'une coïncidence explicite de leurs volontés de restreindre la concurrence ('collusion explicite'). Pour une approche générale de la distinction entre collusion tacite et collusion explicite et ses conséquences sur la politique de concurrence, voir **M. MOTTA**, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, Chap. 4.

¹³⁰ Voir **C.J.E.**, *IAZ, o.c.*, *supra* note 91, points 20-21: "L'article [81(1)] s'applique également aux associations d'entreprises dans la mesure où leur activité propre ou celles des entreprises qui y adhèrent tend à produire les effets qu'il vise à réprimer. Il ressort notamment de ce dernier arrêt qu'une recommandation, même dépourvue d'effet obligatoire, n'échappe pas à l'emprise de l'article [81 (1)] lorsque l'acceptation de la recommandation, par les entreprises destinataires exerce une influence sensible sur le jeu de la concurrence sur le marché en cause. Au vu de cette jurisprudence, il y a lieu de souligner, ainsi que la Commission l'a constaté à juste titre, que les recommandations que l'Anseau a émises au titre de la convention et selon lesquelles les entreprises membres doivent tenir compte du contenu et du but de la convention et doivent en informer les consommateurs, ont effectivement eu pour conséquence que les entreprises de distribution d'eau dans les agglomérations de Bruxelles, d'Anvers et de Gand ont vérifié chez les abonnés si les machines raccordées au réseau de distribution d'eau étaient pourvues du label de conformité. Ces recommandations ont donc déterminé le comportement d'une partie importante des membres de l'Anseau et ont, partant, exercé une influence sensible sur le jeu de la concurrence". La recommandation non contraignante est illégale dans la mesure où elle produit effectivement des effets sur le comportement des opérateurs du marché. Si, en l'absence de preuve du comportement, cette influence était seulement potentielle, serait-ce encore suffisant pour constater son illégalité? L'article 81 couvre les accords, décisions et pratiques concertées, ayant l'*objet* ou l'*effet* de fausser le jeu de la concurrence. Par conséquent, même dans les cas où il n'y a eu aucun effet, le simple but de la décision pourrait violer la disposition, si l'accord retreint la concurrence par son objet. Voir le texte des notes 126 et 128.

Quel est le rapport entre le contrôle des contrats-types par le droit de la concurrence et le contrôle des autorités judiciaires et administratives au regard du principe de loyauté en droit des contrats? Dans quelle mesure l'appréciation du caractère anticoncurrentiel des accords ou décisions dépend de considérations de loyauté? Existe-t-il une superposition du droit de la concurrence et du droit des contrats sur ce point?

En ce qui concerne les clauses contractuelles types, le principe de loyauté du contrat a une incidence sur les *méthodes* de l'uniformisation plus que sur *ce qui* peut-être uniformisé. Pour le second cas, il a été considéré qu'il revient à chaque accord de déterminer les délais et modes de livraison des marchandises.¹³¹ La loyauté influe donc en premier lieu sur les modalités d'uniformisation: une clause contractuelle type serait validée ou interdite en raison de son caractère loyal, c'est-à-dire selon qu'elle crée ou non un déséquilibre de droits et obligations et viole ou non le principe de bonne foi (article 3 directive 93/13 CE).¹³²

Les autorités de concurrence mentionnent très rarement de manière explicite la loyauté telle que définie par la Directive 93/13 et les droits nationaux. Cependant, d'importants signes montrent que, souvent, le contrôle du caractère anticoncurrentiel des contrats-types peut être influencé par des considérations implicites en ces termes.¹³³

¹³¹ Par exemple au Royaume-Uni, les décisions de l'*Office of Fair Trading (OFT)*. Sur ce point, voir **H. MICKLITZ**, "The Politics of Judicial Cooperation", *The Politics of Judicial Cooperation in the EU*, Cambridge, CUP, 2005, p. 394.

¹³² Voir **O. TROIANO**, "Buona fede e contratti standard: riflessioni sull'impiego della clausola generale nel diritto privato comunitario", *Contratti*, 2/2006, p. 191. L'auteur soutient que trois solutions peuvent résulter de l'appréciation par les juridictions nationales du rapport entre le principe de bonne foi et l'existence d'un déséquilibre de droits et obligations: "Un primo gruppo di sentenze decide sulla vessatorietà di una clausola senza nemmeno menzionare nel loro testo il principio di buona fede. Queste sentenze decidono la fattispecie controversa applicando il test del significativo squilibrio. Un secondo gruppo di sentenze richiama inizialmente in motivazione il principio della buona fede ed il criterio del significativo squilibrio, ma, quando poi si passa a ragionare sulla fattispecie, l'*iter* logico seguito dal giudice si sviluppa tutto sul criterio del significativo squilibrio e l'iniziale richiamo alla buona fede si perde per strada. Infine, un terzo gruppo di sentenze fa riferimento all'elenco delle clausole grigie per giudicare vessatorie quelle ivi contemplate e considera (talvolta) il solo criterio del significativo squilibrio, ma non la buona fede".

De plus, dans *EC Consumer Law Compendium, o.c., supra* note 52, p. 366, les auteurs affirment que "le rapport entre le principe de bonne foi et le critère du 'déséquilibre' reste flou. Le libellé de la directive laisse entendre qu'une clause est abusive seulement si elle crée un déséquilibre *et* si cet équilibre est, en outre, contraire au principe de bonne foi. Selon cette lecture, une clause peut donc créer un déséquilibre sans être en même temps contraire au principe de bonne foi. Toutefois, d'autres supposent que toute clause entraînant un déséquilibre est toujours (automatiquement) contraire au principe de bonne foi. En fin de compte, il est nécessaire de savoir si les critères 'déséquilibre significatif' et 'bonne foi' doivent être envisagés de manière alternative, en ce sens que les deux critères s'appliquent indépendamment l'un de l'autre, de sorte qu'une clause est abusive si elle résulte en un déséquilibre significatif, *ou* si elle est contraire à l'exigence de bonne foi. Au vu de ces interprétations nombreuses et variées, il n'est pas surprenant que les Etats membres aient élaboré leurs clauses-types de manières très diverses" [je traduis].

¹³³ Un cas suédois de 1993 constituerait un exemple rare d'exemption. L'autorité de concurrence n'a pas effectué de distinction entre la notion d'*abus* (telle que définie dans la disposition suédoise équivalant à l'article 82) et la

Premièrement, selon le règlement 358/2003, l'exemption dépend de l'absence d'un déséquilibre significatif des droits et obligations nés du contrat.¹³⁴ Le vocabulaire rappelle celui de la Directive 93/13. Parmi les clauses de la liste ne permettant pas d'exemption, plusieurs se justifieraient plus par leurs conditions de loyauté que par leurs effets anticoncurrentiels.¹³⁵ Ceci s'explique, dans une grande mesure, par le fait que l'une des quatre conditions d'exemption de l'article 81(3) est que les utilisateurs reçoivent une partie équitable (*fair sharing*) du profit dégagé. Par conséquent, les clauses portant directement préjudice aux intérêts de la consommation peuvent empêcher la Commission de reconnaître qu'une restriction de la concurrence est compensée par des contreponds pour les consommateurs.

Deuxièmement, la jurisprudence de la Cour de justice et des juridictions nationales prend en compte les aspects relatifs à la loyauté. Même s'il n'y a aucune référence à cette dernière, une même clause réputée déloyale est souvent discutable du point de vue du droit de la concurrence.¹³⁶

Une question reste sans réponse: l'influence du cadre institutionnel sur la superposition du droit de la concurrence et du droit des contrats. En effet, ces derniers s'influencent mutuellement bien qu'ils soient fonctionnellement distincts. Le contrôle du droit de la concurrence n'a pas lieu au même moment que celui du droit des contrats. Le contrôle *ex ante* du droit de la concurrence est exceptionnel, et plus encore depuis le règlement 1/2003.¹³⁷ Normalement, il n'est effectué que si l'avis de la Commission ou d'une autorité

définition contractuelle de *déloyal*. Voir l'affaire *Drn. 760/94 Ånge Elverk*, relative à l'abus de position dominante.

¹³⁴ Voir cons.15, Règlement 358/2003, *o.c.*, *supra* note 69.

¹³⁵ Voir par exemple, l'article 6 du règlement 358/2003, *o.c.*, *supra* note 69, "Accords non couverts par l'exemption": l'article 6.1 (e) permet à l'assureur de modifier la durée du contrat sans le consentement exprès du preneur; en matière d'assurance non-vie, l'article 6.1 (f) impose au preneur une période d'assurance (durée du contrat) supérieure à trois ans. Ces clauses ont certainement également un effet anticoncurrentiel, mais elles semblent être reliées à la considération de loyauté.

¹³⁶ Voir par exemple la décision de la Commission, *Zanussi, J.O.*, 1978, L322/36. La Commission a constaté que, en rédigeant la garantie du fabricant d'une manière telle que le consommateur ne pouvait recourir qu'aux services d'un revendeur ayant importé les appareils électroménagers dans son propre Etat membre, le fabricant a violé l'article 81. La 'simultanéité' du principe de loyauté et de la concurrence est encore plus explicite dans l'article 82. La question dépend du sens attribué à la loyauté, étant donné la référence explicite à l'achat et à la vente non équitable, ou à toute autre condition de transactions non équitables, dans l'article 82 (a).

¹³⁷ Selon l'article 1 du règlement, l'ensemble des dispositions de l'article 81 (le troisième paragraphe inclus) est applicable "sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet". Le contrôle formel *ex ante* prévu par l'article 81 de l'ancien règlement (Règlement (CEE) du Conseil 17/62, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *J.O.*, édition spéciale anglaise 1959-1962, p. 87) a par conséquent été abrogé. Dans les cas soulevant de nouveaux enjeux, la Commission tenterait encore d'orienter de manière informelle: voir le considérant 38 du règlement et la communication de la Commission relative à des orientations informelles sur

nationale est demandé de manière informelle au sujet du contrat-type en cause. Les autorités de concurrence auraient pu également être influencées par la considération de loyauté lorsque ce contrôle était le seul disponible (car les Etats membres avaient opté pour le contrôle judiciaire *ex post* et rejeté le contrôle administratif *ex ante* du droit des contrats). A l'inverse, lorsque deux institutions distinctes contrôlent *ex ante* les caractères potentiellement anticoncurrentiel et déloyal, il y a plus de chance que ces deux évaluations soient effectuées de manière séparée et indépendante. Maintenant que le contrôle *ex ante* a été abrogé, il ne peut plus y avoir de superposition institutionnelle. Le contrôle du droit de la concurrence et celui du droit des contrats peuvent donc aboutir à des résultats différents si l'appréciation du caractère anticoncurrentiel et celle du caractère déloyal sont fonctionnellement séparées mais coordonnées.

III. Etablissement des normes (*standards*), autorégulation et droit européen des contrats: quelques conclusions préliminaires

Au niveau européen et national, la large sphère de l'autonomie de la volonté est investie par des structures collectives qui définissent des contrats-types et, plus généralement, des règles relatives aux comportements des entreprises et des consommateurs. Cet espace tend à s'élargir dans les secteurs réglementés.

En ce qui concerne le droit européen des contrats, nous avons mis en évidence deux sources distinctes de l'autorégulation: l'une correspond au droit général des contrats; l'autre aux contrats-types. Nous avons rappelé la distinction entre l'autorégulation privée pure, la régulation privée déléguée et la co-régulation.¹³⁸

Différentes formes de régulation privée sont à l'œuvre dans chaque secteur. Dans les marchés financiers, l'autorégulation influence fortement la réglementation relative aux contrats; elle est également significative dans les secteurs des télécommunications, des médias

des questions nouvelles qui se posent dans chaque affaire relative aux articles 81 et 82 du traité CE (lettres d'orientation), 2004, C101/6. A ce jour, il existe un exemple du maintien du contrôle *ex ante*, en droit italien de la concurrence: loi n° 287 du 10 Octobre 1990 (modifiée), disponible sur le site Internet de l'*Autorità Garante della concorrenza e del mercato*: www.agcm.it. Les articles 4 et 13 de la loi prévoient une procédure de notification/exemption, soumise au contrôle du droit italien de la concurrence. Le système de notification/exemption peut se révéler problématique si les droits italien et communautaire sont tous les deux applicables, étant donné que le règlement 1/2003 oblige les autorités nationales de la concurrence et les cours à appliquer simultanément le droit communautaire dans de tels cas (cf. article 3 du règlement).

¹³⁸ Voir *supra* paragraphe B.

et, dans une moindre mesure, de l'énergie, du gaz et des transports, exception faite des questions environnementales.¹³⁹ La co-régulation s'utilise plus dans les marchés réglementés que dans ceux non réglementés dans lesquels l'autorégulation pure est plus pertinente. Les autorités indépendantes de régulation ou les acteurs publics participent assez fréquemment à l'élaboration des contrats-types, de manière directe ou non, déterminant ainsi les mécanismes de co-régulation.

Actuellement, il existe d'importantes différences entre les accords négociés de manière purement privée par les associations d'entreprises et les accords simplement favorisés, encouragés ou imposés par le droit. Dans ce domaine, l'autorégulation réglementée est bien plus légitime que l'autorégulation ayant fait l'objet de négociations purement privées. Toutefois, des recherches complémentaires (empiriques notamment) sont nécessaires pour valider l'idée selon laquelle les contrats-types de l'autorégulation pure diffèrent de ceux élaborés dans le cadre d'un régime d'autorégulation réglementée ou de co-régulation.

¹³⁹ Les bourses sont une illustration intéressante pour le secteur des marchés financiers. Il s'agit en effet de régulateurs privés exerçant un pouvoir de réglementation sur les sociétés cotées dans leur marché. Dans le cadre européen, les bourses agissent de différentes manières en tant qu'autorégulateurs. Elles peuvent tout d'abord réglementer leur administration et leur gestion, principalement sur la base des statuts du marché boursier. Toutefois, elles créent souvent d'autres corpus de règles, en complément des statuts ou des dispositions légales, pour réglementer de manière plus détaillée des aspects précis de leur gouvernance interne: les règles de conduite du personnel, les *personal dealing rules*, les politiques relatives aux informateurs (*whistleblower policies*). Voir par exemple, le dispositif établi par Euronext: <http://www.euronext.com/editorial/wide/editorial-2002-EN.html>, ou les dispositions du code de conduite des sociétés cotées (*Codice d'autodisciplina delle società quotate*): http://www.borsaitaliana.it/chisiamo/ufficiostampa/comunicatistampa/2006/codiceautodisciplina.en_pdf.htm). En plus de la réglementation de la gouvernance, les bourses réglementent également, à un degré différent selon leur compétence, les marchés qu'elles font fonctionner. En ce sens, on peut distinguer les instruments visant à réguler les rapports que le marché boursier entretient avec ses membres, les entreprises cotées et les investisseurs. Ils établissent au niveau interne les conditions à remplir pour devenir membre du marché, pour y être coté... Par exemple, concernant les conditions pour devenir membre de la Bourse de Madrid: <http://www.bolsamadrid.es/ing/contenido.asp?menu=1&enlace=/ing/miembros/Becomingamember.pdf>). Parfois, lorsque plusieurs marchés boursiers sont fusionnés dans un seul, une société de portefeuilles établit un ensemble commun de règles qui doivent être respectées par chacun des marchés relevant de cette structure (voir par exemple, le *Euronext Rulebook*: <http://www.euronext.com/fic/000/019/401/194016.pdf>). Dans certains cas, le marché boursier complète cette autorégulation en adoptant volontairement un code de gouvernance d'entreprise existant que les sociétés cotées du marché respecteront (tel est le cas de la bourse de Londres – *London Stock Exchange* – qui a adopté le *City Code on Corporate Governance*: http://www.fsa.gov.uk/pubs/ukla/lr_comcode2003.pdf). Enfin, les bourses peuvent réglementer leur marché en établissant des clauses contractuelles types. Ceci est très répandu dans les marchés dérivés, dans lesquels le marché boursier réglemente les conditions de la relation entre le membre du marché et l'investisseur souhaitant acheter ou vendre des 'Futures', ou faire une option (pour une illustration de ces types de contrats dans les marchés dérivés espagnols: www.meff.com/docs/Contrato.doc). Pour une approche générale, voir F. CAFAGGI, *Reframing Self-Regulation, o.c., supra* note 17.

Au niveau européen, l'autorégulation n'a pas de régime spécifique. Etant donné les divergences existant entre les Etats membres, il serait important d'élaborer au moins des lignes directrices.¹⁴⁰

L'apport de l'AR au droit européen des contrats est principalement lié aux règles minimales permettant aux opérateurs d'agir. Dans le champ laissé par le législateur européen ou national, les organisations professionnelles et les associations de consommateurs déterminent les clauses-types et d'autres règles, soit en s'écartant des dispositions législatives établies par défaut, soit en les précisant et en les intégrant. La précision des règles obligatoires et des clauses types (telles que celles relatives à la bonne foi et aux politiques publiques) joue un certain rôle.¹⁴¹ Dans la première hypothèse, l'AR peut remplacer les règles minimales; dans la seconde, elle intègre les règles obligatoires ou les principes généraux.

Le rapport entre co-régulation et droit européen des contrats est potentiellement différent. La co-régulation, dont la base juridique est généralement un acte législatif, permet aux organisations privées de modifier les règles obligatoires dans les limites autorisées par l'acte. Elle donnerait aux organisations privées des pouvoirs limités de réglementation. Contrairement aux systèmes nationaux (dans lesquels la co-régulation peut avoir une incidence sur le caractère obligatoire d'une règle contractuelle en la transformant en une règle minimale), à ce jour, la législation européenne en matière de droit des contrats n'utilise pas cette approche de manière extensive.¹⁴²

Nous avons vu que deux formes d'autorégulation concourent à la création du droit européen: le modèle contractuel et celui organisationnel.¹⁴³ En termes d'effectivité du droit, la distinction entre la formation unilatérale et la formation négociée du droit des contrats est pertinente. La définition unilatérale des règles devrait faire l'objet d'un contrôle plus étroit

¹⁴⁰ Sur ces questions, voir **F. CAFAGGI**, *Reframing Self-Regulation*, o.c., supra note 17.

¹⁴¹ Sur le rôle de la bonne foi dans le droit européen des contrats applicable aux contrats-types, voir **H. MICKLITZ**, *The Politics of Judicial Cooperation*, o.c., supra note 130. Plus généralement, sur les clauses générales et les standards, voir **S. GRUNDMAN** et **D. MAZEAUD**, *General Clauses and Standards*, o.c., supra note 60, spéc. pp. 141 et suiv.

¹⁴² Dans la directive sur les clauses contractuelles abusives, certains éléments montrent que les accords négociés collectivement pourraient influencer sur la nature du contrôle du caractère abusif, bien qu'il ne soit volontairement fait référence qu'aux accords négociés individuellement. Voir les exemples dans le cadre d'un système juridique national, en ce qui concerne le droit locatif, **F. CAFAGGI**, "Tenancy Law and European Contract Law", rapport comparatif dans le cadre du *Tenancy law Project*, Institut Universitaire Européen, disponible sur <http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/tenancyLaw.shtml> (dernière visite 28 septembre 2006).

¹⁴³ Voir supra § III.

afin d'empêcher l'exercice abusif du pouvoir réglementaire privé. Toutefois, en ce qui concerne le contrôle du caractère abusif de la Directive 93/13, les contrats-types négociés collectivement sont habituellement considérés comme des formats types pris unilatéralement. Ils sont donc soumis aux principes de la directive, tandis que les contrats négociés individuellement sont soumis à un autre régime. Ce contrôle des contrats-types permet de garantir le but de l'autorégulation: renforcer la liberté de choix et donc la liberté contractuelle des consommateurs.¹⁴⁴

Le droit de la concurrence contribue à la détermination des limites et contraintes rencontrées dans l'emploi de l'autorégulation. Celle-ci est particulièrement avantageuse pour l'uniformisation des contrats. De plus, elle peut favoriser l'intégration du marché européen en coordonnant les entreprises opérant dans différents marchés nationaux et souhaitant élargir leur champ d'activité. Le droit de la concurrence limite la portée de l'autorégulation en ce qui concerne la création des contrats-types. Son contrôle permet d'apprécier différemment l'applicabilité de l'article 81 selon qu'il s'agisse de l'autorégulation pure ou de la régulation privée déléguée, en qualifiant la dernière d'action étatique et en la soumettant à la *state action defence*. Les raisons de cette disparité sont loin d'être claires, spécialement lorsque la délégation de l'autorégulation est donnée unilatéralement à une seule catégorie, comme dans le cas de plusieurs services fournis par des professionnels. On peut avancer de manière intuitive que, à l'inverse de l'autorégulation purement privée, la co-régulation et l'autorégulation déléguée poursuivent des objectifs d'intérêt général qui peuvent compenser les coûts liés à la restriction de la concurrence.

Dans ce domaine, la co-régulation et l'autorégulation déléguée exercent une influence assez forte en droit des contrats au niveau des Etats membres, mais les bénéficiaires des services sont relativement peu protégés de l'exercice abusif du pouvoir privé de réglementation. Il existe une différence considérable, mais difficilement justifiable, avec le développement du droit des contrats lié à la régulation privée dans le secteur des valeurs mobilières et plus généralement dans les marchés financiers. Les récentes évolutions de la jurisprudence européenne indiquent que la délégation sera appréciée de manière plus stricte afin d'étendre le contrôle du droit de la concurrence à la rédaction des contrats-types.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Mais voir sur ce point T. WILHELMSSON, "Cooperation and Competition", *o.c.*, *supra* note 61.

¹⁴⁵ Voir C.J.E., *Arduino*, *o.c.*, *supra* note 84; et C.J.E., *CIF*, *o.c.*, *supra* note 105.

Les limitations sont moins fortes en ce qui concerne les codes de conduite: la nature de leurs règles cadres est moins susceptible de réduire la concurrence entre entreprises.

Ces limites ne s'opposent pas aux arguments favorables à l'utilisation de l'AR pour créer un droit européen des contrats. Au contraire, elles sont en accord avec un concept de liberté contractuelle fondé sur le principe d'autonomie de la volonté, même exercée collectivement. Le droit de la concurrence vise à renforcer ou préserver l'espace de la liberté contractuelle des parties ayant un pouvoir de marché plus faible. Il empêche seulement l'uniformisation abusive qui limite les choix contractuels, notamment ceux des consommateurs, et réduirait par conséquent la liberté de contracter.

L'objectif principal du contrôle de la loyauté et de celui de la concurrence est de garantir la liberté de contrat. A cet égard, ils devraient être considérés de manière fonctionnellement complémentaire, plutôt que comme des alternatives traduisant des valeurs contradictoires.

L'introduction d'un système coordonné de contrats-types secteur par secteur peut réduire les coûts de recherche des entreprises et des consommateurs sans restreindre la concurrence. Des lignes directrices générales devraient être proposées au niveau de l'UE pour définir les contrats-types dans les transactions *BtoB* et *BtoC*.

En conclusion, l'activité de réglementation privée en matière de contrats est déjà très importante au niveau européen et fait l'objet de différents types de contrôle. Le premier est celui du droit des contrats, notamment le contrôle de la loyauté de la directive sur les clauses contractuelles abusives; le second relève du droit de la concurrence. Ce dernier impose des limites assez importantes à l'uniformisation, mais elles ne se superposent pas formellement à celles du droit des contrats car chaque ensemble de limites visent des objectifs complémentaires.

La distinction fonctionnelle entre les deux corpus de droit opère comme un double mécanisme 'conférant' la liberté de contrat entre organisations et individus, afin de préserver la loyauté dans le cadre des relations contractuelles et la concurrence au sein du marché.

IV. Quelques (modestes) propositions

Les monopoles de l'Etat sur la réglementation du droit européen accusent des faiblesses notables. Ils ont disparu aujourd'hui, à supposer qu'ils n'aient jamais existé. En ce qui concerne la formation du Cadre commun de référence (CCR), il s'avère nécessaire de compléter le rôle des Etats en droit des contrats (en tant qu'auteurs des réglementations) par celui des acteurs privés, que ces derniers soient ou non liés au marché.

Dans cet article, nous avons soutenu l'idée selon laquelle les organisations privées jouissant d'une légitimité démocratique (les associations de consommateurs et les organisations professionnelles) jouent actuellement un rôle important en tant qu'auteurs des règles du droit européen des contrats. Elles peuvent avoir un rôle bien plus fort dans le futur. Toutefois, les organisations auteurs de réglementation privée sont assez différentes en substance. La majorité représente des groupes d'intérêts privés; les autres, encore minoritaires, sont des organisations indépendantes pour qui la création de formats et de clauses contractuels relèvent de leur mission 'culturelle'. Certaines d'entre elles vendent des formats contractuels avec d'autres services; d'autres les proposent comme des marchandises publiques en les fournissant gratuitement. Ces caractéristiques doivent être considérées à la fois dans le cadre de la mise en place du système de gouvernance du droit européen des contrats et dans celui du contrôle des frontières séparant l'autorégulation de la co-régulation.¹⁴⁶ La promotion de la co-régulation devrait favoriser la naissance et la consolidation d'organismes de régulation privés et indépendants sans pénaliser les organisations à but lucratif existant aujourd'hui. La gouvernance de ces dernières et le fait qu'elles doivent rendre des comptes sont d'une importance capitale pour garantir leur légitimité.

Les auteurs des règles contractuelles peuvent compléter les dispositions obligatoires et les principes généraux adoptés au niveau de l'UE en les précisant et en les remplaçant par des règles minimales, lorsqu'elles ne correspondent pas à des besoins précis de leurs membres et sont conformes à l'intérêt général. L'activité de réglementation privée (sous les deux formes d'autorégulation pure d'une part, de co-régulation et de régulation privée déléguée d'autre part) est et doit être limitée à la fois par le droit de la concurrence et par le droit des contrats.

¹⁴⁶ Sur ces questions, voir **F. CAFAGGI**, "New Modes of Governance", *o.c.*, *supra* note 6.

Le premier définit ce qui peut être uniformisé et ce qui devrait revenir à chaque partie contractante: l'uniformisation ne doit pas être totale; pour être conforme aux principes du droit de la concurrence, elle ne doit définir les prix ni directement ni – dans une certaine mesure – indirectement. Le second, le droit des contrats, vise les modalités de l'uniformisation nécessaires à la préservation de la loyauté.

Comme nous l'avons démontré dans cet article, ces limites n'entrent pas en contradiction avec les principes généraux du droit européen des contrats, celui de la liberté contractuelle notamment. Au contraire, elles permettent de s'assurer que l'activité de réglementation d'un opérateur privé renforce les libertés de contrat et de choix pour les consommateurs et les petites et moyennes entreprises. Quant à la fonction de réglementation remplie par ces organisations, le droit de la concurrence et le principe de gouvernance démocratique leur confèrent une légitimité. Etant donné que le droit de la concurrence ne remédie pas au problème, un cadre réglementaire devrait empêcher les organisations privées exerçant une telle fonction d'exporter les coûts vers les parties tiers.

Si l'on considère l'activité de réglementation et le *monitoring* séparément, l'autorégulation paraît assez efficace. Mais lorsque plusieurs tâches (notamment celle de sanctionner leurs propres membres) incombent aux organisations privées, ces dernières accusent d'importantes lacunes. En effet, le respect et l'exécution des règles ont constitué une des principales faiblesses du système d'autorégulation.

De nouveaux principes insistant sur l'obligation de surveiller et mettre en œuvre ces règles ont été introduits à l'attention des institutions étatiques, au niveau national et européen. Le fait que les autorités publiques contrôlent le respect des obligations à la charge des organisations privées garantirait de meilleurs résultats. Si la réglementation privée est destinée à revêtir un rôle important en droit européen des contrats, de nouveaux dispositifs de co-régulation doivent être introduits car l'autorégulation pure pourrait ne pas garantir une suffisante effectivité.

Il est donc nécessaire d'améliorer le dispositif institutionnel existant.

Premièrement, il est nécessaire de séparer les activités de réglementation de celles de *monitoring*. Pour empêcher les conflits d'intérêts, certains mécanismes (tels que la séparation

des pouvoirs et le contrôle judiciaire) doivent être introduits lorsque les organisations privées qui complètent la réglementation publique (nationale ou internationale) exercent également des pouvoirs de *monitoring*. Autrement, les organisations auteurs de la réglementation seraient les mêmes que celles responsables du *monitoring* du respect de leurs propres règles. Saisir cette réalité peut être risqué; cela doit être clarifié à l'aide de mécanismes institutionnels adaptés. Dans ce contexte, il est très important de différencier les organisations et les dispositifs contractuels ayant une, deux ou plusieurs parties prenantes: plus il y a de participants avec des intérêts divergents, moins il y a de probabilité de conflit d'intérêts; ou du moins, moins il y a de chance qu'un tel conflit reste invisible.

Du côté du droit des contrats, le rôle des organisations professionnelles et des associations de consommateurs doit être explicitement reconnu et réglementé au niveau européen, mais uniquement par des principes généraux. Aujourd'hui, soit les systèmes juridiques nationaux optent pour des mécanismes d'autorégulation plus axés sur le marché, soit ils adoptent plus d'instruments de co-régulation. Même si ces différences conséquentes sont maintenues, on peut encourager la fonction des organisations privées en tant que vecteur concourant à l'harmonisation du droit européen. Ceci est particulièrement opportun dans les marchés fortement réglementés – tels que les valeurs mobilières, le secteur bancaire, l'énergie et les télécommunications –, dans lesquels le dialogue avec les régulateurs nationaux et les Comités européens est une condition nécessaire au développement du DEC.

En ce qui concerne le droit de la concurrence, les raisons justifiant l'application de contrôles différents aux accords ou décisions d'entreprises doivent être clarifiées. Deux domaines s'avèrent particulièrement problématiques:

1) les différences entre les dispositifs d'autorégulation pure et les dispositifs d'autorégulation déléguée, qui déterminent l'applicabilité du droit de la concurrence et ses effets;

2) les conditions d'octroi des exemptions liées à la protection de l'intérêt du consommateur et à la protection de l'intérêt général.

Les organisations privées doivent également changer de forme culturelle et organisationnelle. Si elles souhaitent devenir des acteurs de l'eupéanisation du droit privé légitimés démocratiquement, elles doivent clairement opérer dans un cadre coordonné et revoir leurs règles de gouvernance interne. Cependant, bien qu'il soit utile d'instaurer un

processus de coordination et d'intégration des organisations privées, le maintien d'un certain degré de pluralisme est nécessaire afin que différentes cultures juridiques puissent continuer à exister et qu'un certain niveau de concurrence soit à l'œuvre. Ceci doit s'effectuer au niveau national, mais surtout au niveau transnational. Il est en effet important que les réseaux d'associations de consommateurs dépassent les frontières étatiques: ils devraient revêtir une dimension transnationale et représenter des cultures juridiques concurrentes. Leur statut juridique ainsi que certains principes généraux relatifs à la structure de leur gouvernance devraient être re-définis en conséquence.

L'autorégulation joue un rôle important dans le processus de création du DEC. Cependant, des changements substantiels sont nécessaires au niveau institutionnel pour améliorer la qualité de son apport. Un défi pour la communauté académique et les institutions européennes nous fait face.